

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 (2019) itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.



72
(2024/1)

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 72 2024/1
ISSN: 1011-730X
ISSN (online): 2717-6614
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Yılmaz TUNÇ
Adalet Bakanı

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Akin GÜRLEK
Bakan Yardımcısı

Editör
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇİRAK/Dr. Berat DUMAN

Dijital Koordinasyon: Mahmut CESUR/İsmail SARIKAYA
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU
Web Tasarım: İbrahim KÖSE/Enes ŞERBET
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/Özlem İNALKAÇ
Arşiv Dağıtım: Veysel ÜNAL/Alper USLU/Talip DEMİRCİ/Alper BAYSAL

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

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

Yayımlanacak makalelerin intihal incelemesi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü işbirliği ile yapılmaktadır.

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

Baskı – Cilt:
EMSAL MATBAA DAĞITIM
Hiz.San.ve Tic. Ltd. Şti.
Bahçekapı Mah. 2477 Cad.No:6 Etimesgut Ankara
Tel: +90 312 278 82 00 – Faks: +90 312 278 82 30
Etimesgut V.D.:3340992742

2024 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
İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhuri 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

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Genel Müdür Yardımcısı

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Dr. Musa TANRISEVEN
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCI
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

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

Doç. Dr. Cem Duran UZUN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

72. SAYI HAKEM KURULU*

Prof. Dr. Cavit ABDULLAHZADE	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa ÇOLAK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serdar GÜLENER	Bursa Uludağ Üniversitesi İİBF
Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri KESER	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Belkıs KONAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa MÜJDECİ	Kırıkkale Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail ŞAHİN	Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi İİBF
Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKUT	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Taylan BARIN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Muhammed Said BİLAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Selin ÖZDEN MERHACI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Atike Eda MANAV ÖZDEMİR	Hâkim
Doç. Dr. Yasin SÖYLER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cenk Yaşar ŞAHİN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Akın ÜNAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI
Dr. Öğr. Üyesi Melikşah ÇIRAKOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENÇİ
Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ
Dr. Öğr. Üyesi Elif ERGÜNE
Dr. Öğr. Üyesi Muhammet GÜÇLÜ
Dr. Öğr. Üyesi Merve A. K. İBRAHİM
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah İSLAMOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN
Dr. Arş. Gör. Abdullah Vefa KARATAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu KAYA
Dr. Arş. Gör. Betül KAYAR
Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Y. ÖZKAN
Dr. Öğr. Üyesi Samet TATAR
Dr. Öğr. Gör. Ayşe YAŞAR ÜMÜTLÜ
Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜNAL AÇIKGÖZ
Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ
Dr. İpek Betül ALDEMİR TOPRAK

Türkiye Adalet Akademisi
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üniversitesi Edebiyat Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Necmettin Erbakan Üniversitesi Meram MYO
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Listeleme Unvan İçerisinde Soyadlara Göre Yapılmıştır.*

Adalet Dergisi



Veri tabanlarında taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

Kamu Hukuku/Public Law

- 15-34 • **Prof. Dr. Ayhan CEYLAN** - Osmanlı Anayasacılığı: Terimler, Belgeler, İlkeler
Ottoman Constitutionalism: Concepts, Documents, Principles
- 35-63 • **Prof. Dr. Serdar GÜLENER / Arş. Gör. Dr. Abdullah Yasin ERDEM** - Türkiye’de İnsan Hakları Alanında Hazırlanmış Lisansüstü Tezler Üzerine Bir İnceleme
An Investigation On Postgraduate Theses in the Field of Human Rights in Turkey
- 65-84 • **Doç. Dr. Şeref İBA** - Karşılaştırmalı Bir Parlamento Hukuku Analizi: “Torba Kanun” Nedir, Ne Değildir?
A Comparative Parliamentary Law Analysis: What is and What is Not an "Omnibus Bill"?
- 85-100 • **Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN** - Lozan Antlaşması’yla Yeniden Kurulan Bir Uluslararası İş Birliği: Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu
An International Cooperation Re-established with the Treaty of Lausanne: International Customs Tariffs Bureau
- 101-134 • **Doç. Dr. Ahmet KILINÇ / Arş. Gör. Betül ARGUNHAN** - İslam Aile Hukukunun Kanunlaştırılmasında Şeri Hukuka Yapılan Atıflar: Malezya Örneği
Reference to Sharia Law in The Codification of Islamic Family Law: The Example Of Malaysia
- 135-153 • **Öğr. Gör. Dr. Ayşe YAŞAR ÜMÜTLÜ - Doç. Dr. Önder Aytaç AŞŞAR** – “Dataizm”e Karşı Veri Güvenliği ve Adaleti
Data Justice And Security Against “Dataism”
- 155-177 • **Doç. Dr. Fatih ULAŞAN** – Contributions of Declaration of Ethics for Turkish Judiciary to the Right to a Fair Trial in terms of Effective Participation in Trials
Yargılamaya Etkili Katılım Açısından Türk Yargı Etiği Bildirgesi’nin Adil Yargılanma Hakkına Katkıları
- 179-208 • **Dr. Öğr. Üyesi Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ** - Denetim Görevini İhmal Suçu (TCK M. 251)
The Crime of Failure to Supervise
- 209-228 • **Dr. Öğr. Üyesi Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK / Arş. Gör. Şehriban İpek AŞIKOĞLU / Arş. Gör. Aybike YILMAZ** - Anayasa Mahkemesinin M.I.I. Kararı ve Kararın Veri Koruma Hukukuna Olası Etkileri
The M.I.I. Decision of the Constitutional Court and Its Possible Impact on Data Protection Law

- 229-273 • **Dr. Öğretim Üyesi Abdussamed ATASOY** - İslâm ve Osmanlı Hukukunda Buluğ Muhayyerliği
Puberty Option in Islamic And Ottoman Law
- 275-296 • **Dr. Zehra HOPYAR** - Avrupa Birliği Göç Yönetiminde İnsan Hakları İhlali Olarak Frontex Uygulamaları
Frontex Practices as a Human Rights Violation in European Union Migration Management
- 297-321 • **Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR** - Anayasaya Uygunluk Bakımından Anayasa Değişikliklerinde Önleyici Denetim
Preventive Review of Constitutional Amendments in terms of Constitutionality
- 323-348 • **Arş. Gör. Dr. Mehpare ÇAPTUĞ DİLEK** - İmar Hukukunda Bedelsiz Terk Uygulamaları ve Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi
Free Abandonment Practise in Zoning Law and Its Evaluation in Terms of Property Right
- 349-373 • **Mustafa Burak YETİŞKİN** - Hukuk Mahkemesi Kararlarının İdare Mahkemesinde Görülen Uyuşmazlıklara Etkisi Hakkında Bir İnceleme
An Examination of the Impact of the Judicial Court Decisions on Cases in the Administrative Courts
- 375-429 • **Yunus Emre İLKORKOR/ Efsun GÜNERİ** - Takvim-i Vekayi'den Resmî Gazete'nin Mobil Uygulamasına: İkinci Asrına Yaklaşırken Resmî Gazeteciliğimizin Gelişimi
From Takvim-i Vekayi to the Mobile Application of the Turkish Official Journal: The Progress of Turkish Official Journalism as Moving Toward its 200th Anniversary
- 431-450 • **Samet SARIKAYA** - Ceza Kanunname-i Hümayunu ile Kanun-i Cedid'de Düzenlenen Teşhir-i Silah (Silah Çekme) Suçu
The Crime of Teshir-i Silah (Drawing a Gun) in Ceza Kanunname-i Humayunu and Kanun-i Cedid

Özel Hukuk/Private Law

- 453-473 • **Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK/Dr. Öğr. Ü. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ** - Yazılımların Patente Korunmasında Teknik Karakter Unsuru
Technical Character in Patent Protection of Software
- 475-500 • **Prof. Dr. İştâr URHANOĞLU** - Sosyal Sigortalarda Gelir ve Aylıklarda Zamanaşımı, Hakkın Düşmesi ve Avans
Statute of Limitations, Forfeiture of Rights and Advance Payment in Social Insurance Income and Allowances

- 501-542 • **Doç. Dr. Semih YÜNLÜ** - Üretici Yapay Zekâ Kaynaklı Norm ve Kişi Bazlı Hukuki Sorumluluk
Norm and Person-Based Legal Liability Arising from Generative Artificial Intelligence
- 543-570 • **Dr. Öğr. Üyesi Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM/ Av. Elife Filiz GÖKDAŞ** - Büyük Veri ve Mobil Uygulamalarda İşlenen Kişisel Verilerin (Sağlık Verileri) Hukuka Uygunluk Sorunu
Legal Challenges on Personal Data (Health Data) Processing through Big Data and Mobile Apps
- 571-591 • **Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER** - İleri Tarihli Çekle Yapılan Bağışlamanın Geri Alınması
Withdrawal of Donation Made by Post-Dated Check
- 593-617 • **Arş. Gör. Hüseyin BULUT** - Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununa İlişkin Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri
Evaluations and Solution Suggestions Regarding the Duration Problem in Poverty Alimony
- 619-657 • **Rümeysa ALUÇ DEMİREL** - Unutulma Hakkı ve Unutulma Hakkının Mirasçılar Tarafından İleri Sürülüp Sürülemeyeceğinin Değerlendirilmesi
The Right to be Forgotten and the Evaluation of Whether the Right to be Forgotten Can be Asserted by the Heirs

TERCÜME

- 661-703 **Intisar A. Rabb (Terc: Dr. Öğr. Üyesi Cemal DURSUN)** - Kadıjustiz'e Karşı: Yabancı Hukuka Olumsuz Atfa Dair
- 705 **Etik Kuralları ve Yayın Politikası**
- 715 **Yazım ve Atıf Kuralları**

KAMU HUKUKU

OSMANLI ANAYASACILIĞI: TERİMLER, BELGELER, İLKELER

Ottoman Constitutionalism: Concepts, Documents, Principles

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN*

Öz: XIX. yüzyılın başında Batı'da kanunlaştırma ile birlikte anayasacılık hareketi iyice belirginleşmiştir. Çeşitli ülkelerde, bir yanda temel hukuk yasaları diğer yanda anayasal metinler kabul ve ilan edilmeye başlanmıştır. Osmanlı Devleti, bu dönem askeri islahat süreciyle karşı karşıya kalmıştır. İç ve dış şartların etkisiyle islahatlar zamanla idari, siyasi ve hukuki alana yansımıştır. Batı ile iletişim ve etkileşim sürecinde anayasacılık hareketi, düşünce, metin ve kurumlar boyutuyla Osmanlı coğrafyasının tümünde etkili olmuştur. Osmanlı Devleti'nde genel olarak ilk anayasal metinler statüsü iki veya çok tarafı antlaşmalarla belirlenen ayrıcalıklı eyâletlerde (eyâlet-i mümtâze) kabul edilmiştir. Bu vilâyetlere idari, mali ve hukuki açıdan özerklik tanınmıştı. Tanınan özerklik kapsamında bu vilâyetlerin statüsünü belirleyen anayasal metinler ilan edilmiştir. Bu metinlerde, eyâletin temel yapısı, işleyişi, organlar arası ilişkiler ve temel hak ve hürriyetler düzenlenmiştir. Zaman zaman metinlerde eyâlet-merkez ilişkisine de yer verilmiştir. Osmanlı coğrafyasında ilk anayasal metinler 1800 ile 1803 yıllarında Osmanlı-Rus ittifakı ile kurulan ve Osmanlı Devleti'ne bağlı olan Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuriyeti'nde (Birleşik Yedi Ada Cumhuriyeti) görülmektedir. Osmanlı başşehirinde 1876'da anayasa ilan edildiğinde, ona bağlı olan Eflak-Boğdan, Sırbistan, Tunus, Romanya anayasal belgeler ya da anayasalar kabul edilecek zaman olmuştu. 1879'da bunlar arasına Bulgaristan Emâreti ve Şarki Rumeli Vilâyeti Anayasaları da eklenecektir. Osmanlı Devleti'ne hukuken bağlı bu bölgelerin anayasal metinlerinin müzakereleri, kabulleri ve onlarla ilgili yazışmalar sürecinde Osmanlı devlet adamları önemli bir anayasal birikime sahip olmuştu. Hatta zamanla merkez-vilâyet ilişkileri çerçevesinde geleneksel değerlerle uyumluluğuna özen gösterilen bir anayasacılık (meşrutiyet) hareketinin ve taraftarlarının ortaya çıktığından bahsedilebilir. Osmanlı Devleti merkezde ilk anayasasını ilan ettiğinde ayrıcalıklı vilâyetler dikkate alındığında yaklaşık 75 yıllık anayasal tecrübeye sahipti. Bu tecrübe kapsamında anayasal kavramlar, belgeler, ilkeler ve kurumlar geliştirmişti. **Anahtar Kelimeler:**Anayasacılık, Meşrutiyet, Osmanlı Anayasacılığı, Eyâlet-i Mümtâze

Abstract: At the beginning of the 19th century, with the codification in the West, the constitutionalism movement became very prominent. In various countries, fundamental legal laws, on the one hand, and constitutional texts, on the other hand, have begun to be accepted and declared. The Ottoman Empire was faced with a military reform process during this period. Under the influence of internal and external conditions, reforms were reflected in the administrative, political and legal fields over time. In the process of communication and interaction with the West, the constitutionalism movement was influential throughout the Ottoman geography with its dimensions of thought, text and institutions. In the Ottoman Empire, the first constitutional texts were generally adopted in the privileged states (eyalet-i mümtâze) whose status was determined by bilateral or multilateral agreements. These provinces were granted administrative, financial and legal autonomy. In these texts, the basic structure of the state, its functioning, relations between organs and fundamental rights and freedoms are regulated. From time to time, the province-center relationship is also included in the texts. The first constitutional texts in the Ottoman geography were seen between 1800 and 1803 in the Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuriyeti (United Seven Island Republic), which was established with the Ottoman-Russian alliance and was affiliated to the Ottoman Empire. When the constitution was declared in the Ottoman capital in 1876, a long time had passed since Wallachia-Moldova, Serbia, Tunisia and Romania, which were affiliated with it, had adopted constitutional documents or constitutions. In 1879, the Constitutions of the Bulgaristan Emâreti and Şarki Rumeli Vilâyeti (Eastern Rumelia Province) would be added to these. During the negotiations and adoption of the constitutional texts of these regions legally affiliated with the Ottoman Empire and the correspondence regarding them, Ottoman statesmen had acquired a significant constitutional accumulation. It can even be mentioned that over time, within the framework of central-provincial relations, a constitutionalism (meşrutiyet) movement and its supporters emerged, whose compatibility with traditional values was taken care of. When the Ottoman Empire declared its first constitution in the center, it had approximately 75 years of constitutional experience, considering the privileged provinces. Within the scope of this experience, it developed constitutional concepts, documents, principles and institutions.

Keywords: Constitutionalism, Meşrutiyet, Ottoman Constitutionalism, Eyâlet-i Mümtâze

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aceylan@ticaret.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-5680-4399.

Makale Geliş Tarihi: 04.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 20.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483929

GİRİŞ

24 Aralık 1876'da (7 Zilhicce 1293/12 Kanunuevvel 1292) yağmurlu bir Pazar günü, Bâbiâli Meydanı'nda, vükelâ, ulemâ, rical, ümerâ huzurunda, halkın yoğun iştirakiyle, Osmanlı bayraklarıyla süslenmiş bir kürsüden kıraat olunan Hatt-ı Hümayunla Kanun-i Esâsî ilan edilmekteydi. Top atışlarıyla kutlanan tören sonrasında matbu Hatt-ı Hümayun ve Kanun-i Esâsî nüshaları halka dağıtılmıştı.¹ Ancak Âsitâne'de ilan edilen bu metin Devlet-i Aliyye coğrafyasında kabul edilen ve yürürlüğe konan ilk anayasa değildi. Ortaya çıkaran dinamikler bir yana bırakılırsa, bu metin, özellikle XIX. yüzyılın başından itibaren merkez ve merkez dışı coğrafyada tecrübe edilen anayasal düşünce, kavram, belge, ilke ve kurumların bir sonucuydu. Esas itibarıyla bu tecrübe sahası, statüsü ikili veya çok taraflı milletlerarası antlaşmalarla belirlenen eyâlet-i mümtâze ya da eyâlet-i mühtâre adı verilen ayrıcalıklı vilâyetlerden oluşmaktaydı. Osmanlı Devleti'ne bağlı olmakla birlikte tanınan özerk/otonom konum, bu vilâyetlere, işçilerinde imtiyaz şartlarına göre değişen mâli, idarî, hukukî serbestlik sağlamaktaydı. 1800-1807 yılları arasında Osmanlı Devleti'ne tâbi mümtâz bir eyâlet olarak kurulan Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuriyeti (Birleşik Yedi Ada Cumhuriyeti) anayasal metinler kabul edilen ilk bölgedir. Onu 1830 yılında eyâlet-i mümtâze statüsü elde ederek zamanla anayasalar yürürlüğe koyan Sırbistan Emâreti izleyecektir. 1839 Tanzimat Fermanı ve 1856 Islâhât Fermanı modern anayasacılık etkisiyle merkezde kabul edilen anayasal belgelerdir. Ayrıcalıklı vilâyetler olan, Eflak ve Boğdan 1831 ve 1832'de, Tunus 1861'de, Romanya Prensiği 1866'da, Girit 1868'de, Bulgaristan ile Şarkî Rumeli 1879'da, Mısır 1882'de anayasa ya da anayasal nitelikte belgeler kabul etmiştir. Görüldüğü kadarıyla, Osmanlı Devleti, merkezde Kanun-i Esâsî'yi kabul ettiğinde yaklaşık 75 yıllık bir anayasal birikime sahiptir.

Metinlerin bir kısmının anayasal nitelikleri, mümtâz/özerk vilâyetlerin anayasa kabul edip edemeyecekleri ve özerk vilâyetlerin statüsünü belirleyen bu metinlerin Osmanlı Anayasacılığına âdiyetleri akla ilk gelen ve cevapları beklenen sorulardır. Ayrı bir bahis ve araştırma konusu olmakla birlikte, bu metinlerin bir kısmının müzâkerelerinin İstanbul'da yapıldığı ve ilan edildiği, hatta muhtevalarında Devlet-i Aliyye ve padişaha yetkiler tanındığı görülmektedir. Ayrıca maddî ve/veya şeklî anlamda anayasal nitelik taşıdıkları anlaşılmaktadır. En önemlisi, bu metinlerle ilgili iç-dış müzâkereler ve yazışmalar süresince Osmanlı devlet adamlarının kavramlara, belgelere, ilkelere ve kurumlara âşinalığın ötesine geçen anayasal birikim elde etmeleridir. Bu makale, başta Arşiv belgeleri olmak üzere dönem ve günümüz kaynakları ışığında kavram, belge ve ilkeler boyutuyla Osmanlı anayasacılık tecrübesini değerlendirmeyi amaçlamaktadır

¹ Ahmed Sâib, Abdülhamid'in Evâil-i Saltanatı, 2. Tab, Hindiye Matbaası, Kahire, 1326, s. 72-73.

I. MEŞRUTİYET KAVRAMI

Devleti belli bir kuruluş ve işleyiş düzenine (statü) kavuşturma ve sınırlı bir iktidar öngörme anlamında bugünkü Türkçe'ye “anayasacılık” ya da “anayasalcılık” kelimeleriyle çevrilen “constitutionalism” terimi XIX. yüzyıl başında Batı'da ortaya çıkmıştır.² Özellikle, danışma kurullarının parlamentoya dönüşümü, Locke ve Montesquieu'nun görüşleri, hak ve özgürlük bildirileriyle anayasaların kabulü ve ilanı şeklindeki siyasi gelişmeler³ Batı'da anayasacılığı zamanla düşünce, belge, kurum ve ilkelere dönüştürmüştür. Batı'dan farklı sosyal, siyasal ve hukuki geçmişe sahip Osmanlı Devleti'nde, tatbikâta yansımada zaman zaman farklılıklar görülse de tâbi olunan hukuk sistemi ve siyaset anlayışında esasen sınırlı bir iktidar öngörülmektedir.⁴ Hukuk kuralları yanında, siyasetnâme/nasihatnâme literatürü, padişah, veziriazam, şeyhülislam, ulemâ, yeniçeri ve âyan arasında karşılıklı denge ve kontrole dönüşen özerk yapılanmalar, Divan-ı Hümayun ile Meşveret Meclislerinin karar alma sürecine katılımı, Hüccet-i Şeriyeye ve Sened-i İttifak türü güç odakları arasındaki karşılıklı sözleşmeler Osmanlı Klasik Dönemi'nde iktidarı sınırlandırmaya yönelik düşünce, belge, kurum ve uygulamalar cümlesinden zikredilebilir.⁵ XIX. yüzyılda, eksiklik ve aksaklıklara çözüm bulmak amacıyla başvuru olan ıslâhat sürecinde, ıslâhat taraftarları, devletin içinde bulunduğu menfi durumu yönetim biçimiyle de ilişkilendirmiştir. Temas kurulan ve takip edilen Batı, modern “anayasacılık” anlayışıyla hem merkez hem de vilâyet boyutuyla Osmanlı coğrafyasını etkilemiştir.

Osmanlı literatüründe, “sınırlı yönetim” biçimini ifade etmek üzere “meşrutiyet” terimi kullanılmıştır. İhtiyat kaydıyla, “meşrutiyet” kelimesi, Batı'daki yönetimlerin “hükümet-i mutlaka” ve “hükümet-i meşruta” şeklinde tasnifi⁶ vesilesiyle ilk defa Tanzimat arifesinde Mustafa Reşid Paşa

² Gisbert H. Flanz, XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri, çev. Necat Erder, Şerif Mardin, Aydın Sinanoğlu, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1956, s. 6; Ergun Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 3-5.

³ Özbudun, 2017, s. 14; Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 20. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 13.

⁴ Babanzâde İsmail Hakkı, Hukuk-ı Esâsiye, 2. Tab., Osmanlı Matbaası, Kostantiniyye, 1329, s. 72; Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilât Hukuku, 1960 Tarihli Basıdan Tıpkı Basım, Yağmur Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 65-73; R. Galip Okandan, Âme Hukukumuzun Anahatları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 15-16.

⁵ Hüseyin Yılmaz, “Osmanlı Devleti'nde Batılılaşma Öncesi Meşrutiyetçi Gelişmeler”, Dîvân Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi, C. 13, S. 24, 2008, s.1-30.

⁶ Osmanlı literatüründe Batı'daki uygulamalar göz önünde bulundurularak hâkim tasnifte, hükümet türleri; “hükümet-i mutlaka” ve “hükümet-i meşruta” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bununla birlikte Tunuslu ıslâhatçı Ebu Diyâf ve Namık Kemal'de üçlü; “hükümet-i mutlaka, hükümet-i meşrûta, hükümet-i cumhuriyye” (Ahmed b. Ebi'd-Diyâf, İthâfu Ehli'z-Zaman bi-Ahbâri Mülûki Tûnis ve Ahdi'l-Emân, C.I/1, Vezâretü's-Sekâfe, Tûnis, 1999, s. 8-77; Namık Kemal, “El-Hakku Yalu Vela Yula Aleyh”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S.1; “Veşâvirhume fi'l-Emr”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S.4; “Usûl-i Meşvetete Dâir Bir Muterize Cevaben Yazılmış Mektub”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S. 12) ve bazen; “hükümet-i mutlaka, hükümet-i

tarafından zikredilmiş gözükmetedir.⁷ Osmanlı merkezi, “kayıtsız, şartsız” anlamındaki “mutlak” kelimesinden hareketle, hükümdarın iktidarının hiçbir kayıt ve şarta bağlı bulunmadığı yönetimi “hükümet-i mutlaka”; “şart”ı temel alarak hükümdar iradesinin kanunla sınırlı olduğu ve meclise yer veren yönetimi ifade etmek üzere “hükümet-i meşruta” terimini türetmiştir.⁸ Arap dünyası ise, “kayd”ı esas alarak, “mukayyed” kavramını benimsemiştir. Tunuslu ıslâhatçı Ebu Diyâf, kanunla sınırlı bu tarz yönetimi belirtmek üzere “el-mülkü’l-mukayyed bi-kanun”⁹ tabirini kullanmıştır. Meşrutiyet kavramı, Batı’daki kapsamına benzer şekilde Osmanlı uygulamasında; Yeni Osmanlılar’da düşünce, 1876 Kanun-i Esasisi görünümünde metin, Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Âyan şeklinde meclis/parlamento ve dönem itibariyle kavramsallaştırılmasa da anayasanın bağlayıcılığı ya da üstünlüğü örneklerinde fiilen ilkeler şeklinde yansıma bulmuştur. Meşrutiyet terimi, özellikle Yeni Osmanlılar ile birlikte belirgin bir şekilde İslam ve Osmanlı uygulamasındaki “istişâre”, “şûrâ”, “müşâveret”, “usûl-i meşveret” gibi “meşveret”in türevi geleneksel kavramlarla aynılaştırılarak sunulmuştur.¹⁰

II. ANAYASA KARŞILIĞINDA KULLANILAN TERİMLER

Osmanlı metinlerinde meşrutî yönetime sahne olan gerek merkez ve gerekse vilâyetlerde “anayasa” kavramı karşılığında çeşitli kelimeler/terimler kullanılmıştır. Anayasa anlamında Fransızca ve İngilizce’de “constitution”, İtalyanca’da “costituzione” terimleri benimsenmiştir.¹¹ Osmanlı egemenliğindeki coğrafyada anayasa karşılığında kullanılan ilk kelime, 1800 yılında Osmanlı-Rus ittifakı ile kurulan Cezâyir-i Seba-i Müctemia Cumhuru (Birleşik Yedi Ada Cumhuriyeti)’nda görülmektedir. 3 Nisan 1800’de Osmanlı ve Rus delegelerinin katılımıyla Dersaâdet’te tanzim

meşrûta, hükümet-i cumhuriyye ve hükümet-i kâmile” şeklinde dördlü (İsmail Kara, İslâmcıların Siyasi Görüşleri 1, 4. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, s. 97-98) sınıflandırmalara da rastlanmaktadır.

⁷ Reşat Kaynar, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1985, s. 105.

⁸ Ticaret-i Bahriye Nazırı Zabıt Katibi Esad Efendi’nin 1293 tarihli “Hükümet-i Meşruta” adlı risalesinde yer verilen bu kavramlar için bkz. Tarık Zafer Tunaya, Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938) Kanun-ı Esâsî ve Meşrutiyet Dönemi, 4. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.61-62.

⁹ Ahmed b. Ebi’d-Diyâf, s. 8.

¹⁰ Şükrü Hanioglu, “Meşrutiyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 29, Ankara, 2004, s.389; Kara, 102.

¹¹ Kemal Gözler, “Anayasa Kelimesi Üzerine Konstitüsyon, Kanun-i Esâsî, Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu ve Anayasa”, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasa-kelimesi.htm>, (s.e.t. 03.10.2023). Devereux, İngilizce eserinde (Robert Devereux The First Ottoman Constitutional Period: A Study of the Midhat Constitution and Parliament, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1963) Osmanlı Anayasasını İngilizce “constitution”, Ubcini, Fransızca eserinde (A. Ubcini, La Constitution Ottomane Expliquée et Annotée, Paris 1877) Osmanlı Anayasasını Fransızca “constitution” kelimesiyle karşılamaktadır.

olunan Ahidnâme-i Hümayun'un 2'nci maddesi; her iki devletin, Yedi Ada'nın "dâhil-i nizâmları"nı ittifakla kabul etmesinden bahsetmektedir.¹² Antlaşma hükmü çerçevesinde, III. Selim tarafından Yedi Ada'ya yönelik 1800 yılında ilan edilen ve anayasa olarak nitelenen ferman,¹³ "nizâm-ı dâhili" olarak isimlendirilirken,¹⁴ İtalyanca çevirisinde hem başlıkta hem maddelerde İtalyanca anayasa manasına denk gelen "costituzione" kelimesiyle karşılanmıştır.¹⁵ Osmanlı bürokrasisi de Yedi Ada'ya ilişkin yazışmalarda anayasayı ifade etmek üzere "nizâm-ı dâhili" kavramını kullanmaktadır.¹⁶ Yedi Ada'nın 1803 yılında kabul edilen Anayasası'nın İtalyanca metni "Costituzione" başlığına yer vermektedir.¹⁷ Bu anayasanın gerek başlık ve gerekse muhtevâsında geçen "costituzione" kelimesi, Osmanlı Türkçesine "nizâm-ı dâhili" olarak çevrilmiştir.¹⁸ Osmanlı Devleti vilâyetlerde kabul edilen anayasalarda bu vilâyetlerin merkeze bağlılıklarına işaret etmek üzere mümkün olduğunca "dâhili" bir düzenleme olduğuna özen göstermiş, "nizâm-ı dâhili" ya da "nizamnâme-i dâhili" şeklinde bunu belgelerin başlıklarına ve muhtevâsına yansıtmaya çalışmıştır. Nitekim makale içinde değinilecek olan 1838 Sırbistan Anayasası, 1879 Şarkî Rumeli Anayasası ve 1879 Bulgaristan Emâreti Anayasası'nın başlıklarında veya muhtevâlarında anayasa kelimesi mukâbilinde "nizâm-ı dâhili" ya da "nizamnâme-i dâhili" tamlamasına yer verilmiştir. Görüldüğü kadarıyla, anayasa karşılığında, öncelikle, hususi bir nitelik göstermeyen "nizâm" kelimesinin kullanımı tercih edilmiştir. Bununla birlikte, "Nizamnâme-i Dâhili"nin anayasaya münhasır bir terim olarak kalmadığı, zamanla; borsa¹⁹, darülmuallimin sıbyan mektebi²⁰, Osmanlı İktisat Şirketi²¹, Şûrâ-yı Devlet²²

¹² BOA, HH., 176/7677, 18 Zilkade 1214/13 Nisan 1800; Muâhedât Mecmuası, C.IV, Ceride-i Askeriye Matbaası, 1298, s.29. Korfu, Kefalonya, Zanta, Ayamavra, Çuka, İtaki ve Pakso ile Mora ve Arnavutluk sahilleri karşısında yer alarak hâkimiyet sağlanan büyük-küçük, ma'mur olan olmayan Venedik Cumhuriyeti'nden ayrılan ne kadar ada varsa Osmanlı Devleti'ne tâbi olarak "Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuru" adıyla anılacaktır (Muâhedât Mecmuası, C.IV, s. 29).

¹³ Sarantis K. Orfanoudakis, "Constitutional Texts of the Ionian Islands: A Review", Constitutional Charters of the Ionian Islands", Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, Athens, 2012, s. 43-44.

¹⁴ "The Constitution of 1800 in Turkish", Constitutional Charters of the Ionian Islands, Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, 2012, s. 557, 563.

¹⁵ N.B.Manessi, "Part One:The Printed Tradition", Constitutional Charters of the Ionian Islands, Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, Athens, 2012, s.142, 147, 149.

¹⁶ BOA, HH., 175/7601, 29 Zilhicce 1215/13 Mayıs 1801; BOA, HH., 144/6033, 7 Ramazan 1216/11 Ocak 1802.

¹⁷ Manessi, s.176-210.

¹⁸ Cezâyir-i Seba-i Müctemia Cumhurunun Bu Defa Hitâmpezîr Olan Nizâm ve İntizâm-ı Dâhilileri Tercümesi, 28 Varak, Korfu Adası, 1803. MSS 12096, Biblioteca Nacional de España, vr. 2^a.

¹⁹ BOA, İ.KAN., 24 Recep 1312/21 Ocak 1895.

²⁰ BOA, A.DVN.MKL., 13/11, 29 Zilhicce 1292/26 Ocak 1876.

²¹ BOA, İ.TNF., 20/18, 20 Şevval 1327/4 Kasım 1909.

²² BOA, A.DVN.MKL., 7/14, 28 Zilhicce 1285/12 Nisan 1869.

gibi kurumların içyapılarını düzenleyen hukukî metinlere de isim olmasından anlaşılmaktadır.

Osmanlı belgelerinde ve yazışmalarda anayasa karşılığında özel bir kelime/terim oluşturulamayınca yabancı dildeki karşılığı olan “konstitüsyon”, okunuş şekliyle aynen alınmıştır. Ceride-i Havâdis Gazetesi'nin 1851 yılındaki 550'nci sayısında; Fransa anayasasından bahsedilirken “konstitüsyon” kelimesine yer verilmiştir.²³ 1838 Sırbistan Türk Anayasası'nın hazırlık sürecini anlatan Sırbistan Tarihi'ne ilişkin bir yazı dizisinde de anayasa “konstitüsyon” kelimesiyle ifade edilmiştir.²⁴

1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı'nda yeni kanunların vaz ve tesis olunacağı ilan edilirken; “can güvenliği, ırz, namus ve malın korunması, vergi tayini ve asker alımı ve istihdam meselesi”; “kavânin-i mukteziyenin[gerekli kanunların] mevâdd-ı esâsiyesi[esasa ilişkin maddeler]” olarak görülmüştür. Tanzimat Fermanı hükümlerini açıklamak üzere uygulanacağı vilâyetlere gönderilen Fermân-i Âlî'de padişah; mevâdd-ı esâsiyenin fûruâtına dâir Meclis tarafından alınan kararları tasdik edeceğini belirtmektedir.²⁵ Tanzimat Fermanı'na dayanılarak çıkarılan 1840 ve 1851 Ceza Kanunnâmelerinde, can güvenliği, mal, ırz ve namusun korunması; [mevâdd-ı] esâs, kanunnâme hükümleri ise müteferriât (ikinci derecede) olarak görülmüştür.²⁶ Tanzimat Fermanı'nda, “temelle ilgili, asıl” anlamlarına gelen “esâsi” sıfatının,²⁷ “madde ya da kanunla” aynı ibare içinde yahut tamlama oluşturarak ifade ettiği anlam, daha sonra kanun ve nizâm kelimeleri ile birleşerek “nizâmname-i esâsi” ya da “kanun-ı esâsi” şeklinde anayasa karşılığında kullanılacak kelime/lerin ilk görünümüne işaret etmesi bakımından dikkat çekicidir. Mısır'a gönderilen imtiyâz fermanında; Devlet-i Aliye'nin diğer kısımlarında geçerli ve yürürlükte olan Kavânin-i Esâsiye'nin Mısır'ın yapısına uygun olarak yürürlüğünden bahsedilirken; “Kavânin-i Esâsiye'den murad Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda münderic olan kavâid-i külliye olarak” ifade edilmiştir.²⁸

1838'de Sırbistan Emâreti'nde ilan edilen anayasa, “Sırbistan'ın İdare-i Dâhiliyesine Dâir Nizâm” olarak başlıklandırılmışken, Osmanlı bürokrasisi 1845 yılındaki bir yazışmada belgeyi Nizâmât-ı Esâsiye"²⁹, 1850 yılındaki diğer bir yazışmada ise “Nizamnâme-i Esâsi”³⁰ olarak adlandırmaktadır. 1876'da merkezde ilan edilen anayasa öncesi “kanun-ı esâsi” kavramının

²³ Ceride-i Havâdis Gazetesi'nin “Havâdisât-ı Ecnebiye başlığı altında yer alan yazıda; “...Fransa'nın vuku-ı cumhuriyetinde vaz' ve te'sis olunan konstitüsyonun...” ibaresine yer verilmektedir. Bkz. Ceride-i Havâdis, Numara 550, 17 Zilhicce 1267.

²⁴ Ahmed Rifat, “Sırbistan Tarihi”, Üçüncü Sene, Numara 26, Mecmua-i Fünûn, İstanbul 1281, s. 48-50.

²⁵ Ferman, Tanzimat Fermanı'na ve açıklanmasına yer vermektedir. Ferman için bkz. Takvim-i Vekâyi, Defa 187, 15 Ramazan 1255.

²⁶ Bkz. Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986, s. 809-811, 821-822.

²⁷ Kubbealtı Lügatı, “Esâs”, <http://lugatim.com/s/Esas> (s.e.t.7.10.2023).

²⁸ BOA, İ.MTZ(05), 20/839, 5 Safer 1284/8 Haziran 1867.

²⁹ BOA, İ.MSM.,34/977,-2, 27 Ramazan 1261/29 Eylül 1845.

³⁰ BOA, İ.HR., 65/3163, 29 Cemaziyelahir 1266/12 Mayıs 1850.

bilindiği ve yazışmalarda kullanıldığı görülmektedir. 1860 yılında, 1838 Anayasası kapsamında Sırbistan'dan gelen bir yazı dâhilinde Bâbîâlî'de yapılan müzâkerede anayasayı ifade etmek üzere, açıkça, “Kavânîn-i Esâsiye” ve “Kanun-i Esâsi” kelimelerine³¹ yer verilmiştir. 1861 yılında Redhouse sözlüğünde de, “constitution” karşılığında; “devletin mevzu olan kavânin-i esâsiyesi” tanımı verilmektedir³². 1861'de Tunus Vilâyeti'nde “Kanunu'd-Devle” adıyla ilan edilen anayasa devlet ricali arasındaki yazışmalarda “Nizamnâme-i Esâsi” olarak karşılık bulmuştur³³. Nizâmât-ı Esâsiye'nin Yeni Osmanlı Hareketi'nin önde gelen isimlerinden Namık Kemal tarafından kullanılan bir kelime olduğu da görülmektedir³⁴. Ancak anayasa anlamında benimsenen Nizamnâme-i Esâsi kavramı, Nizamnâme-i Dâhili'de olduğu gibi, zamanla, Şûra-yı Devlet³⁵, memurlar³⁶ ve Osmanlı Bankası³⁷ gibi farklı kişi ve kurumların yapısını düzenleyen bir hukukî belgenin adı olarak kullanılmış ve anayasaya münhasır kalmamıştır.

1876 Osmanlı Anayasası'nın adı olarak “kanun-i esâsi” terimi ilanı ile birlikte resmî bir nitelik kazanmıştır.³⁸ 1882 Mısır Anayasası'nın adı Lâihatü'l-Esâsiye'dir.³⁹ Kanun karşılığındaki “lâiha” kelimesi ve tamlayan olarak “esâsi” vurgulaması, merkez-vilâyet irtibatı ve etkileşimine işaret etse gerektir. “Esâsi” nitelemesi Kanun-i Esâsi sonrası Türk Anayasalarının isimlendirilmesinde etkisini sürdürmüştür. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 1921 yılında kabul edilen anayasanın resmî adı “Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu”dur. Daha önce Cenubi Garbî Kafkas Hükümetinin kuruluş

³¹ BOA, İ.HR., 332/21394, -4, -6, -10, 16 Muharrem 1277/4 Ağustos 1860.

³² J.W.Redhouse, A Lexicon English and Turkish, London 1861, s. 171.

³³ BOA, İ.HR., 188/10473, 25 Rebiülevvel 1278/30 Eylül 1861.

³⁴ Namık Kemal, “Veşâvirhum fi'l-Emr”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S.4.

³⁵ Düstür, C.I, İstanbul, 1289, s. 707.

³⁶ BOA, HR.TO., 584/1, 14 Nisan 1879.

³⁷ BOA, BEO, 2521/189035, 1 Muharrem 1323/8 Mart 1905.

³⁸ “Kanun-i Esâsi” terimi, hem Osmanlı Devleti döneminde hem de sonrasında farklı ülkelerin anayasalarının başlık ve muhtevâlarında yer alacaktır. 1906 İran Anayasası'nın ilanına uzanan süreçte Osmanlı Devleti'nin etkisini yansıtan “meşrutiyet” ve “kanun-i esâsi” terimleri; “Kanun-i Esâsi-yi Meşruta” şeklinde 1906 Anayasası'nın adında görülecektir (Tilmann J. Röder, “The Separation of Powers in Muslim Countries”, Constitutionalism in Islamic Countries”, Rainer Grote/Tilmann J. Röder (ed.), Oxford University Press, 2012, s.359; Hatice Kılıç, “İran'ın Modernleşme Sürecinde Osmanlı Devleti'nin Rolü”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü Orta Doğu Siyasi Tarihi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 83, 118-123, 126 d.n. 2). 1919 Trablusgarb ve 1919 Berka Bölgeleri (Libya), 1920 Suriye, 1925 Irak, 1928 Doğu Ürdün Anayasaları, anayasa mukâbilinde; “kanuni'l-esâsi” terimini başlıklarına yansıtmışlardır (Yusuf Kazmahurî, ed-Desâtir fi'l-Âlemi'l-Arabî, Nusûs ve Ta'dilât, 1839-1987, Dârü'l-Hamrâ, Beyrut, 1989, s. 483-487, 23, 325, 33). 1926 Lübnan Anayasası, ed-Düstürü'l-Lübnânî” adlandırmasında, daha sonra sömürgecilikten kurtularak bağımsızlığını kazanacak ve anayasalarını yapacak olan Arap devletlerinde, aynı zamanda günümüzde hâkim kullanımı oluşturan “düstür” kelimesini benimseyecektir (Kazmahurî, s. 438).

³⁹ Kazmahurî, s. 535.

metninde yer alan bu tabir, geçiş dönemi Şartlarında öncelikle ihtiyaç duyulan “temel/esas teşkilat” yapısını belirlemek⁴⁰ amacıyla bu adı taŐımiŐ gzlmektedir. “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” terimi 1924 yılında ilan edilen anayasaya da ad olarak varlığını koruyacaktır.

III. ANAYASAL NİTELİKTE BELGELER VE ANAYASALAR

Modern meşrutiyet/anayasacılık anlayışı, siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yönelik düşünce, yöntem, kural ve kurumları ihtiva etmekle birlikte, özellikle yönetimi hukukla çerçeveleyen “kural (anayasa)” ve “kurumla (meclis/parlamento)” özdeŐleŐtirilmekte, somutlaŐtırılmaktadır. Osmanlı-Türk literatüründe döneme ilişkin değerlendirmede bulunan Başgil rneğinde; Gülhane Hattı'nın ilanına kadar olan dönem “mutlak hükümdarlık”, Gülhane'den 1876'ya kadar belli sınırlamalara tbi dönem “mutedil hükümdarlık”⁴¹ olarak nitelendirilmiştir. Özellikle, 1908 Meşrutiyeti sonrası, “mutlak yönetim dönemi” kavramsallaŐtırması, Kanun-i Esasi ve Meclis'in olmadığı döneme kadar teŐmil edilmiştir.⁴² Her hlkrda, bir “dönem” anlamı dışında, açıkça belirtilmese de; kanun koyma yetkisine sahip Meclis'e yer vermesi, iktidarı Şarta bağlayarak sınırlandıran anayasal bir metin olması hasebiyle meşrutiyet ya da baŐlangıci olarak Tanzimat Fermanı'na özel bir anlam yüklenmektedir.

Bir metnin anayasallığını belirlemede veya nitelemede maddi ve Şekli olmak üzere iki kritere baŐvurulmaktadır. Maddi anlamda anayasa, devletin temel yapısını, kuruluşunu ve işleyişini belirlerken, Şekli anlamda anayasa, kanunlardan daha farklı Şekil ve usulle konulan ve değiştirilen kuralları ifade etmektedir.⁴³ Osmanlı Devleti'nde bir idari tarz olan eyalet-i mmtazelere, statüleri gereği, içişlerinde idari, hukuki ve mali açıdan düzenleme yetkisi tanınması, anayasaların ilk defa bu vilayetlerde ortaya çıkmasına yol amiŐtir. Kronolojik açıdan ilk anayasal metin, 1800 yılında Osmanlı-Rus Antlaşması ile kurulan Cezayir-i Seba-i Müctemia Cumhuriyeti ya da diğer adıyla Birleşik Yedi Ada Cumhuriyeti'nde kabul edilmiştir. Antlaşma maddeleri gereği, III. Selim tarafından Yedi Ada'nın yönetimini/statusn düzenlemek üzere 1800 yılında ferman Şeklinde ilan edilen metin,⁴⁴ maddi

⁴⁰ Tanör, s. 252-253.

⁴¹ Başgil, s. 73, 82.

⁴² Babanzade İsmail Hakkı, s. 463; Başgil, s.84.

⁴³ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 13. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2021, s. 49-51; Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.38-41.

⁴⁴ Fermanın Osmanlıca metninin günümüz Türkçe'sine çevrilmiş Şekli için bkz. “The Constitution of 1880 in Turkish”, Constitutional Charters of the Ionian Islands, 2012, s. 557-563. El yazması metni Korfu Adası Arşivi'nde bulunan belgenin 1801'de basılan metni 1849 yılında Manessi tarafından yayınlanmıŐtır (Alikı D. Nikiforou, “Principles of the Present Edition”, Constitutional Charters of the Ionian Islands”, Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, Athens, 2012, s.82-83. Müzakereleri İstanbul'da gerçekleŐtirilerek kabul edilen bu Anayasa'nın, literatürde, yapıldığı yer dikkate alınarak “Byzantine Constitution” olarak bilindiğine yer verilmektedir (Foreign Office, British and Foreign State Papers,

açından bir anayasa görünümündedir. Venedik Cumhuriyeti ve Fransa'nın egemenliği altında olduğu dönemden itibaren cumhuriyet yönetimine âşina olan Yedi Ada'da 1803 yılında 212 maddelik ayrıntılı bir anayasa kabul edilmiştir.⁴⁵ Aristokratik, üniter bir cumhuriyet idâresi öngören anayasa, yasama, yürütme ve yargı kurumlarını düzenlemekte, temel hak ve hürriyetlere yer vermektedir.

Osmanlı Devleti'ne bağlı gayrimüslim halkın yaşadığı imtiyâz tanınan eyaletlerden olan Eflak ve Boğdan, Rus işgali altında kaldığı döneme rastlayan 1831 ve 1832'de birer yıl arayla idarî yapılarını düzenleyen maddî açıdan anayasa niteliğinde olan nizamnâmeler kabul etmiştir. 1834 yılında Osmanlı Devleti ile Rusya arasında aktedilen Petersburg Antlaşması'nda imzalanacağı belirtilen bu nizamnâmeler, Osmanlı Devleti tarafından onaylanmıştır.⁴⁶ Eflak ve Boğdan Beylikleri 1866'dan sonra Romanya Prenslığı adı altında imtiyâzlı konumlarını sürdürmüştür. Romanya Prenslığı, 1866 yılında, 1869 Sırp Anayasası'nda olduğu gibi Osmanlı hâkimiyetine değinmeyen bir anayasa ilan etmiştir.⁴⁷

Osmanlı hâkimiyetinde bulunan Sırp Emâreti (Knezliği)'nin hukuken imtiyâzlı statü elde ettiği 1830-1878 arası dönemde; 1835, 1838 ve 1869 yıllarında kabul edilen anayasa metinleri görülmektedir. Bu anayasalar içinde, Türk Anayasası (Turski Ustav) olarak isimlendirilen 1838 Anayasası, 1835 ve 1869 Anayasalarından farklı olarak, müzâkerelerinin ve nihâî şeklinin İstanbul'da karara bağlanarak ilan edilmesi yanı sıra muhtevâsında Devlet-i Aliyye ve padişaha tanıdığı yetkiler bakımından da dikkat çekmektedir.⁴⁸

1816-1817, V.4, London, 1838, s.625; Whyte-Jervis, *The Ionian Islands During the Presnet Century*, London, Chapman, 1863, s. 30; Peter Mackridge, "Introduction", *The Ionian Islands: Aspects of their History and Culture*, Anthony Hirst-Patrick Sammon (ed.), Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, UK, 2014, s. 5; Salma Arfaoui, "Akdeniz'de Bir Uluslararası Çekişme Alanı: Yedi Ada Sorunu (1797-1815)", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, 34. Anayasa'nın İtalyanca metni için bkz. Manessi, s.147-151. Esasında, Manessi'nin yayınladığı metinde "costituzione" (anayasa) şeklinde yalın bir başlık yer almakta olup "Bizans Anayasası" şeklindeki tavsif ilan sonrası döneme ait gözükmektedir. Her hâlükârda İstanbul'da müzâkere edilen, Padişah Fermanı ile kabul ve ilan edilen bir metnin "Bizans Anayasası" şeklinde nitelendirilmesi nesnel gerçeklikle uyumsuzdur.

⁴⁵ 1803 Anayasası'nın Osmanlı Türkçesi'ne çeviri metni için bkz. Cezâyir-i Seba-i Müctemia Cumhuriyunun Bu Defa Hitâmpezîr Olan Nizâm ve İntizâm-ı Dâhilileri Tercümesi, 1803, vr. 2^a- 27^b. Anayasa'nın İtalya'nca metni için bkz. Manessi, s.176-210.

⁴⁶ BOA, Y.EE., 41/146, 20 Zilkade 1267/16 Eylül 1851.

⁴⁷ Ayhan Ceylan, "Osmanlı Anayasacılığı ve 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'na Yansımaları", 100. Yıl Perspektifiyle 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu ve Millî Egemenlik, Prof. Dr. Haluk Alkan-Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Köroğlu (ed.), TBMM Basımevi, Ankara, 2023, s.132.

⁴⁸ Ayhan Ceylan, "Osmanlı İdaresinde Balkanlar'da Anayasa Hareketleri: Sırbistan Örneği", Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, Yayına hazırlayanlar: Prof. Dr. Abuzer Kendigelen-Doç. Dr. Saadet Yüksel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 474-487.

İstanbul'da 1838 yılında bir yanda Sırp Emâreti Anayasası müzakereleri ve ilanı gerçekleşirken, diğer yanda, Tanzimat Fermanı'nın oluşma ve şekillenme süreci devam etmektedir.⁴⁹ Devlet organları ve işlevlerine yer verilmesi, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi, "furuât" (kanun)-"mevâdd-ı esâsiye" (anayasal kural) ayırımına gidilmesi, "furuât"ın Meclis tarafından, "mevâdd-ı esâsiye"nin ise farklı bir organ olan saltanat/padişahlık tarafından belirlenmesi, Tanzimat Fermanı'nı; haklar bildirisini⁵⁰ olmanın ötesinde, maddî, hatta şekli anlamda anayasaya yaklaştıran kendine özgü anayasal bir belge kılmaktadır.⁵¹ Meclis tarafından kararlaştırılan kanunlara padişahın uyma sözünü vermesi suretiyle iktidarı sınırlama boyutu, Ferman'da modern anayasacılık ideolojisinin etkisini göstermektedir. Kanun-i Esâsî'nin yürürlüğüne dâir Hatt-ı Hümayunda, Kanun-i Esâsî'nin ilanı, Tanzimat Fermanı ile başlayan reform sürecinin bir semeresi olarak görülmekte, hatta; 'şartlar uygun olsaydı Kanun-i Esâsî'nin Tanzimat Fermanı zamanında ilan edileceği' belirtilmektedir.⁵² Bu yaklaşımın, geriye yönelik Anayasa'ya meşruiyet sağlama ve konumunu güçlendirme amacı taşıdığı ileri sürülebilirse de Tanzimat Fermanı'nın Kanun-i Esâsî'yi hazırlayıcı ön (prototip) metin olma gerçeğini değiştirmeyeceği açıktır.

Dış baskının ürünü olarak 1856 yılında ilan edilen Islâhât Fermanı, Tanzimat Fermanı'nda ilan edilen hak ve hürriyetleri güvence altına almakla yetinmemekte her alanda gayrimüslimleri müslümanlarla eşit kılmayı öngören anayasal bir belge hüviyeti taşımaktadır.⁵³

Bâbiâli'nin Tanzimat ve Islâhât Fermanlarını eyâletlerde uygulama çabası yanı sıra eyâletlerin kendi iç ve dış dinamiklerinden kaynaklanan ıslâhât süreci Osmanlı egemenliğinde ayrıcalıklı eyâletler olan Tunus ve Mısır'da anayasal belgeler ve anayasaların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Osmanlı hâkimiyetinde fiilen imtiyazlı bir eyâlet olan Tunus'ta, temelde İngiltere ve Fransa'nın etkisi ve baskısıyla;1857 yılında Tanzimat ve Islâhât Fermanlarından yararlanılarak Ahdü'l-Emân adlı haklar bildirgesi niteliğinde bir belge ilan edilmiş, 1861 yılında Osmanlı merkezinin iradesi dışında Kânûnu'd-Devle adlı İslam-Osmanlı ve Arap coğrafyasında ilk modern anayasa olarak kabul edilen bir metin yürürlüğe konulmuştur.⁵⁴ 1841 tarihli verâset ve imtiyâz fermanı kapsamındaki şartlarla Mehmed Ali Paşa

⁴⁹ Ali Akyıldız, "Tanzimat", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, s.1-2.

⁵⁰ Bkz. Tanör, s. 92-93

⁵¹ Tanzimat Fermanı'nın anayasal niteliği ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Tanör, s. 92-93.

⁵² Düstûr, I. Tertip, C. IV, İstanbul, 1296, s. 2.

⁵³ Düstûr, C. I, s. 7-14; Ufuk Gülsoy, "Islahat Fermanı", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 19, İstanbul, 1999, s. 187-188.

⁵⁴ Ayhan Ceylan, Osmanlı Coğrafyasında Anayasacılık: Tunus Tecrübesi, Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 39-69, 83-122. 1861'de Tunus'un kendisine tanıyan imtiyâz sınırlarını aşarak müstakil bir devlet edasıyla, muhtevâsında müstakil bir devlete özgü kavramlara yer vererek anayasa ilan etmesi hoş karşılanmamış ve protesto edilmiştir (BOA, İ.HR, 188/10473).

ve ailesinin uhdesine bırakılan Mısır'da, Tanzimat Fermanı ve temel düzenlemeleri 1852 yılında "Kanunnâme-i Hümayûn" adı altında yürürlüğe girmiştir. Mısır'ın, özellikle Hidiv İsmail Paşa döneminde elde ettiği imtiyâz fermanlarıyla içişlerinde özerkliği genişlemiş, bu kapsamda anayasal nitelikte kurallar ve kurumlar oluşturulmuştur. 1866 yılında üyelerinin seçim, görev, yetki ve çalışma esaslarına yer verilen belgelerle Meclis-i Nüvvâb (Parlamento) kurulmuştur. 1882'de çoğu araştırmacı tarafından Mısır'ın ilk anayasası olarak kabul edilen "Lâihâtü'l-Esâsiyye" ilan edilmiştir.⁵⁵

Girit, 1868 tarihli Fermân-ı Âli ile imtiyâzlı bir vilâyet haline gelmiştir. Vilâyetin statüsünü belirleyen, idarî, siyasi, adli, mâli konumunu düzenleyen ve metin içinde "Nizâmât-ı Esâsiye" olarak nitelenen bu Fermân, maddî açıdan bir anayasadır. 1868 Fermanı artan uluslararası müdahalelerle zamanla tadil ve ikmâl olunarak Girit'in imtiyâz şartları genişlemiş, buna bağlı olarak dâhilî yetkileri artmıştır.⁵⁶

Osmanlı Devleti'nde, aynı zamanda bir dönem başlangıcına yol açacak meşrutî gelişmelerin zirve noktası, merkez İstanbul'da 1876 yılında Kanun-i Esâsî'nin ilan edilmesidir.⁵⁷ Bu anayasa, ıslâhat yanlısı düşünce ve eylemler, meşrutiyeti kabul etmek zorunda kalan padişah iradesi, anayasa ve meşrutiyet yanlısı kamuoyu ve meşrutiyeti ilanla Batılı devletlere güven vermek ve baskıları savuşturmak amacının etkisiyle ortaya çıkmış gözükmektedir. Ortaya çıkan metin hem maddî hem de şekli anlamda bir anayasa özelliği taşımaktadır.

Düvel-i Muazzama'nın nüfuz rekabetini dengelemek amacıyla 1878 yılında imzalanan Berlin Antlaşması, Osmanlı hâkimiyetinde özerk/mümtâz Bulgaristan Prensligi ile Şarkî Rumeli Vilâyeti'ni oluştururken, anayasalarının tanzimi, ilanı ve yürürlüğüne ilişkin sürece de yer vermiştir. 1879 yılında kabul edilen Prenslik ve Vilâyet Anayasaları, hem maddî hem de şekli açıdan anayasa niteliği taşımaktadır. Bulgaristan Prensligi Anayasası, 1866 Romanya Prensligi ve 1869 Sırp Anayasası'nda olduğu gibi Osmanlı hâkimiyetine değinmemiştir. Buna karşılık askerî ve siyasi açıdan padişaha bağlı olan Şarkî Rumeli Vilâyeti Anayasası'nda padişaha geniş yetkiler tanınmıştır.⁵⁸

IV. ANAYASAL İLKELER VE UYGULAMALAR

Modernleşme sürecine kadar İslam-Osmanlı hukuk ve siyaset uygulamasında -Medine Vesikası'nın kendine özgü özellikleri bir yana

⁵⁵ Ayhan Ceylan, Osmanlı Taşra İdarî Tarzı Olarak Eyâlet-i Mümtâze ve Mısır Uygulaması, Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 64-84.

⁵⁶ Düstûr, C.I, s. 652-655; Ali Fuat Türkgeldi, Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye, C.I-III, 2. Baskı, Yay. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1987, C.III, s. 176-215.

⁵⁷ Kanun-i Esâsî metni için bkz. Düstûr, I. Tertip, C. IV, s. 4-20.

⁵⁸ Ayhan Ceylan, "1879 Bulgaristan Emâreti Anayasası ile 1879 Şarkî Rumeli Anayasası'nın Mukayesesi", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S.35, 2023 (Bahar), s. 8-41.

birakılırsa- kurallar hiyerarşisinde tâbi olunan, iktidarın statüsünü, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen “anayasa” mâhiyetinde üst bir metin yer almamıştır. Osmanlı Devleti’nde, ilk önemli örneği Fatih Sultan Mehmet döneminde ortaya konan kanunnâmeler görülmekle birlikte kanunlaştırma hareketi ve ona bağlı olarak anayasal metinlerin ortaya çıkışı Batılılaşmanın etkisiyle gerçekleşmiştir. İslam’ın sosyal ve siyasal meşruiyetin en önemli kaynağı olmayı sürdürdüğü bir zeminde, yapılacak hukukî islâhâtta İslam hukuku ile uyuma belli bir özen gösterilmiştir. Anayasal metinlerin şekil ve muhtevâlarında Batıdan etkilenme görülse de İslam hukuku ve siyasî gelenek korunmaya çalışılmıştır. Modern anayasal düşünce, kurum, kural ve ilkeler alınırken; zaman zaman anlam kaybına ve sapmasına uğratılmış da olsa, meşveret, biat ve icmâ gibi geleneksel kavram ve uygulamalarla uyumlaştırılma yoluna gidilmiştir.

Osmanlı coğrafyasında anayasal metinlerin ve buna bağlı olarak anayasal ilke ve uygulamaların ortaya çıkışını 1800’de kurulan Cezâyir-i Seb’a-i Müctemia Cumhuriyeti ile başlatmak gerekir. Ancak eyâlet-i mümtâzelerde kabul edilen anayasal metinlerin Osmanlı anayasacılığına katkısı aynı değerde değildir. Bu yön dikkate alınarak, bu başlıkta, Cumhuriyet öncesi dönemde Osmanlı Anayasacılığına doğrudan katkı sağlayan anayasal metinlere yer verilecektir. Merkez dışındaki metinlerin tercihinde, anayasalarının muhtevâsında Osmanlı Devleti’ne yetki tanınması ölçü alınacaktır. Zira anayasalardaki merkez-vilâyet ilişkisi; devlet adamları nezdinde anayasal kavram, kurum ve ilkelere âşinalığı, yeri geldiğinde uygulamaya dâhil olmayı beraberinde getirerek anayasal birikimin esasını oluşturmuştur. Osmanlı hâkimiyetinde oldukları dönemde, Bâbiâlî ile ilişkisine değinmeyen ya da muhtevâsında yer vermeyen; 1803 Cezâyir-i Seb’a-i Müctemia Cumhuriyeti, 1866 Romanya, 1879 Bulgaristan Emâreti Anayasaları örnekleriyle, merkezden habersiz ilan edilen 1861 Tunus Vilâyeti Anayasası’nda Osmanlı Anayasacılık tecrübesine katkıdan söz etmek olası gözükmemektedir.

Şekli anlamda anayasa tanımı gereği, kanun-anayasa kuralı ayrımı ortaya çıkmakta, bir hiyerarşi belirlemekte, dolayısıyla anayasanın kanunlara nispetle üstünlüğü ve bağlayıcılığına ulaşılmaktadır. Maddî ve şekli anlamda anayasallığa, keza anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı uygulamasına rastlanılan ilk metin 1838 Sırbistan Türk Anayasası’dır. Padişahın fermanıyla yürürlüğe konulan, Sırp Emâreti’nin organlarını, işleyişini, yetkilerini, kişilerin hak ve hürriyetlerini belirleyerek maddî anlamda anayasa niteliği taşıyan bu metnin, kanunlardan daha farklı bir usulle konulduğu ve değiştirildiği, bununla bağlantılı olarak, üstünlüğü ve bağlayıcılığının kabul edildiği görülmektedir. Sırbistan’da kabul edilen hukukî düzenlemelerin anayasaya uygun olması ve anayasanın diğer metinlerle değiştirilememesi gerektiği konusunda Osmanlı Devleti, anayasa müzâkerelerine katılan Rusya ve Sırbistan tarafında mutâbakat bulunmaktaydı. Anayasa gereği Sırbistan kendi kanunlarını yapmaktaydı serbestti; ancak kanunlar anayasaya uygun olmalıydı. Anayasa değişikliğini gerektiren bir durum söz konusu olduğunda, Osmanlı Devleti’ne arz edilmesine, değişikliğin Anayasa ilanında olduğu gibi şeklen ferman ve Anayasa’ya ek olarak yapılmasına dikkat edilmiştir. Nitekim 1845 yılında Sırp Knezliği tarafından, Anayasa’da

belirtilen mahkeme silsilesinde yer almayan yeni bir kesin hüküm mahkemesi kurulması,⁵⁹ keza 1850'de Anayasa'nın ilgili hükmünün açık olmadığı ve ilerde hukuka aykırı davranıldığı ithâmıyla karşı karşıya kalınmamak için ihtiyaç duyulan polis yetkisinin artırılması talepleri bir metin hâline getirilerek⁶⁰ usûlünce Bâbîâlî'ye başvurulmuş, Bâbîâlî düzenlemeleri Anayasa'ya ek şeklinde yayınlamak üzere izin vermiştir.

Sırp Emâreti Hâriciye Müdürü'nün 1838 Anayasası'nın ilgâ edilmesine ilişkin Meclis'te yaptığı konuşmayla ilgili verilen cevabı içeren bir belgede, Anayasa'nın aynı zamanda Düvel-i Muaazzama'nın kefâleti altında olan bir metin olduğu belirtilerek, padişahın iradesi olmaksızın “fesh ve tağyir” edilemeyeceği vurgulanmıştır⁶¹.1860 yılında Sırp Meclisi tarafından gönderilen bir yazıda, 1830 yılında yayınlanan Hatt-ı Hümayun hükümleri gereği Sırbistan'a içişlerinde tam bir bağımsızlık tanındığı, bu kapsamda anayasasını kendisinin yapması gerektiği, ayrıca mevcut anayasanın zamanın ihtiyaçlarını karşılamadığı ve kurumlar arasında sorunlar ürettiği belirtilmiştir. Konu Meclis-i Vükelâ'da müzakere edilmiştir. Kararda, 1838 yılında ilan edilen Kanunnâme-i Hümayun, “Kanun-i Esâsî” olarak isimlendirilerek, konulması ve değiştirilmesi hakkının padişaha ait olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, Sırbistan Knezliği'nin Anayasa'ya uygun olarak kanun ve nizâmlarını kararlaştırabileceği, Anayasa'da değişiklik taleplerini Padişaha arzedebileceği hatırlatılmıştır.⁶² Bahsi geçen belgelerde, kanun ve anayasa ayırımının yapıldığı, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı anlayışının yerleştiği görülmektedir.

Vilâyet uygulamalarından gelen tecrübe yanında 1830 Fransa Anayasası, 1831 Belçika Anayasası ve özellikle 1850 Prusya Anayasası'ndaki⁶³ çağdaş anayasal birikim dikkate alınarak hazırlanan 1876 Osmanlı Kanun-i Esâsî'sinde anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığına yer verilmiştir. Anayasa'nın 115'inci maddesine göre; Anayasa hükümleri her hangi bir sebep ve bahane ile “tatil veya icrâdan iskât edilemez”. 116'ncı maddeye göre de; Anayasa hükümlerinin değiştirilmesi, Mebusan ve Âyan Meclislerinin üçte iki çoğunluğunun kabulüne bağlı tutularak kanunlardan daha farklı bir usûl benimsenmiştir. Keza, 46'ncı madde gereğince; Meclis-i Umûmî Üyeleri Kanun-i Esâsî hükümlerine riâyet edeceklerine yemin etmektedir.

⁵⁹ BOA, İ.MSM, 34/978, 27 Ramazan 1261/29 Eylül 1845; BOA, İ.HR., 332/21394, -8, -9, 16 Muharrem 1277/4 Ağustos 1860.

⁶⁰ BOA, İ.HR., 65/3163, 29 Cemaziyelahir 1266/12 Mayıs 1850

⁶¹ BOA, HR. SYS., 1487/1, 19 Eylül 1858.

⁶² BOA, İ.HR., 332/21394, -4, -6, -10.

⁶³ 1830 Fransız Anayasası'nın 1831 Belçika Anayasası'nı, 1831 Belçika Anayasası'nın da 1850 Prusya Anayasası'nı etkilediği anlaşılmaktadır (Flanz, s. 74-76). Üçok, madde karşılaştırmalarıyla, Kanun-i Esasi'nin özellikle 1850 Prusya Anayasası örnek alınarak hazırlandığını belirtmektedir. Bkz. Coşkun Üçok, “1876 Anayasası'nın Kaynakları”, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Kanun-i Esasi'nin 100.Yılı Sempozyumu, 9-11 Nisan 1976, Haz. Siyasî İlimler Türk Derneği, Ankara, ty., s. 5-25.

1879 Şarkî Rumeli Anayasası'nın⁶⁴ ilanında ve metninin içeriğinde, üstünlüğü ve bağlayıcılığına değinilmiştir. Vali, Anayasa hükmü gereği, “hükümlerinin muhafazasına” özen gösterecektir (m.51). Anayasa, Osmanlı kanunlarının Rumeli-i Şarkî Anayasası hükümlerine aykırı olmadıkça Eyâlette geçerli olabileceğine yer vermektedir (m.11). Bu maddede görüleceği üzere, “kanunların anayasaya aykırı olamayacağı” açıkça vurgulanılarak “anayasanın üstünlüğü” ilkesine yer verilmektedir⁶⁵. Yine, Anayasa'nın kanunlardan daha farklı şekil ve usulle konulduğu ve değiştirildiği görülmektedir: Anayasa zeylindeki düzenlemeler ve cetveller bir eyâlet kanunuyla değiştirilebilirken, Berlin Antlaşmasını imzalayan devletlerle Bâbiâli arasında ittifak olmadıkça Anayasa hükümleri tadil olunamayacaktır (m. 495).

Osmanlı Devleti gerek merkezde gerek vilâyetlerde, anayasaların işlevselliğinin önemli bir yansıması olarak meclis/parlamento tecrübesine sahne olmuştur. Tanzimat Döneminde, 1838 Meclis-i Vâlâsı, 1854 Meclis-i Tanzimatı ve 1868 Şûrâ-yı Devleti kanun yapımı başta olmak üzere karar alma ve müzakere usûlleriyle parlamentoyu hazırlayıcı rol üstlenmişlerdir. Meşrutiyet Döneminde farklı unsurlardan mürekkep yapısıyla Meclis-i Umûmî, geneli itibariyle bir İmparatorluk Meclisi kimliğiyle, her iki Meşrutiyet Döneminde, Anayasa'da tanınan çerçevede, yetkilerini sonuna kadar kullanmaktan geri kalmamıştır.

Meclislerde belki de ilk örnekleri olmak üzere, kanunların anayasaya uygunluğunun tartışıldığı, hatta denetlendiği görülmektedir. Meclis-i Mebusan'da, I. Meşrutiyet Dönemi toplantı sürecinde bile; “kanunların anayasaya muvafık (uygunluk)” ya da “mugayir (aykırılık) olma” tartışmaları⁶⁶ yapılmıştır. Dikkat çeken bir denetim şekline Şarkî Rumeli'de rastlanmaktadır. Bu Vilâyet'in Meclis-i Umûmisi'nde görüşülerek kararlaştırılan kanun lâyihaları, Anayasası gereği padişahın onayına sunulmaktadır⁶⁷. Bâbiâli'ye arz edilen kanun lâyihaları, incelenmek üzere Şûra-yı Devlet Tanzimat Dairesine⁶⁸ havale edilmekte, burada kanun

⁶⁴ Şarkî Rumeli Nizamnâmesi'nin esas ve zeyllerden oluşan Osmanlıca metni için bkz. Düstür, I. Tertip, C. IV, s. 867-1111; Nizamnâme-i Dâhilî ve zeyllerinin Osmanlıca ayrı basımı için bkz. Rumeli-i Şarkî'nin Nizamnâme-i Dâhilîsi, Defa-i Sâlis, Dersâadet, Matbaa-i Âmire, 1295.

⁶⁵ BOA, ŞD., 2472/21, 11 Safer 1301/12 Aralık 1883.

⁶⁶ Hakkı Tarık Us, Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, C.I-II, Vakit Gazete-Matbaa, İstanbul, 1939, C.I, s. 33, 83-87, 105-108, 122, 167-168.

⁶⁷ BOA, A.MTZ.RŞ., 1/36, 13 Zilhicce 1298/6 Kasım 1881; BOA, A.MTZ.RŞ., 2/11, 14 Zilhicce 1300/16 Ekim 1883; BOA, A.MTZ.RŞ., 3/5, 1 Zilhicce 1301/22 Eylül 1884; BOA, A.MTZ.RŞ., 4/6, 1 Zilkade 1302/11 Eylül 1885.

⁶⁸ Şûra-yı Devlet'in bu yetkisine 1880 tarihli yürürlüğü belli olmayan Dâhilî Nizamnâmesi'nin 14'üncü maddesinde rastlanmaktadır. Nizamnâme'de, Şûrâ-yı Devlet; “...mutlakiyet-i idare [özerk] tahtında bulunan vilâyâta ait nizamât-ı umumiye ve hususiye layihalarının tedkik ve müzakeresine...memurdur” denmektedir. Ancak Nizamnâme yürürlükte olsun veya olmasın Şûra-yı Devlet'in en azından Rumel-i Şarkî Vilayeti örneğinde kaleme alınan yetkisini yerine getirdiği görülmektedir. Nizamnâme maddesi için bkz. Fethi Gedikli, Şûra-yı Devlet, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 604-605.

lâyihaları, Şarkî Rumeli Anayasası hükümlerine uygunluk açısından da denetlenmektedir⁶⁹. Buna bağlı olarak Şûra-yı Devlet, mazbatasında kabul veya red kararları vermekte, kanunların Vilâyet'e iadesinde bu kararlar etkili olmaktadır. Görüldüğü üzere kanunların Anayasaya uygunluğu aynı zamanda yargı organı olan Şûra-yı Devlet tarafından denetime tâbi tutulmaktadır. Ancak bu denetim, kanunun Vilayet Meclisi tarafından kabulü sonrası ve padişah tarafından tasdikinden önce “önleyici bir denetim” şeklinde gerçekleşmekte, padişahça tasdik edilen kanun Vilayet Valisi tarafından ilan edilmektedir.

Hem merkez hem de vilâyet anayasalarında, yasama yürütme ve yargı organlarına yer verilerek belli ölçüde kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği görülmektedir. 1909 Anayasa değişikliğiyle birlikte parlamenter sistem güçlendirilmiş, seçim, çok partili sistem ve muhâlefet gibi kavram ve uygulamalar yönetim ve toplum kesimlerinde iyice yerleşmiştir.

II. Abdülhamid'in Meclisi tatil edip Anayasayı askıya almasına duyulan tepki, özellikle, II. Meşrutiyet'in ilanı ve Meclisin artan gücüyle birlikte “millî hâkimiyet” kavramına yer verilmeye başlanmıştır⁷⁰. Bu yaklaşım, 1909 Kanun-i Esâsî değişikliğinin 54'üncü maddesinde: “*Meclis-i Meb'usan ve Âyanca kabul olunup padişaha arzedilen kanun lâyiha ları padişah tarafından iade edilebilir. İade edilen kanun lâyihası Meclislerce üçte iki çoğunlukla kabul edildiği takdirde Meclis iradesi kanunlaşmaktadır*” hükmüyle güçlü bir şekilde vurgulanmış, nihâi karar yetkisi padişah'tan çıkıp Meclis'e geçmiştir. Yeni Osmanlılar'da görülen, İslamî beyat ve Batılı sözleşme teorisinin senteziyle şekillenen görüş çerçevesinde halife yönetme yetkisini millettan alan bir vekil olarak görülmüştür.⁷¹

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nin bağlı olduğu hukuk anlayışı ve siyaset geleneği mutlak bir yönetim anlayışı öngörmemiştir. İç ve dış zorunluluk sonucu karşı karşıya kalınan islâhat süreci Osmanlı Devleti'ni Batılı modern kanunlaştırma ve anayasacılığın etkisine itmiştir. Yeni eğilim, belirliliğe, öngörülebilirliğe, yönetilen ve yöneticiler bakımından hakların ve sorumlulukların tespitine önem vererek yazılı metinlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Başka âmillerin tesiri olmakla birlikte temel kanunlar, anayasal belgeler ve anayasalar temelde bu sâikle kabul ve ilan edilmiştir. Şerî hukukun genel ilkeler şeklinde düzenlediği, boşluk ya da yönetimin

⁶⁹ Bazı örnekler için bkz. BOA, İ.MTZ.(04), 7/280-9,10, 20 Rebiulahir 1298/22 Mart 1881; BOA, İ.MTZ.(04), 7/265,-4,19 Cemaziyelahir 1297/29 Mayıs 1880; ŞD., 2443/21,-3, 27 Cemaziyevvel 1298/27 Nisan 1881; ŞD., 2000/36, -1, 7 Zilkade 1299/20 Eylül 1882.

⁷⁰ Rıdvan Akın, “*İkinci Meşrutiyette Parlamento ve Hükümet*”, 100. Yılında II. Meşrutiyet Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 46.

⁷¹ Kara, s.100, 140-142

takdirine bıraktığı örfi hukuk kapsamındaki anayasa ve idare hukuku alanlarında Osmanlı Devleti ister istemez modern tarzdaki kanun veya kanunlaştırma sürecine öncelikle dâhil olmuştur.

Geniş coğrafyayı hâkimiyetinde bulunduran Osmanlı Devleti ilk anayasal tecrübeyi 1800 ve 1803 yıllarında, Batı'da Balkan coğrafyası sınırında uluslararası gelişmelerin bir ürünü olan mümtâz eyâlet statüsündeki Cezâyir-i Seba-i Müctemia Cumhuru'nda yaşamıştır. Şark meselesi ile bağlantılı uluslararası nüfuz rekabeti sonucu özerk statü kazanan diğer Balkan eyâletleri; Eflak-Boğdan 1831-1832'de, Sırbistan 1835, 1838 ve 1869'da, Romanya 1866'da, Girit 1868'de, Bulgaristan Emâreti ve Şarkî Rumeli Vilâyeti 1879 yılında anayasal metinler kabul etmiştir. Osmanlı Devleti'nin dahli olmaksızın Tunus 1861'de, Mısır 1882'de anayasa yürürlüğe koymuştur. Modern anayasacılık etkisiyle; Tanzimat Fermanı 1839'da, Islâhât Fermanı 1856'da ve Kanun-i Esâsî 1876'da merkezde yürürlüğe giren anayasal metinler olmuştur. Uluslararası dinamiklerin zorladığı şartların etkisiyle karşı karşıya kalınan bu anayasal süreç, yabancı olunan modern değerler dolayısıyla başlangıçta tereddütle ve ihtiyatla karşılanmış, geleneksel değerlerle uyumlulaştırılmaya ve meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. Devlet adamları, metinlerin müzâkereleri, iç ve dış yazışmaları, ilanları ve kabulleri süresince yeni kavramlar, ilkeler, kurallar ve kurumlarla karşılaşmış; bunları bazen aynen kabul ederken, bazen de uyumlulaştırmaya özen göstermiştir. Bütün bu gelişmeler boyunca, devlet adamları, düşünce, kavram, metin, ilke ve kurumlar boyutuyla anayasal bir birikime sahip olmuş, Anayasanın kanunlardan farklı bir metin olduğunu, üstünlüğünü ve bağlayıcılığını fark etmiştir. Tereddütle karşılanan anayasacılık (meşrutiyet) olgusu, zamanla gerek merkez gerekse taşrada meşrutiyet taraftarı bir kesim ortaya çıkarmıştır. 1876 Kanun-i Esâsîsi de merkezde meşrutiyet taraftarı bu kesimin gayretleriyle ilan edilmiştir. II. Meşrutiyet ve sonrası şartlarda her kesimden geniş bir teveccüh gören meşrutiyet/anayasacılık olgusu, gittikçe güçlenen millî hâkimiyet anlayışını bünyesine dâhil ederek Cumhuriyet'e önemli bir anayasal miras bırakmıştır.

KAYNAKÇA

I.Arşiv Belgeleri

- Bab-1 Ali Evrak Odası (BEO)
Hâriciye Nezâreti Siyasi (HR.SYS.)
Hariciye Nezâret Tercüme Odası (HR.TO)
Hatt-1 Hümâyün (H.H)
İrade Bulgaristan (İ.MTZ. (04)
İrade Hâriciye (İ.HR)
İrade Mesail-i Mühimme (İ.MSM)
İrade Mısır (İ.MTZ. (05)
İrade Kanun ve Nizamât İ.KAN)
İrade Ticaret ve Nafia İ.TNF)
Sadaret Mukavelenâmeler (A.DVN. MKL)
Sadaret Rumeli Şarkî (A.MTZ.RŞ.)
Şura-yı Devlet (ŞD.)
Yıldız Esas Evrakı (Y.E.E)

II-Kitap, Makale ve Diğer Kaynakla

Ahmed Rifat, “Sırbistan Tarihi”, Üçüncü Sene, Numara 26, Mecmua-i Fünûn, İstanbul 1281, s.48-56.

Ahmed Sâib, Abdülhamid’in Evâil-i Saltanatı, 2. Tab, Hindiye Matbaası, Kahire, 1326.

Akgündüz A, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.

Akın R, “İkinci Meşrutiyette Parlamento ve Hükümet”, 100. Yılında II. Meşrutiyet Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2009, ss.27-48.

Akyıldız A, “Tanzimat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, ss.1-10.

Arfaoui S, “Akdeniz’de Bir Uluslararası Çekişme Alanı: Yedi Ada Sorunu (1797-1815)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.

Babanzâde İsmail Hakkı, Hukuk-ı Esâsiye, 2. Tab., Osmanlı Matbaası, Kostantiniyye, 1329.

Başgil A F, Esas Teşkilât Hukuku, 1960 Tarihli Basıdan Tıpkı Basım, Yağmur Yayınevi, İstanbul, 2019.

Ceride-i Havâdis, Numara 550, 17 Zilhicce 1267.

Ceylan A, Osmanlı Taşra İdarî Tarzı Olarak Eyâlet-i Mümtâze ve Mısır Uygulaması, Kitabevi, İstanbul, 2014.

Ceylan A, Osmanlı Coğrafyasında Anayasacılık: Tunus Tecrübesi, Kitabevi, İstanbul, 2018.

Ceylan A, “Osmanlı İdaresinde Balkanlar’da Anayasa Hareketleri: Sırbistan Örneği”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, Yayına hazırlayanlar: Prof. Dr. Abuzer Kendigelen-Doç. Dr. Saadet Yüksel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 465-489.

Ceylan A, “Osmanlı Anayasacılığı ve 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu’na Yansımaları”, 100. Yıl Perspektifiyle 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu ve Millî Egemenlik, Prof. Dr. Haluk Alkan-Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Koroğlu (ed.), TBMM Basımevi, Ankara, 2023, ss.117-136.

Ceylan A, “1879 Bulgaristan Emâreti Anayasası ile 1879 Şarkî Rumeli Anayasası’nın Mukayesesi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S.35, 2023 (Bahar), ss.5-50.

Cezâyir-i Seba-i Müctemia Cumhuriyunun Bu Defa Hitâmpezîr Olan Nizâm ve İntizâm-ı Dâhilileri Tercümesi, 28 Varak, Korfu Adası, 1803, MSS 12096, Biblioteca Nacional de España.

Düstûr, C.I, İstanbul, 1289.

Düstûr, I. Tertip, C. IV, İstanbul, 1296.

Ebi’d-Diyâf, Ahmed b., İthâfu Ehli’z-Zaman bi-Ahbâri Mülûki Tûnis ve Ahdi’l-Emân, C.I/I, Vezâretü’s-Sekâfe, Tûnis, 1999.

Eren A, Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Flanz G H, XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri, çev. Necat Erder, Şerif Mardin, Aydın Sinanoğlu, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1956.

Foreign Office, British and Foreign State Papers, 1816-1817, V.4, London, 1838.

Gedikli F, Şura-yı Devlet, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Gözler K, “Anayasa Kelimesi Üzerine Konstitüsyon, Kanun-i Esâsi, Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu ve Anayasa”, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasa-kelimesi.htm>, (s.e.t. 03.10.2023).

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 13. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2021.

Gülsoy U, “Islahat Fermanı”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 19, İstanbul, 1999, ss.185-190.

Hanioğlu Ş, “Meşrutiyet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 29, Ankara, 2004, ss.388-393.

Kara İ, İslâmcıların Siyasi Görüşleri 1, 4. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2017.

Kaynar R, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1985.

Kazmahurî Y, ed-Desâtir fi’l-Âlemi’l-Arabî, Nusûs ve Ta’dilât, 1839-1987, Dârü’l-Hamrâ, Beyrut, 1989.

Kılıç H, “İran’ın Modernleşme Sürecinde Osmanlı Devleti’nin Rolü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü Orta Doğu Siyasi Tarihi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul, 2006.

Kubbealtı Lügatı, “Esâs”, <http://lugatim.com/s/Esâs> (s.e.t.7.10.2023).

Mackridge P, “Introduction”, The Ionian Islands: Aspects of their History and Culture, Anthony Hirst-Patrick Sammon (ed.), Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, UK, 2014.

Manessi N B, “Part One:The Printed Tradition”, Constitutional Charters of the Ionian Islands, Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, Athens, 2012, ss.133-380.

Muâhedât Mecmuası, C.IV, Ceride-i Askeriye Matbaası, 1298, s.29.

Namık Kemal, “El-Hakku Yalu Vela Yula Aleyh”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S.1.

Namık Kemal, “Usûl-i Meşvetete Dâir Bir Muterize Cevaben Yazılmış Mektub”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S. 12.

Namık Kemal, Veşâvirhum fi’l-Emr”, Hürriyet Gazetesi, 1285, S.4.

Nikiforou A D, “Principles of the Present Edition”, Constitutional Charters of the Ionian Islands”, Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, Athens, 2012, s.69-77.

Okandan R G, Âmme Hukukumuzun Anahatları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977.

Orfanoudakis S K, “Constitutional Texts of the Ionian Islands: A Review”, Constitutional Charters of the Ionian Islands”, Alikı D. Nikiforou (ed.), Hellenic Parliament Foundation, Athens, 2012, ss.39-68.

Özbudun E, Anayasalcılık ve Demokrasi, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

Redhouse J W, A Lexicon English and Turkish, London 1861.

Röder T J, “ The Separation of Powers in Muslim Countries”, Constitutionalism in Islamic Countries”, Rainer Grote/Tilmann J. Röder (ed.), Oxford University Press, 2012, ss.321-372.

Rumeli-i Şarkı’nın Nizamnâme-i Dâhilisi, Defa-i Sâlis, Dersaâdet, Matbaa-i Âmire, 1295.

Takvim-i Vekâyi, Defa 187, 15 Ramazan 1255.

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 20. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.

Tunaya T Z, Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938) Kanun-ı Esâsi ve Meşrutiyet Dönemi, 4. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

Türkgeldi A F, Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye, C.I-III, 2. Baskı, Yay. Haz. Bekir Sıtkı Baykal, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1987, C.III.

Us H T, Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, C.I-II, Vakit Gazete-Matbaa, İstanbul, 1939, C.I.

Üçok C, “1876 Anayasası’nın Kaynakları”, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Kanun-i Esasi’nin 100.Yılı Sempozyumu, 9-11 Nisan 1976, Haz. Siyasî İlimler Türk Derneği, Ankara, ty., ss. 1-25.

Whyte-Jervis, The Ionian Islands During the Presnet Century, London, Chapman, 1863.

Yılmaz H, “Osmanlı Devleti'nde Batılılaşma Öncesi Meşrutiyetçi Gelişmeler”, Divân Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi, C. 13, Sy. 24, 2008, ss.1-30.

TÜRKİYE'DE İNSAN HAKLARI ALANINDA HAZIRLANMIŞ LİSANSÜSTÜ TEZLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

An Investigation On Postgraduate Thesis in the Field Of Human Rights in Turkey

Prof. Dr. Serdar GÜLENER*
Arş. Gör. Dr. Abdullah Yasin ERDEM**

Öz: İnsan hakları, bireyin diğer bireyler ve devletle olan ilişkisini belirleyen temel standartları ifade ederken; insan hakları hukuku, devletin ve ulusal-üstü kurumların bireye karşı sorumluluklarını ve yükümlülüklerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Literatürde insan haklarının ağırlıklı olarak hukuksal bir bakış açısıyla incelendiği ve bu durumun insan hakları hukukunun gelişmesine ve akademik araştırmalara yön verdiği görülmektedir. Ancak bu hukuksal bakış açısının tek başına yeterli olmadığı ve insan haklarının çok boyutlu bir fenomen olduğu her geçen gün daha yüksek sesle dile getirilmektedir. Bu bağlamda, insan haklarının sosyal bilimlerin diğer alanlarıyla etkileşiminin artması bir "insan hakları sosyal bilimi" kavramsallaştırmasını da gündeme getirmektedir. Bu çalışma, Türkiye'de yapılan insan hakları alanındaki lisansüstü tezleri disiplinlerarası bir perspektif içinde bibliyometrik analiz yöntemiyle incelemiştir. Elde edilen veriler, Türkiye'de insan hakları alanında lisansüstü tezlerin sayısının 2000'li başından itibaren giderek arttığını, 2010'lu yılların sonlarında zirveye ulaştığını; tezlerin ağırlıklı olarak hukuk disiplininin kavram ve metodolojisini kullandığını ancak hukuk dışında sosyal bilimlerin siyaset bilimi, uluslararası ilişkiler, eğitim bilimleri, felsefe vb. diğer alanlarının da insan haklarının konularını gün geçtikçe akademik araştırmalara konu etmeye başladığını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, insan hakları hukuku, sosyal bilimler, bibliyometri, bibliyometrik analiz, lisansüstü tezler.

Abstract: Human rights articulate the foundational standards governing the relationship between individuals and the state, while human rights law encompasses the rules that regulate the responsibilities and obligations of the state and supranational institutions towards individuals. In the literature, it is observed that human rights are predominantly examined from a legal perspective, which has directed the development of human rights law and academic research. However, the sufficiency of this legal perspective alone is increasingly questioned, advocating that human rights are a multidimensional phenomenon. In this context, enhancing the interaction of human rights with other fields of social sciences brings forth the conceptualization of a "social science of human rights." This study examines postgraduate theses in the field of human rights in Turkey through a bibliometric analysis within an interdisciplinary perspective. The data obtained indicate that the number of postgraduate theses on human rights in Turkey has gradually increased since the early 2000s, reaching a peak in the late 2010s. Although these theses predominantly employ the concepts and methodology of the legal discipline, it is observed that other social science fields, such as political science, international relations, educational sciences, philosophy, etc., are increasingly addressing human rights issues in academic research.

Keywords: Human Rights, Human Rights Law, Social Sciences, Bibliometrics, Bibliometric Analysis, Postgraduate Theses

* Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
sgulener@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1014-7500.

** Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
yasinerdem@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3895-7150.

Makale Geliş Tarihi: 13.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 28.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483936

GİRİŞ: İNSAN HAKLARI (HUKUKU)-SOSYAL BİLİM İLİŞKİSİ ÜZERİNE

Gerek Dünyada gerekse ülkemizde akademik düzeyde insan haklarının ağırlıklı biçimde hukuksal bir bağlam içinde ele alınarak incelendiği söylenebilir. “İnsan hakları hukuku” adıyla müstakil bir alanın ortaya çıkmasını da sağlamış olan bu durum özellikle insan haklarına ilişkin bilimsel/akademik çalışmalara da yön vermiş gözükmektedir. Bu durum insan hakları ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkinin de netleştirilmesini gerekli kılmaktadır. Böylece insan haklarının neden hukuksal bir çerçeveye sahip olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

İnsan hakları bireyin hem diğer bireylerle hem de devlet ile olan ilişkisinin sınırlarını belirleyen standartları -moral değerleri-¹ meydana getirirken, insan hakları hukuku ise daha ziyade Devletin bireye ve ulusal-üstü mekanizmalara karşı sorumluluklarını ve yükümlülüklerini belirleyen hukuk kurallarını incelemektedir.² Başka bir deyişle insan olarak dünyaya gelmiş olmaya içkin moral değerlerin anayasalarla, anlaşmalarla ve sözleşmelerle derlenmesi insan hakları hukukunun konusu içine girmektedir. Somut hukuki kurallar tarafından koruma alanına kavuşan söz konusu değerler böylece önemli avantajlardan faydalanabilir: Değerler “hak” kavramıyla somutlaşır ve bunlara dönük gerçekleşecek ihlallerin ve saldırıların sorumluluğu, hesap verebilirliği ve telafisi mümkün hale gelebilir.³ Ancak bu durum her şartta geçerli olmayabilir ki bu da insan haklarının sadece hukuksal bağlam içinde değerlendirilmesinde karşımıza çıkan bir dezavantaj olarak görülebilir. Her şeyden önce hukuk kurallarına saygı gösterilmediği bir senaryonun varlığı; ayrıca kuralların katı yorumu, hukuk sistemindeki yozlaşma, coğrafi veya ekonomik imkânsızlıklara dayalı olarak adalete erişimin zayıflığının insan haklarının hukuksal korumasını zayıflattığı söylenmelidir.⁴ Ayrıca insan haklarının gerekli evrensellikten yoksun oluşu, hakları düzenleyen belgelerin bütün devletler tarafından kabul edilmemesi ya da belgeyi işlevsiz kılacak çekincelerle kabul edilmesi meşruiyetine gölge düşürmektedir.⁵

Bireyin doğuşuyla beraberinde getirdiği, vazgeçemeyeceği, devredemeyeceği standartlar olarak insan haklarının⁶ akademik bir çalışma

¹ Frans Viljoen, “Introduction: Disciplinary Beyondness: A Background to the Conference and Collection of Papers”, *Beyond The Law: Multi-Disciplinary Perspectives*, Ed. Frans Viljoen, Pretoria University Law Press, Pretoria 2012, XIV.

² What are human rights?, (<https://www.unicef.org/child-rights-convention/what-are-human-rights#:~:text=Human%20rights%20govern%20how%20individual,prevents%20them%20from%20doing%20others>), (s.e.t 25.12.2023).

³ Viljoen, s. XIV.

⁴ Viljoen, s. XV.

⁵ John Tasioulas, "The Moral Reality of Human Rights." *Freedom From Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Ed. Thomas Pogge, Unesco Publishing, 2007, s. 75.

⁶ Bkz. “İnsan Hakları Evrensel Beyanname”, (<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/turkish-turkce?LangID=trk>), (s.e.t 25.12.2023).

alanı olarak sadece hukukun değil, birçok başka sosyal bilim disiplininin de ilgi alanına girdiği görülebilir. Hatta bir “insan hakları sosyal bilimi”nden⁷ bahsedilmeye başlandığı da söylenebilir. Bu kavramsallaştırmanın ortaya çıkışında insan hakları ihlalleri ile ilgili farklı sosyal bilim disiplinleri tarafından gerçekleştirilen iş birliğine dayalı araştırmalar ve bu araştırmalarda kullanılan metotlardaki gelişmelerin önemli etkileri olmuştur. Burton, söz konusu gelişmelerde başta antropoloji ve psikoloji olmak üzere kriminoloji, ekonomi, tarih, hukuk, siyaset bilimi ve sosyoloji gibi sosyal bilim disiplinlerinin insan haklarına olan ilgisinin artışının ve gelişmiş istatistiksel metotların insan hakları araştırmalarında kullanılmaya başlanmasının etkili olduğunu dile getirmektedir.⁸

İnsan hakları, bir yandan uluslararası hukukun yaptığı atıflar dolayısıyla ulusal alanda da devletleri hiyerarşik olarak bu atıfları üstün ilkeler olarak benimsemek zorunda bırakmaktadır. Öte yandan hukuk alanının dışında siyasi söylem ve sivil örgütlenmelerde talepleri meşrulaştırmanın ayrıcalıklı bir aracı olarak da insan hakları daha fazla görünürlük kazanmaktadır.⁹

Başka bir görüş ise insan haklarının sosyal bilimlerin diğer disiplinleri üzerindeki artan etkisini ekonomik, sosyal ve politik gelişimine bağlamaktadır. Daha eleştirel bir yaklaşımı ortaya koyan bu görüşün özellikle neo-liberal politikaların İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan insan hakları düzenine farklı bir bakış sergilediği görülmektedir. Farklılaşan ekonomik koşullar, artan yoksulluk, yeniden şekillenen sosyal ağlar, etik konusunda yaşanan aşınmalar ve kamu (müşterek) malı anlayışındaki dönüşüm beraberinde insan haklarına ilişkin teorik çerçeve ile gerçekleşen uygulamalar arasındaki ilişkiyi geniş bir perspektifle sosyal bilimciler tarafından ele alınma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.¹⁰

Sosyal bilimlerin insan hakları ile ilişkisini gerçekleştiren insan hakları ihlalleri üzerinden ele alan başka bir bakış ise sosyal bilimlerin üstlenmesi gereken sorumluluğa işaret etmektedir. Bunun insan hakları ile sosyal bilimler arasında karşılıklı bir etkileşimi ve beslenmeyi gerektirdiğini; burada sosyal bilimlere düşen başlıca sorumlulukların çalışılan alana “insan hakları kaygısı” ile yaklaşılması gerekliliği ile insan hakları ihlallerini ölçmek için yol gösterici analizler yapmak olduğunu belirtmektedir.¹¹

Bir zamanlar hukukçular ve siyaset felsefecilerinin neredeyse münhasır alanı olan insan hakları konusu çok çeşitli disiplinlerden gelen akademisyenleri giderek daha fazla ilgilendirir hale gelmektedir. Bu yaklaşım farklı disiplinlerden gelen ve sosyal bilimler arasında henüz eşit

⁷ Emilie M Hafner-Burton, “A Social Science of Human Rights”, C. 51, S. 2, 2014, Journal of Peace Research Anniversary Special Issue, ss. 273-286.

⁸ Burton (2014), s. 282.

⁹ Jean De Munck, “Human Rights and Capabilities: A Program for a Critical Sociology of Law”, 44(6), 2018, Critical Sociology, ss. 921-922.

¹⁰ Moncada/ Judith Blau, “Human Rights and the Roles of Social Scientists.” 1 (1), 2006, Societies Without Borders, ss. 113-122.

¹¹ John F. McCamant, “Social Science and Human Rights”, Vol. 35, No. 3, 1981, International Organization, ss. 531-552.

olmayan katkıların, insan hakları ihlallerinin siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel nedenlerini tespit edebilecek yöntem ve araçlara sahip olduğu ölçüde, insan haklarının nasıl daha iyi hayata geçirilebileceği konusunda öneriler ve katkılar sunabileceklerine odaklanmaktadır.¹²

Sosyal bilimler ile insan hakları arasındaki ilişkiyi antropoloji bağlamında ele alan oldukça güçlü bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre insan hakları, antropolojinin imkânlarından faydalanarak incelenmesi gereken bir alan olarak da görülmelidir. Batı merkezli bir insan hakları anlayışına itirazdan beslenen bu görüş, antropolojinin insan topluluklarına ve kültürlerine olan “yerel”ci bakışını benimsemiş gözükmektedir. İnsan haklarının hukuki bağlamını kabul eden bu görüşe göre Batı’nın insan haklarına dair hukuki yaklaşımının kolektif bir çerçeve oluşturduğunu, bunun da bireylerin veya grupların haklarının savunulması noktasında çeşitli engellere yol açtığını ifade etmektedir.¹³ Onlara göre, “insanın hakları, toplum ve kültür tarafından inşa edilir. Uluslararası insan hakları sistemlerini uygulayan uzmanlar, (antropologların aksine) yabancıları oldukları kültürel yapıların standartlarını anlamakta zorlanmaktadır.”¹⁴

Antropolojinin yöntemlerini merkeze alan bu görüş ayrıca hukukun insan hakları açısından oluşturduğu soyut çerçevenin daha güçlü somutlaştırmalara ihtiyaç duyduğunu ifade ederek, insan haklarına ilişkin (mevcut) anlayışın toplumların gelişimine bağlı olarak değişmesi gerektiğini, antropoloji aracılığıyla insan ve toplum deneyimlerine ait bilginin kavranması ile bunun daha güçlü biçimde gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır.¹⁵

Siyaset bilimi, (karşılaştırmalı siyaset çalışmaları ve uluslararası ilişkileri de buraya dahil etmek mümkün) sosyal bilimler içinde insan hakları alanına dair araştırmaların gerçekleştiği başka bir alan olarak dikkat çekmektedir. Bir anlamıyla hukuk ile siyaset arasındaki ayrıma da işaret eden bu etkileşimin birçok veçheye sahip olduğu ifade edilebilir. Ancak insan hakları mücadelesinin adalet, siyasi mücadele ve yargılanabilirlik konusundaki çabalarının varlığı ister istemez bu mücadeleyi siyaset biliminin temel inceleme alanlarının başında gelen demokrasi rejimi

¹² Rhiannon Morgan, “Introduction: Human Rights Research and the Social Sciences”, *Interpreting Human Rights Social Sciences Perspectives*, Ed. Rhiannon Morgan, Bryan S. Turner, Routledge, New York, 2009, s. 2.

¹³ Buddhadeb Chaudhuri, “Human Rights as an Academic Discipline”, ss. 127-139, (<https://www.hurights.or.jp/archives/pdf/asia-s-ed/v10/13HR%20as%20an%20Academic%20Discipline,%20Challenges%20and%20Opportunities.pdf>), (s.e.t 13.01.2024).

¹⁴ Micheal Freeman, “On the Interactions Between Law and Social Science in the Understanding and Implementation of Human Rights”, *Beyond The Law: Multi-Disciplinary Perspectives*, Ed. Frans Viljoen, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2012, s. 11.

¹⁵ Chaudhuri, s. 135.

düzlemine çekmekte ve bu da insan hakları ile siyaset bilimini iç içe geçirmektedir.¹⁶

Siyasal rejim başlığı dışında da insan hakları çalışmalarının siyaset bilimi için anlamlı hale geldiği söylenmelidir. Özellikle siyaset biliminin sahip olduğu metodolojik çeşitlilik insan haklarının sosyal bir olgu olarak hem karşılaştırmalı hem de yerel düzeyde anlaşılabilmesine katkı sunma potansiyeli taşımaktadır.¹⁷

Kuşkusuz insan hakları ile sosyal bilimler arasındaki ilişkinin düzeyi çizdiğimiz bu çerçeveyi aşan başka tespitler ve değerlendirmeler de başlı başına bir inceleme konusudur. Ancak gelinen tarihsel aşamada insan haklarının diğer sosyal bilim disiplinleri/dalları ile gittikçe artan oranda etkileşim içinde olduğunu, başta kullanılan yöntemler olmak üzere birçok imkandan faydalanmaya başladığı teorik ve ampirik birçok bulgu ile ortaya konulmaktadır.

Bu çalışma, insan hakları alanındaki akademik ilginin sosyal bilimler ile ilişkisini merkeze alarak Türkiye özelinde nasıl bir görünüme sahip olduğu sorusuna bir cevap üretme çabası olarak düşünülebilir. Bu yapılırken Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) Ulusal Tez Merkezi'nin internet sayfasından¹⁸ ulaşılan lisansüstü tezler veri toplama aracı olarak kullanılmıştır.

I. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Araştırmada lisansüstü tezler bibliyometrik analiz yöntemi ile analiz edilecektir. Bibliyometrik analiz belirli bir alanda yapılmış yayınları incelemek ve analiz etmek, o alanın yöneldiği trendleri ortaya çıkarmak için kullanılan bir yöntem olarak dikkat çekmektedir. “Bibliyometri, büyük bibliyografik veri tabanlarında saklanan veya indekslenen bilimsel yayınlar aracılığıyla araştırmayı incelemek veya ölçmek için kullanılan bir dizi yöntemdir.”¹⁹ Bibliyometrik analiz araştırmacıya önemli avantajlar sağlaması nedeniyle de önemli kabul edilmektedir. Özellikle “belirli bir bilim alanının yapısına, odaklanılan konulara, kavramlara ve bunlar arasındaki ilişkilere dair bütüncül bir resim verdiği”²⁰, aynı zamanda alanda öne çıkan araştırmacılar/bilim insanları gibi aktörlerin de ortaya çıkarılmasına hizmet ettiği söylenebilir. Çeşitli analiz araçlarının gelişmesi ve yayınlara ilişkin

¹⁶ David Beetham, “Introduction: Human Rights in the Study of Politics”, XLIII, 1995, Political Studies, ss. 1-9.

¹⁷ Bkz. Bård A. Andreassen, Politics of Human Rights I, Norwegian Centre for Human Rights, 2011,

(<https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5131/h11/undervisning/materiale/Lecture%203%2010%20October%202011%20baa.pdf>), (s.e.t, 04.01.2024).

¹⁸ Ulusal Tez Merkezi, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), (s.e.t 03.01.2024).

¹⁹ M. Gutierrez-Salcedo/ M. Angeles Martinez/ J. A. Moral-Munoz vd., “Some Bibliometric Procedures for Analyzing and Evaluating Research Fields”, C.48, 2017, Applied Intelligence, s. 1275.

²⁰ İsmail Şimşir, “Bibliyometri ve Bibliyometrik Analize İlişkin Kavramsal Çerçeve”, Bir Literatür İncelemesi Aracı Olarak Bibliyometrik Analiz, Ed. Oğuzhan Öztürk ve Gökhan Gürler, 2. Basım, Nobel Bilimsel Yayınları, 2021, s. 31.

veriye erişimin kolaylaşması yöntemin popülerliğini arttıran başlıca nedenler olarak görülebilir.²¹ Bibliyometrik analizin sahip olduğu popülerlik Türkiye’de son yıllarda yapılan çalışmalarda da kendini göstermektedir. İşletme²², turizm²³, maliye²⁴, kimya²⁵, spor bilimleri²⁶, eğitim bilimleri²⁷, gastronomi²⁸, uluslararası ilişkiler²⁹, sağlık bilimleri³⁰, coğrafya³¹, antropoloji³², halkla ilişkiler³³ gibi birçok bilim alanında bibliyometrik analizi kullanan araştırmalara rastlanılmaktadır. Türkiye’de özel olarak bazı hak ve özgürlükler³⁴ ile bazı hukuk dallarını³⁵ konu edinen bibliyometrik

-
- ²¹ Naveen Donthu/ Satish Kumar/ Debmalya Mukherjee vd., “How to Conduct a Bibliometric Analysis: An Overview and Guidelines”, S. 133, 2021, Journal of Business Research, s.285.
- ²² Örneğin, Deniz Zeren/ Nagihan Kaya, “Dijital Pazarlama: Ulusal Yazının Bibliyometrik Analizi”, C. 17, S.1, 2020, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 35-52.
- ²³ Örneğin, Gökhan Yılmaz, “Restoranlarda Bahşiş ile ilgili Yayınlanan Makalelerin Bibliyometrik Analizi”, C.14, S.2, 2017, Seyahat ve Otel İşletmeciliği Dergisi, ss. 65-79.
- ²⁴ Örneğin, Furkan Beşel/ Fatih Yardımcıoğlu, “Maliye Dergisi’nin Bibliyometrik Analizi: 2007-2016 Dönemi”, S.172, 2017, Maliye Dergisi, ss. 133-151.
- ²⁵ Örneğin, Hatice Gülşen Birinci, “Turkish Journal of Chemistry’nin Bibliyometrik Analizi”, C.9, S. 2, 2008, Bilgi Dünyası, ss. 348-369.
- ²⁶ Örneğin, Gamze Murathan/ Fatih Murathan/ Eren Bozyılan, “Fiziksel Aktivite Konulu Tezlerin Bibliyometrik Analizi (2002-2019)”, C.14, S. 2, 2020, Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, ss. 158-167.
- ²⁷ Örneğin, Deniz Gülmez/ İrem Özteke/ Sedat Gümüş, “Uluslararası Dergilerde Yayımlanan Türkiye Kaynaklı Eğitim Araştırmalarının Genel Görünümü: Bibliyometrik Analiz”, C.46, S. 206, 2021, Eğitim ve Bilim, ss. 213-239.
- ²⁸ Örneğin, Elanur Şahin/ Gürkan Akdağ/ Celil Çakıcı/ Neslihan Onur, “Gastronomi ve Mutfak Sanatları Anabilim Dallarında Yayımlanan Tezlerin Bibliyometrik Analizi”, Ek Sayı 1, 2018, Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi, ss. 30-41.
- ²⁹ Örneğin, Elvan Çokişler, “Uluslararası İlişkiler Dergisinin Bibliyometrik Analizi (2004-2017)”, C.16, S.64, 2019, Uluslararası İlişkiler, ss. 29-56.
- ³⁰ Örneğin, Emel Yıldız, “Türkiye’de Gebelik ve Anestezi Konulu Yayınların Bibliyometrik Analizi”, C.5, S.1, Karadeniz Sağlık Bilimleri Dergisi, ss. 50-55.
- ³¹ Mustafa Kahraman, “İstanbul Üniversitesi Coğrafya Dergisi’nin Bibliyometrik Analizi”, S. 44, 2022, Coğrafya Dergisi, ss. 207-218.
- ³² Emre Demir, “Antropoloji Alanındaki Yayınların Bibliyometrik Analizi”, C.11, S.2, 2018, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 1512-1527.
- ³³ Gülseli Aygül Ernek Alan, Bibliometric Analysis of Public Relations Research Literature, C. 57, S. 1, 2022, Third Sector Economic Review, ss. 231-250.
- ³⁴ Bkz. Esra Tani, “Basın Özgürlüğü Konulu Çalışmaların Bibliyometrik Analizi, International Mediterranean Social Sciences Congress (MECAS) Bildiriler Kitabı, 2019, ss. 325-332; Gencay Saatçı/ Samet Aksu, “Ayrımcılık Konulu Lisansüstü Tezlerin Biyometrisi: Turizm Perspektifinden Bir Değerlendirme”, C.13, S.1, TÜBAV Bilim, ss. 111-125; Tuğçe Acar/ Ferhat Orman/ Derya Topdağ, “İnsan Hakları, Temel Haklar ve Özgürlükler Kapsamında Genel Veri Koruma Yönetmeliğinin Bibliyometrik Analizi”, Sosyal Bilimlerde Güncel Konulara Teorik, Politik ve Ampirik Yaklaşımlar, Ed. Eylül Kabakçı Günay, Efe Akademi, 2021, ss. 45-60.

analiz kullanan çalışmalar mevcuttur. Ancak insan hakları alanında yazılan lisansüstü tezlerle bu yöntemle kapsamlı bir bakışı ortaya koyan başka bir çalışmaya rastlanılmamaktadır. Çalışma bu yönüyle bir ilki gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Çalışma keşfedici bir niteliğe sahiptir. Çünkü başlıca amacı Türkiye’de insan hakları alanında yazılan lisansüstü tezlerin genel görünümünü ortaya koymayı hedeflemektedir. Bu kapsamda şu sorulara cevap aranacaktır:

İnsan hakları alanındaki tezler:

Hangi türler altında yapılmaktadır (Yüksek lisans-doktora-tıpta uzmanlık)

Yıllara göre nasıl bir değişim göstermektedir?

Hangi temalar altında yer almaktadır?

Hangi üniversiteler öne çıkmaktadır?

Hangi anabilim dalları öne çıkmaktadır?

Hangi danışmanlar öne çıkmaktadır?

Hangi anahtar kelimeler kullanılmaktadır?

Bu sorulara verilecek cevaplarla Türkiye’de insan hakları literatürünün akademik boyutlarından birini meydana getiren lisansüstü tezlerle dair bir profil oluşturulmasına ve sosyal bilimlerin diğer alanları dikkate alındığında konumuna dair ipuçlarına ulaşılması amaçlanmaktadır.

A. VERİLERİN TOPLANMASI

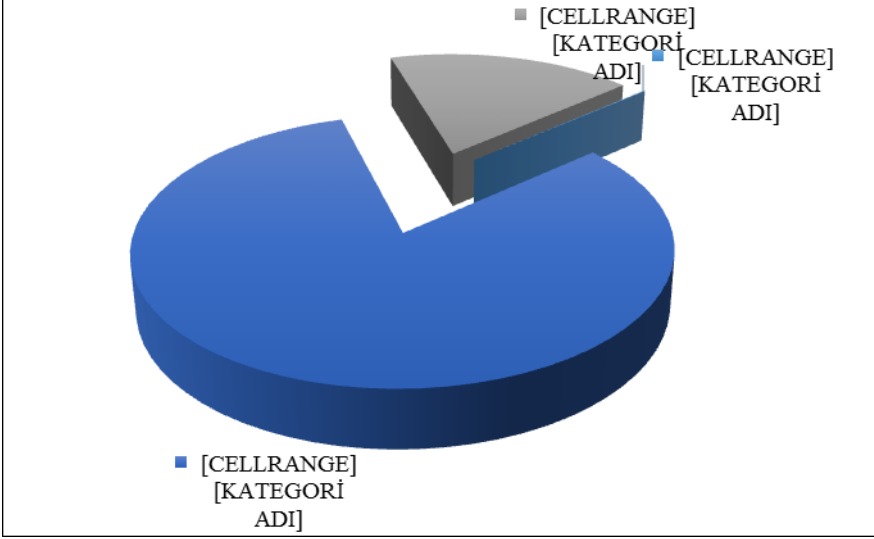
Bu çalışmanın araştırma konusuna ilişkin verilerin kaynağını Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) Ulusal Tez Merkezi’nden³⁶ 31 Aralık 2023 tarihi itibarıyla ulaşılabilen ve konusu insan hakları olan tezler meydana getirmektedir. Bu çerçevede söz konusu tezlerle ulaşılırken “insan hakları”, “temel hak ve özgürlükler”, “temel hak ve ödevler”, anahtar kelimeleri (tırnak işareti ile) kullanılmış ve ulaşılan sonuçlar neticesinde 1987-2023 yılları arasında hazırlanmış toplam 1062 lisansüstü teze ulaşılmıştır. Tezlerle özel bir bibliyometrik künye ve alıntı biçimi söz konusu olmadığından toplanan verilerin analize hazır hale getirilmeleri çalışmanın yazarları tarafından gerçekleştirilmiştir.

³⁵ Bkz. Fatih Güler, “Siyasi Partiler Hukuku ile İlgili Lisansüstü Tezlerin Bibliyometrik Analizi”, C.4, S.2, 2021, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss. 137-165; Burhanettin Uysal/ Ebrar Ulusinan, “Sağlık Hukuku Üzerine Üretilen Tez Çalışmalarının Bibliyometrik Analizi”, Sağlık Bilimlerinde Multidisipliner Araştırmalar 1, Ed. Ayten Dinç, Efe Akademi, 2020, s. 25-42.

³⁶ Ulusal Tez Merkezi, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), (s.e.t, 03.01.2024). Verilerin toplanmasında ve organize edilmesindeki katkılarından dolayı Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora öğrencisi Arda Guruş’a teşekkür ederiz.

B. VERİLERİN ANALİZİ

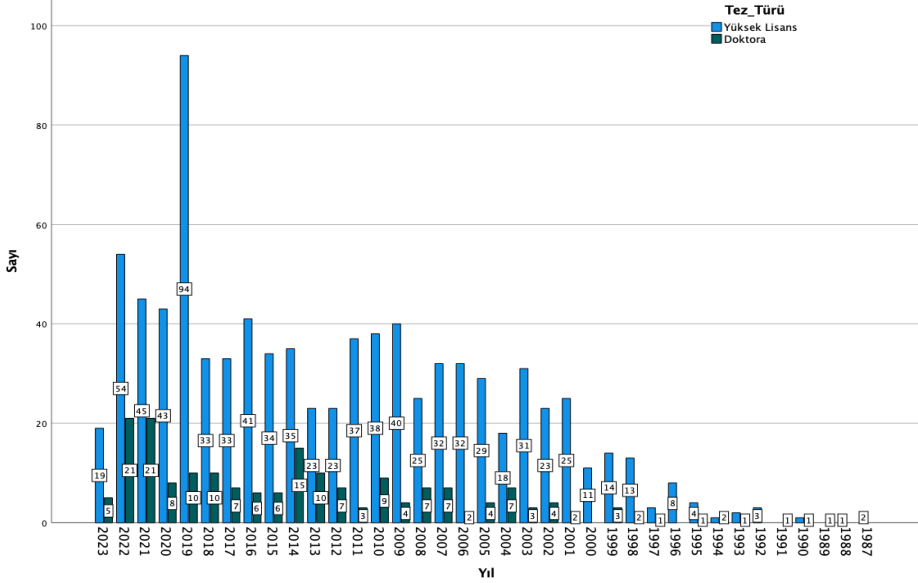
Şekil 1'den de görülebileceği üzere ulaşılan bu tezlerin 870 tanesi yüksek lisans, 191 tanesi doktora 1 tanesi ise tıpta uzmanlık tezidir. Tezlerin türlere göre dağılımında ağırlığın yüksek lisans tezlerinde olduğu söylenmelidir.



Şekil 1. Tez Türleri

Şekil 2'de ise yazılan tezlerin yıllara göre dağılımı yer almaktadır. Ulaşılan tezlerden en eski tarihli olanı 1987, en yeni tarihli olanı ise 2023 yılına aittir. Bu veriler, akademik çevrelerde insan haklarına yönelik ilginin zamanla nasıl değiştiğini ve belirli dönemlerdeki olayların veya trendlerin araştırmacıların ilgisini nasıl etkileyebileceğini göstermektedir.

Bahsi geçen zaman aralığında tez sayısında genel bir artış eğilimi olduğu, ancak bu artışın dönemsel dalgalanmalar gösterdiği ortaya çıkmaktadır.



Şekil 2. Yıllara Göre Tez Sayısı

1987 yılında çok düşük bir sayıda tez ile başlayan grafik, 1990'lara kadar oldukça düşük bir eğilim sergilerken 1990'ların ortalarına doğru, tez sayısında yavaş yavaş bir artışın başladığı ve 2000'li yılların başlangıcına kadar bu artışın kademeli olarak devam ettiği söylenebilir. 2000 yılından itibaren, tez sayısında daha belirgin bir yükseliş gözlemlenmektedir. Dolayısıyla o dönemde insan hakları konularına olan akademik ilginin arttığını görülmektedir.

2000'lerin ortalarından sonra tez sayısında dalgalanmalar dikkat çekici gözükmemektedir. Özellikle 2010'dan sonra, tez sayısında önemli zirveler ve düşüşler yaşanmış, 2019 yılında tez sayısı zirve yaparak 104'e ulaşmış, ancak sonraki yıllarda tez sayısı tekrar düşüşe geçmiştir.

1. Temalar

Ulaşılan tezler çalışmanın yazarları tarafından temalara ayrılmıştır. Bu temalar belirlenirken her bir tezin başlığından hareket edilmiştir. Her bir tez başlığı içinde geçen kelimelerin bağlamı tespit edildikten sonra toplamda 11 farklı tema belirlenmiş, tezler bu temalara göre gruplanmıştır. Temalar Tablo 1'de görülmektedir.

İnsan haklarına dair çeşitli temalar üzerine yazılan tezlerin sayısını Tablo 1'de yer almaktadır. Buna göre, en çok tez "İnsan Haklarına İlişkin Kavramsal Tartışmalar" teması altında yazılmış olup bu tema 173 tez ile en yüksek sıklığa sahiptir. "Özgürlükler" temasının da 159 tez ile ikinci sırada yer almakta ve bu da oldukça popüler bir konu olduğunu göstermektedir.

“Mağdur Gruplar” ve “İnsan Hakları Mekanizmaları” temaları da sırasıyla 71 ve 136 tez sayısı ile dikkat çekici bir araştırma alanları olarak öne çıkmaktadır.

“İnsan Hakları İhlalleri ve Nedenleri” teması, 83 tez ile önemli bir çalışma alanı olduğunu kanıtlarken, “Uygulamalar” ve “Karşılaştırmalı Analiz” temaları da sırasıyla 80 ve 127 tez ile diğer popüler konular arasında yer almaktadır. “Zaman İçinde Değişim” teması 30 tez ile nispeten daha az ilgi çeken bir alan iken, “İnsan Hakları Aktörleri ve Roller” ve “İnsan Hakları Eğitimi” temaları sırasıyla 67 ve 104 tez sayısı ile ortalama bir ilgi seviyesini yansıtmaktadır.

(Tema 1) Hakların sınıflandırılması (Sivil ve siyasi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, kolektif haklar vb.): Bu temada temel hak ve özgürlüklere ilişkin özellikle genel bağlamda hak kategorileriyle ilgili yazılmış tezler değerlendirilmiştir. Daha genel bir perspektiften inceleme yapan bu tezleri belli bir ülke ya da insan hakları mekanizması kapsamında olsa da hak kategorileriyle ilgili çalışmalardır. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Devlet ve İnsan Hakları Bağlamında Kendi Kaderini Tayin Hakkı”

- “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Siyasi Haklar”

- “Ekonomik ve Sosyal Haklar Özelinde İnsan Hakları Uygulamaları (Türkiye Örneği)”

(Tema 2) Özgürlükler (İfade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü vb.): Bu kategoride yer alan tezler daha genel bir nitelik taşımaktan ziyade belli bir özgürlüğe ve hakka odaklanmaktadır. Spesifik olarak bir özgürlüğe ilişkin olan bu çalışmalar bir ülke, uluslararası bir mekanizma ya da sözleşme kapsamında değerlendirmeler sunmaktadır. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sanatsal İfade Özgürlüğü”

- “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Ekseninde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Kapsamı”

- “Teoride ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyeti”

(Tema 3) Mağdur Gruplar (Kadınlar, çocuklar, engelliler, mülteciler, vb.): Bu temada dezavantajlı ya da mağdur gruplara odaklanan çalışmalara yer verilmiştir. Sosyal, kültürel, etnik ya da cinsel olarak azınlık durumunda olan gruplara ilişkin bu tez çalışmaları, onların yaşadıkları hak ihlalleri de dâhil olmak üzere insan haklarına ilişkin karşı karşıya kaldıkları durumları irdelemektedir. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Göç Olgusu, Sığınmacılar ve İnsan Hakları”

- “Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Çerçevesinde Savaş Mağduru Çocuklara Bir Bakış”

- “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları”

(Tema 4) İnsan Hakları İhlalleri ve Nedenleri (İşkence, keyfi tutuklama, haksız yargılanma, zorla kaybedilme vb.): Bu temada çeşitli

alanlarda yaşanan ihlallere ilişkin tezler yer almaktadır. Bu ihlaller çeşitli konularda ya da coğrafyalarda yaşanan ihlalleri barındırabileceği gibi ulusal ya da uluslararası mevzuatta ihlallere ilişkin olarak yer alan düzenlemeler de çalışmaların konusunu oluşturabilmektedir. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “İnsan Hakları Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”

- “Hint İşgalleri Keşmir’de İnsan Hakları İhlalleri”

- “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında İşkence Suçu”

(Tema 5) İnsan Hakları Mekanizmaları (*Ulusal ve uluslararası insan hakları mekanizmaları, kurumlar ve sözleşmeler*): İnsan haklarının düzenlenmesinde ve korunmasında etkili olan ulusal ya da uluslararası belgeler, mevzuat ve mekanizmalara ilişkin tezler bu temada yer almaktadır. Bu tezler insan haklarına ilişkin gelişmeler kapsamında çeşitli açılardan bu mekanizma ve belgelere odaklanmakta; düzenlemeleri inceleyerek literatüre katkı sunmaktadır. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sisteminde Hükümet Dışı Kuruluşların Yargısal Süreçlere Katılımı”

- “Türkiye Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Bireysel Başvurunun Türkiye’de İnsan Haklarının Gelişimi Üzerindeki Rolü”

- “Paris Prensipleri Çerçevesinde Ulusal İnsan Hakları Kurumu Modeli Olarak Ombudsmanlık: Türkiye Örneği”

(Tema 6) İnsan Hakları Uygulamaları (*İnsan haklarına dair uygulamalar, politikalar ve reformlar*): Bu tema içinde yer alan tezlerde çeşitli ülke, bölge ya da mekanizmalar özelinde insan haklarına ilişkin uygulamalar, politikalar ya da reformlar inceleme konusu yapılmaktadır. Çeşitli açılardan yapılan bu değerlendirmeler kapsamında insan haklarının geliştirilmesi ya da yeni durumlara uyarlanması hususunda yaşanan gelişmeler tezlerin odak noktasını oluşturmaktadır. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Uluslararası Hukukta Güvenlik Politikaları ve Terörle Mücadele: 11 Eylül Sonrası Mevzuatlarının İnsan Haklarına Uyum Sorunu”

- “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Genel Önlemlerinin Uygulanması: Moldova Örneği”

- “İslam Ülkelerinde Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Yürürlüğe Konulması ve Uygulanması; Problemler ve Beklentiler”

(Tema 7) Karşılaştırmalı Analiz (*Farklı ülkelerde veya bölgelerde insan hakları durumunun karşılaştırılması*): Bu temada yer alan tezler karşılaştırmalı bir perspektiften hareket etmektedir. Bu kapsamda gerek insan haklarına ilişkin verilmiş yargısal nitelikli kararlar bakımından belli konularda farklı ülke ya da bölgelerde yaşanan gelişmeler karşılaştırılarak ortaya çıkan tezlere yer verilmiştir. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”

- “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Ceza Daireleri'nin Kararlarına Etkisi”

- “İnsan Hakları ve Terörle Mücadelenin Dengelenmesi: Türkiye ve İngiltere Vakalarının Karşılaştırmalı Analizi”

(Tema 8) Zaman İçinde Değişim (Belirli bir süre zarfında insan hakları ihlallerindeki veya gelişmelerindeki değişiklikleri inceleme): Belli bir zaman dilimine ya da belli bir tarihten ya da olaydan sonra yaşanan gelişmelere odaklanan bu tezlerde tarihsel süreç bakımından incelemeler ve karşılaştırmalar yapılmaktadır. Söz konusu tezler Türkiye özelinde olduğu gibi farklı ülke ya da mekanizmaları da inceleyebilmektedir. Bu tema altına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “1999'dan Günümüze Avrupa Parlamentosu Kararları Doğrultusunda Türkiye'nin İnsan Hakları Uygulamaları”

- “Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik: 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler”

- “Türkiye' de İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi 1919-1938”

(Tema 9) İnsan Hakları Aktörleri ve Roller (Devletler, sivil toplum kuruluşları, uluslararası kuruluşlar, bireylerin insan hakları alanındaki rolleri): Bu temada yer alan tezler daha çok insan haklarının korunması, geliştirilmesi gibi süreçlerde etkili olan STK, ulusal ya da uluslararası kuruluşlar veya bireylerin rollerine odaklanan bir perspektif sunmaktadır. İnsan haklarının niteliğinden ziyade kişiler ya da kurumlar inceleme konusu yapılarak rolleri irdelenmektedir. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Ceza Yargılamasının Rolü”

- “İnsan Hakları Kavramının Eleştirisi ve İslam: MAZLUMDER Özelinde Bir Tartışma”

- “Türkiye'de Hâkim ve Savcıların İnsan Haklarının Korunmasındaki Rolü”

(Tema 10) İnsan Hakları Eğitimi (İnsan hakları eğitiminin önemi, uygulamaları ve etkileri): Bu temada yer alan tezlerde insan haklarına ilişkin verilen eğitimler odak noktasını oluşturmaktadır. Sadece müfredat içeriği değil eğitim sürecinde yaşanan gelişmeler de değerlendirilmektedir. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse

- “İlkokul 4. Sınıf Sosyal Bilgiler Ders Kitabının İnsan Hakları Boyutunda İncelenmesi

- “Sosyal İçerikli Reklam Kampanyaları (Demokrasi ve İnsan Hakları Eğitimi Kamu Spotu Uygulaması)”

- “İlköğretim Sosyal Bilgiler Öğretmenliği Programında Öğrenim Gören Öğretmen Adaylarının İnsan Hakları ve Demokrasi Dersinin İşlenişine İlişkin Görüşleri”

(Tema 11) İnsan Haklarına İlişkin Kavramsal Tartışmalar (İnsan hakları alanındaki teorik ve kavramsal tartışmaları, farklı yaklaşımları ve perspektifleri analiz etme): Bu temada yer alan tezlerin de eğitim konusunda olduğu gibi farklı alanlarda yapılan çalışmaları barındırdığı ifade edilebilir. Zira bu tezler somut anlamda bir hakkın, özgürlüğün,

mekanizmanın ya da belgenin incelenmesinden ziyade insan hakları konusunda güncel ya da teorik tartışmaları içermektedir. Bu tema kapsamına giren tezlere örnek vermek gerekirse,

- “Felsefi Antropoloji ve İnsan Hakları Kavramları Bağlamında Başka İnsan”

- “Ethiğin Geri Dönüşü: Rorty/Eagleton Çatışmasında İnsan Hakları Temelciliği”

- “Hegemonya Yaklaşımları Çerçevesinde Bir Dış Politika Aracı Olarak İnsan Hakları”

Tema kodu	Tema	Tez Sayısı
Tema 1	Hakların Sınıflandırılması	30 tez
Tema 2	Özgürlükler	159 tez
Tema 3	Mağdur Gruplar	71 tez
Tema 4	İnsan Hakları İhlalleri ve Nedenleri	83 tez
Tema 5	İnsan Hakları Mekanizmaları	136 tez
Tema 6	Uygulamalar	80 tez
Tema 7	Karşılaştırmalı Analiz	127 tez
Tema 8	Zaman İçinde Değişim	32 tez
Tema 9	İnsan Hakları Aktörleri ve Roller	67 tez
Tema 10	İnsan Hakları Eğitimi	104 tez
Tema 11	İnsan Haklarına İlişkin Kavramsal Tartışmalar	173 tez

Tablo 1. Temalara Göre Tez Sayısı

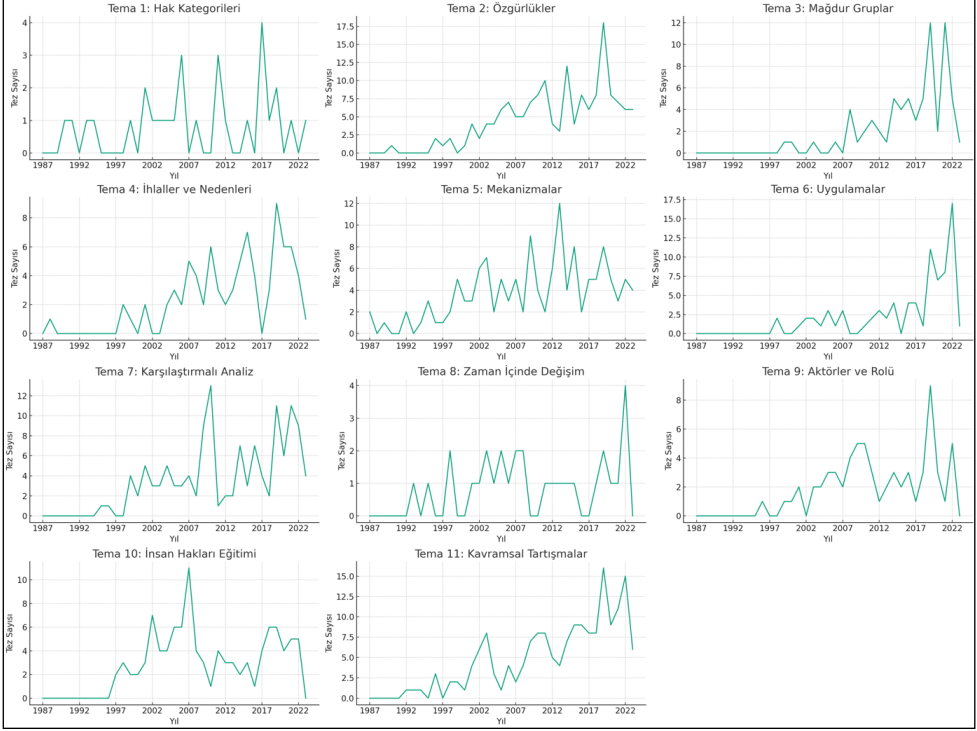
Tablo 1’ den de görülebileceği üzere en fazla tez sayısına sahip tema, 173 tez ile “insan haklarına ilişkin kavramsal tartışmalar”dır. Bu durum halen insan haklarına dair teorik ve kavramsal tartışmaların tezler açısından canlılığını ve merkezi temalardan biri olduğunu göstermektedir.

“Özgürlükler” teması 159 tez ile ikinci en yüksek sayıya sahiptir. Bu, özgürlük konusunun, insan hakları söylemi içinde merkezi bir konu olarak önemini işaret etmektedir. Bu temadaki tez sayısının insan haklarındaki özgürlük perspektifinin akademik çalışmalardaki ağırlığını göstermektedir.

“İnsan hakları mekanizmaları” ve “karşılaştırmalı analiz” temaları sırasıyla 136 ve 127 tez ile öne çıkan diğer temalar olarak dikkat çekmektedir. Özellikle insan hakları alanındaki etkileşimin her geçen dönem artışına paralel olarak tezlerde de özellikle ulusal-üstü insan hakları sözleşmeleri ve kurumları ile ülke ve insan hakları sistemlerinin karşılaştırılmasına yönelik ilginin fazlalığına işaret etmektedir.

“İnsan hakları eğitimi” 104 tez ile öne çıkan bir diğer temayı meydana getirmektedir. Özellikle eğitim bilimleri alanında bu tema altında yer alan tezlerin sayısında dikkat çekicidir. Bu durumun ortaya çıkışında özellikle ilköğretim düzeyinde yürütülen “İnsan Hakları, Yurttaşlık ve Demokrasi” dersine yönelik yapılan araştırmaların etkisi olduğu ifade edilebilir.

Bu temalar dışında kalan tezlerin “mağdur gruplar” (71 tez); “insan hakları ihlalleri ve nedenleri” (83 tez); “hakların sınıflandırılması” (30 tez), “insan hakları uygulamaları” (80 tez); “zaman içinde değişim” (32 tez); insan hakları ve aktörleri” (67 tez) temaları altında yer aldığı görülmektedir.



Şekil 3. Temaların Yıllara Göre Dağılımı

Tezlerin sınıflandırıldığı temaların yıllara göre sayılarındaki değişimine değinmekte fayda vardır. Zira bu şekilde zamansal olarak temalar içinde yer alan tezlerin sayısındaki artışlar veya azalışlar gözlemlenebilir. Şekil 3’ de 11 temanın 1987-2023 yılındaki trendlerini görmek mümkündür.

Yıllara göre “hak kategorileri” temasının genel olarak düşük ve dalgalı bir seyir izlediği dikkat çekmektedir. Özellikle 2000’li yılların başında ve sonrasında belirgin artışlar gözlemlense de, bu artışlar süreklilik arz etmemektedir

“Özgürlükler” teması, 1987’den 2023’e kadar sürekli bir yükseliş eğilimi göstermekte, bu artışın özellikle 2010’lar ve 2020’lerin başında daha da belirginleştiği görülmektedir.

“Mağdur gruplar” teması ise 1987’den 2023’e kadar genel olarak dalgalı bir ilgi görmüş ve belirgin bir sürekli artış ya da azalış eğilimi

sergilememiştir. Ancak 2000'lerin ortaları ve 2010'larda dikkate değer artışlar gözlemlenmektedir.

“İnsan hakları ihlaller ve nedenleri” teması da zaman içinde artan bir ilgiye sahip gözükmekte, bu artış özellikle 2000'lerin sonları ve 2010'lar boyunca daha da belirginleşmektedir.

“İnsan hakları mekanizmaları” temasının, özellikle 2000'lerin sonlarından itibaren giderek daha fazla ilgi çektiği ve 2010'lar ile 2020'lerin başlarında bu ilginin belirgin bir hal aldığı anlaşılmaktadır.

“Uygulamalar” temasının ise genel olarak 1987'den 2023'e kadar sabit bir ilgi seviyesinde kaldığı, ancak 2000'lerin ortaları ve 2010'larda hafif artışlar gözlemlendiği söylenebilir.

“Karşılaştırmalı analiz” ve “insan hakları aktörleri ve rolleri” temaları da 1987'den 2023'e kadar sürekli artan bir ilgiye sahip olduğu, özellikle 2000'lerin sonları ve 2010'lar boyunca bu ilginin dikkat çekici bir hal aldığı anlaşılmaktadır.

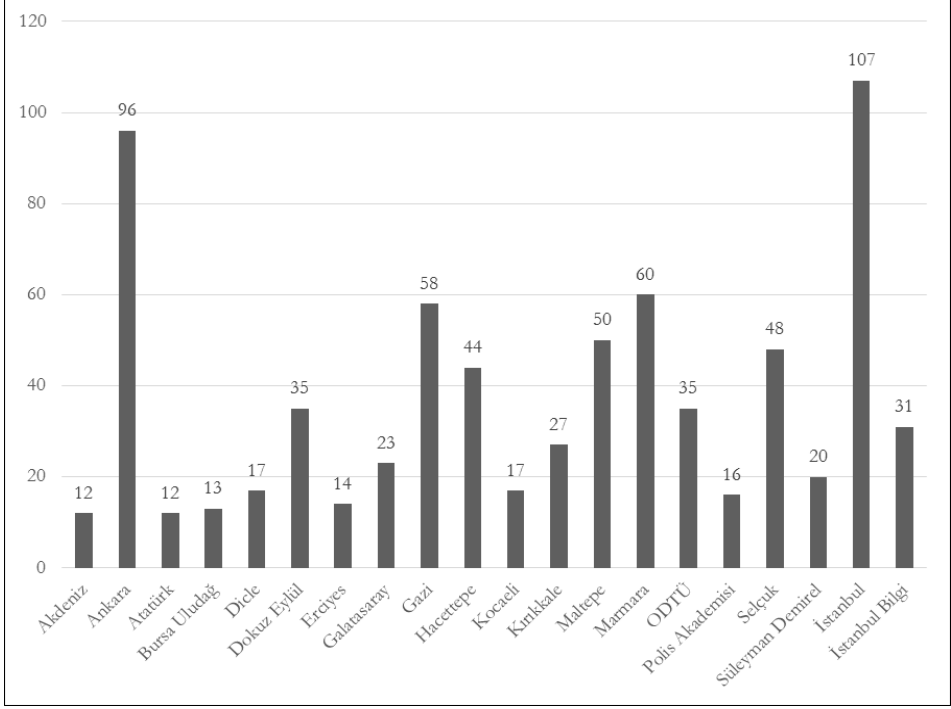
Son olarak, “insan hakları eğitimi” ve “kavramsal tartışmalar” temalarının, 1987'den 2023'e kadar sürekli bir artış trendi gösterdiği, özellikle 2000'lerin sonları ve 2010'larda bu artışın daha da belirginleştiği söylenebilir.

2. Üniversiteler

Şekil 4 incelendiğinde İstanbul Üniversitesi 107 tez ile insan hakları alanında en fazla tez üreten üniversite olarak öne çıkmaktadır Ankara Üniversitesi 96 tez ile ikinci sırada yer alırken üçüncü sırada, 60 tez ile Marmara Üniversitesi bulunmaktadır.

Gazi Üniversitesi, 58 tez ile dördüncü sırada yer alırken, Maltepe Üniversitesi 50 tez ve Selçuk Üniversitesi 48 tez ile beşinci ve altıncı sıralarda bulunmaktadır. Hacettepe Üniversitesi 44 tez ile yedinci sırada, ODTÜ ve Dokuz Eylül Üniversiteleri her biri 35 tez ile sekizinci sırayı paylaşmaktadır.

Bu üniversiteleri dokuzuncu sırada 31 tez ile İstanbul Bilgi Üniversitesi, onuncu sırada 27 tez ile Kırıkkale Üniversitesi takip ederken, on birinci sırada Galatasaray Üniversitesi 23 tez ile yer almaktadır. Ardından 20 tez ile Süleyman Demirel Üniversitesi, 17 tez ile Kocaeli ve Dicle Üniversiteleri, 16 tez ile Polis Akademisi, 14 tez ile Erciyes Üniversitesi, 13 tez ile Bursa Uludağ Üniversitesi ve 12 tez ile Atatürk Üniversitesi ve Akdeniz Üniversitesi yer almaktadır.



Şekil 4. İnsan Hakları Alanında En Fazla Tez Yazılan Üniversiteler (İlk 20 Üniversite)

Tablo 2”den takip edilebileceği üzere en fazla tezin yazıldığı İstanbul Üniversitesi’nde (107 tez) tezlerin en fazla “özgürlükler” (Tema 2) üzerine yoğunlaştığı, bunu “insan hakları mekanizmaları” (Tema 5), “karşılaştırmalı analizler” (Tema 7), “insan haklarına dair kavramsal tartışmalar”ın (Tema 11), “insan hakları ihlalleri ve nedenleri” (Tema 4) vd. takip ettiği görülmektedir.

Yazılan tez sayısı itibarıyla ikinci sırada yer alan Ankara Üniversitesi’nde (96 tez) tezlerin ağırlıklı biçimde “insan hakları mekanizmaları” (Tema 5) ile “insan haklarına dair kavramsal tartışmalar”a odaklandığı görülmektedir. Bunları “özgürlükler” (Tema 2) ve “insan hakları eğitimi”nin (Tema 10), “karşılaştırmalı analizler” (Tema 7) vd. takip ettiği gözlemlenebilir.

Tablo 2’ye göre en fazla tez yazılan üçüncü üniversite olan Marmara Üniversitesi’nde (60 tez) öne çıkan temalara bakıldığında “özgürlükler” (Tema 2) ilk sırada yer almaktadır. Onu insan hakları mekanizmaları” (Tema 5) takip etmektedir. Ardından ise sırasıyla “karşılaştırmalı analizler” (Tema 7), “insan hakları ihlalleri ve nedenleri” nin (Tema 4), “insan hakları eğitimi” (Tema 10) vd. geldiği görülmektedir.

İnsan hakları alanında en fazla tez yazılan dördüncü üniversite olan Gazi Üniversitesi’ndeki (58 tez) tezlerin “insan hakları eğitimi” (Tema 10),

karşılaştırmalı analizler” (Tema 7), “insan haklarına dair “kavramsal tartışmalar” (Tema 11), “özgürlükler” (Tema 2) ve “insan hakları mekanizmaları”na (Tema 5) odaklandığı söylenebilir.

Üniversite	Tema 1	Tema 2	Tema 3	Tema 4	Tema 5	Tema 6	Tema 7	Tema 8	Tema 9	Tema 10	Tema 11	TOPLAM
Akdeniz	1	3	0	0	2	2	1	0	1	1	1	12
Ankara	3	13	6	5	18	4	8	2	7	12	18	96
Atatürk	0	3	0	0	3	1	0	1	0	4	0	12
Bursa Uludağ	0	1	3	1	0	1	4	0	1	0	2	13
Dicle	2	5	0	1	3	0	2	0	0	1	3	17
Dokuz Eylül	3	8	2	1	5	4	2	1	2	3	4	35
Erciyes	0	2	2	1	2	0	4	0	1	0	2	14
Galatasaray	0	7	1	0	1	2	3	0	2	0	7	23
Gazi	0	6	1	5	6	5	11	2	2	13	7	58
Hacettepe	1	2	5	2	2	1	2	2	0	9	18	44
Kocaeli	0	4	3	1	1	3	2	0	1	0	2	17
Kırıkkale	2	3	2	3	4	3	5	1	2	0	2	27
Maltepe	3	4	13	4	0	5	0	0	3	3	15	50
Marmara	1	13	4	6	11	4	8	1	1	6	5	60
ODTÜ	1	1	2	0	5	1	2	3	6	2	12	35
Polis Akademisi	0	2	1	4	2	2	4	1	0	0	0	16
Selçuk	3	12	0	5	8	1	7	0	3	3	6	48
Süleyman Demirel	2	6	1	0	5	1	2	1	2	0	0	20
İstanbul	3	23	9	11	20	5	15	4	6	1	10	107
İstanbul Bilgi	1	4	3	3	0	3	2	0	4	0	11	31

Tablo 2. Üniversitelere Göre En Fazla Kullanılan Temalar (İlk 20 Üniversite)

Beşinci sırada ise Maltepe Üniversitesi (50 tez) yer almaktadır. Bu üniversitede tezlerin ağırlıklı olarak “kavramsal tartışmalar” (Tema 11) ve “mağdur gruplar” (Tema 3) üzerine yoğunlaştığı anlaşılmaktadır.

Tablo 2’ye göre altıncı sırada yer alan Selçuk Üniversitesi’nde (48 tez) tezlerde en sık kullanılan temanın “özgürlükler” (Tema 2) olduğu görülmektedir. “insan hakları mekanizmaları” (Tema 5), “karşılaştırmalı analizler” (Tema 7), “insan haklarına dair kavramsal tartışmalar” (Tema 11) ise tezlerde ağırlığı oluşturan diğer temalar olarak dikkat çekmektedir.

Yedinci sırada bulunan Hacettepe Üniversitesi’nde (44 tez) yazılan insan hakları konulu tezlerde en fazla kullanılan tema “insan haklarına dair kavramsal tartışmalar”dır (Tema 11). Arından ise insan hakları eğitimi” (Tema 10) ve mağdur gruplar” (Tema 3) temaları sıralanmaktadır.

Sekizinci sırayı ODTÜ (35 tez) ve Dokuz Eylül Üniversiteleri (35 tez) paylaşmaktadır. Tablo 2’ye göre ODTÜ’de en sık kullanılan tema “insan haklarına dair kavramsal tartışmalar” (Tema 11) olurken, bu temayı “insan hakları aktörleri ve rolleri” (Tema 9) ve “insan hakları mekanizmaları” (Tema 5) takip etmektedir. Dokuz Eylül Üniversitesinde hazırlanan tezlerde ise en fazla kullanılan tema “özgürlükler” (Tema 2) temasıdır. Onu “insan hakları mekanizmaları” (Tema 5), “insan hakları uygulamaları (Tema 6) ve kavramsal tartışmalar” (Tema 11) takip etmektedir.

Tablo 2 incelendiğinde dokuzuncu sırada İstanbul Bilgi Üniversitesi (31 tez) görülmektedir. Burada hazırlanan tezlerin ağırlığını “insan haklarına

dair kavramsal tartışmalar”ın (Tema 11) meydana getirmektedir. Onu “özgürlükler” (Tema 2) ve “insan hakları aktörleri ve rolleri” (Tema 9) temaları takip etmektedir.

Onuncu sırada yer alan Kırıkkale Üniversitesi’nde hazırlanan tezlerin (27) “karşılaştırmalı analizler” (Tema 7) temasında yoğunlaştığı gözlemlenmektedir.

3. Anabilim Dalları

Elde edilen veriler çerçevesinde insan hakları alanında yazılan tezlerin hangi anabilim dalı altında yazıldığına ilişkin verilere Tablo 3’den ulaşılabilir. Tezlerin hazırlandığı anabilim dallarına bakıldığında hukuk alanının ağırlıkta olduğu dikkat çekici gözükmektedir.

Ana Bilim Dalı	Sayı	Ana Bilim Dalı	Sayı
Kamu Hukuku	360	Güvenlik Bilimleri	4
Uluslararası İlişkiler	89	Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri	3
İnsan Hakları	81	Eğitim Yönetimi ve Planlaması	3
Kamu Yönetimi	72	Halk Sağlığı	3
Hukuk	46	Kadın Çalışmaları	3
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi	42	Sınıf Eğitimi	3
Sosyal Bilimler	33	Sosyal Bilgiler Öğretmenliği	3
İlköğretim	32	Suç Araştırmaları	3
Eğitim Bilimleri	28	Temel Eğitim	3
Felsefe	22	Anayasa Hukuku	2
Özel Hukuk	22	Avrupa Birliği Çalışmaları	2
Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler	19	Avrupa Birliği Siyaseti ve Uluslararası İlişkil	2
Sosyoloji	14	Avrupa Topluluğu	2
Avrupa Birliği	13	Eğitim Programları	2
Avrupa Çalışmaları	8	Eğitim Yönetimi, Teftişi, Planlaması ve Eko.	2
Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler	6	Felsefe ve Din Bilimleri	2
Eğitim Programları ve Öğretimi	6	Grafik	2
Siyaset Bilimi	6	Harita Mühendisliği	2
Temel İslam Bilimleri	6	İktisat	2
Türkçe ve Sosyal Bilgiler	6	İslam Hukuku	2
Atatürk İlke ve İnkıpları	5	Küresel Siyaset ve Uluslararası İlişkiler	2
Avrupa Birliği Hukuku	5	Maliye	2
Ceza Adaleti	5	Medeniyet Araştırmaları	2
Gazetecilik	5	Psikoloji	2
Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi	5	Sınıf Öğretmenliği	2
Sosyal Hizmet	5	Diğerleri	61

Tablo 3. En Fazla Tez Hazırlanan Anabilim Dalları (2 ve Üzeri)

Diğer anabilim dallarını görmek için Şekil 5’deki kelime bulutundan faydalanılabilir. Tablo 3 incelendiğinde kamu hukuku anabilim dalının 360 tez ile açık ara ile en fazla insan hakları ile ilgili tezi hazırlanan anabilim dalı olduğu görülmektedir. Onu 89 tez ile uluslararası ilişkiler, 81 tez ile insan hakları, 72 tez ile kamu yönetimi, 46 tez ile hukuk, 42 tez ile siyaset bilimi ve kamu yönetimi, 33 tez ile sosyal bilimler, 32 tez ile eğitim bilimleri, 22 tez ile felsefe, 22 tez ile özel hukuk, 19 tez ile siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler, 14 tez ile sosyoloji, 13 tez ile Avrupa Birliği, 8 tez ile Avrupa Çalışmaları takip

etmektedir. Ardından her biri 6 tez ile Avrupa Birliği ve uluslararası ekonomik ilişkiler, eğitim programları ve öğretimi, siyaset bilimi, temel islam bilimleri, Türkçe ve sosyal bilgiler gelmektedir. Bu anabilim dallarını 5 tez ile Avrupa Birliği hukuku, ceza adaleti, gazetecilik, güvenlik stratejileri ve yönetimi, sosyal hizmet; 4 tez ile güvenlik çalışmaları; 3 tez ile çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri, eğitim yönetimi ve planlaması, halk sağlığı, kadın çalışmaları, sınıf eğitimi, sosyal bilgiler öğretmenliği, suç araştırmaları, temel eğitim; 2 tez ile anayasa hukuku, Avrupa Birliği çalışmaları, Avrupa Birliği siyaseti ve uluslararası ilişkiler, Avrupa Topluluğu, eğitim programları, eğitim yönetimi, teftişi, planlaması ve eko., felsefe ve din bilimleri, grafik, harita mühendisliği, iktisat, İslam hukuku, küresel siyaset ve uluslararası ilişkiler, maliye, medeniyet araştırmaları, psikoloji, sınıf öğretmenliği anabilim dalları takip etmektedir. Diğer anabilim dalları ise 1 tez ile son sıraları oluşturmaktadır.



Şekil 5. Tezlerin Anabilim Dalları Kelime Bulutu

4. Danışmanlar

Yazılan lisansüstü tezlerin danışmanlıklarına bakıldığında birçok akademisyenin öne çıktığı görülmektedir. Tablo 4'te insan hakları alanında en fazla tez danışmanlığı yapan akademisyenlerin listesini görmek mümkündür.³⁷ Çalışmanın sınırları gereği bu tabloda 5 ve üzeri tez danışmanlığı yapan akademisyenlerin isimlerine yer verilebilmiştir. İlk

³⁷ Zaman içindeki unvan değişiklikleri nedeniyle listede akademisyenlerin unvanlarına yer verilmemiştir.

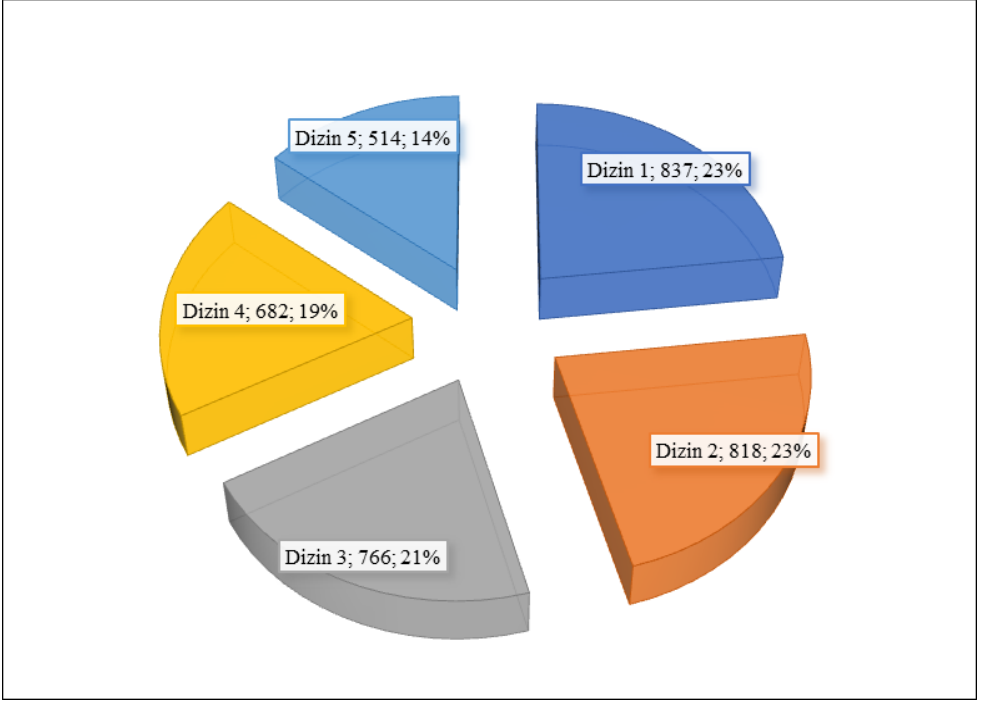
sırada 19 tez ile Ioanna Kuçuradi yer almaktadır. Onu 10 tez ile Harun Tepe takip etmektedir. 9 tez danışmanlığı yapan akademisyenler Yaşar Hacısalihpashaoğlu ve Bülent Algan'dır. Cem Deveci, Fazıl Hüsnü Erdem, Hasan Tunç ve Turgut Tarhanlı ise 8 tez ile sonraki sırada yer almaktadır. 7 teze danışmanlık yapan akademisyenler, Ahmet Bilgin, Anıl Çeçen, Aslan Gündüz, Betül Çotuksöken, Dilek Gözütok, Enver Bozkurt, Faruk Turhan, Mehmet Semih Gemalmaz, Mithat Sancar, Oktay Uygun, Osman Doğru, Reyhan Sunay ve Yavuz Atar şeklinde sıralanmaktadır. Adil Şahin, Akif Emre Öktem, Gülay Arslan Öncü, Naz Çavuşoğlu, Sevgi İyi, Tijen Dünder Sezer 6 tez; Ebru Karaman, Fatma Hülya Şimga, Hasan Tahsin Fendoğlu, Haydar Burak Gemalmaz, İbrahim Özden Kaboğlu, İdil Işıl Gül, Nezir Akyeşilmen, Sabahattin Nal, Sibel İnceoğlu ise 5 teze danışmanlık yapan akademisyenler olarak dikkat çekmektedir

DANIŞMAN	TEZ SAYISI	DANIŞMAN	TEZ SAYISI
Ioanna KUÇURADI	19	Osman DOĞRU	7
Harun TEPE	10	Reyhan SUNAY	7
Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	9	Yavuz ATAR	7
Bülent ALGAN	9	Adil ŞAHİN	6
Cem DEVECİ	8	Akif Emre ÖKTEM	6
Fazıl Hüsnü ERDEM	8	Gülay ARSLAN ÖNCÜ	6
Hasan TUNÇ	8	Naz ÇAVUŞOĞLU	6
Turgut TARHANLI	8	Sevgi İYİ	6
Ahmet BİLGİN	7	Tijen DÜNDAR SEZER	6
Anıl ÇEÇEN	7	Ebru KARAMAN	5
Aslan GÜNDÜZ	7	Fatma Hülya ŞİMGİ	5
Betül ÇOTUKSÖKEN	7	Hasan Tahsin FENDOĞLU	5
Dilek GÖZÜTOK	7	Haydar Burak GEMALMAZ	5
Enver BOZKURT	7	İbrahim Özden KABOĞLU	5
Faruk TURHAN	7	İdil Işıl GÜL	5
Mehmet Semih GEMALMAZ	7	Nezir AKYEŞİLMEN	5
Mithat SANCAR	7	Sabahattin NAL	5
Oktay UYGUN	7	Sibel İNCEOĞLU	5

Tablo 4. Tez Danışmanı Akademisyenler (5 ve Üzeri Sayıda Tez Danışmanlıkları)

5. Dizinler/Anahtar Kelimeler

Ulusal Tez merkezi kayıtlarında dizin adıyla o tezle ilişkilendirilen anahtar kelimeler yer almaktadır. Elde ettiğimiz veriler çerçevesinde bir tezin en fazla beş dizine sahip olduğu görülmüştür. Bazı tezlerde bu sayı daha azdır. Bu durum Şekil 6'daki verilerle de doğrulanmaktadır buna göre ilk anahtar kelime girilen tez sayısı 837 iken, ikinci dizine sahip olan tez sayısı 818, üçüncü dizine sahip olan tez sayısı 766, dördüncü dizine sahip olan tez sayısı 682 ve beşinci dizine sahip olan tez sayısı ise 514'tür.



Şekil 6. Dizin Sayısına Göre Tezler

Tablo 5 incelendiğinde insan haklarını konu edinen tezlerde en sık kullanılan dizinlerin/anahtar kelimelerin “insan hakları” (350 kez) olduğu görülmektedir. Onu 190 kullanım ile “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” takip etmektedir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” ise 170 kullanım ile üçüncü sıradadır. 100 kullanımın altındaki kelimeler ise sırasıyla “Türk hukuku” (62 kez), “kamu hukuku” (56 kez), “anayasa” (49 kez), “uluslararası hukuk”(47 kez), “Türkiye” (46 kez), “Avrupa Birliği” (44 kez), “demokrasi” (30 kez), “adil yargılanma” (24 kez), “mahkeme kararları” (22 kez), “Avrupa insan hakları hukuku” (21 kez), “özgürlük” (20 kez), “temel haklar” (20 kez), “Anayasa Mahkemesi” (19 kez), “güvenlik” (19 kez), “hukuk” (16 kez), “sözleşmeler” (16 kez), “kadınlar” (15 kez), “temel özgürlükler”(15 kez), “ifade özgürlüğü” (13 kez), “özel hayatın gizliliğinin korunması” (13 kez), “eğitim” (12 kez), “evrensellik” (12 kez), “polis” (12 kez) ve “uluslararası ilişkiler” (12 kez) şeklindedir. Bunlar dışında kullanılan diğer anahtar kelimeler ise şu şekildedir: “Ayrımcılık” (11 kez), “ders programları” (10 kez), “Birleşmiş Milletler” (9 kez), “kişi özgürlüğü” (8 kez), “ceza hukuku”, “mülteciler” ve “sivil toplum örgütleri” 7 kez; “Amerika Birleşik Devletleri”, “Avrupa Birliği Hukuku”, “bireysel başvuru”, “ceza”, “demokrasi eğitimi”, “denetim”, “ders kitapları”, “etik”, “göç”, “insan hakları eğitimi”, “insan hakları evrensek bildirisi”, “küreselleşme”, kelimeleri 6 kez; “Anayasa 1982”, “gözüaltına alma”, “kadın hakları”, “kişi güvenliği”, “mahkemeler”, “özel hayat”, “sosyal adalet” ve “yaşam hakkı” kelimeleri ise 5 kez kullanılmıştır.

Dizin/Anahtar Kelime	Sayı	Dizin/Anahtar Kelime	Sayı
İnsan Hakları	350	Ayrımcılık	11
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	190	Ders Programları	10
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	170	Birleşmiş Milletler	9
Türk Hukuku	62	Kişi özgürlüğü	8
Kamu Hukuku	56	Ceza Hukuku	7
Anayasa	49	Mülteciler	7
Uluslararası Hukuk	47	Sivil Toplum Örgütleri	7
Türkiye	46	Amerika Birleşik Devletleri	6
Avrupa Birliği	44	Avrupa Birliği Hukuku	6
Demokrasi	30	Bireysel Başvuru	6
Adil Yargılanma	24	Ceza	6
Mahkeme Kararları	22	Demokrasi Eğitimi	6
Avrupa İnsan Hakları Hukuku	21	Denetim	6
Özgürlük	20	Ders Kitapları	6
Temel Haklar	20	Etik	6
Anayasa Mahkemesi	19	Göç	6
Güvenlik	19	İnsan Hakları Eğitimi	6
Hukuk	16	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	6
Sözleşmeler	16	Küreselleşme	6
Kadınlar	15	Anayasa 1982	5
Temel Özgürlükler	15	Gözetim Alma	5
İfade Özgürlüğü	13	Kadın Hakları	5
Özel Hayatın Gizliğinin Korunması	13	Kişi Güvenliği	5
Eğitim	12	Mahkemeler	5
Evrensellik	12	Özel Hayat	5
Polis	12	Sosyal Adalet	5
Uluslararası İlişkiler	12	Yaşam Hakkı	5

Tablo 5. Tezlerde En Fazla Kullanılan Dizinler/Anahtar Kelimeler (5 ve Üzeri Kullanım)

Şekil 7’de tezlerde kullanılan dizinlerin/anahtar kelimelerin kelime bulutu yer almaktadır. Burada Tablo 3’ de gösterilemeyen diğer dizinleri/anahtar kelimeleri de görmek mümkündür.



Şekil 7. Dizinlerin/Anahtar Kelimelerin Kelime Bulutu

En sık birbiriyle kullanılan dizinlere/anahtar kelimelere bakıldığında Tablo 6’da yer alan kelime çiftleri karşımıza çıkmaktadır. En sık kullanılan kelime çiftinin “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” (82 kez) olduğu görülmektedir. İkinci sırada “insan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (75 kez) ve üçüncü sırada ise “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları” (35 kez) ile “Avrupa Birliği, İnsan Hakları” (35 kez) yer almaktadır. Bunların ardından sırasıyla “Türk Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (34 kez), “Türkiye, insan hakları” (32 kez), “uluslararası hukuk, insan hakları” (28 kez), “Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” (21 kez), “kamu hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (21 kez), “kamu hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, “temel haklar, temel özgürlükler” (20 kez), “insan hakları, Türk hukuku”(20 kez), “kamu hukuku, insan hakları” (19 kez), “mahkeme kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” (19 kez), “uluslararası hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (18 kez), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk hukuku”(18 kez), “insan hakları, demokrasi”(17 kez), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası hukuk”(17 kez), “Türkiye, Avrupa Birliği” (16 kez) ve “sözleşmeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (16 kez) bir arada kullanılmıştır.

Anahtar Kelime Çifti	Birlikte Kullanım Sıklığı
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	82
İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	75
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları	35
Avrupa Birliği, İnsan Hakları	35
Türk Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	34
Türkiye, İnsan Hakları	32
Uluslararası Hukuk, İnsan Hakları	28
Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	21
Kamu Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	21
Kamu Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	20
Temel Haklar, Temel Özgürlükler	20
İnsan Hakları, Türk Hukuku	20
Kamu Hukuku, İnsan Hakları	19
Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	19
Uluslararası Hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	18
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Hukuku	18
İnsan Hakları, Demokrasi	17
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Hukuk	17
Türkiye, Avrupa Birliği	16
Sözleşmeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	16

Tablo 6. Birlikte En Sık Kullanılan Anahtar Kelime Çiftleri

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnsan haklarına dair yapılan akademik çalışmaların sosyal bilimlerdeki yeri konusunda karşılaştırmalı çalışmalarda görülen bazı örüntülerin Türkiye’de de geçerli olduğu görülmektedir. Bu durumun izlenebileceği yerlerin başında ise lisansüstü tezler gelmektedir.

Elde ettiğimiz bulgular sonucunda tezlere ilişkin söylenebilecek ilk husus insan haklarına dair ilginin özellikle 2000’li yılların başından itibaren bir artış trendine girdiğidir. Kuşkusuz bunda başta AB üyeliğine uyum çerçevesinde özellikle Avrupa insan hakları sistemi ile ulusal insan hakları sistemimizin entegrasyonunun güçlenmesinin etkisinin olduğu söylenebilir.

Hazırlanan tezlerin türü dikkate alındığında çok büyük bir kısmının yüksek lisans tezi olduğu, akademik araştırma süresi itibarıyla daha uzun bir zaman dilimine yayılan doktora tezlerinin sayısının çok daha düşük düzeyde kaldığı görülmüştür.

Tematik olarak tezlerin içerdiği konuların en çok kavramsal tartışmalara odaklanması söz konusudur. Bu durum yıllara göre insan haklarına ilişkin artan akademik ilgi ile beraber düşünüldüğünde güncel ya da teorik tartışmalara olan ilgiyi de ortaya koymaktadır. Özel olarak bir özgürlük/hak alanını temsil eden “özgürlükler” teması da tezlerin yoğunlaştığı başka bir alanı işaret etmektedir. Bu da tekil olarak bir

özgürlüğün araştırma konusu yapılmasının önemsendiğinin bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Tezlerin içinde yer aldığı öne çıkan bir başka tema ise insan hakları eğitimidir. Bu temaya ilişkin tezlerin sayısındaki yüksek oranın işaret ettiği ilk boyutun insan hakları bilincinin oluşturulması ve yerleştirilmesi konusunda eğitimin üstlendiği rolün akademik düzeyde önemsendiğidir. İkinci boyut ise insan haklarının disiplinler arası niteliğinin özellikle eğitim bilimleri alanını da içine almaya başlaması ile ilgilidir. Her üç temanın yıllara göre dağılımı incelendiğinde sürekli biçimde tezlere konu olması trendinin artış grafiği de bu tespitlerimizi desteklemektedir.

Tezlerin üniversitelere göre dağılımı incelendiğinde özellikle büyükşehirlerde yer alan üniversitelerde tez sayısının oldukça yüksek seviyede olduğu tespit edilmiştir. İstanbul Üniversitesi, Ankara Üniversitesi, Marmara Üniversitesi, Gazi Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesi gibi eski ve büyük üniversitelerdeki tez sayısının diğer üniversitelerin önünde olduğu görülmektedir. Hem bu üniversitelerde hem de bunları takip eden diğer üniversitelerin ortak bir diğer özelliği de hukuk fakültelerine ve insan hakları uygulama ve araştırma merkezlerine sahip olmalarıdır. En fazla tezin yazıldığı ilk 20 üniversite içinde ODTÜ'nün bu üniversitelerden farklı olarak hukuk fakültesine sahip olmadığı belirtilmelidir.

Tezler yapıldıkları anabilim dalı açısından bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda istatistiksel olarak kamu hukuku en güçlü frekansa sahiptir. Bu da akademide yapılan insan hakları çalışmalarının hukuk disiplini ile ilişkisinin oldukça güçlü olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak sıralamadaki diğer anabilim dallarına bakıldığında sayıları kamu hukuku kadar fazla olmamakla birlikte sosyal bilimlerin farklı alanlarına yayılan bir görüntü karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi ve kamu yönetimi gibi görece kamu hukuku derslerinin ağırlığa sahip olduğu anabilim dalları dışında eğitim bilimleri, felsefe ve ilahiyat gibi hukuktan bağımsız diğer sosyal bilim dallarının da ağırlığını arttırmaya başladığı ifade edilmelidir. Avrupa Birliği çalışmaları, Avrupa Birliği, Avrupa çalışmaları vb. anabilim dallarında da insan hakları konulu tezlerin hazırlandığı görülmektedir.

Tezlere yapılan danışmanlık sayısında ilk sırada felsefe alanından iki akademisyenin yer alması insan hakları-felsefe ilişkisinin akademideki etkisine dair ipuçları vermektedir. Açık ara en fazla tez danışmanlığı Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı ve Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Başkanı olan Prof. Dr. İoanna Kuçuradi'ye aittir. İkinci sırada felsefe alanından bir diğer akademisyen Prof. Dr. Harun Tepe yer almaktadır. Üst sıralardaki felsefe alanından bir diğer akademisyen ise Betül Çotuksöken'dir. İnsan hakları alanında en fazla tez danışmanlığı yapan diğer akademisyenlerin ise anayasa hukuku, insan hakları hukuku ve genel kamu hukuku gibi alanlardan olduğu görülmektedir.

Hazırlanan tezlerin profiline ilişkin bir diğer önemli ipucunu tezlerin dizinlerine/anahtar kelimelerinde görmekteyiz. En fazla kullanılan anahtar kelimelerin üst sıralarında insan hakları dışında kullanılan iki anahtar kelime Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Bu iki kelimenin kendisinden sonraki kelimelerden açık ara daha fazla kullanılması tezlerin önemli bir kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önemli bir odak ve referans kaynağı olduğunu göstermektedir. Bunu destekleyen bir diğer

bulgu ise anahtar kelimeler içinde birbiriyle en sık kullanılan kelimelerde görülmektedir. Zira kullanılan diğer kelimelerin önemli bir kısmının bu iki anahtar kelime ile birlikte kullanılması söz konusudur.

Sonuç itibarıyla Türkiye’de lisansüstü tezler özelinde akademide insan hakları alanında hukukun etkisinin halen güçlü olduğu görülmektedir. Bununla birlikte özellikle felsefe, siyaset bilimi, uluslararası ilişkiler, eğitim bilimleri ve daha pek çok alanda yapılan çalışmalar, insan hakları konusunun sadece hukukun bir meselesi olmaktan çıkmaya başladığının ipuçları olarak görülmelidir. Kanaatimizce Türkiye’de insan haklarının toplumsal, kültürel, etik ve siyasal boyutlarıyla derinlemesine ele alınabilmesinin yolu sosyal bilimlerin insan hakları araştırmalarında daha etkili bir konuma gelmesiyle mümkün olacaktır. Çünkü özgürlüklerimizin, haklarımızın anlaşılması ve savunulabilmesi için sosyal bilimlerin sağladığı bilgi kaynaklarının ve yöntemlerinin kullanılması, insan haklarının ulusal ve ulusal-üstü düzeyde karmaşıklaşan sorunlarına çözüm üretmek noktasında gittikçe artan bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, (<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/turkish-turkce?LangID=trk>), (s.e.t 25.12.2023).
- “Ulusal Tez Merkezi”, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), (s.e.t 03.01.2024).
- “What are human rights?”, (<https://www.unicef.org/child-rights-convention/what-are-humanrights#:~:text=Human%20rights%20govern%20how%20individual,prevents%20them%20from%20doing%20others>), (s.e.t 25.12.2023).
- Acar T/ Orman F/ Topdağ D, “İnsan Hakları, Temel Haklar ve Özgürlükler Kapsamında Genel Veri Koruma Yönetmeliğinin Bibliyometrik Analizi”, Sosyal Bilimlerde Güncel Konulara Teorik, Politik ve Ampirik Yaklaşımlar, Ed. Eylül Kabakçı Günay, Efe Akademi, 2021, ss. 45-60.
- Andreassen B, Politics of Human Rights I, Norwegian Centre for Human Rights, 2011, (<https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5131/h11/undervisningsmateriale/Lecture%203%2010%20October%202011%20baa.pdf>), (s.e.t, 04.01.2024).
- Beetham D, “Introduction: Human Rights in the Study of Politics”, XLIII, 1995, Political Studies, ss. 1-9.
- Beşel F / Yardımcıoğlu F, “Maliye Dergisi’nin Bibliyometrik Analizi: 2007-2016 Dönemi”, S.172, 2017, Maliye Dergisi, ss. 133-151.
- Birinci H G, “Turkish Journal of Chemistry’nin Bibliyometrik Analizi”, C.9, S. 2, 2008, Bilgi Dünyası, ss. 348-369.
- Blau M, “Human Rights and the Roles of Social Scientists.” 1 (1), 2006, Societies Without Borders, ss. 113-122.
- Burton E, “A Social Science of Human Rights”, Vol. 51, S.2, 2014, Journal of Peace Research Anniversary Special Issue, pp. 273-286.
- Chaudhuri B, “Human Rights as an Academic Discipline”, ss. 127-139, (<https://www.hurights.or.jp/archives/pdf/asia-s-ed/v10/13HR%20as%20an%20Academic%20Discipline,%20Challenges%20and%20Opportunities.pdf>), (s.e.t 13.01.2024).
- Çokişler E, “Uluslararası İlişkiler Dergisinin Bibliyometrik Analizi (2004-2017)”, C.16, S.64, 2019, Uluslararası İlişkiler, ss. 29-56.
- Demir E, “Antropoloji Alanındaki Yayınların Bibliyometrik Analizi”, C.11, S.2, 2018, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 1512-1527.
- Donthu N/ Kumar S/ Mukherjee D vd., “How to Conduct a Bibliometric Analysis: An Overview and Guidelines”, S. 133, 2021, Journal of Business Research, ss. 285-296.
- Ernek Alan G A, Bibliometric Analysis of Public Relations Research Literature, C. 57, S. 1, 2022, Third Sector Economic Review, ss. 231-250.

Freeman M, "On the Interactions Between Law and Social Science in the Understanding and Implementation of Human Rights", *Beyond The Law: Multi-Disciplinary Perspectives*, Ed. Frans Viljoen, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2012, ss. xiii-3.

Güler F, "Siyasi Partiler Hukuku ile İlgili Lisansüstü Tezlerin Bibliyometrik Analizi", C.4, S.2, 2021, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss. 137-165.

Gülmez D/ Özteke İ/ Gümüş S, "Uluslararası Dergilerde Yayımlanan Türkiye Kaynaklı Eğitim Araştırmalarının Genel Görünümü: Bibliyometrik Analiz", C.46, S. 206, 2021, Eğitim ve Bilim, ss. 213-239.

Kahraman M, "İstanbul Üniversitesi Coğrafya Dergisi'nin Bibliyometrik Analizi", S. 44, 2022, Coğrafya Dergisi, ss. 207-218.

McCamant J, "Social Science and Human Rights", Vol. 35, No. 3, 1981, International Organization, ss. 531-552.

Morgan R, "Introduction: Human Rights Research and the Social Sciences", *Interpreting Human Rights Social Sciences Perspectives*, Ed. Rhiannon Morgan, Bryan S. Turner, Routledge, New York, 2009, ss. 1-23.

Murathan G/ Murathan F/ Bozyılan E, "Fiziksel Aktivite Konulu Tezlerin Bibliyometrik Analizi (2002-2019)", C.14, S. 2, 2020, *Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, ss. 158-167.

Munck J, "Human Rights and Capabilities: A Program for a Critical Sociology of Law", 44(6), 2018, *Critical Sociology*, ss. 921-935.

Saatçi G/ Aksu S, "Ayrımcılık Konulu Lisansüstü Tezlerin Biyometrisi: Turizm Perspektifinden Bir Değerlendirme", C.13, S.1, TÜBAV Bilim, ss. 111-125.

Salcedo M,/ Martinez M A/ Moral-Munoz J A vd., "Some Bibliometric Procedures for Analyzing and Evaluating Research Fields", C.48, 2017, *Applied Intelligence*, ss. 1275-1287.

Şahin E/ Akdağ G/ Çakıcı C/ Onur N, "Gastronomi ve Mutfak Sanatları Anabilim Dallarında Yayımlanan Tezlerin Bibliyometrik Analizi", Ek Sayı 1, 2018, *Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi*, ss. 30-41.

Şimşir İ, "Bibliyometri ve Bibliyometrik Analize İlişkin Kavramsal Çerçeve", *Bir Literatür İncelemesi Aracı Olarak Bibliyometrik Analiz*, Ed. Oğuzhan Öztürk ve Gökhan Gürler, 2. Basım, Nobel Bilimsel Yayınları, 2021, ss. 7-33

Tani E, "Basın Özgürlüğü Konulu Çalışmaların Bibliyometrik Analizi, International Mediterranean Social Sciences Congress (MECAS) Bildiriler Kitabı, 2019, ss. 325-332.

Tasioulas J, "The Moral Reality of Human Rights." *Freedom From Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Ed. Thomas Pogge, Unesco Publishing 2007, ss. 75-101.

Uysal B/ Ulusinan E, "Sağlık Hukuku Üzerine Üretilen Tez Çalışmalarının Bibliyometrik Analizi", *Sağlık Bilimlerinde Multidisipliner Araştırmalar 1*, Ed. Ayten Dinç, Efe Akademi, 2020, s. 25-42.

Viljoen F, "Introduction: Disciplinary Beyondness: A Background to the Conference and Collection of Papers", *Beyond The Law: Multi-*

Disciplinary Perspectives, Ed. Frans Viljoen, Pretoria University Law Press, Pretoria 2012, XIV.

Yıldız E, “Türkiye’de Gebelik ve Anestezi Konulu Yayınların Bibliyometrik Analizi”, C.5, S.1, Karadeniz Sağlık Bilimleri Dergisi, ss. 50-55.

Yılmaz G, “Restoranlarda Bahşış ile ilgili Yayınlanan Makalelerin Bibliyometrik Analizi”, C.14, S.2, 2017, Seyahat ve Otel İşletmeciliği Dergisi, ss. 65-79.

Zeren D / Kaya N, “Dijital Pazarlama: Ulusal Yazının Bibliyometrik Analizi”, C. 17, S.1, 2020, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 35-52.

KARŞILAŞTIRMALI BİR PARLAMENTO HUKUKU ANALİZİ: “TORBA KANUN” NEDİR, NE DEĞİLDİR?

A Comparative Parliamentary Law Analysis: What is and What Is Not an "Omnibus Bill"?

Doç. Dr. Şeref İBA*

Öz: Torba kanun, özel bir yasama yöntemi olarak çok yüksek hızda kanunlaştırmayı amaçlamaktadır. Kolayca işletilebilen ve çabuk sonuçlanan kanunlaştırma şeklindeki özel yasama yöntemleri, parlamento gücünün zaafa uğratılması ve hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinin zedelemesi gibi istenmeyen sonuçların doğması anlamına gelebilmektedir. Torba kanun uygulamalarının köklerini ve hukuk sistemlerinde doğurduğu olumsuz etkilerini karşılaştırmalı yaklaşımla incelerken Türkiye'ye mahsus yönlerini de dikkate almak gerekmektedir.

Karşılaştırmalı parlamento hukukunda bazı ülke örneklerinde de yüksek hızda yasa yapmak üzere uygulanan torba kanun yöntemi, daha çok iktidar, muhalefet ve yürütme arasındaki uzlaşma arayışlarının sonuç vermesi halinde gündeme gelmektedir. İncelenen başka bazı ülke örneklerinde ise, hukuk devletini zedeleyen sonuçları göz önüne alınarak torba kanun yolunu engellemek üzere Anayasa ve parlamento içtüzüklerinde hükümler getirilmektedir. Başka bazı örneklerde ise, bu şekilde açık bir hüküm bulunmadığı halde, Anayasa yargısının karar ve yorumları aracılığıyla sınırlandırmalara gidildiği görülmektedir.

Türkiye'de torba kanunların neredeyse tamamının aynı zamanda temel kanun olarak müzakere edilmesi katlamalı hızlandırma anlamına gelmektedir. Torba kanun uygulaması, kanunlaştırma faaliyetlerinin neredeyse yarısına karşılık gelecek derecede yaygınlık kazandığından daha ciddi sorun haline gelmiştir. Kalıcı çözüm yöntemi olarak “kanun yapma kanunu” şeklinde ya da TBMM İçtüzüğü hükmü olarak hukuki bir engel getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: torba kanun, temel kanun, özel yasama yöntemi, kanun tekniği, torbalştırma.

Abstract: The omnibus bill, as a special legislative method, aims to enact at very high speed. Special legislative methods, such as easily operated and quickly finalized legislation may lead to undesirable consequences such as weakening the parliamentary power and damaging the basic components of the rule of law. In comparative parliamentary law, the omnibus law method, which is also used in some countries to make laws at high speed, comes to the agenda mostly when the search for a compromise between the government, the opposition and the executive yields results. In some other country examples examined, there are regulations in the Constitution and Legislative Rules of Procedure to prevent omnibus legislation, considering the consequences that damage the rule of law. In some examples, although there is no such clear provision, limitations are imposed through the decisions and interpretations of the Constitutional judiciary. In Turkey, almost all omnibus laws are negotiated as basic laws at the same time, which means exponential acceleration. The practice of omnibus legislation has become a serious problem as it has become so widespread that it accounts for almost half of all legislative activities. A lasting solution requires a legal barrier in the form of a "law-making law" or a provision in the Rules of Procedure of the Parliament.

Keywords: omnibus law, basic law, special legislative method, law-making technique, omnibusization.

* TBMM Başkan Müşaviri, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (k.z) Öğretim Üyesi, serefiba@hotmail.com, ORCID: 000 003 3803 5770

Makale Geliş Tarihi: 11.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483962

GİRİŞ

Türk parlamento hukukunun güncel sorun olarak 2000'li yıllarda yeniden gündeme gelen torba kanun yolunun ülkemizdeki uygulaması, dünya örneklerinin ötesine aşmış ve tehlikeli bir seviyeye gelmiş durumdadır. Yasama trafiğinde yüksek hızdan kaynaklı sorun alanlarına yol açan torba kanunlar, başlangıçta torba şeklinde sunulan kanun teklifine dayanabileceği gibi, normal bir kanun teklifine yasama sürecinde eklenen değişiklik önereleriyle de ortaya çıkabilmektedir. Torba kanun uygulamasının aşırı yaygınlaşması, özellikle yasama çoğunluğu yönünden yeni içtüzük ihtiyacının rafa kalkması ve içtüzük reformu çalışmalarının aciliğinin gölgelenmesi sonucunu doğurmuş görünmektedir.

Torba kanunlar hakkında başka ülke örneklerindeki uygulamalarla ilgili çözüm arayışlarını inceleyip karşılaştırmalı bir yaklaşımla değerlendirmek, yeni yapılacak hukuki çalışmalara ışık tutacak öneriler geliştirilmesine önemli katkılar sunabilir. Bu amaçla, öncelikle Türkiye'de torba kanun yolunun gerek tarihi kaynakları gerekse yeniden uyanış sebeplerini irdelemek gerekmektedir. Bu doğrultuda, yasama dili ve kavramlarıyla ilgili gelişigüzel kullanımlardan kaçınmaya yönelik öneriler geliştirilmesi de gerekmektedir.

Kavram, terim ve ibare kargaşasının giderilmesine destek olacak kimi aydınlatıcı tespitler, torba kanunun ne olup olmadığını daha net gün yüzüne çıkarabilir. Bu anlamda, torba kanun sorununun giderek yaygınlık kazanmasının sebepleri ve olası etkileri bağlamında yapılacak tartışmalar, gelinen noktada, en başta İçtüzük reformu olmak üzere etkili ve kalıcı çözüm arayışlarına ivme kazandırabilir.

I. KAVRAM VE TANIM SORUNU

Demokratik hukuk devletinde, “yasama” ve “kanun” kalitesi bağlamında yüksek standartlara ulaşılması genel bir hedeftir. Yasama kalitesi, dar anlamda, yasa yapım usulü ve kanunlaştırma faaliyetlerini kapsamaktadır. Geniş anlamda ise, en başta “karar” ve “bildirici (bilgiye sunma) işlemler”¹ olmak üzere bütün yasama işlemlerinde izlenen usul ve esasları anlatmaktadır. Daha çok yabancı literatürde geçen “yasama amaçlı olmayan önergeler (non-legislative proposals)” şeklindeki kavramlaştırma, bildirici işlemlere kaynaklık eden önergelere karşılık gelmektedir.² Kanun, kısaca, yasama organı tarafından, bu ad altında ve usulüne uygun olarak çıkarılan genel, soyut ve süreklilikli hukuk kuralları içeren yazılı metinler şeklindeki yasama işlemleridir.³ Ayrıca, yargı içtihatlarında kanunun içerdiği

¹ Şeref İba, “Türk Parlamento Hukukunda “Yasama İşlemi ve “Karar” Kavramları”, Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN Armağanı, Anayasa Hukuku, Cilt-2, Yetkin Yayınları, 2008, Ankara.

² <https://academic.oup.com/book/41599/chapter-abstract/353325477?redirectedFrom=fulltext> (Erişim tarihi:12.02.2024).

³ Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 14. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s.158; Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku-Genel Kısım, 6. Baskı, 2023, Ankara, Seçkin Kitabevi, s.453; Şeref İba, Parlamento Hukuku, 8. baskı, Seçkin Yayınevi, 2022, Ankara, s.109;

hukuk kurallarının bu niteliklerinin yanı sıra, toplum ve bireylerce uyulması zorunluluğuna vurgu yapılırken, bunların objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan veya mevcut bir durumu yeniden düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlem olduğunun altı çizilmektedir.⁴ Öte yandan, yasama yetkisi ucu açık sınırsız bir yetki değildir. Yasa koyucu organın yargı kararı şeklinde kanun yapması ya da belirli bir şahsa yönelik adrese teslim nimet vermesi veya külfet yüklemesi söz konusu olamaz.⁵

Kanunlar şekli ve maddi ölçütlere göre ikiye ayrılabilmesi gibi gerek hukuki kapsam ve içeriğinin belirlenmiş şekli, gerekse kanun yapma ve norm yazma teknikleri bakımından sınıflandırılabilir. Kanun metinleri ve diğer normatif düzenlemelerde istenilen standartlara ulaşılabilmesi yasama kalitesinin temel göstergesi ve sonucudur. Anayasa ve TBMM İçtüzüğü en başta olmak üzere, yasama ve kanun kalitesiyle ilgili biçimsel ve maddi kuralların ve niteliklerin uygulama boyutunda tam anlamıyla hayata geçirilmesi ve giderek geliştirilmesi, hukuk devletinin güncel sorun alanlarından birisidir. Bu çerçevede, yasama organının kuruluş ve işleyişini düzenleyen hukuk kaynaklarının yanı sıra, uygulama alışkanlıkları, emsaller, teamüller ve ritüeller yasama kalitesini belirleyen temel bileşenler olarak sayılabilir. Söz konusu tanımlayıcı unsurlar ışığında kanun teklifinin hazırlanmasından kanunlaşmasına kadar geçen süreçte geçerli olan kurallar ve usuller bütünü, “kanun tekniği” kavramı ile ifade edilebilir.⁶ Özellikle de organik bakımdan Yasama Organının kanun yapma dışında kalan diğer yasama işlemlerini de kapsayan “yasama tekniği”, “yasa (kanun) tekniği” ile aynı anlama gelmemekte ve daha geniş bir kavramsal çerçeveye karşılık gelmektedir.

Kanun yapımıyla ilgili usul ve esaslara denk gelen “kanun tekniği” ise, kanunlaşan metinlerin arka planını oluşturan mutfak çalışmalarının tamamını kapsamaktadır. Bu noktada, normal veya olağan kanun yapma yolları bağlamında izlenen “genel yasama yöntemi” veya daha doğru niteliklemeyle “kanunlaştırma genel yöntemi” ile “torba kanun” ya da “temel kanun” gibi hızlandırma amaçlı olağan-dışı kanun yapma yolları olarak tercih edilen “özel yasama yöntemi” ya da “kanunlaştırma özel yöntemi” ayrımı gündeme gelmektedir. Kanun tekniği yönünden genel ve özel kanunlaştırma yöntemleri arasında benzerlikler olduğu kadar, birbirine hiç benzemeyen kardeşler gibi çok derin farklılıklar da vardır.

Yasalaştırmanın özel yöntemi esasen zor işletilebilen istisnai bir durum olarak görülmelidir. “Temel kanun”, “Torba kanun” gibi istisnai özel yöntemlerin alabildiğine yaygınlık kazanan genel tercih haline dönüşmesi yasama kalitesizliğine yönelik tehlike sinyalleri olarak karşımıza

Fahri Bakırcı/Ömer Faruk Gençkaya/Ozan Ergül/Abbas Kılıç/Gündüz Alp Aslan/İsmail Yüksel, Parlamento Hukukuna Giriş, 2. baskı, Lykeion Yayınevi, 2022, Ankara, s.254.

⁴ AYM, 24.9.1990, E.1990/31, K.1990/24, AYMKD, S.26, s.403.

⁵ Hasan Tahsin Fendoğlu, Parlamento Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2023, Ankara, s.170-177.

⁶ Şeref İba, “Türkiye’de Yasa Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine”, A.Ü. S.B.F Dergisi, 2003, Cilt:58, Sayı:3, s. 35-60.

çıkılmaktadır. Çünkü kanun metinlerine ilişkin içerikle ilgili değerlendirmeler bir yana, sadece şekil bakımından bile kanun tekniğinin olmazsa olmaz kurallarının dışına taşan yabancılaşmış uygulamaların sıklıkla görüldüğü sorunlu alanların başında temel ve torba kanun usulleri gelmektedir. Gerçekten de son dönemlerde ülkemizde torba kanun, yasama organlarının klasik yetkilerinden yasa yapma ve norm koyma işlemlerinin kolaylaştırılması ve yüksek vitesli hızlarda sonuçlandırılması için gerekli ve taktik bir “yasama şeytanlığı”⁷ görünümü kazanmaya başlamıştır. Torba kanunun tanımlanmasına kalkışmadan önce, bazı tanıtıcı özelliklerin sıralamak gerekir:

-Anayasa ve İçtüzük dahil resmi yazışmalarda ve kanunun kendi metninde “torba” nitelemesi yer almamaktadır. Dolayısıyla, hangi kanunun “torba kanun” olduğunu tespit etmek uzmanlık gerektirir ve her zaman kolay değildir. Kaldı ki, yasama sürecine normal kanun teklifi olarak sunulduğu halde Komisyon veya Genel Kurulda eklenen maddelerle torba kanuna dönüşen kanun örneklerine de rastlanılmaktadır.⁸ Yasama dilinde, daha çok fiili bir niteleme şeklinde günlük konuşmalarda kullanılmaktadır.

-Başlık kısmında, “Çeşitli (Bazı) Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” geçen kanunların, “torba” olma olasılığı yüksektir. Ancak tek başına yeterli bir gösterge değildir.

-Torba kanun metinleri, gerek madde, gerekse sayfa sayısı yönünden uzun metinlerdir. Ancak bu kriter de tek başına yeterli değildir.

-Karşılaştırmalı parlamento hukukunda ve uluslararası kullanımda farklı nitelermeler ve anlamlandırmalar vardır. Uluslararası kullanımlarda ve farklı dillerde “torba yasama (omnibus legislation) tercih edilmek suretiyle, “hız” ve “taşımaya” özelliklerine vurgu yapılmaktadır. Torba” nitelemesi bize mahsustur. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde, “torba, ...taşımaya gerci” olarak açıklanmıştır.⁹ Dolayısıyla, ülkemizdeki kullanımda “taşımaya” ve içerisindeki çeşitliliğe çağrışım yapan “öteberi” öne çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, “torba” nitelemesi, torba yasamanın asıl amacı olan “hız” unsurunu içermemektedir. Bununla birlikte, yerleşmiş bir kullanım olduğu ortadadır.

-Torba kanun, bir kanun türü değil¹⁰, kanun çeşitlerini içinde toparlayan bir ambalajdır. Şekil bakımından karnında çok sayıda kanun taşıyan (taşıyıcı) kargo aracıdır.

⁷ Louis Massicotte, “Omnibus Bills in Theory and Practice”, Commonwealth Parliamentary Association - Canadian Region, 2013 (www.revparlcan.ca/en/home/) (s.e.t. 01.05.2024)

⁸ Örneğin, 23. Yasama Döneminde kanunlaştırılan 14/07/2010 tarihli ve 6005 sayılı YÖK Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasında Dair Kanun bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 23, Cit: 74, B.130, 07.07.2010, s.817-823.

⁹ TDK Sözlüğü “torba, genellikle plastikten veya kâğıttan yapılmış, içine öteberi koymaya yarayan çeşitli büyüklükte olabilen taşıma gerci; poşet” şeklinde tanım verilmektedir. <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 01.05.2024)

¹⁰ Selin Esen / Bahadır Yeşilirmak, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Torba Kanun” Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, 2023, 72/(2), s.643-685.

-Torba kanun, “tek konu, tek kanun” şeklindeki genel hukuk ilkesini göz ardı ederek yüksek hızla yasalaştırma hedefini önceleyen bir çıkış yoludur. Geniş anlamda parlamento reformu, dar anlamda içtüzük reformu gerçekleştirilmediği takdirde nicelik yönünden az veya çok örneklerle ve kaçınılmaz şekilde gündemde olmaya devam edecektir.

-Torba kanun, amaç bakımından ortak temalı “paket kanun¹¹” uygulamalarının süreç içerisinde dönüşüm ve başkalaşım geçirmiş halidir. Torba kanunda, parlamento zamanını kısaltmak için, amaçsız ve temasız bir şekilde toplulaştırılmış olan çok sayıda kanun ve/veya KHK değişikliğini sonuçlandırma hedefi öne çıkmaktadır. Öte yandan, istenilen değişikliklerin en kısa zamanda parlamentodan geçirilmesi hedefine ulaşmak üzere “yeni madde ihdası” şeklinde Komisyon ve Genel Kurulda kabul edilen değişiklik önermeleri, yasama stratejisi ve taktik anlamda kronik tartışmaların yeniden alevlenmesine zemin oluşturmaktadır.¹²

-Torba kanunların heterojen niteliği sebebiyle getirdiği hükümlerin gövde kanun metinlerine salimen taşınması ve işlenmesi da dahil olmak üzere mevzuat sistemini güncellenmesi ve belirli aralıklarla ayıklanması ihtiyacı artmaktadır. Parlamento tarihimizde iki defa olmak üzere 1988 ve 2007 yıllarında “Uygulama İmkânı Kalmamış Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun” başlığıyla çıkarılan “süpürge kanunlar” ile, toplam 1845 kanun ya da eşdeğer düzenleme yasa mezarlığına gönderilmiştir.¹³ Son dönemlerde yaygınlaşan torba kanun uygulaması yüzünden bu anlamda yeni bir çalışmaya acil ihtiyaç doğmuş durumdadır.

Anayasa ve TBMM İçtüzüğünde “torba kanun” kavramı hiç geçmediği için engelleyici bir düzenleme de yoktur. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan 2023 tarihli “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” bir istisna oluşturmaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin 18/1. maddesine¹⁴ göre Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı kararı taslakları için torba düzenleme yapılmasını engelleyici niteliktedir. Ancak bu düzenleme, Yürütme bünyesinde yürütülecek “kanun taslağı” hazırlıkları için bağlayıcı olmakla birlikte “kanun teklifi” olarak Meclise sunulduğu etaptan sonra bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Çünkü Yönetmelik sadece kanun taslağı çalışmalarını için

¹¹ Paket kanun, ortak bir hedefin gerçekleştirilmesine yönelik tema bakımından uyum ve bütünlük sergileyen birden fazla kanunda değişiklik yapılmasıdır. Bkz. Fahri Bakırcı / Abbas Kılıç (Ed.), Parlamento Hukuku (Karşılaştırmalı ve Uygulamalı), Lyketon Yayınları, İstanbul, 2023, s.480.

¹² Bu bağlamda örneğin, “giyotin” nitelemesi için bkz. Ed. Bakırcı / Kılıç, s.484.

¹³ Şeref İba, “Hukuk Tarihimizde Mevzuat Ayıklama ve Süpürge Kanunlar Geleneği Oluşturmak”, Terazi- hukuk dergisi, Yıl: 4, Sayı: 29, Ocak 2009, s.185-190.

¹⁴ “Birden Fazla Düzenleme ve Maddede Değişiklik” başlıklı 18. Madde hükmü şöyledir: “Konu itibariyle aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Cumhurbaşkanlığı kararında düzenleme yapılmasını gerektiren haller dışında, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslak ile yapılır.” Söz konusu Yönetmelik metni için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatNo=5210&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5>), (s.e.t. 01.05.2024).

kural getirmekte, yasama sürecinin etaplarında sonradan “torbalaştırma” hamleleri hakkında suskun kalmaktadır. Kaldı ki, 2017 Yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra yeni hükümet sistemine geçilmesiyle, “kanun tasarısı” yolu kaldırılmıştır. Böylece, en azından resmi anlamda, kanun önerme inisiyatifi de tamamen Yasama Organı üyelerine geçmiş ve yasama girişimi bağlamında “kanun teklifi” tek yol haline gelmiştir. 2017 Yılındaki hükümet sistemi değişikliği sonrası, Bütçe ve Kesinhesap kanun teklifleri dışında Yürütme tarafından Yasama Organına doğrudan doğruya sunulabilecek bir kanun teklifi bulunmamaktadır. Bu anlamda, “kanun taslağı”, Yürütmenin veya İdarenin kanuni düzenleme ihtiyaçlarıyla ilgili olarak Yasama Organını siyaseten etkileyebilmesinin hukuki kanalı haline gelmiş durumdadır. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte düzenlenen kanun taslağı hazırlık sürecine ilişkin daha ziyade hukuk birimleri ve ilgili idari makamlarca yürütülen çalışmalar ise yasama işlemi değil, idari işlem niteliği sergilemektedir. Anılan Yönetmeliğin 4.maddesinde kanun taslağı hazırlık sürecinde uyulması gereken ilkeler düzenlenmiştir.¹⁵

II. KARŞILAŞTIRMALI PARLAMENTO HUKUKUNDA TEMEL NİTELİKLER

Demokratik hukuk devletinde, kanunların kaliteli ve nitelikli olması gereği güncel bir konudur. Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan Venedik Komisyonunun raporları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında belirtilen standartlar ve kıstaslar, Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye için de bağlayıcı niteliktedir.¹⁶

Venedik Komisyonu, yasama sürecinin etkililiği ve milletvekillerinin haklarının korunması arasında bir denge kurulmasını, yasama organındaki çoğunlukla muhalefet arasında müzakere imkanına güvence sağlayan usul kurallarının gerekliliğine vurgu yapmıştır. Kanun tekliflerine erişilebilmesini ve yasama süreçlerine sivil toplum katılımının ve katkı kanallarının açık olmasını gerekli görmektedir.¹⁷ Ayrıca, komisyon etapları da dahil olmak üzere bütün yasalaştırma süreci saydam ve kamuya açık olmalıdır. Bu doğrultuda, Venedik Komisyonu, Türkiye’de hükümet sistemi değişikliği gerçekleştiren 2017 Anayasa değişiklikleri hakkında, Genel Kurul görüşmelerinin kamuoyu tarafından izlenmesini sağlayacak biçimde canlı yayımlanmasını önermiştir.¹⁸ Öte yandan, parlamento çoğunluğunun,

¹⁵ bkz.(<https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatNo=5210&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5>), (s.e.t. 01.05.2024).

¹⁶ Esen / Yeşilirmak, s.647.

¹⁷ Venice Commission, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD, 2019, 15, para.77,78 ve 79.

¹⁸ Venice Commission, Turkey-Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, CDL-AD, 2017, 005, para.25.

kanun tekliflerinin anlamlı müzakeresinden kaçmak amacıyla hızlandırılmış yöntemi kullanmaması yönündeki görüşün dile getirmiştir.¹⁹

AİHM, 1980’li yıllardan itibaren verdiği kararlarda, genel olarak kanunların açık, öngörülebilir, kesin ve erişilebilir olmasını “nitelikli kanun” terimiyle ifade etmektedir. Yasama sürecinde çıkarların tartılması ve parlamenterler tarafından yeterince müzakere yapılmamasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur. Kanun tekliflerinin, yeterli ölçüde parlamento incelemesine konu olmamasını, kanunlaşmadan önce ciddi ve ayrıntılı müzakere ve tartışmaya konu edilmemesini eleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, Venedik Komisyonu ve AİHM ile benzer görüşleri benimsemekle birlikte kanunlaştırma süreciyle ilgili açıklık ve katılımçılık gibi şekli konularda sessizliğini sürdürmektedir.²⁰

III. TÜRKİYE’DE TORBA KANUNUN TARİHÇESİ

Türkiye’de torba kanun, birdenbire ortaya çıkan bir uygulama değildir. Hukuk tarihimizde belirli dönemlerde benzer nitelikte uygulama örnekleri görülmüştür. 2000’li yılların başlangıcından itibaren tematik bakımdan amaç veya konu bütünlüğü olan “paket kanun” uygulamalarının giderek konu bütünlüğünün kaybolduğu, hızlandırma dışında ortak amaç taşımayan çok çeşitli nitelikte değişiklikler içeren torba kanun yolunun yerleşik bir uygulamaya dönüşme eğilimi ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle, torba kanun usulünün sürekli ve sıklıkla başvurulan bir özel yasama usulü olarak ciddi düzeyde sorunlu bir alan niteliğine bürünmesi son dönemlere özgüdür.

A. HUKUK TARİHİMİZDEKİ KÖKLERİ

Türk hukuk tarihinde, “hukuk reformu” dönemi olarak bilinen batı kaynaklı kanunların benimsendiği süreçte, 937 maddeden oluşan 743 sayılı Türk Medenî Kanunu, “*külliyen (toptan) usulü*” adı verilen hızlandırılmış özel yasama yöntemiyle kabul edilmişti. İkinci Meclis Döneminde, ayrıca, İtalyan kanunu esas alınarak hazırlanan ve 592 maddeden oluşan Türk Ceza Kanunu bir bütün halinde (külliyen) oylanarak kabul edilmiştir. İsviçre kanunu esas alınarak hazırlanan ve 544 maddeden ibaret 818 sayılı Borçlar Kanunu da aynı yöntemle hızlıca kabul edilmiştir. Fransa’dan alınan ve 1000 maddeden oluşan 865 sayılı Ticaret Kanunu ve 866 sayılı Tatbikat Kanunu aynı usulle kabul edilmiştir. 582 madde olarak düzenlenen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 18.06.1927 tarihinde bir bütün olarak (külliyen) oylanarak kabul edilmiştir. Kararlaştırılan özel yasama usulü Meclis zabıtlarına şöyle yansımıştır²¹:

¹⁹ Venice Commission, Romania-Opinion on draft amendments to the Criminal Code, CDL-AD, 2018, 021, para.35-39.

²⁰ Esen / Yeşilirmak, s. 649.

²¹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, Cilt: 22, Birleşim: 54, 11.2.1926, s. 152-153.

Takrirler

1. — Afyonkarahisar Mebusu Ali Bey'in, Kanunu medenî, Vecibe Ticaret ve ceza kanunlarının müzakeresi sırasında bir madde ile kabul veya red suretiyle küll halinde kararı katıye iktiran ettirilmelerine dair takriri.

Kanunu Medeni, vecibe (ukudat), ticaret ve ceza kanunlarının Mecliste müzakeresi esnasında bir madde ile kabul veya red suretiyle küll halinde kararı katıye iktiran ettirilmesinin usul itihazını teklif ederim.

Afyon
Ali

(Kabul sesleri).

HALİS TURGUT BEY (Sivas) — Efendim, Nizamnamei Dahili sarıhtır. Kanunun madde madde müzakeresi lâzımdır. (Reye sesleri).

REİS — Efendim; evvelâ gelecek hafta çarşamba günü müstaceliyetle müzakeresini reye vaz edeceğim. Önümüzdeki çarşamba günü teklif edilen kanunların tercihan ve müstacelen müzakeresini kabul edenler lütfen el kaldırsın... Kabul etmeyenler lütfen el kaldırsın... Tercihan ve müstacelen müzakeresi kabul edilmiştir efendim.

Şimdi ikinci teklif geliyor : Kanunu Medeni, ticaret ve ceza kanunlarının bir madde ile yani küll halinde kabule iktiran etmesi hakkındadır. Bunu şimdiden kabul buyurursanız söz söyleyecek olan arkadaşlar bir hafta zarfında hazırlanurlar. Bu takriri kabul edenler lütfen el kaldırsın... Kabul etmeyenler lütfen el kaldırsın... Kabul edilmiştir efendim.

Efendim, biraz evvel tayini esami ile reye vaz ettiğimiz muahedeye henüz rey vermeyenler var ise lütfen reylerini istima lbuyursunlar...

Efendim, Memurin muhakemat encümeni intihabı hakkındaki neticeî ârayı arz edeceğim : 147 zat reye iştirak buyurmuştur. Binaenaleyh muamele tamamdır. Yirmi zat isim yazmamış ve beyaz kâğıt vererek müstenkif kalmıştır. Rey alanlar şunlardır : Ali Nazmi Bey (Kastamonu) yüz yirmi iki rey ve İsmail Hakkı Bey (Şarkikarahisar) yüz yirmi iki rey, Rıza Bey (Kütahya) yüz on altı ve Sefa Bey (Adana) dört, Şeref Bey (Diyarbakir) üç, Mustafa Bey (Tokat) üç, Abdullah Azmi Bey (Eskişehir) iki, Faik Bey (Kütahya) iki, Tefvik Bey (Konya) iki, Mustafa Feyzi Bey (Konya) iki, Hacı Bedir Bey (Malatya) iki, Reşit Bey (Malatya) bir rey almışlardır. Şu halde memurin muhakemat encümenine intihab edilen zevat; Ali Nazmi Bey (Kastamonu), İsmail Hakkı Bey (Şarkikarahisar) ve Rıza Bey (Kütahya) dir. Âra istihsalî hitam bulmuştur.

— 152 —

Bu kanunların bütün halinde (küll halinde) oylanması, Afyonkarahisar mebusu Ali Bey'in, 11 Şubat 1926 tarihli birleşimde Medenî Kanun'un, Ticaret ve Ceza Kanunu'nun bir madde ile kabul veya ret suretiyle toplu halde (kesin karara bağlanması şeklinde) oylanması hakkındaki takririnin kabul edilmesi üzerine alınan karara dayandırılmıştır. Sadece bu dönemde uygulanan *küll halinde* görüşme ve oylama yönteminin, yürürlükteki İçtüzüğün olağan kanun teklifi görüşmeleri ve oylamaları için çizdiği genel çerçevenin dışında özel olarak geliştirilmiş sıra dışı bir yasama yöntemi olduğu kuşkusuzdur. İçtüzüğün öngördüğü olağan yasama sistemini askıya alarak külliye (toptan) oylama, dönemin şartlarında devreye alınan bir özel yasama mantığıdır.²² Genel olarak, kanunlaştırma faaliyetlerinde, bir teklif içine sıkıştırılmış tekliflerle, aralarında konu bütünlüğü bulunmayan birden fazla kanunda düzenleme yapan kanunlar, "torba kanun" şeklinde nitelendirilebilir. Meclis İçtüzüğüne dayanan bir özel yasama yöntemi olarak Temel kanun ise madde bazlı müzakere yerine en fazla 30 maddeden ibaret bölüm bazlı görüşme ikame eden şekli bir hız kazanma usulüdür.

II. Meclis dönemindeki emsalden uzun süre sonra, parlamento hukukumuzda "torba kanun", "temel kanun" 2000'li yılların başlarında

²² Şeref İba, "Türk Parlamento Tarihimizde II. Meclis", Yüzüncü Yılında TBMM, 1.Cilt, TBMM Basımevi, Ankara, 2020, s.123-154.

yeniden gündeme gelmiştir. 1990'lı yıllarda başlangıçta tematik bütünlüğü bozmamak adına biraz da zorunluluktan kaynaklanan vergi kanunlarıyla ilgili “paket kanun” uygulaması daha sonra Avrupa Birliği uyum paketleri olarak Kopenhag Kriterleri'nin gerektirdiği insan hakları alanındaki kanunlaştırma faaliyetlerinde devam ettirilmiştir. 2000'li yılların başlarından itibaren genele yayılmış ve hemen her konuda tek amacı yüksek vitesle yasa yapma olan torba kanunlar çıkarma yolu sıradan hale gelmiştir. Kanunlaşma süresinin yüksek hızlı tren (YHT) şeklinde gerçekleştiği torba kanun uygulaması, çıkarılan ya da değişiklik yapılan kanunlarda kısa sürede yeniden değişiklik yapılma ihtiyacının sıklıkla görülmesine sebep olmaktadır. 1961 Anayasasıyla TBMM'nin “yasama tefsiri”²³ yetkisi kaldırıldığında, kanunlara eş değer nitelikteki yasama yorumlarına ikame olarak Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu gibi ana (temel) kanunları hakkında, uygulamada yaşanacak tahmini tereddütleri gidermeye dönük ayrıntılı düzenlemeler içeren “uygulama kanunları” çıkarma geleneğinin ortaya çıkmıştır. Benzer şekilde, torba kanunlar da KHK'ye alternatif şeklinde yerleşen bir çıkış yolu haline gelmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin önündeki torba kanun uygulaması, özellikle Meclisin tatile girmesine ya da ara vermesine yakın dönemlerinde artış göstermektedir. Bu bakımdan TBMM kulislerinde popüler söylemde, tatile yakın haziran ayı “torba mevsimi” olarak bilinmektedir.²⁴ Torba kanun teklifi, bakanlıklarda tasarı şeklinde hazırlanıp hızlandırma amaçlı olarak bir milletvekilinin imzasıyla “doğan görünümlü şahin” gibi kanun teklifi olarak sunulduğu takdirde, önemli yasama hatalarına da yol açabilmektedir. Roma Hukukunda Lex Caecilia et Didia (M.Ö-98) ilkesi, “insanları tek bir karmaşık yasadaki toplanmış farklı konular hakkında bir sonucu varmaya zorlamamayı” öngörmüştü. Erdoğan Teziç'in belirttiği gibi torba kanun, Roma hukuku ilkesi olan “tek konu tek kanun” ilkesini tepetaklak eden ve karmakarışık kanun metinlerini bir araya getiren, iktidar çoğunluğunun düzenlemek istediği konuları çok kısa sürede kanunlaştırma ve bunun için de İçtüzükte yer alan kuralların ihmal edildiği tuhaf ve zorlama bir kanun yapma yoludur.²⁵

ABD başkanlık sisteminde örneği görülen torba kanun uygulaması, Türkiye özelinde, yasama organının katkı sunmadığı yürütmeye endeksli yasa-yapma ve gündem kontrolü imkânı anlamına geldiğinden, fiili hükümet sistemini de etkilemekte; parlamenter sistem içinde “başkanlık sistemi” şartlarının yaşanması sonucunu doğurmaktaydı.²⁶ Önceki hükümet sisteminden kalma torba kanun alışkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Hükümet

²³ Şeref İba, “Türk Parlamento Hukukunda “Yasama Tefsiri”, Ombudsman Akademik, 2022, Yıl: 9, S.17, s.42-62.

²⁴ Şeref İba, “Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, S.2011/1, s. 197-202.

²⁵ Abbas Kılıç, “Torba Yasaların Etkileri”, Ankara Barosu- IX. Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2016, Cilt:2, s.531-537.

²⁶ Şeref İba / Yasuhi Hazama, “Legislative Agenda Setting by a Delegative Democracy: Omnibus bills in the Turkish Parliamentary System”, Turkish Studies, p.1-21. (www.tandfonline.com) (s.e.t. 01.05.2024).

Sistemi'ne geçildikten sonra günümüzde de devam etmektedir. İçtüzük reformu yapılamadığından dolayı hükümetlerin yasa yapma ihtiyaçlarına “zorunlu çıkış yolu” rolü üstlenen torba kanun uygulamasının gündemden düşebilmesi için “yeni içtüzük” çalışmalarının bir an evvel sonuçlandırılması gerekmektedir.

Güçlü parlamento genel hedefi doğrultusunda, TBMM İçtüzüğü'nün sil baştan ele alınarak yeni bir TBMM İçtüzüğü yapılması ihtiyacı güncelliğini korumaktadır. İçtüzük reformu bağlamında yapılacak çalışmalar, hükümet sistemi değişikliğine uyum sağlanması hedefi doğrultusunda karşılaştırmalı parlamento hukuku alanındaki yeni gelişmeleri de dikkate alan bütüncül bir anlayışa dayanmalıdır.

Bu çerçevede, kanun tekniği yönünden konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması nedeniyle birden fazla kanunda değişiklik yapılmasını gerektiren zorunlu haller dışında bir kanun teklifi ile birden fazla kanunun hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı yönünde bir İçtüzük engeli getirilmeli ve Meclis Başkanı'na, torba kanun niteliğindeki teklifleri, iade edilebilme yetkisi tanınmalıdır.

B. TORBA KANUNLARIN YAYGINLAŞMASI VE YENİ UYGULAMALAR

Torba kanun uygulaması, ABD'de başlamıştır. Günümüzde ABD, Kanada, Belçika, Almanya, İsrail, İtalya, Polonya, İrlanda, Endonezya, Slovakya, Macaristan gibi çok sayıda ülkede- kimi farklı niteliklere sahip olsa da- uygulaması vardır.²⁷

Türkiye'de Anayasa'nın 88. Maddesindeki “*kanun tekliflerinin görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.*” şeklindeki hüküm dışında başka bir düzenleme olmadığı için yasama organına geniş bir takdir yetkisi bırakılmakta, torba kanunla ilgili yasaklayıcı bir kural bulunmamaktadır.

Anayasanın 90/1 maddesi uyarınca milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu dair “onay kanunları” ile 2017 Anayasa değişikliğiyle getirilen yeni hükümet sistemi sonrası yürütmenin bütçe teklifi üzerine kabul edilen bütçe ve kesinhesap kanunlarını ayrı tutmak ve yasama inisiyatifiyle başlayan ve şekillenen torba kanun şeklini birbiriyle karıştırmamak gerekmektedir.²⁸

²⁷ İttai Bar-Simon-Tov, “An Introduction to the Comparative and Multidisciplinary Study of Omnibus Legislation” Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation, Ed.İttai Bar-Simon-Tov (Springer, 2021):3

²⁸ Anayasa'nın 161/2. Maddesindeki Bütçe Kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağına ilişkin düzenleme, ilk bakışta Anayasa koyucunun bütçe kanununu “torba kanun” şeklinde kabul etmesine yasak getirdiği izlenimi uyandırsa da bu hükmün getiriliş amacı farklıdır. Kaldı ki, Bütçe Kanunlarına ilişkin geçmiş uygulamalarda, özellikle resmi adıyla “kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler” başlıklı “süzgeç madde” örneklerinin ülkemizdeki “torba madde” ve “torba kanun” yoluna öncülük ettiği bile ileri sürülebilir. Dolayısıyla, Anayasamızdaki parlamentonun bütçe hakkının kullanımıyla ilgili özel düzenlemeyi “torba kanun” şeklinin bir istisnası gibi görmek fiili durumu yansıtmayan aşırı iyimser bir değerlendirme olacaktır. Bkz.

Torba kanun, TBMM İçtüzüğünde düzenlenen temel kanundan farklı olarak resmî olmayan bir kullanım olmakla birlikte, son dönemlerde yaygın bir alışkanlık haline gelen zorunlu çıkış yolu olarak görülmektedir. Yasama Organının kendi içtüzük reformunu yapamamasından kaynaklanan yasama hantallığına karşı bir çözüm bulma arayışıyla geliştirilen çarpık bir yasama usulüdür.²⁹ Öte yandan, torba kanun uygulamasına benzer şekilde son dönemlerde yaygınlık kazanan “torba madde” yöntemi de kanun koyma ve norm yazma bağlamındaki yasamanın temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir usuldür. Kanun yapma ve kanunlaştırma süreçlerinde karşılaştığımız “torba kanun” hastalığının, giderek kanun metinlerinin iç organlarına sirayet etmesinin üzücü göstergelerinden birisi olan “torba madde” metodu, hukuk normu oluşturmada “açıklık” ilkesini de hızla aşındırmaktadır.³⁰ Üstelik “torba madde” düzenlemelerinin “torba kanun” olmayan kanun metinlerinde de görülebilmesi kanun tekniği ve yasama ilkeleri yönünden hayli düşündürücüdür.

Anayasamızda ve TBMM İçtüzüğünde “torba kanun” yolunu yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. 2000’li yıllarda Avrupa Birliği uyum amacıyla çıkarılan “paket kanun” uygulamalarıyla başlayan “torba kanun” usulü, 1970’li yıllardan itibaren sıklıkla kullanılan ve yürütmenin hızlı işlemesi mantığına dayandırılan kanun hükmünde kararname seçeneğinin yerine ikame edilmesiyle yeni bir “çıkış yolu” niteliğine bürünmüştür.³¹ İlk defa 1996 Yılında TBMM İçtüzüğüne “temel kanun” adıyla giren hızlandırılmış yasalastırmaya dönük “özel yasama yöntemi”, defalarca Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildikten sonra 30.06.2005 tarihli ve 855 numaralı TBMM İçtüzük Değışikliği Kararıyla Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleri kısmen dikkate alınarak bugünkü haliyle yeniden düzenlenmiştir. TBMM İçtüzüğünün 91. maddesindeki özel yöntemin temel amacı, uzun ve kapsamlı kanun tekliflerinin hızlandırılmış şekilde kanunlaştırılmasıyla parlamento çalışmalarında usul ekonomisi sağlamaktır.³² Parlamento zamanının etkili ve verimli kullanılması hedefi ile olağan kanunlaştırma faaliyeti ve/veya yasa-yapım süreci arasındaki dayanılmaz ve kıran kırana rekabet, çoğunluk ve muhalefet etkileşimi bakımından modern parlamentoların çetin taktik ve müsabaka alanına dönüşmüş durumdadır. Bir tarafta, verimlilik ve etkinlik söyleminin ikna kapasitesi öteki tarafta ise, içtüzük değışikliği politikalarında hakim eğilim

Şeref İba, “TBMM Bütçe Maratonu ve Rekorları Üzerine -10 Saniye/Karar Hızıyla (2 Saat 57 Dakikada 1006 Karar) Oylama, Birleşim ve Konuşma Uzunluğu Rekorları ve Süzgeç Madde Uygulaması”, A.Ü. S.B.F. Dergisi, 2007, C. 62, S.3, s.183-199.

²⁹ Şeref İba, Anayasa Dersleri, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 564-568.

³⁰ Jeremy Bentham, Yasamanın İlkeleri, XXII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. Ayrıca bkz. Jeremy Waldron, Principles of Legislation. Cambridge University Press, 2006, s. 16.

³¹ Şeref İba, “Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/1, s.197-202.

³² Şeref İba, Parlamento Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.107. ve Şeref İba, “TBMM İçtüzük Değışikliklerinin Anlamı:1996 Sonrasına Bakış”, Yasama Dergisi, 2007, S. 6, ss.69-90.

toptan yeni bir içtüzük yapmak yerine kısmen (perakende) değişiklikler yapma tercihi, bir bütün şeklinde yeni içtüzük yapılması ihtimalini zayıflatmaktadır.³³

Yasa-yapım sürecinin şekli anlamda hızlandırılmasını amaçlayan temel kanun yolu ile içerik yönünden ya da maddi anlamda hızlandırılmasını öngören torba kanun uygulaması birlikte devreye alındığında ortaya çıkan tablo, çok vahimdir. Başka bir ifadeyle, torba kanun tekliflerinin aynı zamanda “temel kanun” şeklinde görüşüldüğü “duble-yol”, yasa yapım sürecinde hız limitinin neredeyse kaldırıldığı, aşırı hızlanmaya izin veren yasama otobanı niteliğine bürünmektedir. Gerçekten de son dönemlerde, torba kanun tekliflerinin neredeyse tamamı aynı zamanda “temel kanun” olarak görüşülmektedir. Örneğin, 27. Yasama Döneminde çıkarılan 57 torba kanunun 55’i aynı zamanda temel kanun biçiminde yasalaştırılmıştır. Söz konusu 2 adet kanunun, kanun tekniğinden kaynaklanan sebeplere bağlı olarak temel kanun kapsamında görüşülmediği bilinmektedir. Az sayıda maddeden oluşan tekliflerin bile, muhalefetin önünü tıkayıp hızla yasalaştırılması için temel kanun kapsamında müzakeresini, yöntemin sıklıkla kötüye kullanılması olarak değerlendirmek gerekir.³⁴

TBMM İçtüzüğü’nün 91. maddesinde düzenlenen resmi bir özel yasama yöntemi olarak temel kanun şeklinde müzakere edilen bir teklifte, maddeler üzerinde yapılması gereken görüşmeler bölümler üzerinde yapılmakta, sadece varsa, maddeler üzerindeki değişiklik önerileri görüşülmektedir. Bölümde yer alan maddeler hakkında milletvekillerce verilebilecek değişiklik önergesi (değiştirge) sayısı 2’ye düşürülmekte, buna karşılık bölüm üzerindeki soru-cevap işlemi süresi 15 dakikaya çıkarılmaktadır. Hangi kanun tekliflerinin temel kanun kapsamında görüşüleceği Danışma Kurulu veya siyasi parti grup önerisi üzerine kararlaştırılırken bölümler ve her bölümde en fazla 30 madde olmak şartıyla yer alacak maddeler de belirlenmektedir. İçtüzük koyucu, temel kanunların bölümlendirilmesiyle ilgili -en çok 30 madde sınırı hariç- belirsizlik içerdiğinden ve yeterli kistaslar öngörmediğinden sadece birkaç maddeden oluşan ve aslında temel kanun mantığına ters olan örneğin, toplam 8

³³ Halen yürürlükte bulunan 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü’nün omurgası üzerinde güncel beklentileri karşılayacak küçük çaplı değişikliklerle yetinme anlayışı devam etmektedir. Gücü sınırlayan, Meclis içi dengeleri gözeten görüşme ve oylamaların çoğunlukçu değil, çoğulcu bir anlayışla cereyan etmesini güvence altına alan yeni içtüzük projeleri sonuçsuz (kadük) kalmaya devam etmektedir. Bkz. Şeref İba, “TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış”, Ankara, Yasama Dergisi, 2007, S. 6, ss.69-84.

³⁴ Cumhurbaşkanınca bir defa daha görüşülmek üzere iade edilen bir kanun olup Cumhurbaşkanınca geri gönderme gerekçesinde bahsi geçen madde Komisyonca metinden çıkarılınca Kanunun tümü oylanarak yeniden kabul edilmiştir. Bkz. Esen / Yeşilyaprak, s.655.

maddeden ibaret kanun teklifinin bile tek bölüm halinde görüşülmesi tercih edilebilmektedir.³⁵

Temel kanun yolu, “naylon ve kapama önerge” uygulamalarını tetiklemektedir. Temel kanun kapsamında görüşülen işlerde madde üzerinde görüşme açılmadığı için İçtüzüğün 91. maddesi uyarınca bir önerge hakkı saklı tutulan her siyasi parti grubu, sadece 5 dakikalık konuşma süresi kazanmak için özensiz bir şekilde usulen hazırlanmış göstermelik değişiklik önergeleri (kapama önerge)³⁶ vermektedir. Kabul edilmesi halinde işin esasını değiştirmeyen şekli ibare veya yazım değişikliklerinden ibaret kapama önergeleri, “yasama kazası” na da elverişli zemin oluşturmaktadır. Çünkü hem temel hem torba kanun şeklinde double-yolla gerçekleştirilen görüşmeler, çoğunlukla geç saatlere uzamakta, “gece baskını” şeklinde, kamuoyunun ve muhalefetin gözünden kaçırılmak istenilen yeni madde ihdası gibi kritik değişiklik önergeleri geç saatlerde yeterince incelenmeden kabul edilebilmektedir. Başkanlık sistemlerinin klasik örneği olan ABD uygulamasında torba kanun, yürütmenin tek başlılığı esasına göre seçilen Başkan, katı kuvvetler ayrılığı ilkesine göre oluşan yasama organı çoğunluğu ve Kongre’deki muhalefet partileri ve milletvekilleri arasında uzlaşma arayışlarında devreye giren bir özel yasama yöntemidir. Başkan ile kongre arasındaki pazarlık aracı rolü üstlenen torba kanun teklifinin bir kısmını destekleyen ya da kendi istediği hususları teklife ekleyen Başkan, kanun metninde istemediği maddeleri de içeren bütünü imzalamak zorunda kalmaktadır. ABD Başkanının kısmi veto yetkisinin olmaması ve veto ettiği bir kanunun ancak Kongrenin 2/3 nitelikli çoğunluk oyuyla kabul şartının olması dikkate alındığında, torba kanun yolunun Başkanın olası vetolarını aşmak için çok kullanışlı bir araç olduğu ortadadır. Aynı kapsamda torba kanun, Kanada’da iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşma zemini niteliğinin yanı sıra, kanunun demokratik meşruiyetini yükseltme yönünde sonuçlar da doğurmaktadır. Türkiye’de de muhalefet partilerinin torba kanunun bazı maddelerini destekledikleri için kanunun tümüne genel destek verdikleri ender örnekler bulunmaktadır. Ancak, Türkiye’de uzlaşma örneklerinin sınırlı kaldığı, torba kanun yolunun daha çok muhalefetin yasama sürecine katkı ve katılım kanallarını tıkamaya dönük (giyotin mantığı) olduğu için ABD’deki işlevini görmediği meydandadır.³⁷ Bu kapsamda örneğin, 3.11.2022 tarihli ve 7420 sayılı torba kanun hakkında söz alan muhalefet, kanun içerisinde öğrenci kredilerinin faizleri ile vatandaşların 2000 TL’nin altındaki abonelik sözleşmelerinden doğan

³⁵ 14.10.2010 tarihli ve 6005 sayılı “Yükseköğretim Kurulu Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” sadece 8 maddeden oluştuğu halde, temel kanun kapsamında görüşülmüştür.

³⁶ Yasama dilinde, daha çok iktidarın (parlamento çoğunluğunun), muhalefetin önerge verme haklarının önünü kesmek (giyotin) amacıyla madde üzerindeki önerge sayısını doldurmak için verdiği değişiklik önergeleri için kullanılan “kapama önerge” söylemi, muhalefetin İçtüzüğün tanıdığı imkanı sonuna kadar kullanma ve sayıyı tamamlamak üzere verdiği önergeleri (obstrüksiyon) de kapsar biçimde kullanılmıştır.

³⁷ Esen / Yeşilyaprak, s. 661.

borçlarının silinmesi sebebiyle kanunun bütününe destek olacaklarını ve olumlu oy vereceklerini açıklamışlardır.³⁸

Torba kanun teklifleri konu bütünlüğü olmayan çok sayıda maddeyi içermesi yüzünden komisyonlara havale sistemini felce uğratmakta, işin esas komisyonda olgunlaştırılması mantığını sakatladığı için teklifin yeterli düzeyde incelenmesini ve tartışılmasını da güçleştirmektedir. Torba kanun yolunun fiili işleyişi bağlamında ortaya çıkan en büyük açmaz, başta sivil toplum kuruluşları olmak üzere ilgili toplum kesimlerinin süreçleri izleme ve katılım imkanlarını ortadan kaldırmasıdır. Sivil toplum kuruluşu temsilcileri klasik genel yasa-yapım maratonunu izlemeye ve takibe alışık olduklarından dolayı kısa mesafeli olimpiyat koşusuna dönüşen torba yasa yapımında hazırlıksız ve çaresiz durumda kalmaktadırlar. Uzmanların dahi yeterince inceleyemediği ve takip edemediği, torba yasalaştırmalar, yasama hatalarına elverişli bir tablo ortaya çıkarmaktadır.

Torba kanun, TBMM İçtüzüğünde geçmeyen bir kullanım olmakla birlikte son dönemlerde geniş bir uygulama alanı bulmuş görünmektedir. İçtüzük reformu yapılamamasından kaynaklanan yasama hantallığına karşı geliştirilen fiili bir “yasama şeytanlığı”dır.³⁹ ABD örneğinde torba kanun *omnibus bill* (yolcu minibüsü teklifi) şeklinde nitelendirilmektedir. Genel yasama yönteminin kanun tekniği, iyi uygulama kodlarının ve kurallarının zorlanarak içerik yönünden hızlandırılmasını amaçlamaktadır. Genel yasama yöntemine göre, her birisi ayrı bir kanun teklifi yolunu izlemesi gereken, konu yönünden bütünlük sergilemediği halde tek bir teklif veya tasarı şeklinde yasalaştırılan kanunlar, “torba” şeklinde adlandırılmaktadır. Torba kanunla, yasama süreçleri hızla geçilmekte, havale sistemi zedelenmekte ve ihtisas komisyonları devre dışı bırakılmaktadır. Ayrıca ortak paydası ve konusu olmadığı için gerek komisyon gerekse Genel Kurul aşamalarında “önerge işlemi” yoluyla yeni madde eklenmesi kolayca söz konusu olabilmektedir. Kanun tekniği yönünden olumlu hiçbir yanı olmayan torba kanun yöntemi, sivil toplumun yasamaya katkı ve katılım sürecini de neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Dolayısıyla da, ilgili toplum kesimleri için sürpriz hükümlere elverişli düzenlemeler içerebilmektedir.

Torba kanun uygulamaları, kanun teklifleri ile kabul edilen değişiklik önermeleri ve redaksiyon anlamındaki katkıların gereği gibi anlaşılması ve hukuk alemine aktarılması bağlamında hukuki kaos oluşmasına sebep olabilmektedir. Öte yandan, çerçeve madde hükümlerinin ana kanun gövde metnine işlenmesi⁴⁰, genel ve madde gerekçeleri ve diğer yasama

³⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 6, B.16, 03.11.2022 (<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/23794>), (s.e.t. 21.01.2024).

³⁹ Şeref İba, “Torba Yasaların Hukukumuzda Etkileri”, Ankara Barosu- IX. Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2007, C. 2, ss.521-531.

⁴⁰ Yasama dilinde “işleme”, çerçeve hükümlerle getirilen değişikliklerin ilgili öteki kanunlara yerleştirilmesidir. Mevzuat bilgi sistemi ve diğer yayınlarda, yasa koyucunun iradesini saptırmadan tam ve doğru şekilde yerleştirme ve okuyucu bakımından kullanım kolaylığı hedeflenir. İşleme işinin, ustalık gerektiren kendine mahsus özellikleri vardır. Örneğin, işlenecek (gövde) kanun, çerçeve kanunun yürürlüğe girmeden ilga edilmiş olması halinde, çerçeve düzenleme ya da atf

belgelerinin derlenmesi ve yayımlanması yönünden de içinden çıkılması güç durumlar meydana getirebilmektedir.

OECD ve AB standartlarına uyum amacıyla son dönemlerde Türkiye’de başlangıç etabında bekletilen yasaların etki analizi (DEA) ve “yasa izleme” yönünden de torba kanun yüzünden geriye gidiş söz konusudur.

22. YASAMA DÖENİNDEN İTİBAREN TORBA KANUN SAYILARI KARŞILAŞTIRMA TABLOSU. ⁴¹			
Yasama Dönemi	Kanun Sayısı ☺	Torba Kanun Sayısı	Yüzde Oranı
22	570	22	3,85
23	204	18	8,82
24	136	27	19,85
25*	0	0	0
26	95	22	23,15
27	140	61	43,57
28	8	4	50

Cumhurbaşkanınca parlamento seçimleri yenilediğinden dolayı çok kısa süren bu dönemde kanunlaştırma faaliyeti olmamıştır. Kanun sayılarına, milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanunlar dahil edilmemiştir.

Tablo’ nun incelenmesinden de anlaşılacağı üzere 22.Yasama Döneminden itibaren torba kanun kapsamında müzakere edilen kanun sayısında devamlı bir artış olmuştur. Diğer taraftan madde sayısı ve birbirine benzemez konu çeşnisi bakımından mozaği andran şişkin ve hacimli torba kanun uygulamaları da artış göstermiştir. Son yıllarda ortaya çıkan yeni bir eğilim ise, günlük yasama dilinde “bakanlık torbası”⁴² olarak ifade edilen paket tekliflerdir. Bu çerçevede, belirli bir bakanlık bürokrasisi ile iktidar partisi TBMM Grup yönetimi ve ilgili Cumhurbaşkanlığı politika kurulu ya da ofisi tarafından yürütmenin genel siyaseti doğrultusunda birlikte hazırlanan ancak TBMM Başkanlığına milletvekilinin imzasıyla sunulan, bakanlığın görev alanını çağrıştırmakla beraber çok sayıda farklı kanunda bir çırpıda değışiklik getiren torba kanun uygulamalarını bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Kısaca, yasama kalitesi ile yasalaşma süresi arasındaki ilişki, ters orantılı bir denklem şeklinde cereyan etmektedir. Kanun tekliflerinin taslak hazırlama çalışmalarının seri cereyan

normu (kanun ve/veya madde) ortadan kalkar ve geçersiz hale gelir. Bkz. Şeref İba, Kanun Yapma Süreci Sempozyumu, Ed. F. Bakırcı, İ. Neziroğlu, TBMM Basımevi, Ankara, 2011, s.57.

⁴¹ 23.01.2024 tarihi itibarıyla.

⁴² “Bakanlık torbası”, bir bakanlık bürokrasisi tarafından hazırlanan paket kanunlardır. Örneğin, Adalet Bakanlığı’nın koordine ettiği yargı paketleri de torba kanun niteliği taşımaktadır.

etmesi, katkı ve katılım kanallarının işlerliğini zayıflatmakta ve olası yasama kazalarına, kanun tekniği hatalarına davetiye çıkarmaktadır. Bu durum, yapılmış kanunları kısa sürede yeninden yapma gereksinimi anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, parlamentonun daha fazla çalışması, özel yasama yöntemleriyle sağlanan usul ekonomisi sayesinde tasarruf edilen parlamento zamanını belki de aşmaktadır.

C. TÜRKİYE VE BAŞKA ÜLKELERDE TORBA KANUNU YASAKLAMA BAĞLAMINDA SON GELİŞMELER

Bazı ülkelerde, “tek konu tek kanun” ilkesine aykırılık oluşturan torba kanun yolunu yasaklayan hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, Yunanistan Anayasasının 74. maddesinin 5. fıkrasıyla, kanun teklif ve tasarısının ana konusuyla ilgisi olmayan hükümlerin görüşülmesi yasaklanmış ve teklifin konusuyla ilgisi olmayan ek ve değişiklik önergelerinin verilemeyeceği öngörülmüştür. Şili Anayasasının 69. maddesi ile Kolombiya Anayasasının 158. maddesi bu yönde düzenlemeler içermektedir. ABD’de 42 eyaletin Anayasası da torba kanunu engelleyici hükümler içermektedir.⁴³

Yeni Zelanda Parlamentosu İçtüzüğü’nün 263. maddesine⁴⁴ göre, birden fazla kanunda değişiklik yapan torba teklifin sunulabilmesi için belirli bir geniş politikanın uygulanmasına dönük birbiriyle ilişkili konuda olması ve İş Komisyonunun bunu kabul etmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Kanada Avam Kamarası İçtüzüğü ise, Meclis Başkanına, torba kanun tekliflerini gerektiğinde maddelerini konu bütünlüğüne göre birleştirme ya da parçalayarak oylatabilme yetkisi tanımıştır. İspanya örneğinde ise, Anayasa ve İçtüzüklerde açık bir düzenleme olmadığı halde, İspanyol Anayasa Mahkemesinin parlamentoda verilen değişiklik önergelerini incelemeyi ve değişiklik önergesiyle ana metin arasında türdeşlik ve açık maddi bağlantı bulunması ilkesine saygı gösterilmesi gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir.⁴⁵ Türkiye’de Anayasa ve TBMM İçtüzüğü’nde bu hususta hüküm bulunmadığı için torba kanun uygulamalarının engellenmesi bağlamında hukuki çözüm üretilmemektedir. Kaldı ki, Anayasanın 148/2 maddesi uyarınca, kanunların anayasallık denetimi şekil yönünden son derecede daraltılmış biçimde sınırlandırıldığı için anayasa yargısının yorum yolu da tamamen kapalı bulunmaktadır.

1982 Anayasasının, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı, anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve kabul çoğunluğu ve ivedilikle görüşme yasağına uyulup uyulmadığı noktalarıyla sınırlayan yaklaşımı karşısında, başkaca bir yorum da mümkün bulunmamaktadır.

⁴³ Michael D. Gilbert, “Single Subject Rules and the Legislative Process”, University of Pittsburg Law Review, 2006, Vol:67, s.81, s2.

⁴⁴ Yeni Zelanda Temsilciler Meclisi İçtüzüğü için bkz. (<https://www.parlament.nz/media/2669/stanfing-orders-of-the-house-of-representatives-new-zealand-2014.pdf>), (s.e.t. 02.02.2024).

⁴⁵ Esen / Yeşilyaprak, s.873).

1982 Anayasasının “*Kanunların Teklif Edilmesi ve Görüşülmesi*” başlıklı 88. maddesine, “bir konu bir kanun” ilkesine aykırılık oluşturan torba kanun yolunu yasaklayan bir hüküm eklenmesi önerilebilir. Böylelikle, sadece yasama organı değil, yürütme ve yargı erkleri yönünden de tereddütsüz bağlayıcı bir düzenleme ortaya çıkmış olur. Ancak gerek anayasa değişikliği yapmanın güçlüğü gerekse, kanunla ya da İçtüzükle düzenleme yapmanın daha kolay ve isabetli olacağı ortadadır. TBMM İçtüzüğünde torba kanunu kısmen veya tamamen yasaklayacak yeni bir hüküm ihdası düşünülmelidir. Son dönemlerde gerçekleştirilen içtüzük çalışmalarında ele alınan hususlardan birisi olan torba kanun yolunun engellenmesine yönelik düzenlemelerde, torba tekliflerin iadesi şeklinde TBMM Başkanı’na yeni bir yetki verilmesinin önerildiği görülmektedir. Yeni İçtüzük Karar Teklif Taslağı hazırlık çalışmalarında ortak payda olarak sunulan önerilerde, “*konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması nedeniyle birden fazla kanunda değişiklik yapılmasını gerektiren hallerin*” “torba” kapsamından isabetli biçimde, istisna tutulduğu görülmektedir.⁴⁶ Ülkemizde, yasama, yürütme ve yargı için tartışmasız aynı derecede bağlayıcı niteliğe sahip bir Kanun Yapma Kanunu’na ihtiyaç vardır. Torba kanunu yasaklayan düzenlemenin de bu kanun içeriğinde yer alması en doğru yol olabilir. Yasama organı içtüzüğüne konulacak hüküm de bir çözüm olabilir. Ancak, katı güçler ayrılığı ilkesine dayanan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildiği için parlamentonun daha da güçlendirilmesi için kanun düzeyinde bir hukuki kaynağın oluşturulması gerekir. Bu anlamda, Cumhurbaşkanlığına yayımlanan mevzuat hazırlama usul ve esasları hakkındaki genelgeçerli sadece Yürütmeyi bağlayacağından yetersiz kalmaktadır.

SONUÇ

Kanun tekniğinin gerektirdiği kendine mahsus durumlar dışında birden fazla kanunun bir kanunda düzenlenmesine “torba kanun” adı verilir. Başka bir ifadeyle, torba kanun, “tek konu tek kanun” kuralını göz ardı eden yüksek hızda kanunlaştırma faaliyetidir. Kanun tekliflerinin konu yönünden homojen niteliğini kaybedecek düzeyde çeşitlilik özelliği sergilemesiyle “heterojen kanun” olarak yasalastırılması, yasama inisiyatifi olarak başlangıç aşamasından Genel Kuruldaki kabulüne kadar geçen yasama süreçlerinde her aşamada ortaya çıkabilmektedir.

Türkiye’de torba kanun uygulaması, yasama organının yetkilerinde aşınma ve yasa koyma gücünde gerileme anlamına gelmektedir. Torba kanun uygulamaları yüzünden yasama sürecine, STK’ların ve diğer paydaşların katılımı güçleşmekte, yasama ve norm kalitesi başta olmak üzere

⁴⁶ “Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması nedeniyle birden fazla kanunda değişiklik yapılmasını gerektiren haller dışında bir kanun teklifi ile birden fazla kanunun hükümlerinde değişiklik yapılamaz.” Bu önerinin kabul görmesi halinde, halihazırda var olan TBMM Başkanına ait kanun tekliflerinin içerik ve şekil yönünden dar manada denetlenmesi yetkisi de bir hayli genişlemiş olacaktır. Bu durum, kritik ve siyaseten tartışmalara yol açabilecek yeni bir görev niteliğine bürünebilir.

hukuk devleti ilkesinin tüm bileşenlerini ve şeffaf yönetim anlayışlarını olumsuz yönde etkilemektedir.

Torba kanun, Türk Parlamento hukukunun vazgeçilmezi değildir.⁴⁷ Belirgin (sert) kuvvetler ayrılığına dayanan yeni hükümet sisteminin gerekli kıldığı, “güçlü parlamento” ideali yönünde atılacak adımlarla çözümler bulunabilir. Parlamenteonun güçlendirilmesi anlamında, TBMM İçtüzüğünün reformist bir anlayışla yeniden yapılması, idari teşkilat kanunun elden geçirilerek “parlamento akademisi” kurulması gibi adımlarla olumlu yönde bir gelişim çizgisi yakalanması mümkün görünmektedir. “Kanun yapma Kanunu” çıkarılarak, torba kanunu açıkça yasaklayan düzenlemeyle tartışmasız ve tereddütsüz herkes için geçerli ve bağlayıcı bir hukuki reformun yapılması elzemdir.

⁴⁷ Şeref İba, “Ülkemizde “Temel Kanun” ve “Torba Kanun” Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, 8.1, 2011, ss.197-202.

KAYNAKÇA

Anayurt Ö, Anayasa Hukuk Genel Kısım, 6. Baskı, Ankara, 2023, Seçkin Kitabevi.

Bar, İttai -Simon-Tov, “An Introduction to the Comparative and Multidisciplinary Study of Omnibus Legislation” Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation, Ed.İttai Bar-Simon-Tov, Springer, 2021, 3 .

Bakırcı F / Kılıç A, Parlamento Hukuku (Karşılaştırmalı ve Uygulamalı), Lyketon Yayınları, İstanbul, 2023.

Bentham J, Yasamanın İlkeleri, XXII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

İba Ş, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine” A.Ü S.B.F Dergisi, 2003, C. 58, S.3, ss. 35-60.

İba Ş, “TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış”, Yasama Dergisi, Ankara, 2007, Sayı:6, ss.69-84.

İba Ş, “TBMM Bütçe Maratonu ve Rekorları Üzerine -10 Saniye/Karar Hızıyla (2 Saat 57 Dakikada 1006 Karar) Oylama, Birleşim ve Konuşma Uzunluğu Rekorları ve Süzgeç Madde Uygulaması”, A.Ü. S.B.F. Dergisi, 2007, C. 62, S. 3, ss.183-199.

İba Ş, “Hukuk Tarihimizde Mevzuat Ayıklama ve Süpürge Kanunlar Geleneği Oluşturmak”, Terazi- hukuk dergisi, Y. 4, S. 29, Ocak 2009, ss.185-190.

İba Ş, “Türk Parlamento Tarihimizde II. Meclis”, Yüzüncü Yılında TBMM, 1.Cilt, Ankara, 2020, TBMM Basımevi, ss.123-154.

İba Ş, “Torba Yasaların Hukukumuza Etkileri”, Ankara Barosu- IX. Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2016, C. 2, ss.521-531.

İba Ş, “Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/1, ss.197-202.

İba Ş / Hazama H, “Legislative Agenda Setting by a Delegative Democracy: Omnibus bills in the Turkish Parliamentary System”, Turkish Studies, p.1-21. (www.tandfonline.com), (s.e.t. 01.05.2024)

İba Ş, “Türk Parlamento Hukukunda “Yasama İşlemi ve “Karar” Kavramları”, Prof. Dr. Ergun Özbudun Armağanı, Anayasa Hukuku, Cilt-2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

İba Ş, Parlamento Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

İba Ş, “TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı:1996 Sonrasına Bakış”, Yasama Dergisi, 2007, S. 6, ss.69-90.

İba Ş, Anayasa Dersleri, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

İba Ş, “Türk Parlamento Hukukunda “Yasama Tefsiri”, Ombudsman Akademik, 2022, Y. 9, S. 17, ss.42-62.

Esen S / Yeşilirmak B, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Torba Kanun” Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, 2023, 72/2, ss.643-685.

Fendoğlu H T, Parlamento Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Gilbert M D, “Single Subject Rules and the Legislative Process”, University of Pittsburgh Law Review, 2006, Vol:67.

Gözler K, 14. baskı, Ekin Yayınevi, Hukuka Giriş, Bursa, 2017.

Kılıç A, “Torba Yasaların Etkileri”, Ankara Barosu- IX. Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2016, C. 2, ss.531-537.

Massicotte L, “Omnibus Bills in Theory and Practice”, Commonwealth Parliamentary Association - Canadian Region (www.revparlcan.ca/en/home/) (s.e.t. 01.05.2024).

Waldron J, Principles of Legislation. Cambridge University Press, 2006.

AYM, 24.9.1990, E.1990/31, K.1990/24, AYMKD, S.26.

TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi:23, Cit:74, B.130, 07.07.2010, s.817-823.

TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, Cilt: 22, Birleşim: 54, 11.2.1926, s. 152-153.

TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:6, B.16, 03.11.2022.

Venice Commission, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD (2019) 15, para.77,78 ve 79.

Venice Commission, Turkey-Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017i CDL-AD (2017) 005, para.25.

Venice Commission, Romania-Opinion on draft amendments to the Criminal Code, CDL-AD (2018) 021, para.35-39.

<https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatNo=5210&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5> (s.e.t. 0105.2024).

<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/23794> (s.e.t. 21.01.2024)

<https://www.parlament.nz/media/2669/stanfing-orders-of-the-house-of-representatives-new-zealand-2014.pdf> (s.e.t. 02.02.2024)

LOZAN ANTLAŞMASI'YLA YENİDEN KURULAN BİR ULUSLARARASI İŞ BİRLİĞİ: ULUSLARARASI GÜMRÜK TARİFELERİ BÜROSU*

*An International Cooperation Re-established with the Treaty of Lausanne:
International Customs Tariffs Bureau*

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN**

Öz: 1890 yılında Brüksel'de imzalanan "Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması ve Uluslararası Birlik Kurulmasına İlişkin Sözleşme", Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'nun kuruluşunu sağlarken, birçok devletle birlikte Osmanlı Devleti de, gelen davet üzerine yeni oluşan bu iş birliği içinde yer almıştır. Konuyla ilgili güncel gelişmeleri takip etmekle birlikte, Osmanlı Devleti bu üyelikten bir süre sonra çekilme kararı almış; yine de 20. yüzyılın başında konuyla ilgili gerçekleştirilen uluslararası konferanslar izlenmiştir. Bununla birlikte, İmparatorluğun yıkılış sürecinin sonunda Lozan Konferansı'nda birçok uluslararası hukuk meselesi arasında uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örgüt üyelikleri de yer alırken, Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu tekrar gündeme gelmiştir. Lozan Antlaşması'nda yeniden yürürlüğe girmesi kabul edilen düzenlemelerden biri olan bu Sözleşme'yle, Cumhuriyet döneminde uluslararası ticaret konusundaki iş birliği yeniden kurulmuştur. Konuyla ilgili olarak Türk hukuk tarihi, siyasi tarih ve iktisat tarihi açısından literatürde bulunan boşluğu doldurmayı amaçlayan bu çalışma, Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi arşiv belgeleri üzerinden uluslararası ticarete gümrük tarifelerinin yayınlanması konusundaki uluslararası iş birliğinin hukuksal gelişim sürecini ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk hukuk tarihi, Lozan Antlaşması, gümrük, uluslararası hukuk, uluslararası örgütler.

Abstract: In 1890, the International Bureau of Customs Tariffs was established following the signing of the Convention on the Publication of Customs Tariffs and the Establishment of an International Union in Brussels. The Ottoman Empire, among other states, joined this newly formed cooperation upon invitation. Although the Ottoman Empire withdrew from this membership, it still participated in the international conferences organized on the subject at the beginning of the 20th century. However, during the collapse of the Empire, the Lausanne Conference addressed international treaties, membership of international organizations, and many other international law issues, including the International Bureau of Customs Tariffs. This Convention was one of the regulations accepted to be re-enacted in the Treaty of Lausanne, re-establishing cooperation on international trade in the Republican era. This study analyses the legal development process of international cooperation on the publication of customs tariffs in international trade through Ottoman and Republican archival documents. It aims to fill the gap in the literature on the subject in terms of Turkish legal history, political history, and economic history.

Keywords: Turkish legal history, Treaty of Lausanne, customs, international law, international organizations.

* Çalışma, TÜBİTAK'ın ARDEB-1001 Programı çerçevesinde tamamlanan 220K076 numaralı proje kapsamında desteklenmiştir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, orsten@law.ankara.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-7634-8092

Makale Geliş Tarihi: 08.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 15.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483964

GİRİŞ

Çağdaş devletler hukuku, esas olarak devletler arasındaki ilişkileri düzenlemekle beraber, düzenleme alanı XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu ilişkilerle sınırlı kalmamış; birçok konuyla birlikte, uluslararası ekonomik ilişkileri de kapsayacak şekilde genişlemiştir. Bu süreçte insanlığın ortak bazı ekonomik sorunlarının varlığı kabul edilmiş ve bu sorunların ancak uluslararası uyumun sağlanmasıyla çözümleneceği inancı oluşmuştur. Söz konusu durum, ekonomik meselelerde uluslararası iş birliği arayışlarının hızlanması sonucunu doğururken, XIX. yüzyılın ortasından itibaren bu amaca yönelik olarak, uluslararası ticaretin hukuki altyapısı oluşturulmaya; uluslararası ekonomik ilişkiler, çok taraflı uluslararası antlaşmalar ve bunlara dayanılarak kurulan uluslararası örgütlerle düzenlenmeye başlanmıştır.¹

Söz konusu girişimlerden biri de, gümrük tarifeleri konusunda ortaya çıkmıştır. 5 Temmuz 1890 tarihinde imzalanan “Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması ve Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması İçin Uluslararası Birlik Kurulmasına İlişkin Sözleşme” hükümlerine göre Brüksel’de “Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu” olarak adlandırılan bir yapı kurulmuş ve XIX. yüzyılın sonlarında başlayan, uluslararası ticaretin düzenlenmesinde devletler tarafından atılan adımların ilk örnekleri arasında yer almıştır.

Osmanlı Devleti’nin de, gelen davet üzerine konuyla ilgili Konferans’a katıldığı; imzalanan belgeleri onayladığı ve üyeliğin gerektirdiği ödemeleri yaptığı arşiv belgelerinden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, XX. yüzyılın ilk yıllarında Avrupa devletlerinin ısrarına rağmen Osmanlı Devleti tarafından sözleşmeden çekilme kararı alınmıştır. Söz konusu iş birliğinin tekrar gündeme gelmesi, ancak Lozan Barış Konferansı’nda söz konusu olmuştur.

Bu çalışma, gümrük tarifelerinin yayınlanması konusunda söz konusu uluslararası iş birliğinin ortaya çıkışı, gelişimi ve sonuçlarını Türk hukuk tarihi açısından Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi arşiv belgeleri ışığında değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Sonuçta Türk hukuk tarihinde uluslararası hukuktaki gelişmelerin takip edilmesi ve yeni ortaya çıkan uluslararası iş birliklerine katılım gösterilmesi konusunda bir sürekliliğin bulunduğu tespit edileceği öngörülmektedir.

I. 5 TEMMUZ 1890 TARİHLİ GÜMRÜK TARİFELERİNİN YAYIMLANMASI VE GÜMRÜK TARİFELERİNİN YAYIMLANMASI İÇİN ULUSLARARASI BİR BİRLİK KURULMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME

Devletler, kendi çıkarları doğrultusunda uluslararası ticarete önem vermekle birlikte, izledikleri ekonomi politikalarına bağlı olarak mal, sermaye ve işgücü hareketlerini de teşvik ya da kontrol etmişlerdir. Bu açıdan bir devletin dış ticaretini etkileyebilecek araçlar arasında ilk akla gelenlerden biri olan gümrük kavramı, ortaya çıkışından itibaren esas alınan

¹ Serap Telli, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, A. Ü. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 2-12.

değerlere göre çeşitlilik göstermiş; modern gelişmeler çerçevesinde doğrudan sonucu etkileyebilecek bir role sahip olmuştur.²

XIX. yüzyılda 1815-1860 arasındaki dönemde, ticaret politikaları korumacılık niteliğinde kendini gösterirken; serbest ticaretin hızlı gelişimi, 1860'tan sonra İngiltere ile Fransa arasındaki Ticaret Antlaşması ile başlamıştır. Fransa'nın bu antlaşmayı diğer Kıta Avrupası devletleriyle de yapmasıyla, en çok gözetilen ulus kaydı genişletilmiştir. Ancak Almanya'nın yeni bir tarife rejimi uygulamaya başlaması ve Bismarck'ın *Realpolitik* görüşünün benimsenmesi, 1879-1892 yıllarında Avrupa'da genel olarak korumacılığın egemen olması sonucunu doğurmuştur.³

Bu süreçte uluslararası ticarete önemli bir yer işgal eden sistematik gümrük tarifeleri hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur. Ancak gümrük tarifelerinde sıklıkla değişiklik ve artışların yapılması, gümrük konusunun uluslararası toplantılara taşınarak, çeşitli çalışmalar ve düzenlemelerle ele alınması sonucunu doğurmuştur. Amaç, gümrüklerin uluslararası ticareti ve ekonomik ilişkileri etkileyen bir sistem olması dolayısıyla, ülkelerin aynı veya benzer gümrük tarifelerini ve kurallarını uyguladıklarında, önemli kolaylık elde etmelerinin sağlanmasıdır.⁴ Bu doğrultudaki ilk girişim, Brüksel'de yapılan toplantı sonucunda başarıya ulaşmıştır.

5 Temmuz 1890 tarihinde akdedilen Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması ve Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması İçin Uluslararası Bir Birlik Kurulmasına İlişkin Sözleşme ile Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'nun kurulması, uluslararası ticaret için ortaya çıkabilecek belirsizlik ve engellerin aşılmasında erken bir aşamada oluşturulmuş bir uluslararası iş birliğidir. Görevi, gümrük tarifelerine ilişkin kanun ve idari düzenlemeleri mümkün olan en az gecikmeyle temin etmek ve kendi süreli yayınında (*Uluslararası Gümrük Bülteni*) yayımlamaktır.⁵

Sözleşme ilk imzalandığında Büro'da sunulan temsil olanağı, kolonileri de kapsamış; bu şekilde 41 devlet ve koloni taraf olmuştur. Bunların büronun masraflarını kendi aralarında bölüşmeleri kabul edilmiştir. Bilgilerin toplanarak gümrük tarifelerinin yayınlanması, 1 Ocak 1891'de başlamış; ilk iki mali yılda, 56 tarife ve 49 ek elde edilmiştir. 20 yıl sonra ise 1 Ocak 1911'de Bülten, dünyanın 158 ayrı noktasından gümrük tarifelerini yayınlama noktasına ulaşmıştır.⁶

² Telli, s. 14, 15, 38.

³ Ülkü Halatçı Ulusoy, Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 15.

⁴ Turhan Atan, Türk Gümrük Tarihi-Osmanlı Gümrükleri, C. 2, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, s. 136-138.

⁵ John Howard Jackson, World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade, The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, 1969, s. 439-440; Paul S. Reinsch, "International Unions and Their Administration", The American Journal of International Law, C. 1, S. 3, July, 1907, s. 598.

⁶ Reinsch, s. 598; Denys P. Myers, "Representation in Public International Organs", C. 8, S. 1, 1914, The American Journal of International Law, s. 105; Édouard Rolin,

Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu, gümrük tarifelerini Almanca, İngilizce, İspanyolca, Fransızca ve İtalyanca olmak üzere beş dilde yayınlamakla görevlendirilmiştir. Ticarî anlaşmalar, liman anlaşmaları ve ticarî istatistiklerle, yayınlarını gerektiğinde genişletme olanağına da sahip kılınmıştır. Dolayısıyla Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu, yayın organı aracılığıyla, dünya çapında ticarî ilişkilere paha biçilmez bir hizmet sunmak üzere yapılandırılmıştır.⁷ Bu çerçevede Büro, uluslararası ticaret hukukunda ortak bir uluslararası içerik saptama eğiliminin⁸ ilk örneklerinden biri olarak kabul edilmelidir.

1894'te İsviçre hükümetinin girişimiyle benzer bir ofis kurulmaya çalışılmışsa da; konunun tartışıldığı Bern'deki konferansta yalnızca 16 hükümet temsil edilmiştir.⁹ Dolayısıyla kapsam ve etki gücü açısından Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'nun rolü kurulduğu ilk andan itibaren öne çıkmıştır.

II. OSMANLI DEVLETİ'NİN ÜYELİK SÜRECİ

Kapitülasyonlarla çevrelenmiş Osmanlı Devleti'nin ticaret siyaseti, XIX. yüzyılın sonlarına kadar hemen hemen gümrük siyasetiyle bir yürütülmüş¹⁰; başta kıymet esasına göre alınan gümrük resimleri, gümrükçülerle tüccar arasında fiyat tespiti konusunda anlaşmazlıklara sebep verdiğinden, belirli aralıklarla, malların cins ve kalitelerine göre fiyat ve alınacak gümrük resimlerini tespit eden tarife defterleri tanzim edilmeye başlanmıştır. XVIII. yüzyılda Selanik ve İzmir gibi dış ticaretin büyük çapta gerçekleştirildiği liman gümrükleri yanında, Suriye-Anadolu ticaretinde önemli bir merkez ve büyük bir kara gümrüğü olan Diyarbakır için ayrıntılı tarifeler yapılmıştır.¹¹

Bu doğrultuda XVIII. yüzyılın ikinci yarısından başlamak üzere Avrupa devletleriyle belli aralıklarla, ayrı ayrı tarifeler tanzim edilerek, gümrük resimlerinin değişen fiyatlara uygunluğu sağlanmaya çalışılmıştır. 1839'a kadar on dört yılda bir yenilenen tarifelerin 1838 tarihli Baltalimanı Anlaşması'yla yedi yılda bir yenilenmesi kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte yenilemenin, taraflardan birinin daha önce belirlenen süre dolmadan müracaatıyla da gerçekleşmesi mümkün olup; süresi içinde başvurulmadığı takdirde, eski tarifenin otomatik olarak aynı süreyle yürürlüğünü devam ettirmesi söz konusu olacaktır.¹²

“Bulletin international des douanes-Notices Bibliographiques-Droit International”, Revue de Droit International et de Legislation Comparee, C. 25, S.1, s. 192.

⁷ Rolin, s. 193.

⁸ Telli, s. 37.

⁹ Reinsch, s. 598.

¹⁰ Mübahat S. Kütükoğlu, “Gümrük”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 14, İstanbul, 1996, s. 263.

¹¹ Kütükoğlu, s. 265.

¹² Yeni tarife yapılması için taraflardan biri, zamanı içinde müracaatta bulunsa dahi, tarife müzakereleri çoğunlukla uzadığından, eski tarifenin müddeti dolduğunda

Ancak gerek XIX. yüzyıla kadar, gerek Tanzimat döneminde Osmanlı ülkesindeki tüm gümrüklerde uygulanan tek ve yeknesak bir gümrük tarifesi kabul edilmemiştir.¹³ Dolayısıyla gümrük tarifeleriyle ilgili uluslararası bir iş birliği kurulma süreciyle ilgili olarak Osmanlı Devleti, Belçika Hükümeti tarafından haberdar edildiğinde, ülkede sistematik bir gümrük tarifesi anlayışı tam olarak yerleşmemiştir.

Bu süreç, 1886 yılının ortasında gümrük tarifelerinin tercüme ve yayımlanması için uluslararası nitelikte oluşturulacak bir yapıya iştirak edilmesi yönünde Belçika Hükümeti'nden Osmanlı Devleti'ne gelen teklifle başlamıştır.

Teklif, Belçika Sefareti aracılığıyla Hariciye Nezareti'ne bildirilmiş; Nezaret, 18 Temmuz 1886 tarihinde konuyla ilgili Rüşumat Emaneti'nden görüş istemiştir. Rüşumat Emaneti, 22 Eylül 1886 tarihinde verdiği cevapta söz konusu teklifin kabulünün faydalı olmakla birlikte, kesin cevap verilmeden önce Osmanlı Devleti'nin payına düşecek masrafin tahminen bilinmesi, dolayısıyla Brüksel Sefareti tarafından önce bu hususun araştırılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.¹⁴

Bunun üzerine Hariciye Nezareti tarafından konuyla ilgili araştırma yapılmış; araştırma sonucunda elde edilen bilgi, Kasım ayında Rüşumat Emaneti'yle paylaşılmıştır. Rüşumat Emaneti de, 9 Aralık 1886 tarihli cevabında katılımda bir sakınca olmadığı yönündeki görüşünü yinelemiştir. Ancak sözleşme taslağı son haliyle devletlerle paylaşıldığında, Osmanlı Devleti'nin payına düşecek masrafin beklenmedik şekilde yüksek olması halinde, Osmanlı Hükümeti'nin serbest hareket edebilme şartının saklı kalması gerektiği belirtilmiştir.¹⁵

Diğer taraftan, Osmanlı Hükümeti'nin Belçika Hariciye Nezareti'nde gerçekleşecek konferansa temsilci gönderilip gönderilmemesi konusunda Hariciye Nezareti ile Rüşumat Emaneti arasında çeşitli yazışmalar da yapılmıştır.

Örneğin, 12 Ocak 1888 tarihinde Rüşumat Emmini Edib Efendi tarafından sözleşme içeriğinin amaca uygun olduğu belirtilerek, herhangi bir değişikliğe gerek olmadığı, Osmanlı Hükümeti'nin menfaatinin Brüksel Sefareti tarafından temsil edilebileceği, dolayısıyla ayrıca bir delege tayinine lüzum bulunmadığı, sözleşmenin kesin olarak akdolanması halinde 8. maddeye dayanılarak talep olunacak evrakın Rüşumat Emaneti'nce gönderilebileceği bildirilmiştir.¹⁶

yenisi hazırlanmamış oluyordu. Bunun için tüccar, eski tarifenin son bulduğu tarihten başlayarak, farkı yeni tarifeye göre ödemek üzere gümrüklere borçlanıyordu. Tarife tanziminin gecikmesi, kendileri bakımından daha elverişli bir tarife yapmak isteyen devletlerin, bu devre zarfında hazinesinin geliri düşen Osmanlı Devleti üzerinde baskı yapmalarına imkân sağlıyordu. Kütükoğlu, s. 265, 266.

¹³ Atan, s. 182.

¹⁴ BOA, HR.İD, 805/13-3, H.23 Zilhicce 1303/M.22 Eylül 1886

¹⁵ BOA, HR.İD, 805/12-7, H.12 Rebiulevvel 1304/M.9 Aralık 1886

¹⁶ BOA, Y.A.RES, 41/35-5, R.31 Kanunuevvel 1303/M.12 Ocak 1888

Ayrıca Rüşumat Müsteşarı Bertram Efendi ve Cemiyet-i Rüşumiye Reisi Mikail Efendi'nin konuyla ilgili görüşü doğrultusunda, masrafların devletler arasında bölüştürülmesi hususunda Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinde gösterilen usulün uygun bulunduğu da vurgulanmıştır.¹⁷

Rüşumat Emaneti'nin bu görüşü, Hariciye Nezareti tarafından 16 Şubat 1888 tarihinde Sadaret'e bildirilmiş¹⁸; 19 Şubat 1888 tarihli Meclis-i Vükela toplantısında da söz konusu yaklaşım aynen benimsenmiştir.¹⁹ Sonuçta gümrük tarifelerinin yayınlanması konusunda çalışacak uluslararası yapının görevlerinin belirlenmesi için yapılacak uluslararası toplantıda Osmanlı Hükümeti'nin Brüksel Sefareti tarafından temsil edilmesi kararlaştırılmıştır.²⁰

Bu süreçte mukavele ve nizamname taslağı, Meclis-i Vükela'nın 24 Ekim 1888 tarihli toplantısında uygun bulunurken²¹, Konferansa katılan her bir devletin kendi menfaatini gözetecek olmasından dolayı, Osmanlı Devleti'nin de aynı şekilde davranması ve düzenlemeleri bu şartla onaylaması açıkça ifade edilmiştir.²²

Konferans, 1-5 Temmuz 1890 tarihleri arasında Brüksel'de gerçekleşmiş; toplantı ve hazırlanan sözleşme, Osmanlı Hükümeti'ni temsilen Brüksel Sefiri Karatheodori Paşa tarafından imzalanmıştır.²³

Görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti'nin Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'na üyeliği, davet üzerine gerçekleşmiş; Hükümet tarafından gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra, Belçika Hariciye Nezareti'nde düzenlenecek Konferansa katılma kararı alınmıştır.

Konferansla ilgili evrak, Brüksel Sefareti'nden Hariciye Nezareti'ne gönderilmiştir. Nezaret, söz konusu evrakı 12 Ağustos 1890 tarihinde gerek Rüşumat Emaneti'yle, gerek Babiali ile paylaşmıştır.²⁴ Ayrıca sözleşmeyi akdeden her bir hükümetin düzenleyeceği hisse bedelini açıklayan cetvel de, sonradan Brüksel Sefareti tarafından İstanbul'a gönderilmiştir.²⁵

¹⁷ Bertram ve Mikail Efendiler tarafından hazırlanarak sunulan mütalaanamede, Osmanlı Devleti'nin yıllık yaklaşık 1,464 Franklık bir ödeme yapacağını öngörüldüğü, bu miktarın Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğalması veya Osmanlı ülkesindeki Ticaret Odalarının abonelik bedeli ödemeleri suretiyle daha da azalabileceği vurgulanmıştır. BOA, Y.A.RES, 41/35-2.

¹⁸ BOA, Y.A.RES, 41/35-4, R.4 Şubat 1303/M.16 Şubat 1888

¹⁹ BOA, MV, 29/3, H.6 Cemazeyilahir 1305/M.19 Şubat 1888

²⁰ BOA, İ.HR, 309/19715.

²¹ BOA, A.MKT.MHM, 498/62, H.18 Safer 1306/M.24 Ekim 1888.

²² BOA, MV, 36/66.

²³ William M.Malloy (der.), *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements Between the United States of America and Other Powers (1776-1909)*, C. 2, Washington, 1910, s. 1999.

²⁴ BOA, HR.İD, 805/25-2, 3, H.25 Zilhicce 1307/M.12 Ağustos 1890.

²⁵ BOA, Y.PRK.MBC, 6/117.

Evrak Babıali'ye gönderilirken, sözleşmenin 1 Nisan 1891 tarihinde yürürlüğe girmesinin planlandığı, bu nedenle sözleşmenin kabul sürecinin hızlı ilerlemesi gerektiği de özellikle vurgulanmıştır.²⁶

Rüsumat Emaneti'nin konferans belgeleriyle ilgili olarak 6 Eylül 1890 tarihinde gönderdiği cevabında, Emanet Müsteşarı Bertram Efendi'nin de görüşlerine vurgu yapılarak, iki konu üzerinde durulmuştur: Birincisi, Büro tarafından yayınlanacak olan Tarife-i Umumiye Mecmuası'ndan Osmanlı Devleti'nin alacağı 124 nüshanın 64 adetinin Fransızca, diğerlerinin 20'şer adet olacak şekilde İngilizce, İtalyanca ve Almanca dillerinde olması; ikincisi ise, Osmanlı Devleti'nin gümrük düzenlemeleri, işlemleri ve tarifeleri hakkında henüz kesinlik arz etmeyen esaslara göre bilgi verilmesinin kabul edilemeyeceğine ilişkindir.²⁷ Nitekim Hükümet de, henüz bilgi verilmesine gerek olmadığı yönünde karar almış²⁸; sağlanacak fayda düşünüldüğünde, yıllık ödenecek meblağın (1869 Frank) çok olmadığı da belirtilmiştir.²⁹

12 Kasım 1890 tarihinde bütün süreci özetleyen bir şekilde Meclis-i Mahsus-ı Vükela mazbatasıyla Sadrazam Kamil Paşa tarafından konu Padişah'a arz olunmakla birlikte³⁰, konuyla ilgili bir irade-i seniyyeye rastlanmamıştır.

Diğer taraftan, 1891 yılı başlarında Osmanlı Devleti tarafından ihtiyaç duyulan bazı bilgilerin hala ulaştırılmadığı Belçika Sefareti'nden bildirilmiştir. Özellikle yayınlanacak mecmuadan her hükümetin alacağı nüshaların hangi lisanlarda olacağı konusunda bilgi verilmesinin beklendiği ifade edilmiştir.³¹

Bu doğrultuda 28 Mayıs 1891 tarihinde Rüsumat Emaneti, Hariciye Nezareti'ne Osmanlı Hükümeti'nin payına düşen mecmua sayısının yarısının Fransızca, diğer yarısının eşit sayıda olmak şartıyla Almanca ve İngilizce olarak alınması, ancak lüzum görüldüğü takdirde, bu tercihin değiştirilmesi hakkının saklı tutulmasını bildirilmiştir.³²

Aynı yıl içinde mecmuanın yayınlanan sayıları, Osmanlı Hariciye Nezareti'ne gönderilmeye başlanmış; ancak Rüsumat Emaneti'ne Hariciye Nezareti aracılığıyla ulaştırılmasının zaman kaybı yarattığı dile getirilmiştir. Örneğin, Rüsumat Emaneti, Hariciye Nezareti'ne yazdığı bir yazıyla mecmuanın beşinci ve altıncı sayısı Emanet'e ulaşmasına rağmen, dördüncü sayının eksik olduğu, dördüncü sayının ve yayınlanacak sonraki sayıların doğrudan ve düzenli olarak Emanet'e gönderilmesi yönünde bir talepte bulunmuştur.³³

²⁶ BOA, HR.İD, 805/25-4.

²⁷ BOA, HR.İD, 805/25-7, H.21 Muharrem 1308/M.6 Eylül 1890.

²⁸ BOA, MV, 59/22, H.27 Rabiulevvel 1308/M.10.11.1890.

²⁹ BOA, İ.HR, 342/6-2.

³⁰ BOA, Y.A.RES, 52/39, H.29 Rabiulevvel 1308/M.12 Kasım 1890.

³¹ BOA, HR.TO, 171/63, H.13 Cemazeyilahir 1308/M.24 Ocak 1891.

³² BOA, HR.İD, 805/34-3, H.19 Şevval 1308/M.28 Mayıs 1891.

³³ BOA, HR.İD, 805/40-2, H.10 Teşrinievvel 1307/M./22 Ekim 1891.

1893 yılına gelindiğinde, Osmanlı Devleti'nin Brüksel Sefareti'nden Devletin ilk iki malî yıl için henüz ödeme yapmadığı, üçüncü yılı da kapsayacak şekilde toplam 6334 Franklık borcun gecikmeksizin gönderilmesi gerektiği, bu gecikmenin kurumun bütçesini sekteye uğrattığını belirten bir yazı, 2 Mayıs 1893 tarihinde Hariciye Nezareti'ne gönderilmiştir.³⁴ Bunun üzerine durum, Temmuz ayı içinde önce Hariciye Nezareti tarafından Sadaret'e, sonra Sadaret tarafından Padişah'a sunulmuş³⁵; sonuçta 21 Temmuz 1893 tarihinde konuyla ilgili bir irade-i seniye alınmıştır.³⁶

1 Nisan 1891-31 Mart 1894 tarihlerini içeren ilk üç malî yılın masraf tutarı olan 6334 Franklık ödeme, 24 Ağustos 1893 tarihinde İstanbul'dan Osmanlı Devleti'nin Brüksel Sefareti'ne gönderilerek, Sefaret aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Belçika Hariciye Nezareti tarafından ödemenin alındığına ilişkin makbuz, Hariciye Nezareti'ne gönderildiği gibi, bir nüshası da Rüşumat Emaneti'nde muhafaza edilmiştir. Bu durum, 20 Kasım 1893 tarihinde Sadaret'e de bildirilmiştir.³⁷

Sonraki yılda ise, 1 Nisan 1894-31 Mart 1895 tarihlerini kapsayan döneme ait dördüncü taksit olan 1863 Frank ödemenin yapılması Belçika Sefareti tarafından Hariciye Nezareti'ne 25 Temmuz 1894 tarihinde bildirilirken, Hükümetler tarafından ödemelerin her yılın ilk üç ayı içinde yapılacağına taahhüt edildiği de hatırlatılmıştır.³⁸ Kısa bir zaman sonra, bu ödemenin karşılığı olan 8150 kuruşun Brüksel Sefareti emrine verilmek üzere Bank-ı Osmanî'den alınan poliçe olarak gönderildiği Rüşumat Emaneti tarafından Hariciye Nezareti'ne bildirilmiştir.³⁹

Bu çerçevede 1895 yılından sonra da üyelik nedeniyle payına düşen iştirak masraflarının ödenmesinde benzer bir usul izlendiği, çeşitli yazışmalardan anlaşılmaktadır.⁴⁰

Görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti, uluslararası ticaretin devletler arasındaki iş birliğini sağlayacak şekilde bir yapılandırmanın ilk gününden itibaren içinde yer almış; gerekli görülen hususlarda çekince ileri sürülerek hareket edilirken, esas itibarıyla bir uluslararası örgüt üyeliğinin gerektirdiği yükümlülöklere her yönden uygun davranılmıştır.

III. OSMANLI DEVLETİ'NİN ÜYELİKTEN AYRILMA SÜRECİ

Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması ve Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması İçin Uluslararası Bir Birlik Kurulmasına İlişkin Sözleşme'nin

³⁴ BOA, İ.HR, 342/6-3, H.15 Şevval 1310/M.2 Mayıs 1893.

³⁵ BOA, İ.HR, 342/6-4, 5.

³⁶ BOA, HR.İD, 805/43-6, H.7 Muharrem 1311/M.21 Temmuz 1893. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Babialı Evrak Odası Evrakı BEO, 245/18340.

³⁷ BOA, BEO, 317/23766, H.11 Cemazeyilevvel 1311/M.20 Kasım 1893.

³⁸ BOA, HR.İD, 2080/64, H.21 Muharrem 1312/M.25 Temmuz 1894.

³⁹ BOA, HR.İD, 805/52-3, H.3 Rebiulevvel 1312/M.4 Eylül 1894.

⁴⁰ Konuyla ilgili çeşitli yazışma örnekleri için bkz. BOA, HR.İD, 805/55; 805/56; 805/59; 805/62.

15.maddesine göre, sözleşmenin feshi için ilk yedi senenin bitiminden on iki ay önce tebliğ edilmesi zorunlu tutulmuş; eğer böyle bir tebligat yapılmazsa, yedi senelik dönemler halinde üyeliğin yenilenerek sürdürülmesi öngörülmüştür.

Bu doğrultuda Osmanlı Devleti'nde de 5 Şubat 1903 tarihinde Rüşumat Emni tarafından Sadaret'e yazılan yazıda, Cemiyet-i Rüşumiye'den konuyla ilgili sunulan mazbataya da atıf yapılarak, "üçüncü yedi sene için temdidine lüzum olmadığı" ve uygun görüldüğü takdirde "icab edenlere şimdiden tebligat icrası hususunun Hariciye Nezaret-i celilesine işarı hususu" gündeme getirilmiştir.⁴¹ Bu doğrultuda gerekli işlemlerin yapılmaya başlanabileceği hususu 9 Şubat 1903 tarihinde Sadaret tarafından Hariciye Nezareti'ne bildirilmiştir.⁴²

Hariciye Nezareti ise, Umur-ı Ticariye Kaleminden konuyla ilgili gelen yazıyı da dikkate alarak, konuyla ilgili görüşünü Sadaret'e 24 Mart 1903 tarihli yazıda şu ifadelerle açıklamıştır⁴³:

"...zıkr olunan mukavelenamenin akdinden maksad bilcümle devletlerin gümrük tarifeleriyle bilahare icra olunan tadilatın sürat ve izahat-ı mümkün ile neşr ve ilanından ibaret olup hayli müddetden beri Memâlik-i Şahannede gümrük tarifesi tatbik olunmadığına ve memâlik-i ecnebiyede vaz' ve tarh olunmakta olan bu misillü tarifelerin süferâ-yı Saltanat-ı Seniyye tarafından Hükümet-i Seniyyeye tebliğ olunarak vesâit-i mevcude ile ilan ve işâ'ası sureti bizce maksad-ı mezkuru temine kâfi görülmekte bulunmasına nazaran Hükümet-i seniyyenin mezkur mukavelenameye iştiraki hasebiyle Emanet-i müşârun-ileyhâdan her sene tesviye olunan bin sekiz yüz altmış üç Frankın tasarrufu zımında ber-muceb-i işar vakit ve zamanıyla mukavelenamenin ilan-ı mefsûhiyyeti yoluna gidilmesi münasib olacağı..."

Sonuçta Sadaret tarafından 21 Nisan 1903 tarihinde tek taraflı olarak fesih için gereğinin yapılması amacıyla Hariciye Nezareti'ne yazı yazılırken, konuyla ilgili Rüşumat Emaneti de haberdar edilmiştir.⁴⁴

Bu doğrultuda Hariciye Nezareti tarafından 10 Mayıs 1903 tarihinde Brüksel Sefareti'ne "...Hükümet-i Seniyyenin gümrük tariflerinin neşrine müteallik Brüksel mukavelenamesinin ilan-ı mefsuhiyetine" ilişkin kararının Belçika Hariciye Nezareti'ne bildirilmesi emredilmiştir. Nitekim Sefaret, 22 Mayıs'ta bunu Belçika Hariciye Nezareti'ne bildirmiş; Nezaret tarafından verilen cevapta Osmanlı Devleti'nin bu kararından döneceği ümidinde oldukları ifade edilmiştir. Söz konusu cevap, Sefaret tarafından 3 Haziran 1903 tarihinde Osmanlı Hariciye Nezareti'ne gönderilmiş⁴⁵; 8 Temmuz 1903'te de Hariciye Nazırı imzasıyla Sadaret'e durumla ilgili bilgi verilmiştir.⁴⁶ Süreçle

⁴¹ BOA, BEO, 2050/153713-3, H.7 Zilkade 1320/M.5 Şubat 1903.

⁴² BOA, BEO, 1998/149822, H.11 Zilkade 1320/M.9 Şubat 1903.

⁴³ BOA, BEO, 2050/153713-2, H.24 Zilhicce 1320//M.24 Mart 1903.

⁴⁴ BOA, BEO, 2050/153713-1, H.23 Muharrem 1321/M.21 Nisan 1903.

⁴⁵ BOA, HR.İD, 2082/40, H.24 Safer 1321/M.22 Mayıs 1903; BEO, 2277/170734-6, H.7 Rebiulevvel 1321/M.3 Haziran 1903.

⁴⁶ BOA, BEO, 2277/170734-3, H.12 Rebiulahir 1321/M.8 Temmuz 1903.

ilgili gelişmeler, Sadaret tarafından 14 Temmuz 1903 tarihinde Rûsumat Emaneti ile paylaşılmıştır.⁴⁷

Görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti'nin bu kararı, ilk aşamada Belçika Hariciye Nezareti tarafından vazgeçilmesi ümidiyle karşılanmıştır.

Osmanlı Devleti'nin Brüksel Sefareti tarafından kendilerine bildirilen konuyla ilgili çeşitli değerlendirmeler 16 Temmuz 1903 tarihli yazıyla Hariciye Nezareti'ne gönderilmiştir.

Buna göre, Belçika Hariciye Nezareti'nin Sefaret'e "*...ittihad-ı düveliyenin bidayet-i teşekkülünden beri ittihad-ı mezkur hakkında işar-ı iltizam-ı ibraz buyurmuş olan hükümet-i seniyyenin işi yeniden suret-i hayrhahanedede tedkik edeceği ümidiyle...*" Osmanlı Devleti'nin kararının yeniden düşünülme ihtimalinin önerildiğini ve bu kararın alınmasının gerçek nedenini öğrenmek istedikleri bildirilmiştir.⁴⁸ Hatta Sadaret de, 10 Kasım 1903 tarihinde bu değerlendirmenin yapılması açısından yazışmaların Rûsumat Emaneti tarafından da incelenmesini istemiştir.⁴⁹

Birkaç ay sonra, Belçika Hariciye Nezareti'nden bu konudaki karardan vazgeçme ihtimali olup olmadığı tekrar sorulmuştur. Hariciye Nezareti'ne 6 Şubat 1904 tarihinde Brüksel Sefareti aracılığıyla ulaşan yazıda "*...dahil-i ittihad bulunan devletlerden bir kaçının bu müessese-i düveliyenin ceryanını cidden sektedar ve belki de bunun devamı için elzem olan mebâlûğ-i vâridâtdan mahrumiyeti istilzam edeceği*" de gerekçe gösterilerek, Osmanlı Devleti'nin üyeliğini devam ettirmesinin önemi açıklanmaya çalışılmıştır. Yazı, 14 Şubat 1904 tarihinde de Sadaret'e gönderilmiştir.⁵⁰

Aynı günlerde Sadaret tarafından Hariciye Nezareti'ne yazılan yazıyla, fesihten sonra sözleşmenin ileride yeniden yürürlüğe girme ihtimali açısından ne şekilde tasarruf edilebileceği hususunda Rûsumat Emaneti ile haberleşerek araştırılması istenmiştir. Zira Rûsumat Emaneti bünyesindeki Cemiyet-i Rûsumiye tarafından "*...şimdilik mukavelenamenin feshiyle ileride tarife-i cedidenin mevki-i icraya vaz'ında tecdid edilmesi tasarruf nokta-i nazarından münasib ve muvafık görüldüğü...*" noktasında, Tarife Kalemi Müdüriyeti'nin mütalaasının da aynı yönde olduğu Sadaret'e bildirilmiştir.⁵¹

Tüm bu gelişmelerin ardından, 1 Nisan 1905 tarihi itibarıyla Osmanlı Devleti'nin Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'na üyeliği sona ermiştir.

Ancak 24 Ağustos 1905 tarihinde Hariciye Nezareti'ne Brüksel Sefareti aracılığıyla, 31 Mart 1905 tarihine kadar hissesine düşen masrafa katılması, bu doğrultuda 1 Nisan 1901 ile 30 Mart 1905 tarihleri arasında ödenmemiş borçlar da dahil olarak toplam 7452 Franklık ödemenin yapılmasının istendiği aktarılmıştır.⁵²

⁴⁷ BOA, BEO, 2115/158602, H.18 Rebiulahir 1321/M.14 Temmuz 1903.

⁴⁸ BOA, HR.İD, 2099/94, H.20 Rebiulahir 1321/M.16 Temmuz 1903.

⁴⁹ BOA, BEO, 2217/166232, H.19 Şaban 1321/M.10 Kasım 1903.

⁵⁰ BOA, HR.İD, 2099/95, H.27 Zilkade 1321/M.14 Şubat 1904.

⁵¹ BOA, BEO, 2277/170734-1, 2; HR.TH, 298/84.

⁵² BOA, HR.İD, 2099/99, H.22 Cemazeyilahir 1323/M.24 Ağustos 1905.

Sonraki dönemde, 1908 ve 1913 yıllarında gümrükle ilgili meselelerde iş birliğini sağlamaya yönelik konferanslar yapılmaya devam etmiştir.⁵³ Ancak Osmanlı Devleti açısından bu dönemdeki gümrük konusundaki en önemli gelişme, 1914 yılında kapitülasyonların tek taraflı olarak kaldırılması kararı olmuştur.⁵⁴ Bu adım, gümrük vergileri ve gümrük mevzuatı açısından yeni ve önemli düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Çeşitli çalışmaların yürütülmesinin ardından, sistematik bir gümrük tarifesi hazırlanmış ve 1916 yılında yürürlüğe girmiştir. Ardından 1918 yılında modern bir Gümrük Kanunu'nun kabul edilerek yürürlüğe girdiği görülmektedir.⁵⁵

Görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti, kurucu üyelerinden olduğu Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'na üyeliğini 1905 yılında sona erdirse de, ülkede yaşanan siyasal, ekonomik ve hukuksal gelişmelerden gümrük konusunun etkilenmemesi mümkün olmamış; çeşitli düzenlemelerle konu ele alınmıştır.

IV. LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE ÜYELİĞİN TEKRAR GÜNDEMİNE GELMESİ

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan Mondros Mütarekesi, ülkenin işgaline zemin hazırlamış; işgallere karşı başlayan Millî Mücadele zaferle sonuçlanmıştır. Bu süreçte Ankara'da millî egemenliğe dayanan bir meclis kurulmuş ve barış imzalanması aşamasında Türk milletinin tek temsilcisi olarak T.B.M.M.'nin seçtiği bir heyetin görev yapması kararı alınmıştır. Bu doğrultuda Lozan Barış Konferansı'na İsmet Paşa'nın baş delegeliğini üstlendiği Türk heyeti, Barış Görüşmeleri başladığında, kurulmakta olan yeni devletin antlaşma, sözleşme veya uluslararası örgüt üyeliği gibi yönlerden uluslararası hukuktaki statüsüyle ilgili son derece titiz bir politika izlemiştir.

Söz konusu politika, aralarında Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması ve Gümrük Tarifelerinin Yayınlanması İçin Uluslararası Bir Birlik Kurulmasına İlişkin Sözleşme'nin de bulunduğu çok sayıda uluslararası antlaşma ve sözleşme açısından savaş kavramı ekseninde şekillenmiş; Türk heyeti, görüşmelerde savaşın bu düzenlemeleri ortadan kaldırdığı tezini savunarak, yeniden yürürlüğe konulmalarını kabul etmemiştir. Bu noktada özellikle yeni Türk devleti açısından zararlı olabilecek antlaşmaların ortadan kalkması için, savaşın antlaşmaları feshettiği ileri sürülmüştür. Zira eski antlaşmaların kapitüler nitelikte olma ihtimali nedeniyle, bu yönde bir duruş tercih edilmiştir.⁵⁶

⁵³ Halatçı Ulusoy, s. 17.

⁵⁴ Kapitülasyonların kaldırılmasının hukuki gelişim süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, Hukuki Sonuçlarıyla Lozan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 168-196.

⁵⁵ Atan, s. 4, 5.

⁵⁶ Cemil Bilsel, Lozan, C. II, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1998, s. 161. Lozan Konferansı'nda uluslararası antlaşma ve uluslararası örgüt üyelikleri konusundaki

İkinci Komisyon'un ikinci alt-komisyonunda 15 Ocak 1923 tarihli toplantıda Türkiye ile Müttefik Devletler savaştan önce yürürlükte bulunan antlaşma ve sözleşmeler konusu gündeme gelmiştir. Söz konusu düzenlemelerin tarafsız devletlerin de bunlara katılmış olmaları nedeniyle ortadan kalkmadıkları, ancak bazılarının Türkiye ile Müttefikler arasında yeniden yürürlüğe konulmasının yerinde olacağı dile getirilmiştir.⁵⁷

Bu durum, Müttefik Devletlerin Türk heyetinin bu yaklaşımına diğer barış antlaşmalarında takip edilenlerden farklı bir usul teklif ederek cevap verdiklerini göstermektedir. Şöyle ki, teklif olunan usul, tarafların üzerinde uzlaşmaya varmalarıyla düzenlemelerin yürürlüğe girmesidir. Dolayısıyla tarafların uyuşmasıyla yürürlüğe girecek olan antlaşma ve sözleşmeler, devletlerarası ilişkilerde eşitlik ve mütekabiliyet esasını hakim kılacaktır. Fransız delege Serruys, savaştan sonra yapılan barış antlaşmalarının hiçbirinde böyle bir hükmün kabul edilmediğini, Türk heyetinden bunun takdir etmelerini beklediklerini söylemiştir.⁵⁸

26 Ocak 1923 tarihli toplantıda alt-komisyonu İngiliz, Fransız ve İtalyan Temsilci Heyetlerince sunulan ve Türkiye ile öteki Devletler arasında çok-taraflı ve iki-taraflı bazı antlaşmaların yeniden yürürlüğe konulmasıyla, Türkiye'nin ekonomik nitelikte birtakım sözleşmelere katılmasına ilişkin maddeleri kapsayan bir tasarı sunulmuştur.⁵⁹ Ardından "*Birtakım Antlaşmaların ve Sözleşmelerin Yeniden Yürürlüğe Konulmasına ya da Bunlara Son Verilmesine İlişkin Rapor*" başlıklı Alt-komisyon raporu, 27 Ocak 1923 tarihli İkinci Komisyon'un genel oturumuna sunulmuştur.⁶⁰ 31 Ocak 1923'te sunulan ve kabul edilmesi beklenen barış antlaşması tasarısında Müttefik Devletler tarafından 112. madde olarak sunulan yeniden yürürlüğe girmesi planlanan uluslararası antlaşma ve sözleşmeler arasında Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'nu kuran 1890 tarihli Sözleşme'ye de yer verildiği görülmüştür.⁶¹

Ancak Barış Görüşmeleri kesintiye uğramış; görüşmeler tekrar başladığında 1890 tarihli Sözleşme açısından konu, Üçüncü Komite'nin 28 Nisan 1923 tarihli oturumunda gündeme gelmişse de⁶²; taslak maddede değişiklik yaratacak bir gelişme yaşanmamıştır.

Sonuç olarak Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'nu kuran 1890 tarihli Sözleşme'ye 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nın 99. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir. Bu çerçevede söz konusu Sözleşme, yeni kurulan Türk devletinin yeniden yürürlüğe gireceğini taahhüt ettiği uluslararası düzenlemelerden birisi olarak Cumhuriyet döneminde

tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Uluslararası Antlaşmalar", *Adalet Dergisi*, 2023/2, S: 71, s. 401 vd.

⁵⁷ Seha L. Meray, *Lozan Barış Konferansı-Tutanaklar-Belgeler*, Birinci Takım, C. II, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 172.

⁵⁸ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 172, 173; Bilsel, s. 161, 162.

⁵⁹ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 178.

⁶⁰ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 69.

⁶¹ Meray, Birinci Takım, C. I, 2. Kitap, s. 92.

⁶² Meray, İkinci Takım, C. I, 2. Kitap, s. 18, 19.

uluslararası hukuk gelişmelerine yön verecek hususlar arasında yerini almıştır.

V. CUMHURİYET DÖNEMİNDE ÜYELİK KONUSUNDA BAŞLICA GELİŞMELER

Lozan Barış Antlaşması'nın ardından, Cumhuriyet döneminde gümrük konusunda iç hukukta atılan çeşitli adımlar ve 1929 Ekonomik Buhranı, İkinci Dünya Savaşı gibi önemli gelişmelerin ardından, uluslararası ticaret ile gümrük meseleleri tekrar gündeme gelmiştir.

1 Ocak 1930 tarihli İcra Vekilleri Heyeti Kararnamesi'yle ticarî ilişkilerde bulunulan ülkelerin gümrük tarifelerinin ve tarifelerdeki değişikliklerin takip edilebilmesinde büyük fayda görüldüğünden, 50'den fazla devletin iştirak ettiği Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'na Türkiye'nin de katılarak, yıllık 1118 Belga'nın ödenmesi kabul edilmiştir.⁶³ Böylece Türkiye Cumhuriyeti Devleti, kökeni Osmanlı dönemine dayanan bu iş birliğinin devamlılığını sağlamıştır.

Ancak bu devamlılık, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Osmanlı Devleti açısından içinde bulunduğu halefiyet tartışmaları açısından devam eden devlet olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak bir nitelikte olmayıp⁶⁴; siyasi ve ekonomik açıdan edinilmiş uluslararası iş birliği tecrübelerinin sürdürülmesi yönündeki tercihin arz ettiği sürekliliktir.

Sonraki döneme bakıldığında, 1890 tarihli Sözleşme'de çeşitli değişikliklerin yapılmasının söz konusu olduğu görülmektedir. Gerek Sözleşme'yi, gerek Uygulama Nizamnamesi'ni değiştiren Protokol, Türkiye Cumhuriyeti tarafından da 5 Mayıs 1951 tarih ve 5781 sayılı Kanun'la onaylanmıştır.⁶⁵

Söz konusu Kanun'un gerekçesinde 5 Temmuz 1890 tarihli Sözleşme ile kurulan Büro'nun yıllık masraf bütçesini kendisinden beklenen hizmetleri tatminkâr bir şekilde ifa edebilmeye imkân verecek şekilde arttırılması amacıyla, Sözleşme'ye taraf devletlerin temsilcileri arasında 13-16 Aralık 1949 arasında gerçekleşen toplantı sonucunda düzenlenen bir Protokol ile Büro'nun bütçesi arttırılmış; katılan devletlerin büro masraflarına iştirak payları 1938 yılındaki ticaretlerinin önemine göre yeniden tespit edilmiştir. Toplantı sırasında Türkiye Cumhuriyeti Devleti temsilcisi Brüksel Elçiliği Ticaret Müşaviri Cemal Ziya Ardal, aldığı talimat çerçevesinde, savaş yıllarındaki askerî tedbirler yüzünden Türk ekonomisinin de ağır külfetlere katlanmak zorunda kaldığını ve bu sebeple Türkiye'nin iştirak payının da diğer bazı devletler gibi indirilmesi gerektiğini

⁶³ BCA, 30-18-1-2/8-1-9, 1 Ocak 1930.

⁶⁴ Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki halefiyet ve devamlılık tartışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Lozan Barış Antlaşması Çerçevesinde Halefiyet ve Devamlılık Tartışmaları", AÜHFD, 2023, C: 72, S: 1, s. 381-415.

⁶⁵ Kanun hakkındaki Komisyon raporları ve Meclis görüşmeleri için bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 9, Toplantı: 1, C: 7, 80. Birleşim, 23 Mayıs 1951, s. 433; 82. Birleşim, 28 Mayıs 1951, s. 485-487, 511-514.

beyan etmiş ve talebi uygun görülerek Türkiye'nin iştirak payı muvakkaten %50 oranında indirilmiştir. Böylece 5781 sayılı Kanun, gümrük konusundaki iş birliğinin güncel gelişmelerle sürdürülmesini sağlamıştır.

SONUÇ

Görüldüğü üzere, uluslararası ticaretin düzenlenmesi ve gümrük konusunda uluslararası iş birliği kurulması çeşitli boyutlarıyla ele alınırken, Türk hukuk tarihinde bu gelişim sürecinin Osmanlı döneminden itibaren takip edilmesi mümkün olmaktadır. Ancak gerek ulusal, gerek uluslararası literatürde bu konuda herhangi bir çalışmanın bulunmaması, Türk hukuk tarihi açısından olduğu kadar, siyasi tarih ve iktisat tarihi için de önemli bir boşluğun varlığını ortaya koymaktadır.

1890 yılında Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu'nun kuruluşuyla başlayan süreç, Türk hukuk tarihi açısından bir dönem kesintiye uğramışsa da, ülke içinde gümrük konusunda güncel gelişmelerin takibi ihmal edilmemiştir.

Savaş koşullarının sona erip, Lozan Barış Antlaşması'nın imzalanmasıyla, uluslararası ticaretin gerektirdiği uyum ve iş birliği yeniden kurulma yoluna girmiş; Cumhuriyet döneminde Lozan Antlaşması'nda öngörüldüğü üzere 1930 yılında Büro'ya yeniden üyelik gerçekleşirken, 1940'ların sonlarından itibaren gümrük konusundaki uluslararası gelişmeler de, Türkiye tarafından gecikmeksizin takip edilmiştir.

Bu durum, aynı zamanda kapitülasyonların kaldırıldığının kesin olarak ilan edildiği yer olan Lozan Konferansı'nda izlenen uluslararası hukuk ilişkilerinin eşitlik ve bağımsızlık esaslarına dayalı olarak sürdürülmesi politikasının da bir yansımasıdır.

Sonuç olarak, uluslararası hukuk ilişkilerinin çeşitlendirilmesinde yenilikçi adımlar atılırken, Türk hukuk tarihinde gerek Osmanlı, gerek Cumhuriyet dönemlerinde katkı sunma konusunda tereddüt gösterilmediği anlaşılmaktadır. Ülkenin coğrafi konumunun ekonomik açıdan sahip olduğu önem, hiçbir zaman göz ardı edilmemiş; gümrük tarifeleri örneğinde görüldüğü gibi, uluslararası ticaretin uyum ve iş birliğiyle yürütülmesi için sunulan katkı, her dönem süreklilik arz etmiştir.

KAYNAKLAR

Arşiv Belgeleri

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)

Babıali Evrak Odası Evrakı (BEO), 245/18340; 317/23766; 1998/149822; 2050/153713; 2099/94; 2115/158602; 2217/166232; 2277/170734.

Hariciye Nezareti İdare (HR.İD), 805/12; 805/13; 805/25; 805/34; 805/40; 805/43; 805/52; 805/55; 805/56; 805/59; 805/62; 2080/64; 2082/40; 2099/94; 2099/95; 2099/99.

Hariciye Nezareti Tahrirat Kalemî Evrakı (HR.TH), 298/84.

Hariciye Nezâreti Tercüme Odası Evrakı (HR.TO), 171/63

İradeler Hariciye Evrakı (İ.HR), 309/19715; 342/6.

Meclis-i Vükelâ Mazbataları (MV), 29/3; 36/66; 59/22.

Sadâret Mektubî Kalemî Mühimme Kalemî (Odası) Belgeleri (A.MKT.MHM), 498/62.

Yıldız Sarayı Arşivi Sadaret Resmi Maruzat Evrakı (Y.A.RES), 41/35; 52/39.

Yıldız Perakende Evrakı Mâbeyn Cetvelleri (Y.PRK.MBC), 6/117.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA)

30-18-1-2/8-1-9, 01.01.1930.

Kitap ve Makaleler

Atan T, Türk Gümrük Tarihi-Osmanlı Gümrükleri, C. 2, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayın No.12, Ankara.

Bilsel C, Lozan, C. I-II, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1998.

Halatçı U Ü, Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Jackson J H, World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade, The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, 1969.

Kütükoğlu M S, "Gümrük", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 14, İstanbul, 1996, ss. 263-268.

Malloy W M (der.), Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements Between the United States of America and Other Powers (1776-1909), C. 2, Washington, 1910.

Meray S L, Lozan Barış Konferansı-Tutanaklar-Belgeler, Tk. I-II, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

Myers D P, "Representation in Public International Organs", C. 8, S. 1, 1914, The American Journal of International Law, ss. 81-108.

Örsten Esirgen S, "Lozan Barış Antlaşması Çerçevesinde Halefiyet ve Devamlılık Tartışmaları", AÜHFD, 2023, C: 72, S: 1, ss. 381-415.

Örsten Esirgen S, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Uluslararası Antlaşmalar", Adalet Dergisi, 2023/2, S: 71, ss. 391-418.

Örsten Esirgen S, Hukuki Sonuçlarıyla Lozan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Reinsch P S, "International Unions and Their Administration", C. 1, S. 3, July 1907, The American Journal of International Law, ss. 579-623.

Rolin É, "Bulletin international des douanes-Notices Bibliographiques-Droit International", C. 25, S.1, Revue de Droit International et de Legislation Comparee, ss. 190-212.

Telli S, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, A. Ü. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.

İSLAM AİLE HUKUKUNUN KANUNLAŞTIRILMASINDA ŞERİ HUKUKA YAPILAN ATIFLAR: MALEZYA ÖRNEĞİ*

Reference to Sharia Law in the Codification of Islamic Family Law: the Example of Malaysia

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ**
Arş. Gör. Betül ARGUNHAN***

Öz: Malezya 1957 yılında bağımsızlığını kazanmış, 1963 yılında Federal Anayasa ilan edilmiştir. Anayasa'ya göre Federasyon'un dini İslam'dır. Kuruluşundan bugüne çeşitli kanunlaştırma faaliyetleri yürüten ülke, hukukun belirli alanlarında Müslümanlar için ayrı, gayrimüslimler için ayrı kanunlar çıkarmaktadır. Bu minvalde 1984 yılında Müslüman vatandaşlar için Malezya İslam Aile Kanununu (Islamic Family Law Act) hazırlanmıştır. Bu Kanun, aile hukukuna dair birtakım konuları derinlemesine düzenlemesine karşın, diğer birtakım konularda 'şeri hukuk' olarak nitelendirebileceğimiz 'Hukum Syara'ya atıf yapmak suretiyle daha yüzeysel hükümler ihtiva etmiştir. Şeri hukuka yapılan atıflar Malay öğretisindeki bazı görüşlerle eleştirilmektedir. Bu çalışmada Malay öğretisi ve hukuk uygulaması dikkate alınarak, şeri hukuka atıfta bulunan kanun hükümleri incelenmiştir. Bunun için sırasıyla; kanun metninde geçen 'Hukum Syara' ve 'Recognized Mazhabs' ibareleri değerlendirilmiştir. Devamında, belirlenen konuların Kanun'daki hükümlerine ve İslam hukuk eserlerindeki görüşlere bakılmıştır. Çalışmayla elde edilen çıkarımlar öz itibarıyla şu şekildedir: İlk olarak, Kanun'un başlığında 'Islamic law' denmesine mukabil, metin içinde şeri hukuka atıf yapılacağı hallerde 'Hukum Syara' ibaresinin tercih edilmesi dikkate değerdir. Kanaatimizce Islamic Law ibaresi kanunlaştırma amacını ifade ederken, Hukum Syara ibaresinin kullanıldığı yerler daha kapsamlı bir kurallar

Abstract: Malaysia gained independence in 1957, the Federal Constitution was declared in 1963. According to the Constitution, the religion of the Federation is Islam. The country, which has carried out various legalization activities since its establishment, enacts separate laws for Muslims and non-Muslims in certain areas of law. In this regard, the Malaysian Islamic Family Law Act was prepared for Muslim citizens in 1984. Although this Law regulates some issues related to family law in depth, it contains more superficial provisions on some other issues by referring to 'Hukum Syara', which we can describe as 'Sharia law'. References to Sharia law are criticized by some views in Malay doctrine. In this study, legal provisions referring to sharia law were examined, considering Malay doctrine and legal practice. For this, respectively; The phrases 'Hukum Syara' and 'Recognized Madhabs' in the text of the law were evaluated. Subsequently, the provisions of the Law on the determined subjects and the opinions in Islamic legal works were examined. The inferences obtained from the study are essentially as follows: Firstly, although the title of the Law says, 'Islamic law', it is noteworthy that the phrase 'Hukum Syara' is preferred in cases where sharia law will be referred to in the text. In our opinion, while the phrase Islamic Law expresses the purpose of legalization, the places where the phrase Hukum Syara is used indicates a more comprehensive set of rules. Secondly, it is understood that the expression 'Recognized Madhabs' refers to the recognized,

* Bu çalışma, 13-14 Ekim 2023 tarihlerinde Konya'da yapılan I. Uluslararası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu'nda, yazarlar tarafından "Malezya İslam Aile Kanunu'nun Şer'i Hukuka Atfının Düşündürdükleri" başlığı ile sunulan tebliğin gözden geçirilmiş, eklemeler yapılmış ve genişletilmiş halidir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akilinc@aybu.edu.tr
ORCID:0000-0002-8977-9588

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
betulargunhan@aybu.edu.tr ORCID:0000-0002-2637-9376
Makale Geliş Tarihi: 02.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 28.03.2024

bütününe işaret etmektedir. İkinci olarak, 'Recognized Mazhabs' ifadesiyle, Kanun bağlamında tanınmış, muteber mezheplerin (Şafii, Hanefi, Maliki, Hanbeli) kastedildiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun yer yer Hukum Syara'ya atıf yapmasının sebepleri dört ana başlıkta ele alınabilir. Bunlardan ilki, kanun koyucunun, örf ve ananevi uygulamalarını şeri hukukla bağdaştırma çabası; ikincisi, hukuki esneklik ve dinamizmi sağlamak ve uygulayıcının takdir yetkisini genişletmek gayesi; üçüncüsü sabit naslarla ve ayrıntılı şekilde düzenlenen konularda tekrara düşmekten kaçınmak ve dördüncüsü ise ülkenin düalist hukuki yapısının şeri hukuka başvurmayı gerektirmesidir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Aile, Kanun, Malezya, IFLA, Hukum Syara

respected sects (Shafi'i, Hanafi, Maliki, Hanbali) in the context of the Law. The reasons why the legislator occasionally refers to Hukum Syara can be discussed under four main headings. The first of these is the effort of the legislator to reconcile customary and traditional practices with Sharia law; secondly, the aim to ensure legal flexibility and dynamism and to expand the discretion of the practitioner; The third is to avoid repetition in matters regulated in fixed texts and in detail, and the fourth is that the dualist legal structure of the country requires resorting to sharia law.

Keywords: Islamic Law, Family, Law, Malaysia, IFLA, Hukum Syara

GİRİŞ

İslam aile hukuku, hakkında Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'te geniş düzenlemeler yer alan ve hukukçuların da yoğun çalışmalarının bulunduğu bir alandır. Bu nedenlerle İslam hukukunun ilk dönemlerinde siyasi otoritelerin bu alana müdahalesi çok sınırlı olmuştur. Kanunlaştırma ve Yeniden İçtihat Dönemi olarak nitelendirilen¹ içinde bulunduğumuz bu dönemde, bilhassa kanunlaştırma eğiliminin etkisiyle, devletlerin aile hukuku alanında kanunlaştırma faaliyetlerine başvurdukları görülmektedir. Malezya da aile hukukunu kanunlaştıran İslam ülkelerine bir örnek teşkil eder.

Malezya, 31 Ağustos 1957 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiştir.² Akabinde Singapur, Sabah ve Sarawak'ın Malezya'ya katılımıyla bir Federasyon teşekkül etmiş ve 1963 yılında Malezya Federal Anayasası duyurulmuştur.³ Anayasa'nın l'inci kısım 3'üncü maddesine göre, diğer din mensuplarının da barış ve uyum içinde yaşaması mümkün olmakla birlikte, Federasyon'un dini İslam'dır.⁴ İslam hukukunu birçok alanda kanunlaştırmış olması sebebiyle Malezya, çağımızda İslam hukukunun kanunlaştırılmasında tercih ettiği yöntemi gözlemlemek açısından kıymet arz eder.

¹ Mehmet Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 60.

² İsmail Hakkı Göksoy, "Malezya", C.27, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, 2003, ss.-486-493.

³ Bu husus Malezya Federal Anayasası'nın girişinde şöyle ifade edilmiştir: "First introduced as the Constitution of the Federation of Malaya on Merdeka Day: 31st August 1957 Subsequently introduced as the Constitution of Malaysia on Malaysia Day: 16th September 1963". Anayasa metni için bkz.:

https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10_akta/perlembagaan_persekutuan/federal_constitution.pdf (s.e.t. 02.10.2023).

⁴ Laws of Malaysia Federal Constitution, mad. 3/1: "Islam is the religion of the Federation; but other religions may be practised in peace and harmony in any part of the Federation."

1984 yılına gelindiğinde, Müslüman vatandaşlar için Malezya İslam Aile Kanunu çıkarılmıştır.⁵ Bu Kanun, toplumun ihtiyaçlarına cevap vermesi önemsenerek ve İslam hukukunun birçok farklı kaynağından istifade edilerek hazırlanmıştır. Uzun yıllardır yürürlükte olan Kanun'un bazı hükümlerinde Hukum Syara olarak tabir edilen şeri hukuka atıflar yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda Malay öğretilerinde henüz kanunlaştırma hareketinin bitmediği, zira Kanun'da hala şeri hukuka atıf yapıldığı; halbuki ihtilaflar çözümlenirken birincil kaynaklar olan Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'e dayanılması gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur.⁶ Görüldüğü üzere Malay öğretilerindeki bu görüş, şeri hukuka atıf yapılmasını kanunlaştırma girişiminin eksikliği veya boşluğu olarak görmektedir.

İleride görüleceği üzere Kanun, bazı konularda ayrıntılı hükümler içermesine rağmen; evlilik malları, mehir, muta hediyesi, tefviz-i talak, evlenmede velayet, geçici evlenme engelleri, tahkim, muhâlea, liân gibi bazı konularda ise ayrıntılı hükümlere yer vermemiştir. Bunun yerine; 'Hukum Syara' terkihiyle karşıladığı şeri hukuka atıf yapmıştır. Bu çalışma, Malezya kanunları, öğretisi ve yargı kararlarından istifade ederek, kanun koyucunun şeri hukuka atıf yapma tercihini, klasik dönem İslam hukuk öğretisiyle ve günümüzde İslam hukukunun kanunlaştırılmasındaki hususiyetlerle ilişkilendirme gayretindedir. Aile hukukuyla ilgili bir kanunlaştırma faaliyeti yürütülürken hangi gerekçelerle şeri hukuka atıf yapılmaktadır, bu tercihin ne gibi sonuçları olabilir, günümüzde İslam hukukunun kanunlaştırılmasında şeri hukuk çerçevesinde kalmak kaydıyla hukuki esneklik nasıl sağlanabilir gibi sorulara cevap aranmıştır. Bunun için öncelikle düzenlemenin başında zikredilen 'Hukum Syara' ve 'Recognized Mazhabs' ifadelerinden maksadın, daha sonra hangi konularda şeri hukuka atıf yapıldığının ve bu konuların ortak özelliklerinin neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Bu minvalde ilk olarak mezkûr ifadelerle ilişkin bir terimsel inceleme yapılacaktır. Akabinde Hukum Syara'ya atıf yapılan konular üst başlıklarda sınıflandırılarak, her bir konunun Malezya Aile Kanunu'ndaki düzenlemesi ve şeri hukuktaki durumu izah edilecektir. Çalışma konuya ilişkin bütünsel değerlendirmelerin yer alacağı bir sonuç bölümüyle nihayete erdirilecektir.

I. HUKUM SYARA VE KABUL EDİLMİŞ MEZHEPLER

Metin boyunca sıklıkla kullanılan 'Hukum Syara', Kanun'un giriş kısmında yer alan tanıma göre, kabul edilmiş mezheplere göre İslam hukuku anlamına gelir.⁷ Bu tanımda yer alan 'Hukum Syara' ve 'recognized mazhabs' ifadelerinin aydınlatılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira Kanun'un İngilizce metin başlığında 'Islamic Family Law' denmesine rağmen, metin içinde şeri

⁵ Islamic Family Law Act (Federal Territories) 1984; bundan sonra 'IFLA' olarak adlandırılacaktır.

⁶ Nora Abdul Hak, "Conciliatory Committee and Hakam (arbitrator) under the Islamic family law in Malaysia", 2, 2008, Shariah Law Reports, s. 3.

⁷ IFLA, mad. 2: "'Hukum Syara' " means Islamic Law according to any recognized Mazhab."

hukuka atf yapılacak yerlerde ‘Islamic Law’ yerine ‘Hukum Syara’ ibaresi tercih edilmesi dikkat çekmektedir. Öte yandan, Kanun’da tanınmış mezhepler denilmekle birlikte bunların hangileri olduğu bilgisine yer verilmemiştir. Bu iki sorunun yanıtı için IFLA’nın birinci maddesinde zikredilen Administration of Islamic Law (Federal Territories) Act 1993 isimli Federal Bölgeler İslam İdare Kanunu’na başvurulacaktır.⁸

A. HUKUM SYARA

Hukum Syara tabiri için incelenen Malayca-İngilizce sözlükte ‘syara’ kelimesine rastlanmamış, ancak ona benzer yazım ve anlamda bir kelime olduğu görülmüştür. Malay alfabesiyle ‘شرع’ şeklinde yazılan kelimenin Latin harfleriyle yazımı ‘shara’ şeklindedir. Kelimenin manası verilirken: “Arab. Hukum shara: the Law of God; Muhammadan Law.” denilmiştir.⁹ Burada kelimenin Arapçadan Malaycaya geçmiş olduğu ve Arapça aynı şekilde yazılan ve “Allah’ın emri, ayet, hadis, icma-i ümmet ve kıyas-ı fukaha esasları üzerine kurulmuş olan din kaideleri.” anlamına gelen “şer” kelimesiyle¹⁰ aynı manaya geldiği anlaşılıyor. Sözlükteki ‘hukum’ kelimesinin manası, “[Arab. Hukm] Sentence, judgment, authority, command.” şeklindedir.¹¹ Aynı sözlükte İslam maddesinde geçen “Hukum islam: Muhammadan law”¹² ve Tajwîd maddesinde geçen “Hukum tajwîd: the laws of correct enunciation (in reading Arabic)”¹³ ibarelerinden hareketle, ‘Hukum’ kelimesinin Malay İslam terminolojisinde İngilizce ‘Law’ kelimesine karşılık kullanıldığı anlaşılıyor. Bir başka sözlükte İngilizce şeriat anlamına gelen ‘sharia’ kelimesinin Malayca karşılığı olarak “Religious law of Islam: Syariat Islam, syariah, syariat” ifadesi ve Arapça ‘الشريعة’ ve Türkçe ‘şeriat’ kelimesinin karşılığı olarak Malayca ‘syariah, syariat’ kelimeleri verilmiştir.¹⁴

⁸ Bundan sonra AILA denecektir. Kanun metnine şuradan ulaşılabilir: http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_act_ori_1_ib.nsf/44d9592888dd91654825765100036d0f/976a699d3eeb1dae48256b61001139ab?OpenDocument (s.e.t. 02.10.2023)

⁹ Malay-English Dictionary, R. J. Wilkinson, Part I, Kelly & Walsh Limited, Singapore, 1901, s. 433.; ‘Muhammadan’ şeklinde başlayan kullanım, esasında İngiliz sömürsü altında olan ülkelerde görülen bir kullanım şeklidir. Malezya’da da bağımsızlık öncesi dönemde ‘Muhammadan Marriage Ordinance’, “Muhammadan Marriage Ordinance Amendment Ordinance XIII of 1894” gibi kullanımlar mevcuttur. Bkz.: Ahmet Kılınç, “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, C. XIV, S. 2, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 630-631.

¹⁰ Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 33. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2017, s. 1155.

¹¹ Malay-English Dictionary, s. 279.

¹² Malay-English Dictionary, s. 16.

¹³ Malay-English Dictionary, s. 159.

¹⁴ Bkz.: <https://glosbe.com/en/ms/sharia> , <https://glosbe.com/tr/ms/الشريعة> ve <https://glosbe.com/tr/ms/şeriat> (s.e.t. 03.10.2023)

Öte yandan, AILA ekinde, “Arabic Script For Certain Words And Expressions” başlığı altında bazı kelime ve kelime öbeklerini karşılamak üzere Arapça ibarelere yer verilmiştir. ‘Hukum Syarak’ da bu ifadelerden birisidir. AILA’daki düzenlemesinden, Arapça-Malayca çeviride terimsel karşılıklılığı sağlamak üzere şeri hukuku ifade için Hukum Syarak denildiği anlaşılıyor.

Görüldüğü üzere hem sözlüklerde hem de AILA’da geçen hukum sharia, syaria, syariah, syariat şeklindeki kullanımların tamamı şeriata ve şeri hükümlere işaret etmektedir. Konunun daha iyi şekilde izahı için şeri hukuk, fıkıh ve İslam hukuku terkiplerine de değinmeyi gerekli görüyoruz.

Fıkıh, Arapça ‘ف-ق-ف’ kökünden gelmekte olup, bu kelimenin mastarı bir şeyi iyice anlamak, derinlemesine kavramak, tam anlamıyla bilmek, şuurlu olarak idrak etmek, bir şeyin künhüne vakıf olmak, kapalı bir şeyin hakikatine nüfuz edebilmek, hüküm ihtiva eden gizli bir manaya muttali olmak gibi anlamlar barındırır.¹⁵ Terim anlamıyla fıkıh ise ‘insanın amel yönünden lehine ve aleyhine olan şeri hükümleri bir meleke halinde bilmesi’, ‘ibâdât, ukûbâtve muamelâta dair şeri hükümleri her birine dair detaylı delillerle bilmek’, ‘ameli meselelerle ilgili şeri hükümleri tafsili delilleriyle bilip kavramak’ gibi manalara gelir.¹⁶ Mecelle’deki ifadesiyle fıkıh, ‘mesâil-i şeriyeye-i ameliyyeyi bilmektir’.¹⁷ Bu minvalde fıkıh ilmi, ibâdât, ukûbât ve muamelâta ilişkin meselelerin tamamını kapsar. Hatta fıkıha ilişkin çerçeveyi daha eski dönemlere doğru taşırsak görülür ki Miladi 9’uncu yüzyıla kadar fıkıhın kapsamına itikadi konular da dahil edilmiştir.¹⁸ Sonraları tanımına ‘ameli’ kelimesi eklenerek fıkıhın kapsamı nispeten sınırlandırılmıştır. Fıkıhın tanımında yer alan bilmek, kavramak, idrak etmek gibi eylemler nazara alınarak, onun bir yasama faaliyeti olmadığı, ancak ilahi bir iradeyle öngörülen muayyen hükümleri açığa çıkarma faaliyeti olduğu üzerinde durulmuştur.¹⁹ Görüldüğü üzere, ilk zamanlarda itikadi hükümleri de kapsayan fıkıh ilmi, zaman içinde önce itikadi hükümleri dışarıda bırakmıştır. Sonraları usul ilminin de ayrılmasıyla, fıkıh terkipleriyle yalnızca fûru-ı fıkıh kastedilir hale gelmiştir. Ancak nihai olarak fıkıh ile yine de bir kanunlaştırma, yasama faaliyeti anlaşılmaz; şeri hükümlerin açığa çıkarılması söz konusudur.

19’uncu yüzyılın sonlarından itibaren gözlemlenen kanunlaştırma hareketlerine paralel olarak, fıkıh ilminin alt dalları ve konuları da yeniden isimlendirilmiş; fıkıh terimi artık ‘hukuk bilgisi’, fâkih de ‘hukukçu’ olarak görülmeye başlanmış; fıkıhın, yukarıda zikredilen geniş kapsamı göz ardı

¹⁵ İlavelerle Mu’cemül-Müfehres Kur’an-ı Kerim Lügati, Haz. Mahmut Çanga, 6. Baskı, Timaş, İstanbul, 2016, s. 381; Ömer Nasuhi Bilmen, Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, 2. Baskı, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2017, s. 74.

¹⁶ Bilmen, s. 74.

¹⁷ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, Dürerül-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, C.1, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2020, s. 28.

¹⁸ Hayrettin Karaman, “Fıkıh”, C. 13, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1996, ss. 1-14.

¹⁹ Talip Türcan, “Fıkıhdan İslam Hukukuna, Fıkıhın İslam Hukukuna Evrilme Süreci Hakkında Bazı Düşünceler”, S. 6, 2005, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 12.

edilerek hukuka indirgenmesi ve fıkıh teriminin yerini İngilizcede 'Islamic Law', Türkçede 'İslam hukuku' terimi alması söz konusu olmuştur. Bu aşamadan sonra, bilhassa İslam hukuku ile aynı anda kullanıldığında, fıkıh denilerek, hukuktan daha geniş bir alanın kastedildiği; hak ve sorumluluklara ek olarak, daha iyinin elde edilmesine yönelik dini, ahlaki ve hukuki tüm kuralların bu alana dahil olduğu söylenebilir.²⁰ Şeriat ve şeri hukuk da bu anlamları ifade etmektedir.²¹

Böylece şeri hukuk, İslam dinine ait dini, ahlaki, hukuki kurallar bütününü ifade ederken, İslam hukuku ise girişte zikredilen kanunlaştırma döneminin etkisiyle bugün aile hukuku, borçlar hukuku, ceza hukuku, anayasa hukuku gibi hukuk dallarının toplamı olan bir hukuk sistemini ifade eder.²²

Bu açıklamalar ışığında kanun başlığında Islamic Law denilmesine rağmen, metin atıflarında Hukum Syara denilmesiyle, kanaatimizce İslam hukuku ile şeri hukuk arasındaki farklılığa işaret edilmektedir. Kanun koyucu kanunlaştırma iradesine atfen kanun başlığında Islamic Law derken; metin içinde ise kanunun ruhuna ve maksadına uygun olarak Hukum Syara demekle şeri hukuka; yani İslam hukukundan daha kapsamlı olan fıkıh sahasına işaret etmiştir. İleride ayrıntılı başlıklar altında görüleceği üzere, kanun koyucunun yalnız hukuk kurallarına atıf yapmadığı; dini, ahlaki ve hukuki kurallar bütünü olan şeri kuralların tümüne atıf yaptığı anlaşılmaktadır.

Bu makalede Hukum Syara atıflarından bahsedildiği yerlerde, Hukum Syara'ya karşılık olmak üzere, 'şeri hukuk' terkibi kullanılacaktır.

B. TANINMIŞ MEZHEPLER

Kanun'da 'recognized mazhabs' olarak ifade edilen tanınmış mezheplerin hangileri olduğunun belirlenmesi konu bakımından önemlidir. Malezya'daki Müslümanların çok büyük bir kısmı Şafii mezhebine bağlıdır.²³ AILA'nın tanımlar kısmında, kanunda geçen Islamic Law ibaresinin, tanınmış mezheplere göre İslam hukuku anlamına geldiği ifade edilmiştir.²⁴ Aynı Kanun'un 39'uncu maddesine göre ise tanınmış mezhepler bağlamında öncelikle Şafii mezhebinin kabul edilen görüşleri takip edilecek, ancak bunun uygulanması kamu yararına muhalif bir netice verecek olursa Hanefi, Maliki veya Hanbeli mezheplerinin kabul edilen görüşleri takip edilebilecektir.²⁵ Görüldüğü üzere AILA, hangi mezheplerin muteber mezheplerden olduğunu izah etmektedir.²⁶

²⁰ Türcan, 2005, s. 16.

²¹ Talip Türcan, "Şeriat", C. 38, 2010, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, ss. 571-574.

²² Karaman, "Fıkıh".

²³ Gürsoy, "Malezya".

²⁴ AILA, mad. 1: "'Islamic Law" means Islamic Law according to any recognized Mazhab".

²⁵ AILA, mad. 39: "(1) In issuing any fatwa under section 34, or certifying any opinion under section 38, the Mufti shall ordinarily follow the accepted views (qaul

Yukarıda geçen ‘kabul edilen görüşler’ ile; mezhep içi ihtilaflarda, mezhep imamlarına ait muhtelif kavil ve rivayetlerden birisini, gerekçe göstermek suretiyle diğerlerine tercih etmenin kastedildiği söylenebilir.²⁷

II. KANUN’UN ŞER’İ HUKUKA ATIF YAPTIĞI KONULAR

Bu başlık altında şeri hukuka atıf yapılan konuların bir kısmı örnek olarak incelenecektir. Ele alınacak olan konular; evlilik malları, mehir, muta hediyesi, evlilikte velayet, ta’liq denen tefviz-i talak, ric’i talak, geçersiz evlilikler, geçici evlenme engelleri, tahkim ve evlilik-boşanma konusunda yargı örgütü konularıdır. Konular, şeri hukuka atıf yapılmasındaki hususiyetlerine göre çeşitli başlıklar altında sınıflandırılmıştır. Yapılan tasnif, hükümlerin yorumlanmasına dayanmakta olup, sınırları keskin şekilde çizilmiş bir ayrımı ifade etmemektedir. Bu bağlamda mezkur konular dört üst başlıkta toplanmıştır. Bu başlıklar; örfi hukuk ve şeri hukuku irtibatlandırmak üzere şeri hukuka atıf yapılan konular; hukuki esneklik ve dinamizmi sağlamak üzere şeri hukuka atıf yapılan konular; şeri hukukta naslarla sabit ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olup tekrara düşülmemesi maksadıyla şeri hukuka atıf yapılan konular ve ülkenin ikili hukuki sistemi nedeniyle şeri hukuka atıf yapılan konular; şeklindedir. Şimdi sırasıyla bu başlıklar irdelenecektir.

A. ÖRFİ HUKUK VE ŞERİ HUKUK BAĞLANTISI KURULMAK İSTENEN KONULAR

Kanun bazı konularda örfi olarak uygun gördüğü düzenlemeleri şeri hukukla ilişkilendirerek, bunlara meşruiyet kazandırmaya çalışmıştır. Evlilik malları ve ric’i talak konuları bunlardandır.

muktamad) of the Mazhab Syafie. (2) If the Mufti considers that following the qaul muktamad of the Mazhab Syafie will lead to a situation which is repugnant to public interest, the Mufti may follow the qaul muktamad of the Mazhab Hanafi, Maliki or Hanbali.”

²⁶ Bununla birlikte, Malay hukukçular arasında gerektiğinde bu dört Sünni mezhep dışındaki Sünni mezheplerden ve hatta Şii mezheplerden faydalanmanın uygun olabileceği yönünde görüşler, “*Malezyalı Müslümanların ibadetlerinde Şafi mezhebine bağlı kalabilecekleri, ancak sosyal işlemler ve İslami finansman (muamelât) gibi konularda diğer mezheplerin görüşlerini dikkate alma cesaretine sahip olmaları gerektiği*” denilerek ileri sürülmüştür. Bu yönde Malay basınında yayınlanan bazı haberler için bkz.: <https://www.malaymail.com/news/malaysia/2018/06/27/penang-mufti-country-must-not-be-restricted-to-just-one-school-of-islamic-j/1646054>, <https://www.malaymail.com/news/malaysia/2019/09/12/constitution-does-not-specify-islam-as-exclusively-sunni-and-shafie-suhakam/1789835> (s.e.t. 03.10.2023)

²⁷ Bu hususta bakılabilir: Seyit Mehmet Uğur, “Hanefi Mezhebinde Mezhep İçi Tercih ve Usulü”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2017, s.24 ve Hasan Güler, “Şâfiilerde Mezhep İçi Tercih ve Usulü”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2021.

1. Evlilik Malları: Harta Sepencarian

Kanun'da 'harta sepencarian' denilen evlilik malları konusunda şeri hukuka atıf yapılmıştır. 2'nci maddede verilen tanıma göre harta sepencarian, şeri hukukun öngördüğü şartlara uygun olarak, evliliğin devamı sırasında karı koca tarafından ortaklaşa edinilen mülk anlamına gelir.²⁸ Evlilik mallarına ilişkin hükmün şeri hukuka atıf yapılarak belirlenmesi, bu konuda şeri hukukta bolca içtihat olması gerektiği izlenimi vermektedir.

Malezya'da gono-gina, hareuta sihreukat, suarang mülkü olarak da ifade edilen evlilik mülkiyeti, Malay topluluğu arasındaki Temenggung ve Perpatih gelenekleri gibi ananevi uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Temenggung geleneği, evlilikteki mülkiyeti hem karı hem de koca tarafından evlilik sırasında edinilen mülk olarak tanımlar. Bu geleneğe göre evlilik üç yıldan uzun sürmüştü ve çiftin çocukları varsa, evlilik malı, çiftin evlenmeden önce edinip evlendikten sonra değerlendirilmesini sağlayacak bir edimde buldukları veya evlendikten sonra edindikleri mallardır. Temel ilkeye göre, boşanma durumunda her iki taraf da evlilik mallarından pay alma hakkına sahiptir ve ölüm durumunda hayatta kalan eş, evlilik mallarını alma hakkına sahiptir.²⁹ Malay öğretisi, evlilik malı mefhumun dayanağının örf olduğunu, şeri hukukun örf müsaade ettiğini, bu hususta delilin Nisa Suresi'nin 32'nci ayeti olduğunu, İmam Şafii'nin de el-Umm eserinde bu hususa işaret eden görüşleri olduğunu zikretmektedir.³⁰ Görüşte atıf yapılan ayette, "Allah'ın sizi birbirinizden üstün kıldığı şeyleri iç çekerek arzu etmeyin. Erkeklerin de kazandıklarından nasipleri var, kadınların da kazandıklarından nasipleri var. Allah'ın lütfundan isteyin; şüphesiz Allah her şeyi bilmektedir." denilmektedir.³¹ El-Umm'de ise kadının evlilikten doğan hakları bağlamında mehir, nafaka³² ve miras haklarına yer verilmiş olup, evlilik malları hususunda özel bir hükme rastlanmamıştır.³³ Malay

²⁸ IFLA, mad. 2: "*harta sepencarian*" means *property jointly acquired by husband and wife during the subsistence of marriage in accordance with the conditions stipulated by Hukum Syara*".

²⁹ <http://kelantan.jksm.gov.my/jksn/index.php/component/content/article/21-joomla/components/216-harta-sepencarian?Itemid=951> (s.e.t.: 19.09.2023)

³⁰ <http://kelantan.jksm.gov.my/jksn/index.php/component/content/article/21-joomla/components/216-harta-sepencarian?Itemid=951> (s.e.t.: 19.09.2023)

³¹ <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Nis%C3%A2-Sûresi/525/32-ayet-tefsiri> (s.e.t. 03.10.2023)

³² Nafaka, bir kimsenin aile fertlerine sarf ve infak ettiği şeydir ki evlilik nafakasından alacaklı kadın ve borçlu olan erkek eştir. Bkz.: Nuran Koyuncu, "Günümüz ve İslam-Osmanlı Hukukunda Mal Rejimleri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2003, s. 296.

³³ el-Umm'de eşin miras hakkı hususunda "*Allah, bıraktığının dörtte biri zevcelerinizindir*" (Nisa, 12) buyurmuş ve miras ayetlerinin tamamını işaret etmiştir." denilmekle ayete atıf yapılarak eşin miras hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: İmam Şafii, el-Umm, C.1, Ter. Musa Özdemir, Buruc Yayınları, İstanbul, 2015, s. 181.; Yine aynı eserde "Resulullah (sav) Hind b. Utbe'ye, kocası Ebu Süfyan'ın malından uygun bir şekilde kendisine ve ondan olma çocuklarına yetecek kadar almasını emretmiştir." diyerek nafaka hususuna işaret etmiştir. Bkz.: İmam Şafii,

öğretisinden zikredilen görüşte İmam Şafii'nin eserine yapılan atıf ise eşlerin birbirine mirasçı olabilmelerine ilişkindir.

Görüldüğü üzere, şeri hukukta münhasır olarak düzenlenmeyen bir konuda, örfi hukuk ile belirlenmiş olan bir dizi kural mevcuttur. Bu kurallar İslam Aile Kanunu'na işlenerek, örfi kurallar ve şeri hukuk bağlantısı kurulmaya çalışılmıştır. Kanaatimizce bir gelenek, nispeten zorlayarak, şeri hukukla kuvvetlendirilmeye çalışılmıştır.

2. Ric'i Talak: Ruju`

Ric'i talak konusunda da Kanun'un şeri hukuka gönderme yaptığı görülmektedir. 51'inci maddede, kayıt görevlisinin gerekli araştırmayı yapacağı ve eğer yeniden birlikte yaşamının şeri hukuka uygun olarak gerçekleştiğine kanaat getirirse, boşanma sicilindeki bu boşanmaya ilişkin giriş üzerine birlikte yaşamayı kaydedeceği; eğer boşanma kendisi tarafından tescil edilmişse, taraflardan ilgili boşanma belgelerini kendisine teslim etmeleri gerekeceği ve onlara öngörülen formdaki yeniden birlikte yaşama belgelerini vereceği hükmü yer almaktadır.³⁴ Bu hükme göre kayıt görevlisinin geri dönülebilir boşama yani ric'i talakın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmesi gerekmektedir. Bu şartlar için de Kanun'un yönlendirmesiyle ilgili görevlinin şeri hukuka bakması gerekecektir.

Şeri hukuka göre ric'i talak, kocanın iddet süresi içinde yeni bir nikah ve mehir gerekmeksizin evlilik birliğine geri dönebileceği, dönülebilir bir boşanma işlemidir.³⁵ Ric'i talakın gerçekleşmesi için belirli şartların varlığı aranır. Bu şartlar; evliliğin fiilen başlaması, talakın şiddet ve mübalaga ifade etmeyen, sarih sözlerle yapılmış olması, boşanmanın üçüncü boşanma olmaması şeklinde ifade edilebilir.³⁶ Bu şartların bir kısmında mezhepler arasında farklı görüşlerin olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin, ric'i talak için Hanefilere göre boşanma beyanı sarih ya da sarihe yakın, belli lafızlarla gerçekleşmelidir. Sarihe yakın sayılan bazı istisnalar dışında kinayeli lafızlarla yapılan talak Hanefilere göre bain talak sayılırken, diğer üç mezhebe göre ister sarih ister kinayeli lafızla yapılsın talak kural olarak ric'i talaktır³⁷. Görüldüğü üzere, şartlar konusunda içtihat zenginliğinin olması,

C.1, s. 342.; Mehir konusunda ise konuyla ilişkili olan Nisa Suresi'nin 24'üncü ayetine atıf yapılmaktadır. Bkz.: İmam Şafii, C.1, s. 199-200.

³⁴ IFLA, mad. 51: "(3) The Registrar shall make such inquiry as may be necessary and, if satisfied that recohobitation has taken place in accordance with Hukum Syara', shall register the recohobitation by endorsement upon the entry relating to that divorce in the Register of Divorce, if the divorce was registered by him, and shall require the parties to deliver to him the relevant certificates of divorce and shall issue to them certificates of recohobitation in the prescribed form."

³⁵ Mehmet Âkif Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, 3. Baskı, Klasik, İstanbul, 2020, s. 111.

³⁶ Halil Cin / Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017, s. 525-526.

³⁷ H. İbrahim Acar, "Talak", C.39, 2010, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul.

kanun koyucunun uygulamanın önünü açmak gayesiyle kanun hükmünde esnek olmasını sağlamıştır.

Öte yandan, yine ric'i talak ile ilgili IFLA'nın 51'inci maddesinin 9'uncu fıkrası, kadınların aile hukukuna dair haklarını korumak adına bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeyi oluştururken de meşruyet sağlamak adına şeri hukuka dayanmıştır. İlgili 9'uncu fıkrada dönülebilir bir boşanmadan sonra koca rücu ilan eder ancak kadın şeri hukukun izin verdiği nedenlerden dolayı rücuya rıza göstermezse, kadına mahkemece evlilik ilişkilerini sürdürmesi emri verilmeyeceği; ancak mahkemenin 47'nci kısmında belirtildiği gibi bir uzlaştırma komitesi tayin edeceği ve işlemlerin buna göre sürdürüleceği hükmü bağlanmıştır.³⁸ Bu düzenlemeyle, eğer erkek geri dönülebilir talakta, rücu ilan edecek olursa, kadının bunu reddetme hakkının olduğu görülmektedir. Esasında bu yönde bir hükmün, ric'i talakın temel anlayışı ile bağdaşmadığı ortadadır. Ancak Malay halkının süregelen toplumsal davranışları ve kadın haklarının kuvvetlendirilmesi adına getirildiği Malay öğretisince³⁹ de kabul edilen bu düzenleme, meşruyet kazandırmak adına şeri hukukla ilişkilendirilmektedir.

B. UYGULAMADA ESNEKLİK VE HUKUKİ DİNAMİZM SAĞLANMAK İSTENEN KONULAR

Öyle bazı konular vardır ki bu konuların bir kısmında İslam hukukunda çok sayıda içtihat olmasına karşın, bir kısmında ise daha az içtihat ve boşluk bulunmaktadır. Kanun her iki durumdan örneklerin olduğu bazı konularda ayrıntılı düzenlemeler getirmemiş, şeri hukuka atıf yapmıştır. Bu konular için uygulamada ya şeri hukuktaki içtihatlardan birisi seçilecek yahut hâkimlerin takdir yetkisi devreye girecektir. Böylece her vakia özelinde hukuki bir esneklik ve dinamizm sağlanmış olabilecektir. Bu konulardan burada incelenecek olanlar mehir, muta hediyesi, tefviz-i talak, evlilik velayeti, tahkim, muhâlea ve evliliğin feshi konularıdır.

I. Mehir: Mas Kahwin

Şeri hukuka atıf yapılan önemli bir konu, mehir olarak verilecek malın niteliği konusudur. Kanun'un tanımlar kısmında 'mas kahwin' şeklinde ifade edilen mehir, nikah kıyıldığı sırada, şeri hukuk uyarınca koca tarafından karısına ister nakit para ister teminatlı veya teminatsız bir borç olarak kabul edilen, şeri hukuka göre para cinsinden değerlendirilecek bir şeyin zorunlu evlilik ödemesi olarak verilmesi anlamına gelir.⁴⁰ Görüldüğü üzere Kanun malın niteliğini belirleme hususunda şeri hukuka atıf yapmıştır.

³⁸ IFLA, mad. 51: "(9) If after a revocable divorce the husband pronounces a ruju' but the wife has not consented to the ruju' for reasons allowed by Hukum Syara', she shall not be ordered by the Court to resume conjugal relations, but the Court shall appoint a conciliatory committee as provided under section 47 and that section shall apply accordingly."

³⁹ Nora Abdul Hak, 2008a, s. 6.

⁴⁰ "mas kahwin' means the obligatory marriage payment due under Hukum Syara' by the husband to the wife at the time the marriage is solemnized, whether in the form of money

Konunun fıkıh eserlerinde yer alan düzenlemelerine bakıldığında, mehir olarak verilecek malın niteliğinin belirlenmediği, genel bir ifadeyle alım-satımlarda mala karşılık olarak verilebilecek her şeyin mehir olabileceği⁴¹, şeri hukuka göre mütekavvim olmayan hıncır, şarap gibi malların; aslında hür olan fakat köle zannedilen bir kişinin; nitelikleri açıkça belirtilmeyen elbise, binit hayvanları, araba veya Kur'an taliminin veya hizmetin mehir olarak kararlaştırılamayacağı, böyle bir durumda mehrin misil mehir olacağı⁴² söylenmiştir⁴³.

IFLA düzenlemesi ve fıkıh kitaplarındaki izahlar birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce bu atıf, uygulayıcıya çağın koşullarına göre tahlilde bulunarak, esneklik sağlamak maksadı taşımaktadır. Malay uygulamasına bakıldığında, Federal Bölge Müftülüğüne, nikah sırasında 'mock-up check' olarak nitelendirilen finansal aracın verilmesinin mehir olarak kabul edilip edilemeyeceği sorulmuştur. Bölge müftülerinden Muhammad Fathi Noordin cevabında önce mas kahwin'in mahiyetini izah etmiş, bunun yerine mahar (mehir) veya es-sadak (sadaka) kelimelerinin kullanılabilirliğini söylemiş⁴⁴ ve Şafii ulemasından İmam Nevevi'nin el-Minhac eserine atıf yapmıştır. Müftü daha sonra mehrin açıkça belirtilmese de koca üzerine farz olduğunu vurgulamış, bu hususta da Şafii ulemasından Muhammed ez-Zuhayli'nin el-Mu'temed fi'l-Fıkhi's-Şafii isimli eserine atıf yapmıştır. Müftü daha sonra mehrin miktarına ve muacceliyetine değinmiştir. Mehir verilecek eşyanın türünün belirlenmesinde şeri hukukta sabit bir kural olmadığını, örf-adet kurallarının sınırları arasında yer aldığını, bunun evliliğin geçerlilik koşulu olmadığını ve mock-up check kullanımının bu minvalde caiz olduğunu söylemiştir.⁴⁵ Görüldüğü üzere müftü çeşitli fıkıh kitaplarına atıfla mehrin ödenmesi zorunlu bir bedel olduğunu, kadının rızasına bağlı olarak muaccel veya müccel olabileceğini, ödeme yöntemi olarak mock-up check kullanımının uygun olduğunu ifade etmiş, bu görüşünü örf-adet kurallarına dayandırmıştır. Müftülük, mehir olmaya elverişli malların tespiti noktasında, günümüz koşullarını nazara almış, uygulamada kolaylık sağlanmasını gerekli görmüş ve bu konuda da "Allah sizin için kolaylık diler, zorluk dilemez." mealindeki

actually paid or acknowledged as a debt with or without security, or in the form of something that, according to Hukum Syara', is capable of being valued in terms of money", IFLA, Bölüm 2.

⁴¹ Merginâni, el-Hidâye, Ter. Ahmed Meylâni, C. 2, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2015, s. 28;

⁴² İbrahim Halebî, Mültekâ el-Ebhûr, Terc. Mustafa Uysal, C. 1, Çelik Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 431.

⁴³ Koyuncu, 2003, s. 294; Ayşe Nur Kılınç / Ahmet Kılınç, "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), s. 105.

⁴⁴ Kur'an-ı Kerim'de mehir ücûr, farîza ve sadûka kelimeleriyle ifade edilmiş, hadislerde de mehir ve sadak şeklinde gelmiştir. Bkz.: Mehmet Âkif Aydın, "Mehir", C. 28, 2003, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, ss. 389-391.

⁴⁵ <https://muftiwp.gov.my/en/artikel/al-kafi-li-al-fatawi/3624-al-kafi-1341-is-it-permissible-to-use-mock-up-cheque-as-mas-kahwin-dowry-during-marriage-solemnization> (s.e.t. 03.10.2023).

Bakara Suresi'nin 185'inci ayetine dayanmıştır. Kanaatimizce kanun koyucu bu nedenle mehir konusunda detaylı bir tespit veya belirleme yapmaktan geri durmuş, bu konunun ayrıntılarını çağın koşullarına göre uyarlamayı uygun görmüş ve hukuk uygulayıcılarını bu yönde yetkilendirmiştir.

2. Boşanma Hediyesi Muta: Mut'ah

IFLA'nın 2'nci maddesinde yer alan tanıma göre mut'ah, boşanmış bir eşe verilen, şeri hukuka göre makul nitelikte teselli edici bir hediyedir.⁴⁶ Muta konusuna İmam Şafii'nin el-Umm eserinde rastlanmamıştır. Bununla birlikte, Kurtubi'nin el-Câmi'li-Ahkâmî'l-Kur'an isimli eserinde ve Mâverdi'nin el-Hâvî adlı eserinde İmam Şafii'nin boşanmış kadınlara muta hediyesini bir hak olarak gördüğü bilgilerine yer vermiştir.⁴⁷ Öte yandan, muta miktarının belirlenmesi hususunda Sünni mezheplerin fıkıh kaynaklarında çok çeşitli içtihatlar mevcuttur.⁴⁸ Örneğin Hanefilere göre muta genellikle üç parça giysiden ibaret olup, bu mutlak değildir ve örf'e göre değişebilir. Hanefiler mutanın miktarı hususunda da farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlere göre muta miktarı misil mehrin yarısını geçemez ve beş dirhemden az olamaz. Miktar belirlenirken kimi fakihlere göre kocanın, kimilerine göre kadının, kimilerine göre ise her ikisinin durumu birlikte nazara alınır. Malikilere göre mutanın üst sınırı nafaka, alt sınırı ise bir kat kıyafettir ve mutanın belirlenmesinde erkeğin maddi durumuna bakılır. Hanbeliler bu konuda Ahmed b. Hanbel'den üç görüş rivayet etmiştir: Birincisine göre erkek zenginse, üst sınır kadın için bir hizmetçi tutulması, alt sınır ise bir elbise alınmasıdır. İkinci görüşe göre mutayı hâkim takdir eder. Üçüncü görüşe göre muta olarak misil mehrin yarısı verilir. Nihayet Şafii görüşüne bakıldığında İbn Abbas'tan rivayetle, mutanın kadın için bir hizmetçi ücretine denk olması gerektiği kabul edilmiştir. Diğer bir görüşe göre İmam Şafii, otuz dirhem miktarındaki gümüşü de muta hediyesi olarak uygun görmüştür. Ancak bu rivayetler mendup, müstehap ve sünnet şeklinde ifade edildiğinden, bunların bağlayıcı olmadıkları söylenmiştir. Şafii görüşüne göre taraflar mutayı kendi aralarında belirleyemezlerse, hâkim bu konuda takdir yetkisi kullanacaktır. Bu halde belirlenecek miktarın misil mehri geçip geçemeyeceği hususunda ve mutanın hangi eşin durumuna göre belirleneceği hususunda farklı görüşler vardır.

Malay öğretisinde, asli kaynaklarda muta hediyesiyle ilgili ayrıntılı hükümler olmamasından dolayı fukahannın içtihatlarının çok çeşitlendiği, bu nedenle kanun hükümlerinde teferruatlı düzenlemelerin olmadığı dile getirilmektedir.⁴⁹ Kanaatimizce kanun koyucu burada yine bilinçli olarak

⁴⁶ IFLA, mad. 2: "mut'ah" means a consolatory gift that is reasonable according to Hukum Syara', given to a divorced wife."

⁴⁷ Hasan Tanrıverdi, "İslam Hukukunda Boşanma Tazminatı (Mut'a)", C. 10, S. 38, 2011, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, s. 454.

⁴⁸ Tanrıverdi, s. 458 vd.

⁴⁹ Zizan, S. N. B. A. & Mokhtar, W. K. A. W. & Amiruddin, A. A. R. E. & Jamaludin, A. S., "The Concept of Mut'ah Granting After Divorce in Islam", C.9, S.11, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, s. 602.

ayrıntılı bir belirleme yapmaktan kaçınmış, bu konunun ayrıntılarını çağın koşullarına, tarafların durumlarına ve mezheplerine göre uyarlanması için hâkimin takdirine bırakmıştır.

3. Tefviz-i Talak: Ta'liq

Kanun'da şeri hukuka atıf yapılan bir başka konu 'ta'liq' konusudur. Kanun'un tanımlamasına göre ta'liq, şeri hukuka ve Kanun hükümlerine uygun bir evliliğin resmîyet kazanmasından sonra koca tarafından dışa vurulan taahhüt/söz anlamı taşımaktadır.⁵⁰ Kanun hükmünden, tal'iq'de kocanın verdiği sözün veya taahhüdün şeri hukuka uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun'un 22'nci maddesi evliliğin resmîyet kazanmasından hemen sonra, kayıt memurunun, evliliğe ilişkin ayrıntıları ve diğer 'ta'liq'leri evlilik kütüğüne kaydedeceğini; 26'ncı maddesi ise ta'liq sertifikasının, ücreti ödendikten sonra her iki tarafa da verileceğini düzenlemektedir.⁵¹ Bu müessesenin İslam hukukuyla bağı ise kocanın taahhüdünün şeri hukuka uygunluğu ile ilgilidir.

Malezya'daki ta'liq müessesesi, kocaların eşlerine şartlı veya şartsız boşanma yetkisi vermelerini ifade etmektedir. Hatta Malay müftülerine, evlilik yeni kurulduğu dönemde ta'liq müessesesi ve boşanmaya ilişkin beyanlardan bahsetmenin hikmeti sorulmaktadır. 2015 yılında verilen bir cevapta, son yıllarda boşanmalarda artış olduğu, her on beş dakikada bir boşanmanın gerçekleştiği, boşanma gerekçelerinde eşlerin karşılıklı hak ve sorumluluklarını tam olarak idrak edemedikleri, ta'liq'in aslında her iki tarafın hak ve sorumluluklarını güvenceye aldığı, ta'liq ifadelerinde değişiklik yapılacak olsa dahi sahih bir ta'liq müessesesinde hayır olduğu ifade edilmiştir.⁵² Malay öğretisi de bu kurumun, evlilik birliğinde kadının haklarını korumak için temin edilmiş bir hak olduğu; zira ta'liq'in evlilik sözleşmesine belirli koşullarda kadının kendi inisiyatifiyle boşanmasına izin veren bir şartı dahil ettiği; böylelikle şartlı veya vekaleten boşanma manasına geldiği; kocanın evlilik sırasında akdedilen ta'liq sözleşmesinde sayılan şartlardan birini ihlal etmesi halinde, kadının kocasından boşanma hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir.⁵³ Bu hakkın nasıl kullanılacağını hükme bağlayan 50'nci maddede, "(1) Evli bir kadın, evlilik üzerine verilen ta'liq belgesinin şartları uyarınca boşanma hakkına sahipse, boşanmanın

⁵⁰ IFLA, mad. 2: "'ta'liq" means a promise expressed by the husband after solemnization of marriage in accordance with Hukum Syara' and the provisions of this Act"

⁵¹ IFLA, mad. 22: "(1) Immediately after the solemnization of a marriage, the Registrar shall enter the prescribed particulars and the prescribed or other ta'liq of the marriage in the Marriage Register. (2) The entry shall be attested to by the parties to the marriage, by the wali, and by two witnesses other than the Registrar, present at the time the marriage is solemnized."

⁵² <https://muftiwp.gov.my/en/artikel/irsyad-fatwa/irsyad-fatwa-umum-cat/2060-irsyad-al-fatwa-series-21-sighah-ta-liq> (s.e.t. 03.10.2023)

⁵³ Mansur Isa Yelwa, "Protection Of Wife's Right To Maintenance In Islamic Law And Its Implementation In The Malaysian Islamic Family Law", C. 21, S.2, 2013, International Islamic University Malaysia Journal, s. 227.

gerçekleştğini beyan etmek için mahkemeye başvurabilir.(2) Mahkeme, başvuruyu inceleyecek ve boşanmanın geçerliliğini araştırarak ve eğer boşanmanın şeri hukuka göre geçerli olduğuna kanaat getirilirse, boşanmayı onaylayıp kaydedecek ve kaydın onaylı bir kopyasını kayıt için ilgili sicil kayıt memuruna ve baş sicil memuruna gönderecektir.” diyerek yine şeri hukuka değinmektedir.⁵⁴ Malay uygulamasında nafakanın ödenmemesi gerekçesiyle kadınların ta’liq yoluna başvurdukları görülmektedir.⁵⁵

Bahse konu ta’liq müessesesi, İslam hukukundaki tefviz-i talak kurumuna paralel özellik arz eder. Bir evlilikte, kocanın boşama yetkisini karısına veya bir başka kişiye devretmesine tefviz-i talak, bu hakkın kendisine devredildiği kişiye ise müfevvez veya müfevveza denir.⁵⁶ Tefviz-i talak bazı şartların varlığını gerektirir: Koca, karısına bu yetkiyi verdiği anda kullanılmak üzere verebileceği gibi, ne zaman isterse kullanabileceği şeklinde geniş bir beyanla da verebilir.⁵⁷ Tefviz-i talak’ın Osmanlı uygulamasında az rastlanan bir boşanma türü olduğu ve mevcut örneklerin uzun bir yolculuğa çıkma hallerinde dönmeme şartına bağlı olarak gerçekleştiği söylenmiştir.⁵⁸ Esasında Osmanlı özelinde uygulaması çok sık olmayan bu müessesenin IFLA’da tüm toplumun istifade etmesi üzere genel bir kanun hükmü olarak yazılması dikkat çekicidir. Özellikle 2000’li yıllardan sonra ülkede gözlemlenen kadın hareketleri, kanun eleştirilerini beraberinde getirerek⁵⁹, kadınların aile hukuku açısından mümkün olduğunca daha fazla hakla donatılması sonucunu doğurmuştur denebilir. Kanaatimizce, IFLA’nın ta’liq’i kapsayıcı bir kanun hükmü olarak düzenlemesi ve bunu yaparken şeri hukuka atıfta bulunması, hem kanun koyucunun günün koşullarına uygun gördüğü hukuk normlarını şeri hukuk ile güçlendirme, hem de hukuku bir dinamizmde tutma ve toplumsal ihtiyaçları karşılama amaçlarına matuftur.

⁵⁴ IFLA, mad. 50: “(1) A married woman may, if entitled to a divorce in pursuance of the terms of a ta’liq certificate made upon a marriage, apply to the Court to declare that such divorce has taken place. (2) The Court shall examine the application and make an inquiry into the validity of the divorce and shall, if satisfied that the divorce is valid according to Hukum Syara’, confirm and record the divorce and send one certified copy of the record to the appropriate Registrar and to the Chief Registrar for registration.”

⁵⁵ Örneğin, Salemagam v. Mohd Anuar davasında kadın, nafakasının ödenmediği gerekçesiyle ta’liq başvurusunda bulunduğu; kocanın, nafaka ödemediğini inkar etmediği ancak karısının evliliği tamamlamayı reddettiğini iddia ettiği, dolayısıyla destek vermekle yükümlü olmadığını beyan ettiği belirtilmiştir. Mahkeme her iki tarafın da yemin etmelerini istemesi üzerine, kadının yemin ettiği ve aralarında cinsel ilişki olduğunu söylediği, erkeğin ise yemin etmediği belirtilmiş; bu nedenle mahkeme kadın lehine hüküm vermiş ve tarafların bir talakla boşamasına hükmetmiştir. Bkz.: Mansur Isa Yelwa, s. 228.

⁵⁶ Abdussamet Bakkaloğlu, “Tefviz”, C. 40, 2011, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, ss. 310-311.

⁵⁷ Aydın, 2020, s. 114.

⁵⁸ Aydın, 2020, s. 114, ayrıca bk. Yılmaz Yurtseven, “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, Konya, 2023, ss. 238.

⁵⁹ Kılınc, 2019, s. 641.

4. Evlilik Velayeti

Kanun evlilik velayetine ilişkin velayet-i icbar (icbar velayeti) ve velayet-i âmm (genel velayet) konularında şeri hukuka atıfta bulunmuştur. Burada konu icbar velayeti ve genel velayet başlıkları altında ayrı ayrı irdelenecektir.

a. İcbar Velayeti

Velayet-i icbar müessesesi Kanun'un şeri hukuk ile ilişkilendirdiği bir başlıktır. Başlığı 'Evlencilerin Resmîyetine ve Tesciline İlişkin Cezalar ve Çeşitli Hükümler' şeklinde tercüme edilebilecek dördüncü bölümün, 'Evliliğe Müdahale' başlıklı 37'inci maddesine göre şeri hukuk uyarınca izin verilmedikçe, bir kişiyi iradesi dışında evlenmeye zorlamak veya on sekiz yaşını doldurmuş bir erkeğin veya on altı yaşını doldurmuş bir kadının geçerli bir evlilik yapmasını engellemek için herhangi bir güç veya tehdit kullanan kişi suç işler. Bu halde suçlu adli para cezası veya hapis cezası veya hem adli para hem de hapis cezası ile cezalandırılır.⁶⁰

Düzenlemede geçen 'şeri hukuk uyarınca izin verilmedikçe' şeklindeki lafzın mefhum-u muhalifinden şeri hukukun belirli şartlarda bir kişiyi iradesi dışı evlenmeye zorlayabileceği anlaşılmaktadır. Bu durum fıkhîteki velayet-i icbarı hatırlatmaktadır.

Konumuz bağlamında velayet-i icbar, veliye, velayeti altındaki kişileri onların rızasına başvurmaksızın evlendirme yetkisi veren velayettir ki bu yetkiye sahip olan veliye veli-yi mücbir denir.⁶¹ Bunun karşısında ise velayet-i nedb de denen, veliye, velayeti altındakileri ancak onların rızasına göre evlendirme hakkı tanıyan ihtiyari velayet vardır.⁶²

Kimlerin icbar velayeti altında oldukları, bu minvalde rızaları hilafına da olsa mücbir velileri tarafından evlendirilebilecekleri hususunda mezhepler arasında görüş farklılıkları vardır. Hanefilere göre yalnız buluşa ermemiş kişiler icbar velayeti altındayken; diğer üç mezhebe göre buna ek olarak buluşa ermiş kadınlar üzerinde de icbar velayeti vardır.⁶³ Kimlerin icbar velayeti yetkisini haiz olabilecekleri hususunda da görüş farklılıkları vardır. Hanefi öğretisine göre bütün asabe icbar velayeti yetkisini haiz

⁶⁰ IFLA, mad. 37: "Unless permitted under Hukum Syara', any person who uses any force or threat - (a) to compel a person to marry against his will; or (b) to prevent a man who has attained the age of eighteen years or a woman who has attained the age of sixteen years from contracting a valid marriage, commits an offence and shall be punished with a fine not exceeding one thousand ringgit or with imprisonment not exceeding six months or with both such fine and imprisonment."

⁶¹ Semra Betül Doğançüzel, Osmanlı Hukukunda Nişanlanma, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2021, s. 83.

⁶² Bedri Aslan, "İslam Hukukunda Evlilikte Velayetin Ortadan Kalkmasıyla Velinin Velayetinin Kime Gececeği Konusunun Değerlendirilmesi", C. IV, S. 7, 2016/1, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 28.

⁶³ Merginani, C. 2, s. 16 vd.; İmam Şafii, C.1, s. 265-266; Ekrem Buğra Ekinci, İslam Hukuku, 3. Baskı, Arı Sanat, İstanbul, 2018, s. 397.

olabilirken; Şafii, Maliki ve Hanbeliler bu sahayı dar tutmuşlar; İmam Malik ve Ahmed b. Hanbel bu yetkiyi yalnızca babaya, İmam Şafii ise baba ve dedeye tanımıştır.⁶⁴ Görüldüğü üzere gerek velayet altına alınanlar gerekse veliler bakımından farklı içtihatlar mevcuttur.

IFLA'nın tanımlara yer veren 2'nci maddesi mücbir veliyi 'wali mujbir' olarak kavramsallaştırmış ve baba veya baba tarafından büyükbaba ve onun üst soyu olarak tanımlamıştır.⁶⁵ Kanun'un 52'nci maddesi mücbir veli tarafından gerçekleştirilen evliliğin kadın tarafından nasıl ve hangi koşullarda sona erdirilebileceğini düzenlemektedir. Buna göre, mücbir veli tarafından buluş yaşına gelmeden evlendirilen bir kadının, 18 yaşına geldiğinde ve evlilik fiilen başlamamışken, evliliğin sona erdirilmesini talep etme hakkı vardır.⁶⁶

Bu konu, Hanefi fıkıh öğretisindeki hıyaru'l-buluğ ile ilişkili görülmektedir. Hıyaru'l-buluğ, buluşdan önce evlendirilen bir kimsenin, buluşdan sonra, buluş sebebiyle (başka bir gerekçe göstermeksizin) nikahı bozabilmesidir.⁶⁷ Bu noktada Hanefi mezhebine göre icbar velayetinin kapsamının çok geniş olduğuna yukarıda değinilmişti; baba ve dede birinci grup, geri kalan asabe ikinci grup mücbir velileri oluşturur; baba ve dede mücbir veli ise onların evlendirmeleri halinde kadının hıyaru'l-buluğ yetkisi yoktur.⁶⁸ Şafii hukukçulara göre ise baba, babanın yokluğu halinde onun babası olan dede icbar velayetine sahiptir; bunlar dışındakilerin icbar velayeti olmadığından küçükleri evlendirmeleri mümkün değildir. Şafii mezhebinde icbar velayeti sahibi veliler çok sınırlı oldukları için, bu mezhepte buluş muhayyerliği müessesesine yer verilmemiştir. Buna rağmen bir küçüğün icbar velayeti sahibi olmayan bir kimse tarafından rızası hilafına evlendirilmesi gündeme geldiğinde, velayet hakkı sahibi olmayan bu kişi 'fuzuli' kabul edilecek, nikah geçersiz olacak ve hiçbir hukuki sonucu doğurmayacaktır.⁶⁹

Görüldüğü üzere, IFLA'nın yukarıda zikredilen düzenlemesi esasında Şafii mezhebinde mevcut olmayan, Hanefi hukukunun getirisi olan buluş muhayyerliğinin kanunlaştırılmış halidir. Buna göre, baba ve dede tarafından evlendirilen bir küçük buluşa geldiğinde muhayyerlik hakkına sahip olamayacak, ancak bunlar dışında evlendirilen bir küçük buluş muhayyerliği hakkına sahip olabilecektir.

⁶⁴ Aslan, s. 30.

⁶⁵ IFLA, mad. 2: "wali Mujbir" means the father or paternal grandfather and above"

⁶⁶ IFLA, mad. 52/1: "A woman married in accordance with Hukum Syara', shall be entitled to obtain an order for the dissolution of marriage or fasakh on any one or more of the following grounds, namely – (g) (g) that she, having been given in marriage by her wali Mujbir before she attained the age of baligh, repudiated the marriage before attaining the age of eighteen years, the marriage not having been consummated."

⁶⁷ İkinci, s. 397.

⁶⁸ Aydın, 2020, s. 57.

⁶⁹ Hasan Güler, "Şafii Mezhebine Göre Nikahta Velayet Yetkisi", C. 15, S. 8, 2021, Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 327.

Malay uygulamasına bakıldığında, bir müftüye, velisinin bilgisi olmaksızın dul bir kadının kendi iradesiyle evlenip evlenemeyeceği sorulmuştur. Müftü cevabında, kadınların sahip olduğu utangaçlık sebebiyle icbar velayeti müessesesinin Kanun'da yer aldığını, mücbir velinin kadını tek başına evlendirebileceğini ancak bunun tavsiye edilmediğini, kadının da fikrini sormasının iyi, hatta sünnet olduğunu, boşanmış kadınlar için de velinin bilgilendirilmesi gerektiğini, sonuç olarak velisiz bir nikahın batıl olacağını beyan etmiştir.⁷⁰

Malay öğretisi bu hükmün, evlenme ehliyetiyle ilgili diğer Kanun hükümleriyle çelişip çelişmediğini, mücbir velinin yetkilerini ve Malay uygulamasının şeri hukuka uygunluğunu tartışmıştır. Öğretiyi bu tartışmaya iten etken, IFLA'nın kadın için asgari evlilik yaşını 16 olarak düzenlemesi ve kadının reşit olmaması durumunda hâkim onayını gerekli kılmasıdır. Halbuki mücbir veli de kızını ondan izin almadan evlendirebilmektedir.⁷¹ Öğreti, Kanun'un mücbir veliye kızını veya torununu zorla evlendirme yetkisi verdiğini; ancak velinin bu yetkiyi kullanabilmesi için uyması gereken bazı koşullar olduğunu ve bu koşulların asgari yaş hükmünün ardındaki hedeflerle ve kadının refahının korunmasıyla uyumlu olduğunu ileri sürmektedir.⁷² Velayet-i icbarda velinin yetkilerinin sınırının kanunda detaylı şekilde belirlenmemesi ve şeri hukuka atıf yapılması, konuya ilişkin içtihat çokluğunun, uygulamadaki koşullara göre kadınların aile hukukundaki haklarını genişletme yönünde kullanılmasını teşvik etme eğiliminden kaynaklanmaktadır kanısındayız.

b. Genel Velayet

Evlilik velayeti hususunda şeri hukuka atıf yapan maddelerden bir diğeri, evlilik başlıklı ikinci bölümdeki 7'nci maddenin ikinci fıkrasıdır. Bu madde, kadının velisinin belirlenmesi noktasında şeri hukuka atıf yapmaktadır: "Şeri hukuka göre nesebinden velisi olmayan bir kadının evlenmesi durumunda, evlilik yalnızca raja veli tarafından kurulabilir".⁷³ Kanun'un raja veli olarak nitelendirdiği müessese, tanımlara ilişkin kısmında

⁷⁰ <https://muftiwp.gov.my/en/artikel/al-kafi-li-al-fatawi/4104-al-kafi-1573-the-role-of-wali-in-the-marriage-of-a-widow> (s.e.t. 0.10.2023)

⁷¹ Bu noktada küçük kızın velisi tarafından evlendirilmesi halinde mahkemeye başvurulmasının zorunluğu, öyle ise esas izni velinin değil mahkemenin verdiği anlaşılıp anlaşılmayacağı tartışılmaktadır. Bu hususta mahkemenin veli tarafından evlendirilen bir kızın nikahını iptal yetkisinin olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Bununla beraber öğreti, müstakbel gelinin çıkarlarının korunduğunu tespit ederse mahkemenin vasinin evliliğini engelleme hakkı olmadığı sonucuna varmaktadır, Noorul Madihah & Tengku Fatimah Muliana Tengku Muda, Konflik Antara Hak Wali Mujbir di Bawah Hukum Syarak dan Peruntukan Had Umur Minimum Perkahwinan, Jurnal Islam dan Masyarakat Kontemporari Keluaran Khas, 7-16, 2011, s.7.

⁷² Noorul Madihah & Tengku Fatimah Muliana Tengku Muda, s.7.

⁷³ IFLA, mad. 7/ (2): "Where a marriage involves a woman who has no wali from nasab in accordance with Hukum Syara', the marriage shall be solemnized only by the wali Raja."

açıklanmıştır. Buna göre raja veli; Federal Bölgeler, Malacca, Penang, Sabah ve Sarawak'ta Yang di-Pertuan Agong tarafından veya diğer eyaletlerde Hükümdar tarafından, nesebinden velisi olmayan bir kadını evlendirmek için yetkilendirilen bir veli anlamına gelir.⁷⁴

Şeri hukuka bakıldığında nikah akdinin kurulmasıyla ilişkili olarak kadının velisi hakkında şunlar söylenebilir: Hanefi mezhebinden Ebu Hanife ve bir rivayette Ebu Yusuf'a göre hür, akıllı ve balığa olan her kadın veli izinsiz evlenebilir; İmam Muhammed ve bir rivayette Ebu Yusuf'a göre veli izinsiz nikah sahih olmakla birlikte, veli iznine kadar mevkuftur.⁷⁵ Böylece Hanefi mezhebi, kadının nikah akdi sırasında temsilci olarak bir veli hazır bulunmasını şart koşmaz. İmam Şafii'ye göre, nikahın sıhhati için dört şart gereklidir ki bunlar eğer evlenen kadın dulsa evliliğe razı olması, erkeğin rızası, kadının velisinin bulunması ve şahitlerdir.⁷⁶ Görüldüğü üzere Hanefilere göre veli izni nefaz şartıyken, İmam Şafii'ye göre sıhhat şartıdır. Hanbeli ve çoğunluk Maliki görüşüne göre de veli izni ve dahi velinin nikahta hazır bulunması sıhhat şartıdır.⁷⁷ Şafii mezhebi bakımından biraz daha ayrıntılı incelendiğinde, raja velinin mahiyeti kavranmaktadır: Şafii öğretisine göre evlendirme velayeti ancak mücbir veli olan baba ve dedeye aittir; bunlar dışındaki asabenin evlendirme yetkisi yoktur. Bununla birlikte, nikah akdinde kadının hazır bulunması yalnız onun temsil edilmesine ilişkin olduğundan, bu noktada baba, dede ve yakınlık sırasına göre diğer akrabalar da veli olarak nikahta hazır bulunabilirler. Şayet bunların hiçbiri olmazsa, o halde kadının velisi velayet-i âmm sahibi olan devlet başkanı yahut kadı olacaktır.⁷⁸

Kanun'un 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, nikah ancak veli tarafından, veli izniyle onun temsilcisi tarafından yahut velinin temsilcisi olarak kayıt memuru huzuruyla kısılabılır. Şayet bir kadının nesebinden velisi yoksa, bu halde nikah kıyılmasında velisi olacak olan raja veli, Kanun'un lafzına göre de devlet başkanının velayetini ifade etmektedir. Kanaatimizce bu maddenin şeri hukuka atıf yapma gerekçesi, bir yandan farklı içtihatların mevcut olmasıyla uygulamada bunlardan uygun olanın seçilmesi konusunda serbestlik sağlanması, diğer yandan kamu görevlisini evlilik sürecinin içerisinde dâhil etme arzusudur.

5. Şikak Halinde Tahkim

Boşanmaya ilişkin olarak hakem belirleme ve hakemin yetkisi hususunda da şeri hukuka atıf yapıldığı görülmektedir. Evliliğin

⁷⁴ IFLA, mad. 1: "wali Raja" means a wali authorized by the Yang di-Pertuan Agong, in the case of the Federal Territories, Malacca, Penang, Sabah and Sarawak, or by the Ruler, in the case of any other States, to give away in marriage a woman who has no wali from nasab."

⁷⁵ Merginânî, C. 2, s. 16.

⁷⁶ İmam Şafii, C.1, s. 265-266.

⁷⁷ Güler, s. 324-325.

⁷⁸ H. Yunus Apaydın, "Velâyet", C. 43, 2012, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, ss. 15-19.

sonlandırılmasına ilişkin beşinci bölümün 48'inci maddesi bir evliliğin tarafları arasında sürekli kavgaların (şikak) olduğu kanaatine varılması halinde mahkemenin, şeri hukuka uygun olarak karı koca adına sırasıyla hareket etmek üzere iki hakem veya bir hakem heyeti atayabileceğini; mahkemenin tahkimin yürütülmesi konusunda hakemlere talimat verebileceğini ve hakemlerin bu talimatlara ve şeri hukuka uygun şekilde davranmak zorunda olduklarını hükme bağlamıştır.⁷⁹ Hükmün ilk fıkrası, mahkemenin eşler arasında şikak olması halinde şeri hukuka uygun olarak hakemler atanabileceğine değinmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Nisa Suresi'nin 35'inci ayetinde “Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.” Denilmiştir.⁸⁰ Ayet ifadesine göre şikak⁸¹ halinde hakemlerin sürece dahil edileceği hususunda tartışma yoktur. Zira ayette geçen “فَاعْتُوا” ifadesi emir ihtiva eder. Bu nedenle İmam Şafii'nin de içinde bulunduğu bir kısım fukaha şikak durumunda taraflar arasında hakem arabuluculuğunu farz olarak nitelendirmiştir.⁸² Malay öğretisi de bu minvalde Nisa Suresi'nin 35'inci ayet hükmünden yola çıkarak, IFLA'nın mahkemeye tanıdığı takdir yetkisini eleştirmektedir. Ayetteki hüküm açıkken, mahkemenin böyle bir yetkisinin olmaması gerektiği, şikak halinde mahkemenin tarafları hakeme göndermek zorunda olduğu beyan edilmekte; kanundaki “may” ifadesinin “shall” olarak değiştirilmesi tavsiye edilmekte, konuyla ilgili Pakistan, Ürdün gibi ülkeler örnek gösterilmektedir.⁸³ Bununla birlikte, İslam hukukçuları arasındaki baskın görüş, böyle bir halde hakem tayinin farz değil mendup olduğu şeklindedir.⁸⁴

Hakemleri kimin atayacağı ve hakemlerin yetkilerinin sınırlarıyla ilgili İslam hukukçularının farklı görüşleri vardır.⁸⁵ Peygamber Efendimiz ve

⁷⁹ IFLA, mad. 48: “(1) If satisfied that there are constant quarrels (shiqaq) between the parties to a marriage, the Court may appoint in accordance with Hukum Syara' two arbitrators or Hakam to act for the husband and wife respectively. ... (3) The Court may give directions to the Hakam as to the conduct of the arbitration and they shall conduct it in accordance with such directions and Hukum Syara'.”

⁸⁰ Ayetin Arapça ifadesinde “شِقَاقٌ” kelimesi geçmektedir. Şikak, Kur'an'ın muhtelif yerlerinde meşakkat, zorluk, zorluk vermek, meşakkatli bir mesafe, yarmak, yarılmak, çatlamak, parçalanmak, ayrılık gibi anlamlarda kullanılmıştır. Bkz.: Mu'cemü'l-Müfehres Kur'an-ı Kerim Lügati, s. 287.

⁸¹ Elmalılı Hamdi Yazır tefsirinde şikak'ı “zevciyyet bâki olduğu halde aralarının açılması” şeklinde ifade etmiştir.

⁸² Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Tükiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, C.30, S.2, 2019, Darulfunun İlahiyat, s. 322.

⁸³ Nora Abdul Hak, 2008a, s. 14.

⁸⁴ Temel, s. 322.

⁸⁵ Elmalılı bu hususta; “*Bu hakemlerin derece-i salâhiyyetleri ne olacaktır? Te'lif veya tefrik her ikisini de yapabilirler mi? Bu noktada Müctehîdîn ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmı tefrik de yapabilirler ve bir talak-ı bâin olur demişler ki bu Hazret-i Ali'den merviydir. Bir kısmı da bunlar te'lîfe memurdur tefrik edemezler demiş ki bu da Hasen'den merviydir ve İmam*

sahabeler döneminde, kadınların hakem atanması sürecine dahil olduğu ve olmadığı örnekler mevcuttur.⁸⁶

Malay kanun koyucusunun tahkime ilişkin bu ilk fıkrada şeri hukuka atfı yapması, kanaatimizce konuyla ilgili farklı içtihatların mevcut olması ve klasik dönem İslam hukuku uygulamasından ayrılmaktan kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu farklı içtihatlardan birisini tercih ederek, tercihinin şeri hukukla uyumlu olduğu vurgusunu yapmaktadır. Nitekim hemen ardından gelen ikinci fıkrada da birinci fıkra uyarınca hakemlerin atanmasında mahkemenin, mümkün olduğu takdirde, tarafların davanın konusu hakkında bilgisi olan yakın akrabalarına öncelik vereceği söylenerek, hakemi taraf vekili olarak gördüğünü teyit etmektedir.

Mezkûr maddenin 3'üncü fıkrasında, mahkemenin hakemlere talimat verebileceği, hakemlerin hem bu talimatlara hem de şeri hukuka uygun davranmakla yükümlü oldukları ifade edilmektedir. Burada şeri hukuka atfın gerekçesi, hakemlerin vazifelerini yaparken herhangi bir boşlukla karşılaşarlarsa boşluğun nasıl doldurulacağıyla ilgili olmalıdır. Bu hüküm sayesinde hakemlerin, şeri hukuk dışına çıkmamaları gerektiği konusunda hususi bir düzenleme getirilmiş olmaktadır. Malay öğretisi ise Kanun'un burada şeri hukuka atfı yapmasını, hakemlerin niteliğini belirlemek ile ilişkilendirmektedir. Kanun'un bu hükmüne göre hakemler şeri hukuku bilmek zorundadırlar; bu durumda aileden olan ve fakat şeri hukuku bilmeyen bir kişinin hakem olmasından ziyade şeri hukuku bilen aile dışı birisi hakem olmalıdır.⁸⁷ Malay uygulamasına bakıldığında hakemlerin aile dışında kişilerden (örneğin imamlardan) seçildiği zikredilmektedir.⁸⁸

Hakemlerin yetkilerinin sınırları konusundaki görüşler, hakemlerin hâkime mi yoksa taraflara mı vekil olduğu hususuna bağlı olarak farklılaşmıştır. Hanefi ve Şafii öğretisi, hakemleri tarafların vekili olarak görmekte ve buna bağlı olarak süreci arabuluculuğa benzetmekteyken; Maliki öğretisi hakemleri tarafların değil, hakimın vekili olarak görmekte ve süreci tahkim olarak değerlendirmektedir. Bunun neticesi olarak, Hanefi ve

Azam'ın kavlidir. Gerçi tefrik salâhiyyeti tasrih edildiği, zevç de bunu kabul ve tafvîz eylediği takdirde ihtilaf yoktur. Ancak zevç tefrika salâhiyyet vermediği takdirde mahkeme kendiliğinden hakemeynin salâhiyyeti mutlaka ile intihabına cebredebilir mi edemez mi? Hasılı hakemeyn zevceynin vekilleri mesabesinde midir? Yoksa mahkemenin hükme mezun naipleri makamında mıdır? Ve mahkemenin re'sen tefrika salâhiyyeti var mıdır? Yok Mudur? İşte ihtilaf bu noktalardadır. Şüpheli ki ayetin sıyaki, te'lif üzerinedir. Tefrikten bahis münasip görülmeyip meskûnun-anh bırakılmış ve bunun için bir içtihat mevzuu olmuştur.” demektedir.

⁸⁶ Örneğin, Peygamber Efendimiz'in kendisine başvurulmasıyla Hz. Zeyd ve Hz. Zeyneb'in evliliklerini kurtarmak üzere bizzat arabuluculuk faaliyeti yürüttüğü bilindiği gibi, Hz. Ömer'e gelen bir karı-koca ihtilafında onun kadı olarak Hz. Ömer'in hakem tayin ettiği de bilinmektedir. Bkz.: Mustafa Aktürk, İslam Hukukunda Boşanmaya İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, Ankara, Adalet, 2023, s.90-91.

⁸⁷ Nora Abdul Hak, 2008a, s. 17.

⁸⁸ Örneğin, Talib v. Che Sepiah davasında mahkeme, bir imam olan Abdul Ghani bin Haji Mohammad'i kadın tarafının hakemi olarak atamıştır. Bkz.: Nora Abdul Hak, 2008a, s. 17.

Şafii öğretisine göre hakemlerin tefrik kararı vermesi mümkün değilken, Maliki öğretisine göre tıpkı tahkimde olduğu gibi hakem arabuluculuğunda da hakemler tefrik veya muhâlea kararı verebilirler.⁸⁹ Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde⁹⁰ de Malikilerin bu görüşü kabul edilmiştir.⁹¹

IFLA'ya bakıldığında, ilgili maddenin 5'inci fıkrasında hakemlerin, boşanma konusunda tam yetki almak için çaba göstereceğinden bahsetmektedir. Netice itibariyle tahkime ilişkin bu düzenlemede şeri hukuka atfın, hakemlerin niteliğini kısmen de olsa belirlemek, muhtemel bir boşluğu doldurmak, mevcut içtihatlardan birisini tercih etmek gibi maksatlarla yapıldığı söylenebilir. Ancak bu düzenlemenin Malay öğretisi tarafından yeterli görülmediğini zikretmek gerekir.⁹²

6. Muhâlea

Muhâlea konusunda da Kanun'un şeri hukuka atf yaptığını görüyoruz. Evliliğin sonlandırılması başlıklı beşinci bölümün 49'uncu maddesi muhâlea yoluyla boşanmaya ilişkindir.⁹³ Maddenin üçüncü fıkrasında, hul miktarının taraflarca belirlenmemesi halinde miktarı mahkemenin şeri hukuka uygun bir şekilde belirleyeceği hükme bağlanmıştır.⁹⁴

⁸⁹ Aktürk, s. 113-114.

⁹⁰ 1917 seneli Osmanlı Aile Kanunu'dur. Bkz.: Mehmet Âkif Aydın, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 18, İstanbul, 1998, ss. 314-318. (Bundan sonra HAK denilecektir.)

⁹¹ HAK, mad. 130: "Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tetkik ile beynlerini islâha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımevi hâiz diğer bir heyet-i hâkemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâ-kâbil-i itirazdır."

⁹² Nora Abdul Hak, kanunun hakemlerin niteliğini açıkça yazmasının daha yararlı olacağını zikretmektedir. Bkz.: 2008a, s. 18.

⁹³ Başlıkta geçen 'cerai tebus talaq' ifadesi, Malayca kefarete karşılığı boşama anlamına gelmekle, muhâlea'yı bir başka şekilde ifade etmek üzere kullanılmıştır.

⁹⁴ IFLA, mad. 49: (1) Where the husband does not agree to voluntarily pronounce a talaq, but the parties agree to a divorce by redemption or cerai tebus talaq, the Court shall, after the amount of the payment of tebus talaq is agreed upon by the parties, cause the husband to pronounce a divorce by redemption, and such divorce is ba-in sughra or irrevocable. (2) The Court shall record the cerai tebus talaq accordingly and send a certified copy of the record to the appropriate Registrar and to the Chief Registrar for registration. (3) Where the amount of the payment of tebus talaq is not agreed upon by the parties, the Court may assess, in accordance with Hukum Syara', the amount, having regard to the status and the means of the parties. (4) Where the husband does not agree to a divorce by redemption or does not appear before the Court as directed, or where it appears to the Court that there is a reasonable possibility of a reconciliation, the Court shall

Bilindiği üzere fıkhıta hul, kadının bir bedel ödemesi karşılığında kocanın boşanmaya razı olması ve karşılıklı anlaşma ile evliliğin sonlandırılmasını ifade eder.⁹⁵ Muhâleaya dayanak olarak Bakara Suresi'nin "Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur." mealindeki 229'uncu ayeti gösterilir. Ne var ki muhâleanın muhtelif noktalarında mezhepler arasında farklı görüşler mevcuttur. IFLA'nın mezkûr maddesinde geçen hul bedeli de bu tartışmalı konulardan birisidir. Bu bağlamda Hanefilerden bir görüş muhâleanın ivazsız da olabileceği yönündeyken⁹⁶, Maliki ve Hanbeli mezheplerinden diğer bir görüşe göre bedelsiz olarak hul akdi yapılabilir.⁹⁷ Kanun'un bu noktada şeri hukuka atf yapması, mevcut içtihatlardan birisini tercih etmesinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, Malay boşanma istatistiklerinde de bu hükmün uygulamasının az olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸ Şu durumda taraflar hul miktarı konusunda bir tespitte bulunmamışlarsa mahkeme şeri hukuka uygun şekilde miktarı belirleyecektir.

7. Evliliğin Feshi

Evliliğin feshi konusunda da kanunun şeri hukuka ziyadesiyle atf yaptığı görülmektedir. 52'nci maddenin 1'inci fıkrası "Şeri hukuka uygun olarak evlenen bir kadın, aşağıdaki gerekçelerden herhangi biri veya daha fazlası nedeniyle evliliğin sona erdirilmesi veya fesih için mahkeme kararı

appoint a conciliatory committee as provided under section 47 and that section shall apply accordingly."

⁹⁵ Fahrettin Atar, "Muhâlea", C. 30, 2020, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, ss. 397-401.

⁹⁶ Atar, "Muhâlea".

⁹⁷ Halil Cin / Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Sayram, Konya, 2021, s. 427.

Bu husustaki bir başka görüşe göre, Maliki mezhebinin bu husustaki yaklaşımı; erkeğin kadına evlilik haklarından menetme, psikolojik ve fiziksel olarak şiddet uygulama gibi tavırları üzerine cereyan eden durumlarda, muhalaanın bedelsiz talak olarak kabul edileceği ve muhalaa bedelinin kendisine iade edileceği şeklindedir. Bkz.: Hatice Alsaç, "İslam Hukukunda Muhâlea ve TMK Anlaşmalı Boşanma ile Mukayesesi", C.9, S.2, 2022, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 1181.

Öğretide bu şekilde ifade edilmiş olsa da nüfusunun büyük kısmı Maliki olan Cezayir Aile Kanunu'nun 54'üncü maddesi "Kadın, kocasının rızası olmadan, belirli bir bedel karşılığında kendini hul' edebilir. Eşler hul'un bedel miktarı konusunda anlaşamazlarsa hâkim, hükmün verildiği tarihteki mehr-i misil değerini geçmemek üzere karar verir." diyerek hul miktarının belirlenmesi gerektiğine detaylı şekilde yer vermiştir.

⁹⁸ Zaini Nasohah, "Perceraian Secara Khul': Peruntukan Serta Pelaksanaannya Menurut Enakmen Undang-undang Keluarga Islam Negeri Johor (Kajian Kes 1995-1997)", C. 8, S. 2, 2000, Jumal Syariah, s. 136.

alma hakkına sahiptir...”⁹⁹ diyerek mahkemece fesih hükümlerinin uygulanabilmesi için evlilik akdinin şeri hukuka uygun olmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Bu yönde bir hüküm konması, bir yandan evliliğin şeri hukuka uygun olması konusunda pekiştirme sağlamakta, öte yandan ülkenin düalist yapısına bağlı olarak diğer aile kanununa göre gerçekleştirilen evlilikleri madde kapsamı dışında tutmaktadır.

Aynı madde kadının fesih talebinde bulunma gerekçelerinde de şeri hukuktan yararlanmışır. Buna göre, kocanın zalimce davranması; kadına karşı saldırganlığı alışkanlık haline getirmesi; zalimce davranışlarla (kadının) hayatını perişan etmesi; kötü şöhrete sahip kadınlarla ilişki kurması veya şeri hukuka göre rezil bir hayat sürüyor olması hallerinde kadının fesih talep etme hakkı olacaktır.¹⁰⁰ Kanun hükmü zalimce davranma konusunda hem fiziksel hem de manevi zararları kapsayacak şekilde bir düzenleme getirmişken, zihinsel veya psikolojik şiddeti kapsama almamıştır. Malay öğretisi, psikolojik şiddetin ispatının zorluğu ve bu konuda mahkemenin takdir yetkisi kullanmada meşakkat doğacağı gerekçeleriyle bunun kanuna alınmadığını zikretmektedir.¹⁰¹ Rezil bir hayatın nasıl olacağı noktasında bazı hallerin tahdidi olarak sayılması yerine şeri hukuka atıf yapılması, kanaatimizce uygulamanın elini rahatlatmak ve geniş bir bakış açısı sağlamak niyetiyle yapılmıştır. Zira rezil bir hayat sürmek, birçok şekilde gerçekleştirilebilir.¹⁰² Malay uygulamasına bakıldığında, kocanın başka kadınla ilişkisinin olması durumunun, anılan madde kapsamında kadına boşanmayı talep hakkı verdiğini görüyoruz.¹⁰³

⁹⁹ IFLA, mad. 52/1: “A woman married in accordance with Hukum Syara', shall be entitled to obtain an order for the dissolution of marriage or fasakh on any one or more of the following grounds, namely...”

¹⁰⁰ IFLA, mad. 52/1: “(h) that the husband treats her with cruelty, that is to say, inter alia – (i) habitually assaults her or makes her life miserable by cruelty of conduct; or (ii) associates with women of evil repute or leads what, according to Hukum Syara', is an infamous life; or...”

¹⁰¹ Roslina Che Soh & Nora Abdul Hak / Noraini Mohd Hashim / Muhammad Helmi Md. Said, “Repercussions Of Marital Infidelity In Malaysia: A Legal Response”, C. 29, S. 1, 2021, International Islamic University Malaysia Journal, s. 104.

¹⁰² Örneğin Malay öğretisi, sosyal medyanın kötüye kullanılması ve okul ve üniversite mezunlarının bir araya getirilmesi etkinlikleri gibi organizasyonların yapılmasının eşlerin dürüst olmayan davranışlarda bulunmasına sebep olduğunu ifade etmektedir; Roslina Che Soh / Nora Abdul Hak / Noraini Mohd Hashim / Muhammad Helmi Md. Said, s. 105.

¹⁰³ Zakhlina bt. Khalid v. Noasmadi bin Abdullah davasında; taraflar 1995 yılında evlenmişlerdi ve bunu Terengganu'da kaydetmişlerdi. Kadın, kocasının kendisine kötü davrandığı ve başka bir kadınla ilişkisi olduğu gerekçesiyle ‘fasakh’ boşanma davası açtı. Yargıç Mat Ropi Busu, başvuruya izin verirken şunları vurguladı: ‘Tarafları hoşlanmadıkları evlilikte sefalet ve zulüm içinde yaşamaya zorlamak İslam'da evliliğin amacı değildir. Zulümün her türlüşünden kaçınılmalıdır. Belirli bir evlilik başarısız olursa ve kutsal amacına ve amacına ulaşamıyorsa ve bunun yerine diğerlerinin yanı sıra zarar, sıkıntı ve zorluklarla sonuçlanıyorsa, o zaman evliliğin feshedilmesi uygundur. Roslina Che Soh / Nora Abdul Hak / Noraini Mohd Hashim & Muhammad Helmi Md. Said, s. 104.

Kadının fesih talebinde bulunabilmesini temin edebilecek sebeplerin diğerlerinde de şeri hukuka atf yapıldığı görülmektedir. Buna göre kocanın birden fazla karısı varsa ve koca kadına şeri hukukun gereklerine uygun olarak adil davranmıyorsa kadın fesih talebinde bulunabilecektir.¹⁰⁴ Konuyla ilgili şeri hukuka bakıldığında, Kur'an-ı Kerim'de Nisa Suresi'nin 3 ve 129'uncu ayetlerinde çok eş evliliğe izin verildiği görülmektedir.¹⁰⁵ Kanun'un atf yaptığı adalet olgusunu esasında 129'uncu ayette de görmek mümkündür. Ayette "Ne kadar üzerine düşseniz de kadınlar arasında adil davranmaya güç yetiremezsiniz; bari birine büsbütün kapılıp da diğerini askıda imiş gibi bırakmayın. Eğer arayı düzeltir ve Allah'a itaatsizlikten sakınırsanız bilin ki Allah çok bağışlayıcıdır, engin rahmet sahibidir." denilmektedir. Adaletin nasıl olması gerektiği konusunda ise İslam hukukçularının farklı değerlendirmelerinin olduğu, eşlere sadece maddi imkânlarda değil; geceleri bölüşürme, yoldaşlık etme gibi manevi hususlarda da adil davranılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁶ Bu konuda da gerekliliklerin tahdidi olarak sayılmayarak bütünsel bir şekilde şeri hukuka atf yapılması, yine uygulayıcıların elini rahatlatmak ve geniş bir bakış açısı sağlamak niyetiyle yapılmıştır denebilir. Zira adaletsizlik de muhtelif şekillerde icra edilebilir. Malay uygulamasına bakıldığında da ev ihtiyaçlarının adil şekilde temin edilmemesi, geceleri adil şekilde dağıtmama gibi nedenlerle mahkemelerin fesih hükmü verdikleri görülmektedir.¹⁰⁷

C. ŞERİ HUKUKTA AYRINTILI DÜZENLENEN KONULAR

Kanun'un, şeri hukukta ayrıntılı şekilde düzenlenen bazı konularda tekrara düşmemek üzere ayrıntılı hükümler getirmediği, şeri hukuka atf yapmakla yetindiği görülmektedir. Geçici evlenme engelleri, geçersiz evlilikler ve liâna ilişkin düzenlemeler bu minvaldedir. Şimdi bu konuların İslam hukuk kaynaklarında ve Kanun'da ne şekilde yer aldığına bakılacaktır.

¹⁰⁴ IFLA, mad. 52: "(vi) if he has more wives than one, does not treat her equitably in accordance with the requirements of Hukum Syara'..."

¹⁰⁵ "Yetimlerin hakkına riayet edemeyeceğinizden korkarsanız, beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın. Haksızlık etmekten korkarsanız tek kadın veya mülkiyetinizde bulunan câriye ile yetinin; bu, adaletten ayrılmamanız için en uygun olanıdır." (Nisa, 3)

¹⁰⁶ İbrahim Halebî, C. 1, s. 483-484; Cin / Akyılmaz, s. 397-398.

¹⁰⁷ Joan Mary Sulaiman v. Sulaiman bin Haji Musa davasında, ilk eş olan başvuran, kocasının bir yıldan fazla bir süre boyunca nafaka sağlamayı ihmal ettiği gerekçesiyle İslam Aile Hukuku Kanunu'nun 52(1) maddesi uyarınca fasakh için başvurmuştur. Delillere göre, Hukum Syarak'a göre kocanın, ilk eşine nafaka sağlama ve adil muamele etme görevlerini yerine getirmemesi için geçerli bir nedeni yoktur. Mahkeme, kocanın sorumluluklarını ihmal ettiği, ilk eşine yeterli nafaka sağlamadığı ve ayrıca İslam hukukunun gerektirdiği şekilde eşleri arasındaki gece geçişine uymadığı gerekçesiyle feshe karar verdi. Bkz.: Nora Abdul Hak, "Just And Equal Treatment In Polygamous Marriage: The Practice In The Shariah Courts In Malaysia", International Islamic University of Malaysia Law Journal, C. 16, 2008, s. 151.

1. Geçici Evlenme Engelleri

IFLA'nın 9'uncu maddesi evlenme engellerini hükme bağlamakta ve detaylı hükümler içermektedir. Maddenin 4'üncü fıkrasına göre hiçbir erkek kan kısımlığı, kayın kısımlığı veya süt kısımlığı ile birbirlerine sıkıca bağlı olup, eğer ikisinden birisi erkek olsaydı şeri hukuka göre evlenmeleri yasak olacak olan iki kadınla aynı anda evlenemez. Fıkra, evlenmesi yasak olanların belirlenmesinde şeri hukuka atıf yapmaktadır.

Aynı anda evlenme engeline fihki açıdan bakıldığında bu hususta hadis ile sabit bir nas olduğu, hukukçular arasında fikir birliği olduğu ve öte yandan HAK'ta da bu minvalde bir hüküm olduğu bilinmektedir. Mezkur hadis mealen "Kadın ne halasıyla ve teyzesiyle ne de erkek ve kız kardeşinin kızı ile aynı nikahta birleştirilemez." şeklindedir ki Hanefi ve Şafii fıkıh kitaplarında bu hadis zikredilerek, yukarıda bahsedilen kuralın hukuki bir hüküm olduğu söylenmiştir.¹⁰⁸ Öte yandan, Nisa Suresi'nin 23'üncü ayetinde geçen "İki kız kardeşi birlikte nikahlanamaz haramdır." ifadesinin de bu nispi evlenme engeline işaret ettiği söylenmekteyse de¹⁰⁹, bir önceki cümlede zikredilen İmam Şafii ve Merginani'nin eserlerinde bu evlenme engeli hususunda yalnız hadis-i şerife işaret edilmiştir. Bu hususta HAK'ın 16'ncı madde düzenlemesine göre nesep veya süt akrabalığıyla birbirine mahrem olan iki kadın aynı anda nikahlanamaz. İki kadının birbirine mahrem olması, birinin erkek farz edildiği durumda diğeriyle evliliğinin ebeden yasak olması halidir.¹¹⁰ Kanaatimizce evlenme engellerinin şeri hukukta detaylı şekilde belirlenmiş olmasından ötürü Malay kanun koyucu tekrara düşmemek adına bu yönde bir tercihte bulunmuştur.

2. Geçersiz Evlilikler

IFLA, şeri hukukta ayrıntılarıyla tartışılan evliliğin geçerlilik şartlarına yeniden ayrıca yer vermemiş, bunun yerine şeri hukuka atıf yaparak tekrara düşmekten kaçınmıştır. Kanun'un 11'inci maddesine göre, şeri hukuka göre geçerliliği için gerekli olan tüm şartlar yerine getirilmediği sürece bir evlilik geçersiz olacaktır.¹¹¹

Malay öğretisi, bir evliliğin geçerli olması için şeri hukukun şartlarını sağlamasının yeterli olduğunu, kayıt altına alınıp alınmamanın geçerliliği etkileyecek düzeyde önemli olmadığını vurgulamaktadır.¹¹² Bununla birlikte

¹⁰⁸ İmam Şafii, C. 1, s. 213 ve Merginani, C.2, s. 11.

¹⁰⁹ İkinci, s. 392.

¹¹⁰ HAK, mad. 16: "Neseben veya radâan yekdiğlerine mahrem olan iki kadını nikâhta cem' etmek memnûdur. İki kadının yekdiğere mahrem olması ikisinden hangisi erkek farz edilirse diğeriyle tezevvüci müebbeden memnû olmakla malum olur: İki hemşire gibi. Ama yalnız biri erkek farz edildiği halde diğeri tezevvüc etmesi memnû olup emir ber-aks edildiği takdirde memnû olmazsa ikisi nikâhta cem' edilebilir; kız ile üveyi valide gibi."

¹¹¹ IFLA, mad. 11: "Void marriages: A marriage shall be void unless all conditions necessary, according to Hukum Syara', for the validity thereof are satisfied."

¹¹² Anis Shuhaiza Bt Md Salleh, "Cross Boundary Marriage Under Malaysian Family Law: Between a Dream of Life and Reality of Legal Requirements", S.3, No. 2, 2010, Journal of Politics and Law, s. 150.

evliliğin resmîyetine ve tesciline ilişkin hükümlere uyulmaması, Kanun'un 32 ve 36'ncı maddeleri uyarınca suç olarak tanımlanmış ve şeriat mahkemesi tarafından para cezası veya hapis cezası veya her ikisi ile cezalandırılacağı hükme bağlanmış, böylece taraflar kayıt işlemlerine yönlendirilmiştir.¹¹³ Bilindiği üzere, HAK'ın kabulüyle birlikte benzer bir düzenleme dönemin ceza kanununa işlenmiş, nikah usulündeki kanuni zorunluluklara riayet etmeyen zevç, taraf vekilleri, şahitler, hâkim ve naiplere ilişkin farklı cezalar öngörülmüştür.¹¹⁴

Keza 12'nci maddenin 2'nci fıkrası da benzer şekilde mühim olan hususun şeri hukuka göre şartları sağlamak gerektiği olduğunu "...bu bölümün herhangi bir hükmüne aykırı olarak kurulan ancak şeri hukuka göre başka şekilde geçerli olan bir evlilik, bu Kanun uyarınca mahkeme kararıyla tescil edilebilir" diyerek belirtmektedir.¹¹⁵ Görüldüğü üzere evliliğin geçerli olabilmesi için şeri hukukun şart koştuğu tüm koşulların mutlaka mevcut olması gerektiği belirtilmektedir.

İslam hukuku açısından bakıldığında, evliliğin bir akit olduğu; bu akdin inikat, sıhhat, lüzum ve nefaz şartlarını barındırması gerektiği ve bu şartların yokluğunun akde tesiri konusunda müçtehitlerin farklı içtihatlarının olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Mezkur şartların da kendi içinde muhtelif ayrıntıları vardır. Örneğin, evlenme engelinin olmayışının sıhhat şartı mı yahut inikat şartı mı olduğu; irade beyanının şarta bağlanıp bağlanamayacağı, şahitlerin cinsiyet ve sayıları, iradeyi sakatlayan cebir ve ikrahın akde nasıl etki edeceği gibi hususlar sıhhat ve inikat şartlarına ilişkin farklı içtihatların bulunduğu hususlar; veli izinsiz evlilik konusunda nefaz şartının yerine gelip gelmediği, akdin bağlayıcılığında kefalet de yine farklı içtihatların gündeme geldiği şartlardandır.¹¹⁶

¹¹³ IFLA, mad. 36: "Any person who contravenes section 32 commits an offence and shall be punished with a fine not exceeding five hundred ringgit or with imprisonment not exceeding three months or with both such fine and imprisonment; and for a second or subsequent offence shall be punished with a fine not exceeding one thousand ringgit or with imprisonment not exceeding six months or both."

¹¹⁴ Kanun-u Ceza'nın 200'üncü Maddesinin 19 Rebiülahir 1332 Tarihli Zeyl-i Sânisini Muaddil Kararname, Düstur, II/9, s. 782'de yazılı Madde 1: "*Kânûn-ı cezanın iki yüzüncü madesinin 19 Rebiü'l-Ahîr 1332 tarihli zeyl-i sânisî ber-vech-i âti tâdil edilmiştir: «Hâkimin veya nâibin huzûruyla akd-i nikâh hususundaki mecbûriyyet-i kânûniyyeye riayet etmeyen zevc ile mevcut ise tarafeyn vekilleri bir aydan alta aya kadar ve bu gibi akidlerde şahid sıfatıyla hâzır bulunanlar bir haftadan bir aya kadar habsolunurlar. Merâsîm-i kânûniyyeyi îfâ etmeksizin akidnâme tanzim ve tescil eden hâkim veya nâibi ile hâkim veya nâib hâzır olmaksızın hilâf-ı salahiyet nikâh akdeden eimme dahi bir aydan altı aya kadar hapsedilirler...»*"

¹¹⁵ IFLA, mad. 12/2: "...Notwithstanding subsection (1) and without prejudice to subsection 40(2), a marriage which has been solemnized contrary to any provision of this Part but is otherwise valid according to Hukum Syarak may be registered under this Act with an order from the Court."

¹¹⁶ Aydın, 2019, s. 263-266.

Geçersiz evliliklerle ilgili düzenlemenin bir hususiyeti daha olduğu görülür: Kanun, her zaman spesifik bir mevzu hakkında yapmamış; bazen de kanunda bir boşluk bırakmamak için atıf yapmış ve Kanun'un şeri hukukun temel teorisine uygunluğunu göstermiştir. Nitekim 11'inci ve 12'nci maddeler bu duruma güzel birer örnektir. Dikkat edilirse hükümde şeri hukuka atıf yapılmakta, ancak Kanun'un kendisine atıf yapılmamaktadır. Yani evliliğin geçerliliği için şeri hukukun şartları sağlanmak istenmişken, IFLA'nın öngördüğü şartlar belirtilmemiştir.

Böylece Kanun, evliliğin geçerliliği için gerekli olan tüm şartlar hususunda şeri hukuka atıf yaparak, bir yandan şeri hukuka uygunluk konusunda herhangi bir boş alan bırakmak istemediğini ortaya koymakta; öte yandan evlilikleri kayıt altına almaya ilişkin getirdiği düzenlemelere aykırılığın evliliğin geçerliliğine zarar vermediğine işaret etmektedir.

3. Lian

İslam hukukunda lian, bir zina iddiasının varlığı halinde, karı-kocanın bu iddiayı reddederek birbirlerinin yalan söylediklerine hâkim huzurunda yemin etmeleri ve birbirleri aleyhine şahitlik etmeleri şeklinde tanımlanabilir.¹¹⁷ Kanun'da lian mevzusunda da şeri hukuka atıf yapıldığı görülmektedir. Kanun'a 1994 yılında eklenen 50-A maddesine göre, bir evliliğin tarafları, mahkeme önünde lian yoluyla şeri hukuka göre yemin ettiklerinde, şeri mahkeme onların ayrılmalarına ve sonsuza kadar ayrı yaşamalarına hükmedecektir.¹¹⁸ Bu maddeyle yeminin nasıl olması gerektiği konusu şeri hukuka bırakılmış gözükmektedir.

Nur Sûresi'nin 6-9 ayetlerinde lian yemini hususunda detaylı hükümler vardır. Ayetlere göre; "Eşlerine zina suçlamasında bulunup da kendilerinden başka tanıkları olmayanların her birinin tanıklığı, dört kere, doğru söylediğine Allah'ı tanık göstermesi; beşinci olarak da 'eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetine uğramasını' söylemesidir. (6-7) İftiraya uğrayan kadının dört kere, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna Allah'ı tanık göstermesi kendisini ceza görmekten kurtarır. (8) Kadının beşinci tanıklık ifadesi, 'eğer kocası doğru söyleyenlerden ise kendisinin Allah'ın gazabına uğramayı dilemesi' olacaktır. (9)".¹¹⁹

Görüldüğü üzere, lian ayetleri olarak bilinen bu ayetlerde yemin usulü tüm açıklığıyla izah edilmiştir. Kanaatimizce Kanun'un bu konuda şeri hukuka atıf yapması, asli kaynak olan Kur'an-ı Kerim'de detaylı hükümlerin

¹¹⁷ Merginani, C.2, s. 127.

¹¹⁸ IFLA, mad. 50/A: "(1) Where the parties to a marriage have taken oath by way of li'an according to Hukum Syara' before a Syariah Judge, upon judgement, the Syariah Judge shall order them to be farak and be separated and to live apart forever. (2) The Court shall record the divorce by li'an accordingly and send a certified copy of the record to the appropriate Registrar and to the Chief Registrar for registration."

¹¹⁹ <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/N%C3%BBR-Sûresi/2797/6-9-ayet-tefsiri> (s.e.t. 03.10.2023)

var olması ve bu nedenle tekrara düşölmek istenmemesinden kaynaklanmaktadır.

D. DÜALİST HUKUKİ YAPI VE ŞERİAT MAHKEMELERİNİN YETKİSİ

Ölkenin düalist hukuki yapısına bağılı olarak ortaya çıkan yargı çeşitliliğı nedeniyle de şeri hukuka atıf yapılmaktadır. Şeriat mahkemesinin yetkisini düzenleyen 45'inci maddeye göre; evliliğın bu Kanun uyarınca tescil edildiğı veya tescil edilmiş sayıldığı yerlerde veya evliliğın şeri hukuka uygun olarak yapıldığı yerlerde veya başvuru tarihinde evliliğın taraflarından herhangi birisinin ikametgahının federal bölgede olduğı hallerde şeriat mahkemesi yetkili olacaktır. Bunlar dışındaki hallerde ise şeriat mahkemesi boşanma kararı vermek, boşanmaya ilişkin bir karar vermek yahut kocanın talak sözlerini sarf etmesine izin vermek hususlarında yetkili olamayacaktır.¹²⁰ Buna göre; şeriat mahkemesi yalnızca federal bölge yasası uyarınca kayıtlı veya kayıtlı olduğı kabul edilen ve şeri hukuka uygun kurulan evlilikler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Malay öğretisi, bu düzenleme gereğı şeriat mahkemesinin, şeri hükümlere göre kurulmamış olan bir evliliğı feshetme yetkisine sahip olmadığını ileri sürmektedir.¹²¹

Burada Kanun'un şeri hukuka atıf yapmasının gerekçesi göröldüğü üzere ölkede yer alan ikili hukuk sistemidir. Zira ölkede bir yandan gayrimüslim vatandaşlar, onlar için tesis edilmiş bir aile kanunu ve yargı mercileri mevcutken; öte yandan da IFLA ve şeri mahkemeler vardır. Şeriat mahkemelerinin yetkili olabilmesi için evliliğın şeri hukuka uygun olarak kurulması zorunluluğı bu nedenle belirtilmektedir.

SONUÇ

Bu çalışma, 1984 yılında kabul edilen Islamic Family Law Act isimli Malezya İslam Aile Kanunu'nun muhtelif maddelerinde Hukum Syara'ya atıf yapması hususunu konu edinmiştir. Çalışma neticesinde varılan sonuçları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Öncelikle, IFLA'nın çalışmaya konu edilmesinin önemi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Bilindiğı üzere içinde bulunduğumuz yüzyıl, İslam hukukunun Kanunlaştırma ve Yeni İctihat dönemi olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde farklı coğrafyalarda şeri hükümlerin kanunlaştırılması çalışmalarının sürdüğü görölr. Şeri hukukunun

¹²⁰ IFLA, mad. 45: "Save as is otherwise expressly provided, nothing in this Act shall authorize the Court to make an order of divorce or an order pertaining to a divorce or to permit a husband to pronounce a talaq except – (a) where the marriage has been registered or deemed to be registered under this Act; or (b) where the marriage was contracted in accordance with Hukum Syara'; and (c) where the residence of either of the parties to the marriage at the time when the application is presented is in the Federal Territory."

¹²¹ Dr Mogana Sunthari Subramaniam, "Judicial Dilemma: Secular or Syariah for Inter-Faith Family Disputes in Malaysia", Discussion Paper No.15, Nagoya University Center for Asian Legal Exchange, s. 20.

kanunlaştırılması konusunda dikkate değer bir örnek de Malezya'nın kanunlaştırma çalışmalarıdır. Malezya'nın bu hususta özel bir önemi haiz olmasının çeşitli gerekçeleri vardır: Anayasasında yer alan bir hükümlerle İslam dinini resmi din olarak kabul eden Malezya, diğer taraftan Hıristiyanlık, Budizm, Hinduizm gibi farklı dinlere müntesip vatandaşlara da sahiptir. Bu minvalde ülkenin hukuk sistemi mevzuat ve müesseseleriyle birlikte düalist bir yapı arz eder. Çoğunluğu Müslüman olan halkın neredeyse tamamı Şafii mezhebine mensuptur. Bununla birlikte Malezya'nın kanunlaştırma çalışmalarında birden fazla mezhep hükümlerinden istifade ettiği görülmektedir. Böylelikle ülkenin resmi dini İslam olmakla birlikte çok dinlilik unsurları barındırdığı; bu nedenle düalist bir hukuki yapı kurulu olduğu; Müslüman çoğunluğun Şafii mezhebinden olmasına rağmen kanunlarda diğer mezhep içtihatlarından da yararlanılarak bu alanda da sistemin zenginleştirildiği söylenebilir. Farklı mezheplerden yararlanma uygulaması aynı zamanda hukuki esneklik ve uyarlabilirliği sağlamıştır. Ülkede şeri mahkemeler yanında kurulan resmi fetva kurumları ve Malay hukuk öğretilerinde yapılan çok sayıda çalışma, yapılan kanunlaştırmaların hem teorik olarak verimliliğini hem de toplum nezdindeki işlevselliğini iyileştirme yönünde etkili görünmektedir. Bu hususların, Malezya hukukundaki kanunlaştırma faaliyetlerini incelemeye değer kıldığı bir kez daha görülmüştür.

İkinci olarak; Kanun'un şeri hukuka atıf yapması, Malay öğretilerince eleştirilmiştir. Bu eleştirinin nedeni, kanunun sıklıkla yaptığı atıflar sebebiyle kanunlaştırma çalışmalarının tam bir başarıya ulaşmamış olduğu kanısındır. Öğretilerdeki kimi görüşlere göre, hukuki ihtilafların çözülmesi için birincil kaynaklar olarak Kur'an-ı Kerim ve sünnete başvurulmalı ve şeri hukuka atıf yapmaya gerek kalmamalıdır. Diğer bazı görüşlere göre ise şeri hukuka atıf yapılması kanunda boşluklar doğurduğu ve bu boşluklar da uygulamada sorun oluşturduğundan, şeri hukuka atıf yapılan konularda daha detaylı hükümler koyulmalıdır. Eleştiriler değerlendirildiğinde, kanaatimizce de sık sık yapıldığı gözlenen şeri hukuk atıfları, kanunlaştırma amacına pek uygun düşmemektedir. Zira mezkûr Kanun bizatihi şeri hukukta yer alan hükümlerden müteşekkildir. Doğrudan şeri hukuka atıf yapılan hükümler bakımından da şeri hukuk kurallarının kanunlaştırılması mümkündür. Bu minvalde temel İslam hukuku ilkelerine uygun şekilde bu alanlarda da kanunlaştırmalar yapılabilir.

Diğer bir hususiyet, Kanun'un başlığında Islamic Law denilmesine rağmen, metin içinde şeri hukuk kastedilen yerlerde Hukum Syara denilmesi konusudur ki bu konuda da bazı neticelere varılmıştır. Kanun koyucunun, Islamic Law yerine Hukum Syara diyerek, yalnızca bir ilim olarak şeri hukuka değil; İslam hukukunu da kapsar şekilde, dini, ahlaki ve hukuki kurallar bütünü olarak şeriata atıf yapmak iradesinde olduğu kanaatine varılmıştır. Böylece kanun koyucunun, kanun hükümlerini hukuki kurallardan başka, dini-ahlaki kurallarla da desteklemiş olduğu kabul edilebilir. Bu izlenim, evlilikte adaletin sağlanması, eşlerin birbirleri arasındaki ilişkiler, birbirlerine davranışları, evlilikten doğan sorumlulukların yerine getirilmesi gibi konularda iyiden iyiye belirginleşmektedir. Kanun başlığında ise 'Islamic Law' kullanımı tercih edilmesi ise bizatihi kanunlaştırma amacına matuf olmalıdır.

Üçüncü olarak, hangi konularda şeri hukuka atıf yapıldığı tespit edilmiştir. Bu çalışma bağlamında kanunun şeri hukuka atıf yaptığı konular mehriin hangi türden ödeneceği, muta hediyesi, tefviz-i talak, evlilikte velayet-i icbar ve velayet-i âmm, nispi evlenme engellerinden aynı anda evli olma, geçersiz evlilikler, şeriat mahkemelerinin evlilikler hususundaki yetkisi, eşler arasında şikak olduğu hallerde tahkim, muhâlea ve lian ile evlilik birliğinin sona ermesi, ric'i talak ve evliliğin feshi konularıdır. Çalışmanın sınırlandırılması mecburiyetiyle incelenememişse de ergenlik yaşı gibi bazı konularda da şeri hukuka atıflar bulunmaktadır.

Nihayet tüm bu incelemelerden yola çıkılarak dördüncü olarak, kanun koyucunun şeri hukuka atıf yapmasının muhtelif gerekçeleri olduğu kanaatine varılmıştır. Kanaatimizce bu gerekçelerin birincisi örfi hukuk ve şeri hukuku bağdaştırma gereksinimi, ikincisi hukukta esneklik ve dinamizmi sağlama gayesi, üçüncüsü şeri sahada ayrıntılı şekilde düzenlenen bazı konuları tekrardan kaçınma gayesi ve sonuncusu de ikili hukuk sisteminin getirdiği mecburiyetlerdir. Bu bağlamda evlilik malları ve ric'i talak konusunda Malay toplumunda kabul görmüş adetlerin sürdürülmesi zımında örfi kuralların kanuna nakşedildiği görülmektedir. Böylelikle esasında örfi kökenli olan bu gelenekler, biraz da zorlayarak, Şer'i hukukla desteklenmeye çalışılmıştır. Mehir, muta hediyesi, tefviz-i talak, evlilik velayeti, tahkim, muhâlea ve evliliğin feshi gibi konuların bazılarında farklı içtihatlar olduğu, bazılarında ise şeri hukuk öğretisinde esneklik olduğu; bu konularda kanun koyucunun şeri hukuka atıf yaparak mevcut içtihatlardan birinin seçilmesi veya mevcut esnekliğin uygulamada kullanılmasını amaçladığı düşünölmektedir. Böylece hukukun gündelik hayatın dinamizmine eşlik etmesini sağlanmış olacaktır. Mehir olarak mock-up check verilmesine ilişkin vakıa, bu konuda güzel bir örnek teşkil eder. Geçici evlenme engelleri, geçersiz evlilikler ve liân gibi diğer bir kısım konularda şeri hukukta çok ayrıntılı ve nasla sabit düzenlemeler yer aldığı bilinmektedir. Kanun koyucu bu konularda tekrara düşmekten kaçınmış, şeri hukuka atıf yapmakla iktifa etmiştir. Son olarak, ülkenin çok hukuklu yapısı hukukun usulüne ilişkin konularda şeri hukuka atıf yapmayı gerektirmiştir denebilir.

Sonuç olarak, günümüzde İslam hukukunu uygulayan ölkelerden birisi olan Malezya örneğinden yola çıkarak, aile hukuku özelinde kanunlaştırma faaliyetinde bulunurken, tüm mezheplerden mümkün olunan en üst seviyede yararlanılması, toplumun geçmişi, geleneği ve değerlerinin göz ardı edilmemesi, çağın toplumsal koşullarının ihmal edilmemesi ve fikhin temel dinamiklerine sıkı şekilde bağlı kalınmasına dikkat edilmesi gerektiği ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

Acar H İ, “Talâk”, TDV İslam Ansiklopedisi, C.39, İstanbul, 2010, ss. 496-500.

Aktürk M, İslam Hukukunda Boşanmaya İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları, Adalet, Ankara, 2023.

Alsaç H, “İslam Hukukunda Muhâlea ve TMK Anlaşmalı Boşanma ile Mukayesesi”, C.9, S.2, 2022, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss.1165-1196.

Anis Shuhaiza Bt Md Salleh, “Cross Boundary Marriage Under Malaysian Family Law: Between a Dream of Life and Reality of Legal Requirements”, V.3, No. 2, 2010, Journal of Politics and Law, ss. 1148-155.

Apaydın H Y, “Velâyet”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 43, İstanbul, 2012, ss. 15-19.

Aslan B, “İslam Hukukunda Evlilikte Velayetin Ortadan Kalkmasıyla Velinin Velayetinin Kime Gececeği Konusunun Değerlendirilmesi”, C. IV, S. 7, 2016/1, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss.25-47.

Atar F, “Muhâlea”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 30, Ankara, 2020, ss. 397-401.

Aydın M A, “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 18, İstanbul, 1998, ss. 314-318.

Aydın M A, “Mehir”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 28, Ankara, 2003, ss. 389-391.

Aydın M A, Osmanlı Aile Hukuku, 3. Baskı, Klasik, İstanbul, 2020.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.

Bakkaloğlu A, “Tefvîz”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul, 2011, ss. 310-311.

Bilmen Ö N, Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, 2. Baskı, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2017.

Cin H / Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017.

Cin H / Akyılmaz G, Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Sayram, Konya, 2021.

Devellioğlu F, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 33. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2017.

Doğangüzel S B, Osmanlı Hukukunda Nişanlanma, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2021.

Ekinci E B, İslam Hukuku, 3. Baskı, Arı Sanat, İstanbul, 2018.

Göksoy İ H, “Malezya”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 27, Ankara, 2003, ss.-486-493.

Güler H, “Şafii Mezhebine Göre Nikahta Velayet Yetkisi”, C. 15, S. 8, 2021, Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 322-348.

Güler H, “Şafiilerde Mezhep İçi Tercih ve Usulü”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2021.

Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C.1, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2020.

İbrahim Halebî, Mültekâ el-Ebhûr, Terc. Mustafa Uysal, C. 1, Çelik Yayinevi, İstanbul, 2015.

İlavelerle Mu'cemü'l-Müfehres Kur'an-ı Kerim Lügati, Haz. Mahmut Çanga, 6. Baskı, Timaş, İstanbul, 2016.

İmam Şafii, el-Umm, C.1, Ter. Musa Özdemir, Buruc Yayınları, İstanbul, 2015.

Karaman H, “Fıkıh”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 13, İstanbul, 1996, ss. 1-14.

Kılınç A, “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi”, C. XIV, S. 2, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 623-662.

Kılınç A N / Kılınç A, “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), ss.103-118.

Koyuncu N, “Günümüz ve İslam-Osmanlı Hukukunda Mal Rejimleri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2003, ss. 273-306.

Malay-English Dictionary, R. J. Wilkinson, Part I, Singapore, Kelly & Walsh Limited, 1901.

Mansur Isa Yelwa, “Protection Of Wife's Right To Maintenance In Islamic Law And Its Implementation In The Malaysian Islamic Family Law”, 2013, C. 21, S. 2, International Islamic University Malaysia Journal.

Merginâni, el-Hidâye, Ter. Ahmed Meylâni, C. 2, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2015.

Mogana Sunthari Subramaniam, “Judicial Dilemma: Secular or Syariah for Inter-Faith Family Disputes in Malaysia”, Discussion Paper No.15, Nagoya University Center for Asian Legal Exchange.

Noorul Madihah / Tengku Fatimah Muliana Tengku Muda, Konflik Antara Hak Wali Mujbir di Bawah Hukum Syarak dan Peruntukan Had Umur Minimum Perkahwinan, 7-16, 2011, Jurnal Islam dan Masyarakat Kontemporari Keluaran Khas.

Nora Abdul Hak, “Conciliatory Committee and Hakam (arbitrator) under the Islamic family law in Malaysia”, 2, 2008a, Shariah Law Reports, ss. 17-36.

Nora Abdul Hak, “Just And Equal Treatment In Polygamous Marriage: The Practice In The Shariah Courts In Malaysia”, C. 16, 2008b, International Islamic University of Malaysia Law Journal.

Roslina Che Soh / Nora Abdul Hak / Noraini Mohd Hashim / Muhammad Helmi Md. Said, “Repercussions Of Marital Infidelity In Malaysia: A Legal Response”, C. 29, S. 1, 2021, International Islamic University Malaysia Journal, ss. 91-109.

Tanrıverdi H, “İslam Hukukunda Boşanma Tazminatı (Muta)”, C. 10, S. 38, Güz, 2011, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 424-442.

Temel A, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Tükiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, C.30, S.2, 2019, Darulfunun İlahiyat, ss. 311-336.

Türcan T, “Fıkıhdan İslam Hukukuna, Fıkhın İslam Hukukuna Evrilme Süreci Hakkında Bazı Düşünceler”, S. 6, 2005, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, ss.11-22.

Türcan T, “Şeriat”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 38, İstanbul, 2010, ss. 571-574.

Uğur S M, “Hanefi Mezhebinde Mezhep İçi Tercih ve Usulü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2017.

Yurtseven Y, “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, Konya 2023, ss. 199-250.

Zaini Nasohah, “Perceraian Secara Khul': Peruntukan Serta Pelaksanaannya Menurut Enakmen Undang-undang Keluarga Islam Negeri Johor (Kajian Kes 1995-1997)”, C. 8, S. 2, 2000, Jurnal Syariah ss. 123-138.

İnternet Kaynakları:

<http://kelantan.jksm.gov.my/jksn/index.php/component/content/article/21-joomla/components/216-harta-sepencarian?Itemid=951>
(s.e.t.: 19.09.2023)

<http://kelantan.jksm.gov.my/jksn/index.php/component/content/article/21-joomla/components/216-harta-sepencarian?Itemid=951>
(s.e.t.: 19.09.2023)

http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_act_ori_lib.nsf/b3ac9c218c8efdc4482568310022d8b3/4627630dac2376cd48256bf9000546a5?OpenDocument (s.e.t. 02.10.2023)

<https://glosbe.com/en/ms/sharia> (s.e.t. 03.10.2023)

<https://glosbe.com/tr/ms/şeriat> (s.e.t. 03.10.2023)

<https://glosbe.com/tr/ms/الشريعة> (s.e.t. 03.10.2023)

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/N%C3%BBR-Sûresi/2797/6-9-ayet-tefsiri> (s.e.t. 03.10.2023)

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Nis%C3%A2-Sûresi/525/32-ayet-tefsiri> (s.e.t. 03.10.2023)

<https://muftiwp.gov.my/en/artikel/al-kafi-li-al-fatawi/3624-al-kafi-1341-is-it-permissible-to-use-mock-up-cheque-as-mas-kahwin-dowry-during-marriage-solemnization> (s.e.t. 03.10.2023).

<https://muftiwp.gov.my/en/artikel/al-kafi-li-al-fatawi/4104-al-kafi-1573-the-role-of-wali-in-the-marriage-of-a-widow> (s.e.t. 0.10.2023)

<https://muftiwp.gov.my/en/artikel/irsyad-fatwa/irsyad-fatwa-umum-cat/2060-irsyad-al-fatwa-series-21-sighah-ta-liq> (s.e.t. 03.10.2023)

[https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10_akta/perlembagaan_p
ersekutuan/federal_constitution.pdf](https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10_akta/perlembagaan_p
ersekutuan/federal_constitution.pdf) (s.e.t. 02.10.2023).

[https://www.malaymail.com/news/malaysia/2018/06/27/penang-
mufti-country-must-not-be-restricted-to-just-one-school-of-islamic-
j/1646054](https://www.malaymail.com/news/malaysia/2018/06/27/penang-
mufti-country-must-not-be-restricted-to-just-one-school-of-islamic-
j/1646054) (s.e.t. 03.10.2023)

[https://www.malaymail.com/news/malaysia/2019/09/12/constitution-
does-not-specify-islam-as-exclusively-sunni-and-shafie-suhakam/1789835](https://www.malaymail.com/news/malaysia/2019/09/12/constitution-
does-not-specify-islam-as-exclusively-sunni-and-shafie-suhakam/1789835)
(s.e.t. 03.10.2023)

“DATAİZM”E KARŞI VERİ GÜVENLİĞİ VE ADALETİ*

Data Justice and Security Against “Dataism”

Öğr. Gör. Dr. Ayşe YAŞAR ÜMÜTLÜ**
Doç. Dr. Önder Aytaç AFŞAR***

Öz: Dataizm ve veri adaleti, teknoloji dünyasında birbirine zıt iki paradigma haline gelmiş durumdadır. Dataizm genellikle kişisel verilerin toplanması ve optimizasyonunun aralıksız takibiyle ilişkilendirilir. Veriye dayalı karar vermenin, otomasyonun ve teknolojinin toplumsal ilerlemeye yol açacağı anlayışıyla karakterize edilir. Bu nedenle dataizm savunucuları, verimlilik, kolaylık ve yenilik umuduyla ne kadar çok veri toplanır ve işlenirse hayatlarımızın o kadar iyi olacağını iddia etmektedirler. Fakat veri adaleti anlayışı, ilkesiz bir veri toplayıcılığına kesinlikle tezat bir fikri savunmaktadır. Veri ekosisteminde adalet, eşitlik ve bireysel hakların ve mahremiyetin korunması ilkelerine dayanması gerektiğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla veri adaleti savunucuları, veriye ilgili eşitsizliklerin, algoritmalarındaki önyargı ve ayrımcılık potansiyelinin ve bireylerin refahı pahasına gözetim veya kâr amacıyla verilerin kötüye kullanılmasının ciddiyetle dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadırlar. Bu makalede, veri merkezli yaklaşımların etik ve sosyal sonuçlarını irdelerek bu iki paradigma arasındaki gerilimi araştırılmıştır. Veriye dayalı verimlilik ile bireysel ve toplumsal hakların korunması arasındaki dengeler hakkında soruları gündeme getirilmiştir. Verilerin hayatımızda giderek daha merkezi bir rol oynadığı bir çağda, vericilik veya veri toplayıcılığına karşı veri adaleti perspektiflerini anlamak ve uzlaştırmak, daha adil ve sorumlu bir veri geleceğini şekillendirmek için hayati önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Hukuk Felsefesi, Cyber Hukuk, Veri Adaleti, Dataizm.

Abstract: Dataism and data justice have become two opposing paradigms in the technology world. Often associated with the relentless pursuit of the collection and optimization of personal data, dataism is characterized by the understanding that data-driven decision-making, automation, and technology will lead to social progress. In this context, proponents of data collection claim that the more data is collected and processed, the better our lives will be, in the hope of efficiency, convenience, and innovation. But the notion of data justice advocates an idea that is absolutely at odds with unprincipled data collection. It emphasizes that the data ecosystem should be based on the principles of justice, equality and protection of individual rights and privacy. Data justice advocates therefore emphasize that data-related inequalities, the potential for bias and discrimination in algorithms, and the misuse of data for surveillance or profit at the expense of individuals' well-being must be seriously considered. This article explores the tension between these two paradigms by examining the ethical and social implications of data-centered approaches. It raises questions about the balance between data-driven efficiency and the protection of individual and societal rights. In an era where data plays an increasingly central role in our lives, understanding and reconciling data justice perspectives on dataism versus data harvesting is vital to shaping a more just and responsible data future.

Key Words: International Law, Philosophy of Law, Cyber Law, Data Justice, Dataism.

* Bu makale Türk Alman Üniversitesi tarafından, İstanbul'da düzenlenen 2. ASTANA Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilimler Sempozyumunda sunulmuş bildirinin ortak yazarla birlikte genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet MYO
ayumutlu@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9500-5338

*** Selçuk Üniversitesi İİBF, onderafsar@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1394-3975.

Makale Geliş Tarihi: 22.01.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483346



GİRİŞ

Giderek dijitalleşen dünyamızda veriler, nasıl yaşadığımızı, çalıştığımızı ve etkileşimde bulunduğumuzu etkileyen merkezi bir oyuncu haline geldi.¹ Dataizm ve veri adaleti, verilerin kullanımı ve kontrolüne yönelik iki zıt yaklaşımı savunur ve temsil eder.² Genellikle veri merkezli bir dünya görüşüyle ilişkilendirilen dataizm, optimizasyon ve yenilik için verilerin toplanmasını ve kullanılmasını vurgularken, veri adaleti, faydaların bireyler ve toplum arasında adil bir şekilde dağıtılmasını sağlayarak verilerin daha etik ve eşitlikçi bir şekilde kullanılmasını gerektirir.³ Bu makale, bu yönde devam eden tartışmalara ışık tutarak, dataizm ve veri adaletinin temel ilkelerini ve sonuçlarını sorgulamayı amaçlıyor.

Dataizm özü itibariyle verinin dönüştürücü gücüne olan bir inançtır. Bu yaklaşımın savunucuları, verilerin etkili bir şekilde kullanıldığında sağlık ve ulaşımdan pazarlama ve kişisel deneyimlere kadar yaşamın çeşitli yönlerini optimize edebileceğini savunuyor. Dataizm, ifadesini Büyük Veri'nin yükselişinde ve güçlü öngörülerle kararlar almak için devasa veri kümelerini tarayan algoritmalarda buluyor.⁴ Savunucuları, bu yaklaşımın benzeri görülmemiş bir ilerleme ve verimliliğe yol açabileceğini savunuyor.⁵ Ancak vericiliğin harekete benimsenmesi çoğu zaman mahremiyet, gözetim ve güç dengesizliği potansiyeline ilişkin endişeleri de artırıyor.

Öte yandan, tam bu noktada veri adaleti bu kaygılara bir yanıt niteliğindedir. Verilerin etik ve adil bir şekilde ele alınması ve bunun bireyler ve toplum üzerindeki etkisi etrafında yoğunlaşır.⁶ Veri adaleti savunucuları, veri toplarken ve kullanırken şeffaflık, rıza ve kontrol

¹ Gillian Youngs, "Digital World: Connectivity, Creativity and Rights", Digital World, Routledge, 2013, p. 17–30.

² Christopher Lee Adamczyk, "Communicating Dataism." *The Review of Communication*, vol. 23, no. 1, 2023, pp. 4–20.; Ted Peters, "The Deluge of Dataism: A New Post-Human Religion?" *Dialog: a Journal of Theology*, vol. 56 no. 3, 2017, pp. 211–213.

³ Jose Van Dijck, "Datafication, Dataism and Dataveillance: Big Data Between Scientific Paradigm and Ideology", *Surveillance & Society*, vol.12 no.2, 2014, p. 197–208.

⁴ Ales Završnik, "A. Algorithmic Justice: Algorithms and Big Data In Criminal Justice Settings", *European Journal of Criminology*, vol. 18, no.5, 2021, p. 623–642.; Linet Taylor, "What Is Data Justice? The Case for Connecting Digital Rights and Freedoms Globally", *Big Data & Society*, vol. 4, no.2, 2017; Ayrıca bkznz, Christine Borgman, *Big Data, Little Data, No Data: Scholarship In The Networked World*, The MIT Press, 2015.

⁵ Bknz, Frank Ohlhorst, *Big Data Analytics:Turning Big Data Into Big Money* (1st edition), 2013; Walker, Russell, *From Big Data to Big Profits: Success with Data and Analytics*, Oxford University Press, 2015.

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199378326.001.0001>.

⁶ Streib Emmert/ Frank Dehmer / Olli Yli-Harja, "Against Dataism and for Data Sharing of Big Biomedical and Clinical Data with Research Parasites", *Frontiers in Genetics*, vol. 7, 2016, p.154–154.

ihtiyacını vurguluyor.⁷ Bu da demek oluyor ki, vericilik çağında bireyler, verilerinin nasıl kullanılacağı konusunda söz sahibi olmalı ve bu kullanım karşılığında adil ücret veya faydaları almaları gerekir.

Veri adaleti aynı zamanda verilerde ve algoritmalarda ayrımcılığın sürmesine neden olabilecek veya belirli gruplara dezavantaj yaratabilecek önyargıların ortadan kaldırılmasını da gerektirir. Bu bakımdan vericilik ve veri adaleti arasındaki tartışma basit bir ikili seçim değil, oldukça karmaşık bir yelpazedir.⁸ Bu iki yaklaşım arasında bir denge kurmak, veriye dayalı uyumlu bir gelecek için çok önemlidir. Çünkü bu denge, bireysel hakların korunmasını ve sosyal adaletsizliklerin önlenmesini sağlarken, vericiliğin bulunduğu yenilik ve ilerleme potansiyelini de hesaba katmalıdır. Böyle bir dengeye ulaşmak için birkaç önemli hususun ele alınması gerekir. Öncelikli olarak, veri yönetişimi ve düzenlemesi kritik bir rol oynamaktadır. Hükümetlerin ve uluslararası kuruluşların veri toplama, depolama ve kullanıma ilişkin açık kanunlar ve yönergeler oluşturması gerekmektedir. Bu düzenlemeler bireysel mahremiyeti korumalı, veri tekellerini önlemeli ve algoritmalarındaki ayrımcılık ve önyargı sorunlarını ele almalıdır.⁹

Bir diğer unsur, kamu farkındalığı ve dijital okuryazarlıktır. Yani bireyler, verilerinin değeri ve vericiliğin olası riskleri ve faydaları konusunda eğitilmelidir. Bilgili vatandaşlar, verilerini paylaşma konusunda daha iyi kararlar alabilir ve veri adaleti hareketine aktif olarak katılabilir.¹⁰

Ayrıca, teknoloji sektörünün kendisinin etik standartları ve uygulamaları benimsemesi gerekiyor. Bu da demek oluyor ki; teknoloji şirketleri, iş modellerinde verilerin sorumlu ve adil kullanımına öncelik vermeli, kârı mahremiyet ve eşitliğin önünde tutan sömürücü uygulamalardan kaçınmalıdır. Makalenin devamında bu üç unsur tartışılacaktır.¹¹

⁷ Jane Andrew/Max Baker, “The General Data Protection Regulation in the Age of Surveillance Capitalism”, *Journal of Business Ethics*, vol.168, no.3, 2021, p. 565–578; bk, “Consumer Advocate and Data Network Call for Transparency and Control in Data Sharing”, In *Targeted News Service*, Targeted News Service, 2021.

⁸ Lina Dencik ve diğerleri, “Data and Social Justice”, *Data Justice*, SAGE Publications, Limited, 2022, p. 123.

⁹ Linet Taylor, “What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally”, *Big Data & Society*, vol.4, no.2, 2017, p.205395171773633.

¹⁰ Cara Pavek/ Michelle Vaughan, “Digital Reading Check-ins: Supporting Independent Digital Reading.” *The Reading Teacher*, vol. 76, no. 5, 2023, p. 653–57.

¹¹ Hans Oberdiek, “Ethics in Technology: A Philosophical Study by Topi Heikkerö (review).” *Technology and Culture*, vol. 55, no. 4, 2014, p. 995–96; Ayrıca bkz, Topi Heikkerö, *Ethics in technology: a philosophical study*, Lexington Books. 2012.

I. VERİ YÖNETİŞİMİ VE DÜZENLEMESİ

Veri ve veri yönetimi teknikleri, kuruluşlara ve bunların içinde yer aldığı bağlamlara giderek daha fazla nüfuz ediyor.¹² Mobil cihazların evrimi, sosyal ağların başarısı ve ticari/kişisel hizmetlerin dijitalleşmesi, çok büyük ve sürekli bir Kişisel Veri (PD) üretimi ve depolanmasıyla sonuçlandı.¹³ Verilerin yeni uygulama biçimleri için yakıt görevi gördüğü dengeli bir PD ekosisteminin yaratılması bu açıdan son derece önemlidir.¹⁴ Nitekim bireylerin mahremiyetini korumak için veri kullanımına kısıtlamalar getirilmesi gereken kullanıcı merkezli bir paradigmaya doğru geçişi sağlaması konusunda yönlendirilmesi gerekiyor. Üçüncü kişilerin PD'yi doğrudan toplaması, yönetmesi ve kullanma olasılığı, PD yönetiminde hem teknik hem de düzenleyici yeni sorunları ortaya çıkarmaktadır. Belirsizlik özellikle birden fazla konuyla ilgili ortaya çıkar; örneğin, değerli verilerin kullanıcı merkezli bir paradigmada korunması, hak sahiplerinin gizliliğini sağlamak için yadsınmaz bir gerekliliktir. Güvenilir yönetimlerini kullanıcı merkezli bir model bağlamında düzenlemek için teknik bir yaklaşım sağlayarak yöntemlerin uygunluğunun tartışılması gerekiyor.¹⁵ Bu bağlamda kamu farkındalığı, dijital vatandaşlık ve dijital haklara dair açıklama ve düzenlemeler önem kazanıyor.

II. KAMU FARKINDALIĞI VE DİJİTAL VATANDAŞLIK, DİJİTAL HAKLAR, DİJİTAL OKURYAZARLIK

Dijitalleşme sosyal, politik ve ekonomik çevrelerimizle iletişim ve etkileşim biçimimizi de değiştirdi. Mahremiyet ihlalleri, artan veri gözetimi, dijital olan ticari ve sivil işlemler ve demokratik alanın erozyonu, modern toplumlardaki karmaşık sorunlardan sadece birkaçıdır. Bu karmaşık konuları

¹² Ahmed A. Elngar, “Adaptive Internet of Things and Machine Learning Techniques for Managing the Complexity of Intelligent Systems Big Data.” *Journal of Intelligent & Fuzzy Systems*, 2021, p. 1–1; Ayrıca bknz. April Reeve, *Managing Data in Motion: Data Integration Best Practice Techniques and Technologies*, 1st edition, Morgan Kaufmann, 2013.

¹³ Alexey Borisov/ Danilova Sayaana, “Protection of Personal Data in Databases and Computer Programs.” *E3S Web of Conferences*, vol. 284, 2021, p. 4001.

¹⁴ Yu. K Yazov ve diğerleri, “Improving An Algorithm For Detection Of Urgent Threats To Security Of Personal Data When They Are Processed In Information Systems Of Personal Data.” *Telecommunications & Radio Engineering*, vol. 71, no. 5, 2012, p. 455–63.

¹⁵ Stefania Gnesi ve diğerleri, “My Data, Your Data, Our Data: Managing Privacy Preferences in Multiple Subjects Personal Data”, *Privacy Technologies and Policy*, Springer International Publishing, 2014, pp. 154–71; “Managing Data Protection: 2nd Edition, by Chris Pounder/ Freddie Kosten, 1992 (Butterworth-Heinemann Publishers and Hoskyns Groups, Hardcover),” *Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice*, vol. 8, no. 5, Elsevier Ltd, 1992, p. 225–225.; ayrıca bk. Chris Pounder/ Freddie Kosten, *Managing Data Protection*, 2nd ed., Butterworth-Heinemann, 1992; John B. Kennedy, *Cybersecurity and Privacy in Business Transactions*, Bureau of National Affairs, 2015.

analiz etmek için üç normatif kavram¹⁶, bu alanla ilgili tartışılmaya devam etmektedir. Bunlar, dijital vatandaşlık¹⁷, dijital haklar¹⁸ ve dijital okuryazarlık.¹⁹

Bu üç terim, bireylerin dijital medyanın aracılık ettiği toplumlarda yaşamayı nasıl öğrendiklerini (hem politikada hem de günlük sosyal etkileşimlerde) teorileştiren ve hayata geçiren epistemolojik ve ontolojik çerçeveyi ortaya koyuyor.

A. DİJİTAL VATANDAŞLIK

Vatandaşlık potansiyelimiz artarken aynı zamanda benzeri görülmemiş miktarda kişisel verinin toplanıp analiz edilmesine de olanak tanıdı. Bu nedenle aktif dijital vatandaşlık yaklaşımları, vatandaşların izlenmesi ve profilinin çıkarılmasına yönelik uygulamalar da içeriyor. Veriye Dayalı Bir Toplumda Dijital Vatandaşlık, veri toplama ve işleme ile tanımlanan bir çağda yeni bir vatandaşlık anlayışı gerektirmektedir.²⁰

Hintz, Dencik ve Wahl-Jorgensen gibi alanda ilk çalışmaları yapan isimler dijital vatandaşlığı şekillendiren normların ve ideolojilerin yanı sıra toplumsal güçlerin de izini bu bağlamda süren araştırmacılar olarak karşılaştığımız isimlerdir.²¹ Düzenleyici yönde sınırların ne olabileceği, kamusal tartışmalar ne yönde sürdürülmesi gerektiği, vatandaşların bilgi ve anlayışının geliştirilmesi için neler yapılabileceği, muhalefet ve direniş olasılıklarını, ayrıca dijital vatandaşlığın oluştuğu koşulları ve verileştirme çağında nasıl geliştirilebileceğini araştırmalarına yansıtılmaktalar. Kapsamlı ampirik araştırmalara dayanan dijital vatandaşlık, büyük veri ve gözetim konusundaki bu tartışmaların takip edilmesi oldukça önemli.

Delaysıyla dijital vatandaşlık, teknolojiyle ilgili insani, kültürel ve toplumsal konuların dikkate alınması ve bu yönde anlaşılması, yasal ve etik davranışların uygulanmasıdır. Dijital vatandaş, topluma, siyasete ve

¹⁶ Luci Pangrazio/ Julian Sefton-Green, "Digital Rights, Digital Citizenship and Digital Literacy: What's the Difference?", *Journal of New Approaches in Educational Research*, vol. 10, no. 1, 2021, p. 15–27.

¹⁷ Marialice Curran and Mike Ribble, "P–20 Model of Digital Citizenship." *New Directions for Student Leadership*, vol. 2017, no. 153, 2017, p. 35–46; bk. Suzan Bearden, *Digital citizenship: a community-based approach*, Corwin, 2016.

¹⁸ Fourie Ina, "Book Review: Digital Rights Management: A Librarian's Guide to Technology and Practice." *Webology*, vol. 5, no. 4, Webology Center, 2008, p. b19; Bknz. Agnew Grace, *Digital rights management: a librarian's guide to technology and practise*, Chandos Pub, 2008.

¹⁹ "Digital Literacy: Tools and Methodologies for Information Society." *Electronic Library*, vol. 27, no. 1, 2009, p. 193–94; Ayrıca bknz. Pier Cesare Rivoltella, *Digital literacy: tools and methodologies for information society*, IGI Global, 2008.

²⁰ Alex Örtgren, "Philosophical Underpinnings of Digital Citizenship Through A Postdigital Lens: Implications For Teacher Educators' Professional Digital Competence", *Education and Information Technologies*, 2023.

²¹ Johan Farkas, "Hintz, A., Dencik, L., & Wahl-Jørgensen, K. (2019), *Digital citizenship in a datafied society*, Cambridge: Polity Press, 193 pp.", *Communications*, vol.45, no.4, 2020, p. 503-505.

hükümete katılmak için bilgi teknolojisini (BT) kullanan kişidir.²²Dijital vatandaşlık aynı zamanda eleştirel düşünmek, güvenli davranmak ve dijital dünyaya sorumlu ve etik bir şekilde katılmakla da ilgilidir.²³ Nasıl ki, örneğin resmi vatandaşlık, bir toplumdaki tüm vatandaşların belirli şekillerde davranması yönünde beklentileri olduğu anlamına gelir. Bunun için, başkalarına yardım etmek, uygun şekilde davranmak veya suç faaliyetlerini bildirmek gibi vazifeler önemlidir. Dijital dünyaya katılan herkesin “dijital vatandaş” olmanın ne anlama geldiğini de öğrenmeye dair beklentileri olmalıdır. Mevcut mevzuatın, dijital vatandaşlık, internet güvenliği ve medya okuryazarlığı eğitimleri için en iyi uygulamaları, kaynakları ve modelleri geliştirecek eğitimciler, yöneticiler ve araştırmacılardan oluşan devlet temelli bir dijital vatandaşlık için bu bakımdan sürekli desteklenmesi gerekmektedir.²⁴

B. DİJİTAL HAKLAR

Dijitalleşme çağında hukukun temel hakları koruyacak ve kollayacak şekilde uyarlanması gerekiyor. İfade özgürlüğü ve mahremiyetle yakından bağlantılı olan dijital haklar, insanların dijital medyaya erişmesine, kullanmasına, oluşturmasına ve yayınlamasının yanı sıra bilgisayarlara, diğer elektronik cihazlara ve iletişim ağlarına erişmesine ve bunları kullanmasına olanak tanıyan haklardır.²⁵

Dijital haklar, Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde belirtilen ve çevrimiçi dünyaya uygulanan hakların aslında bir uzantısıdır. Temel amacı, internete erişimi garanti altına almak ve ağın tüm insanlığın ortak varlığı olarak uygun şekilde kullanılmasını sağlamaktır. Ancak internetteki insan haklarına ilişkin bir kararın ötesinde uluslararası fikir birliğinin olmayışı, her ülkenin kendi Dijital Haklar Şartını geliştirmesine yol açmıştır.²⁶

²² Luci Pangrazio/ Julian Sefton-Green, “Digital Rights, Digital Citizenship and Digital Literacy: What’s the Difference?” Journal of New Approaches in Educational Research, vol. 10, no. 1, 2021, p.15–27.

²³ Titan Istiah Herwati/ Puspanda Hatta, “Exploration of Critical Thinking Skills in Digital Citizenship Course Through Online Learning”, Indonesian Journal of Informatics Education, vol.4, no.1, 2021, p.17–23.

²⁴ Avrupa Konseyi Program Ofisi Ankara, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi, Türkiye’de Dijital Vatandaşlık Eğitimini Destekliyor, Erişim Linki: <https://www.coe.int/tr/web/ankara/-/the-european-union-and-the-council-of-europe-supporting-digital-citizenship-education-in-türkiye> (s.e.t : 1.11.2023);

Ayrıca bknz, Damian Bielicki ve diğerleri, Regulating Artificial Intelligence In Industry, Routledge, 2022

²⁵ Bknz, Kristian Syversen, Digital Rights Management: Promises, Problems And Alternative Solutions. Institutt for rettsinformatikk: Unipub, 2005.

²⁶ Anupam Chander/ Molly Land, “United Nations General Assembly Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age”, International Legal Materials, vol. 53, no. 4, 2014, p. 727–31; Daniela González Iza, “Human Rights In The Digital Era: Challenges And Opportunities From The United Nations Human Rights System”, Malim : Jurnal Pengajian Umum Asia Tenggara, vol. 22, no. 1, 2021, p. 1–13.

Buna rağmen Avrupa Birliği (AB) gibi uluslarüstü kuruluşlar, en azından kişisel verilerin korunması hakkı konusunda ortak bir çerçeve önermektedir. Örneğin 2018 yılında yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Yönetmeliği (GDPR), üye ülkelere hem vatandaşların kişisel verilerini koruma hem de verilerin serbest dolaşımına izin verme zorunluluğu getiriyor. ABD'de ise aksine federal bir veri koruma kanunu yoktur ve her eyalet farklı düzenlemeler uygulamaktadır. Dünyada kişisel verileri ve internetteki bilgiye erişimi koruyan bir tür mevzuata sahip 120'den fazla ülke var. Avrupa Komisyonu, 2022 yılında tüm Avrupa vatandaşlarının haklarını kapsayan, dijital dünyadaki vatandaşlarının haklarının korunmasına ilişkin bir Bildiri yayınladı.²⁷

Bildiride yer alan temel konular;

- * Dijital dönüşümün merkezine insanı yerleştirmek
- * Dayanışma ve kapsayıcılık
- * Bağlanabilirlik
- * Dijital eğitim, öğretim ve beceriler
- * Adil ve hakkaniyetli çalışma koşulları
- * Online dijital kamu hizmetleri
- * Tercih özgürlüğü
- * Algoritmalar ve yapay zekâ sistemleriyle etkileşimler
- * Adil bir dijital ortam
- * Dijital kamusal alana katılım
- * Güvenlik, emniyet ve güçlendirme
- * Korunmalı, güvenli ve emniyetli bir dijital ortam
- * Mahremiyet ve veri üzerinde bireysel kontrol
- * Dijital ortamda çocukların ve gençlerin korunması ve güçlendirilmesi
- * Sürdürülebilirlik

Bunlar içinde değinilmesi gereken en önemlilerine ifade etmek gerekirse,

Evrensel ve eşit erişim hakkı: İnsanların gelirlerine, coğrafi konumlarına veya engellerine bakılmaksızın internete erişebilmeleri ile ilgilidir.²⁸

İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğü hakkı: Hükümetler iletişim ve özgür örgütlenme hakkını ihlal edecek şekilde web sitelerini veya sosyal ağları

²⁷ Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade, OJ C 23, Erişim Linki: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2023.023.01.0001.01.ENG\(s.e.t.23.01.2023\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2023.023.01.0001.01.ENG(s.e.t.23.01.2023)); Ayrıca bknz, Mariusz Krzysztofek, Post-Reform Personal Data Protection in the European Union: General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, Wolters Kluwer, 2017.

²⁸ Ian Grout, "Towards a Universally Accessible Laboratory for the Teaching and Learning of Electronic and Computer Engineering", Online Engineering and Society 4.0, Springer International Publishing, 2021, vol.298, p. 502–513.

engellediğinde veya ifade ve bilgi edinme özgürlüğüne aykırı olarak içeriği sansürlediğinde bu temel insan hakları internette de korunabilmesini savunur.²⁹

Gizlilik ve veri koruma: Vatandaşlar, kişisel verilerini kimin sakladığını kontrol edebilmeli ve bunları istedikleri zaman silebilmelidir. Gizlilik hakkı internette kimlik bilgilerinin çalınması, kişisel verilere el konulması ve bunların finansal kazanç amacıyla kullanılması gibi pek çok açıdan tehdit altındadır.³⁰

Anonimlik hakkı: Anonimlik ve iletişimin şifrelenmesi hakkı, özellikle internette güvenilir ve emniyetli işlemler için gerekli olan şifreli mesajların ve iletişimlerin gönderilmesini tanımlar.³¹

Unutulma hakkı: Bu, bir kişinin özel bilgilerinin İnternet aramalarından, veritabanlarından ve rehberlerden kaldırılması hakkıdır. Şu anda AB tarafından GDPR'de bir 'silme hakkı' olarak tanınmaktadır.³²

Küçüklerin korunması: Hükümetler, çocuk pornografisinde olduğu gibi, yalnızca çocukların internette korunmasını sağlamakla kalmamalı, aynı zamanda şirketlerin çocuk haklarını ihlal etmeden güvenli erişimi garanti altına alacak araçları da temin etmesi ile ilgilidir.³³

Fikri mülkiyet: Yazarlara, halihazırda kamuya açık olan eserlere ücretsiz erişim garanti edilirken, sanatsal veya edebi çalışmalarının

²⁹ Marko Ala-Fossi ve diğerleri, "Operationalising Communication Rights: The Case of a "digital Welfare State"." *Internet Policy Review*, vol. 8, no. 1, 2019, p. 1–17; bkz. <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information#:~:text=You%20have%20the%20right%20to,opinions%20and%20expressions%20of%20others>, (Erişim Tarihi: 1.11.2023)

³⁰ Ana Beduschi, "Digital Identity: Contemporary Challenges for Data Protection, Privacy and Non-Discrimination Rights", *Big Data & Society*, vol. 6, no. 2, 2019, p. 205395171985509; Bkz. <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/privacy-and-data-protection> (Erişim Tarihi: 1.11. 2023)

³¹ Evgeni Moyakine, "Online Anonymity in the Modern Digital Age: Quest for a Legal Right", *Journal of Information Rights, Policy, and Practice*, vol. 1, no. 1, 2016; Cheng-Chi Lee, ve diğerleri, "A Novel Authentication Scheme for Anonymity and Digital Rights Management Based on Elliptic Curve Cryptography." *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, vol. 11, no. 1, 2019, p. 96–117, bkz. https://www.eff.org/files/filenode/unspecialrapporteurfoe2011-final_3.pdf, (Erişim Tarihi: 1.11.2023)

³² S. N. Revina/ A. L. Zaharov, The Transformation of Human Rights in the Information Society Connected with the Formulation of the «Right to be Forgotten» by the European Court of Justice, *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol.6, no.6 S3, 2015, p. 399.

³³ Majid Yar, "Protecting Children from Internet Pornography? A Critical Assessment of Statutory Age Verification and Its Enforcement in the UK." *Policing: an International Journal of Police Strategies & Management*, vol. 43, no. 1, 2020, p. 183–97, <https://doi.org/10.1108/PIJPSM-07-2019-0108>; bkz. <https://www.coe.int/fi/web/commissioner/-/protecting-children-s-rights-in-the-digital-world-an-ever-growing-challen-1>, (s.e.t. 1.11.2023)

tanınması ve bunların kullanımı karşılığında ücret alma hakkı garanti edilmesi ile ilgilidir.³⁴

Siber güvenlik ve dijital hakların ihlal edilmesi durumunda nasıl davranılacağı: Siber güvenlik, öncelikli olarak iletişimlerin şifrelenmesi yoluyla mahremiyetlerinin korunması yoluyla bireylerin dijital haklarını kullanma özgürlüğünü sağlamak için gereklidir.³⁵ Peki dijital haklar ihlal edilirse neler yapılabilir? Bu, bir şirketin kişisel verilerimizi satması veya ifşa etmesi veya diğerlerinin yanı sıra yetkisiz erişim olması anlamına gelir.

“Siber Haklar Mevzuatı”³⁶nın bulunduğu çoğu ülkede bu tür suçlar mahkemeye taşınabilmektedir. AB örneğinde, üye ülkelerin, ihlalleri araştıran ve kovuşturan, ihlallere yaptırımlar uygulayan Avrupa Veri Koruma Komitesi (EDPC) gibi organları veya Avrupa Veri Koruma Denetçisi (EDPS) gibi yetkilileri vardır.³⁷

C. DİJİTAL OKURYAZARLIK

Dijital okuryazarlık becerileri, “kullanıcıların bilgileri bulması, değerlendirmesi, organize edebilmesi, oluşturması ve iletmesi; teknolojiyi kullanırken dijital vatandaşlığın ve dijital vatandaşlığın sorumlu kullanımını geliştirebilmesi” anlamında kullanılan bir kavramdır ve dijital çağda gerekli olan çok çeşitli beceri ve bilgileri kapsar.³⁸

Dijital okuryazarlığın en önemli yönlerinden bazıları şunlardır: Temel bilgisayar becerilerini yani klavyeyi, fareyi ve yaygın yazılım uygulamalarını kullanmak da dahil olmak üzere bir bilgisayarın nasıl çalıştırılacağını anlamak. İnternette yeterlilik anlamında, nasıl gezinileceğini, bilgi aramayı ve web tarayıcılarını etkili bir şekilde kullanmayı bilmek. Çevrimiçi güvenlik ve güvenlik farkındalığını taşımak yani virüsler, kötü amaçlı yazılımlar,

³⁴ Tarık Mete Çanga, “İnternette Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması”, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Internette-Fikir-ve-Sanat-Eserleri-Uzerindeki-Hakların-Korunması-Tarik-Mete-CANGA.pdf>, (s.e.t. 1.11.2023)

³⁵ Michael Gallaher ve diğerleri, *Cyber Security Economic Strategies and Public Policy Alternatives* [Review of Cyber security economic strategies and public policy alternatives]. *Études Internationales*, vol. XL, no.1, 2009, p. 145–145; Michael Gallaher, M. P., Link, A. N., & Rowe, B. *Cyber Security : Economic Strategies And Public Policy Alternatives*. Edward Elgar, 2008

³⁶ *Cybersecurity Laws and Regulations USA 2023*, Erişim Linki: <https://iclg.com/practice-areas/cybersecurity-laws-and-regulations/usa>, (s.e.t. 1.11.2023)

³⁷ *European Data Protection Board*, Erişim Linki: https://edpb.europa.eu/edpb_en, (s.e.t. 12.11.2023)

³⁸ Maíra Rocha Santos/Marília Miranda Forte Gomes, “Lifelong Digital Learning: “Computer Literacy,” “Digital Literacy,” And “Digital Competence” As Dimensions For Digital Skills.” *RGSA : Revista de Gestão Social e Ambiental*, vol. 18, no. 1, 2023, p. e04403.

kimlik avı gibi potansiyel çevrimiçi tehditlerin ve kişisel bilgilerin nasıl korunacağını farkında olmak.³⁹

Çevrimiçi olarak bulunan bilgileri doğruluk ve güvenilirlik açısından değerlendirme ve dijital içerik hakkında eleştirel düşünme yeteneği geliştirebilmek. Bu bakımdan yine metin, resim, ses ve video dahil olmak üzere farklı medya türlerinin nasıl oluşturulduğunu ve tüketildiğini anlamak ve medya mesajlarını eleştirel bir şekilde analiz edebilmek.⁴⁰ Veri Gizliliği bağlamında kişisel verileri korumanın önemini ve çeşitli çevrimiçi platformlarda gizlilik ayarlarının nasıl yönetileceğini anlamak. Siber Zorbalıklara karşı Çevrimiçi tacizi, siber zorbalığı ve saygılı çevrimiçi davranışın önemini tanımak ve bunlarla baş etmek.⁴¹

Çevrimiçi topluluklara ve sosyal medyaya nasıl sorumlu ve etik bir şekilde dahil olunacağını bilmek. Çeşitli alanlarda giderek önemi artan temel kodlama kavramlarına aşinalık. Yeni dijital araçlar ve teknolojiler geliştikçe öğrenme ve bunlara uyum sağlama yeteneğini edinmek. Dijital bilgiyi araştırma ve problem çözme amacıyla etkili bir şekilde bulabilmek, değerlendirebilmek ve kullanabilmek. E-posta, sosyal medya ve video konferans dahil olmak üzere dijital platformlar aracılığıyla açık ve profesyonel bir şekilde nasıl iletişim kurulacağını bilmek.⁴²

Fikri mülkiyet haklarını, telif hakkı yasalarını ve dijital içeriğin yasal ve etik olarak nasıl kullanılacağını anlamak. Dijital okuryazarlık, modern dünyadaki bireyler için çok önemlidir; çünkü dijital topluma katılmalarına, bilinçli kararlar almalarına ve dijital araçları ve kaynakları etkili bir şekilde kullanmalarına olanak tanır. Dolayısıyla teknoloji ilerledikçe gelişmeye devam eden bir beceri setidir.⁴³

III. TEKNOLOJİ SEKTÖRÜNÜN ETİK STANDARTLARININ OLUŞTURULMASI

Halkın teknoloji sektörüne olan güveni azalıyor ve buna karşılık teknoloji şirketleri ve hükümetler "teknoloji etiğini" savunmaya başladı.⁴⁴ Yani yeni teknolojileri etik bir şekilde tasarlamayı, geliştirmeyi, dağıtmayı ve

³⁹ Joel Breakstone ve diğerleri, "Why We Need A New Approach To Teaching Digital Literacy", Phi Delta Kappan, vol.99, no.6, 2018, p. 27–32.

⁴⁰ Lauren Vilbert/ Lauren Cifuentes, "Digital Literacy and Critical Thinking" In The SAGE Encyclopedia of Educational Technology, vol. 1, 2015, p. 215–219.

⁴¹ Stewart Waters ve diğerleri, "Cyber Bullying, Social Media, and Character Education: Why It Matters for Middle School Social Studies", The Clearing House, vol. 93, no.4, 2020, p. 195–204.

⁴² Kawitsara Eumbunnapong, "An Intelligent Digital Learning Platform to Enhance Digital Health Literacy", International Journal of Emerging Technologies in Learning, vol. 17, no.4, 2022, p. 95–111.

⁴³ Brian Detlor ve diğerleri, "Community-Led Digital Literacy Training: Toward A Conceptual Framework", Journal of the American Society for Information Science and Technology, vol.73, no.10, 2022, p. 1387–1400.

⁴⁴ Gregory Robson ve diğerleri, Technology Ethics: A Philosophical Introduction And Readings, Routledge, 2023

kullanmayı taahhüt etmeye başladılar. Dolayısıyla, teknoloji etiğinin halihazırda yaygın bir patolojiye maruz kaldığını, teknoloji etiğinin temel uygulayıcıları olan teknoloji şirketlerinin bunu gönülsüzce ve hatta kısmen samimiyetsizce sürdürmeye teşvik edildiğini iddia eden çalışmalar var. Nitekim, bu sorunla mücadele etmek için kullanılacak stratejilerin neler olabileceği sorgulanması gereken bir diğer husustur.⁴⁵ Sosyo-teknik ortamlarda halkın da sorumluluk aldığı ve katılımının yeni bir biçimi olan "güven denetimlerini"⁴⁶ uygulamak bu konuda yapılan stratejik önerilerden biri olarak karşımıza çıkıyor. Dolayısıyla güven denetimleri nasıl yapılabilir, pratikte nasıl uygulanabilir ve teknoloji etiğini geliştirmeye yönelik diğer stratejilere nasıl uyum sağlayabileceklerine dair sorgulamalar gerekmektedir.

Bu yönde belli başlı uygulamalar, yaygın yöntemler ve çalışmalar:

1. Penetrasyon Testleri: Bilgisayar korsanlarının nasıl bir saldırı yapabileceğini simüle eden bu testler, sistemlerin güvenliğini değerlendirmek için kullanılır. Dışarıdan gelen saldırıları simüle eden sızma testleri, sistemlerin savunma mekanizmalarını test etmek için kullanılır.⁴⁷

2. Kod İncelemeleri: Yazılım kodlarının güvenliği ve uygunluğunu değerlendirmek için kod incelemeleri yapılır. Bu, hataları ve güvenlik açıklarını tespit etmek için önemli bir adımdır.⁴⁸

3. Ağ Güvenliği Taramaları: Ağ üzerindeki cihazların ve yazılımların güvenliğini kontrol etmek için tarayıcılar ve araçlar kullanılır.⁴⁹

4. Risk Değerlendirmeleri: Teknoloji sistemlerinin güvenliği ile ilgili riskleri tanımlamak ve sınıflandırmak için risk değerlendirmeleri yapılır.⁵⁰

5. Güvenlik Eğitimi ve Farkındalık: Çalışanlara güvenlik eğitimi verilir ve güvenlik farkındalığı artırılır.⁵¹

6. Veri Şifreleme ve Güvenliği Çözümleri: Verilerin şifrelenmesi ve güvenliği için çeşitli yazılım ve donanım tabanlı çözümler geliştirilir ve kullanılır.⁵²

⁴⁵ Iryna Yankovych, "Problems of Moral Education Technologies and Methods Implementation in Pedagogical Theory and Practice of Poland and Ukraine", Forum Pedagogiczne, vol. 5, no. 1, 2016, p. 227–33; Jing Liu, "Exploration and Practice of Moral Education Courses in Universities in Big Data Era", Advances in Multimedia, 2022, p.1–9.

⁴⁶ Nancy K. Lankton ve diğerleri, "Technology, Humanness, and Trust: Rethinking Trust in Technology", Journal of the Association for Information Systems, vol. 16, no. 10, 2015, pp. 880–918.

⁴⁷ <https://www.digitaldefense.com/solution-overview/test/>, (s.e.t. 12.11.2023)

⁴⁸ <https://www.digitalocean.com/blog/how-to-conduct-effective-code-reviews>, (s.e.t. 12.11.2023)

⁴⁹ <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/vulnerability-scanning>, (s.e.t. 12.11.2023)

⁵⁰ <https://www.weforum.org/publications/digital-safety-risk-assessment-in-action-a-framework-and-bank-of-case-studies>, (s.e.t. 12.11.2023)

⁵¹ "ERMProtect Adds Digital Games to Cyber Security Awareness Training Platform", In Information Technology Newsweekly, 2019, p. 248.

8. Güvenlik Standartları ve Uyumluluk: Belirli güvenlik standartlarına ve düzenlemelere uyum sağlamak için çalışmalar yapıyor. Bu çalışmalar teknoloji güvenliğini artırmak için kullanılan yaygın yöntemler olarak görülüyor. Ayrıca, sürekli olarak güncel kalınması ve güvenlik tehditlerine karşı proaktif bir yaklaşım benimsemek de önemlidir.⁵³

Tüm bunlarda mutlaka etik temelli desteklerin sağlanması gerektiği görülüyor ki, bu de sektörde çalışanların tespitinde uygulamalı etik sorunlarına yaklaşımlarının nasıl olduğu önceden tespit edilmesini gerektirir. Açıkcası bu alanda önemli ve ciddi neticeleri olabilecek konularda, henüz etik kabulleri insan hakları ihallerine karşı duyarlılık yönünde geliştirilmemiş olanların yer almamaları fikrini savunuyoruz. Elbette yeni teknolojik gelişmeler, daha iyi ve daha hızlı karar almayı, yeni bilgilerin keşfedilmesini ve yeni iletişim, etkileşim potansiyeli ile deneyimlenen gerçekliğin sürekli denetlenmesini gerektirecektir. Çünkü gelişen teknolojinin örneğin mahremiyet, ticari istismar, dikkat dağıtıcı unsurlar, dijital eşitsizlik ve neyin doğru ve gerçek olduğuna dair algımızın tahrip olması gibi konularda istenmeyen sonuçları olabileceği anlaşılıyor. Dijital dünya geliştikçe ve yaygınlaştığında bu etkilerin ne kadar şiddetli olacağı ve bunların nasıl önlenilebileceği veya hafifletilebileceği hakkında çok az şey biliniyor.

IV. VERİ ADALETİ

Hem ekonomik hem de insani kalkınmayı yansıtan dijital verilerin artan mevcudiyeti ve özellikle insanların teknolojik cihazları ve hizmetleri kullanımının bir neticesi olarak hızla yayılan veriler, politik ve pratik yaşamda insanların devlet ve özel sektör tarafından görülme ve muamele edilme biçimleri üzerinde ciddi etkiler doğurmaktadır. İşte veri adaleti argümanlarının en temel konuları bunlardır.⁵⁴ Bu bağlamda ilgili kurumlar ve yetkililer tarafından bir sosyal adalet gündemine bağlanmıştır.⁵⁵ Fakat yine de veri dolanımı ya da yayılımı şu ana kadar öncelikle teknik bir konudur: verilerin sıralama, kategorize etme ve müdahaleye açık olmaları henüz çok net bir biçimde ortaya konmamıştır. Bu arada, veri odaklı ayrımcılık, veri işleme teknolojilerine benzer bir hızda ilerlese de, bununla mücadele için farkındalık ve mekanizmalar aynı hızda ilerlememektedir. Bu nedenle, hukukun üstünlüğünü tesis etmek için nasıl bir adalet fikrine ihtiyaç duyuluyorsa, veri adaleti fikrinin de inşa edilmesi gerekmektedir.

⁵² Irshad A., Ansari ve diğerleri, *Advanced Security Solutions For Multimedia*, IOP Publishing, Institute of Physics, 2021.

⁵³ Wolfgang Van den Daele, "The Dynamics of Technology and Moral Standards: A Sociological Assessment of Genetics", *Soziale Welt*, vol. 37, no:2-3, 1986, p.149-172; Brian Patrick Green, "What is Technology Ethics", <https://www.scu.edu/ethics/focus-areas/technology-ethics/>, (s.e.t. 10.1.2023)

⁵⁴ Richard Heeks/ Jaco Renken, "Data Justice For Development", *Information Development*, vol.34, no.1, 2018, p. 90-102.

⁵⁵ Evelyn Ruppert ve diğerleri, "Data Politics", *Big Data & Society*, vol. 4, no. 2, 2017, p. 205395171771774.

İnsanların dijital veri üretimlerinin bir sonucu olarak görünür kılınmaları, temsil edilmeleri ve muamele görmelerindeki adalet yaklaşımlarının daha çok tartışılması gerekmektedir.⁵⁶ Bu kadar hızla ve her tür verilerimizi toplayan bir dünyada etik yolları belirlemek adil bir neticeye ulaşmak için son derece elzem ve gereklidir.

Bu konuda, şu ana kadar yapılan öneriler daha ziyade uluslararası veri adaleti kavramının temeli olarak iki hususta kesişiyor. Verilerde görünür(lük)süzlük ve teknoloji kullanımında ayrımcılık karşıtlığı.⁵⁷ Böylelikle, pozitif hak ve özgürlükleri negatif hak ve özgürlüklerle bütünleştirmekte ve bunu yaparak hem mevcut veri koruma yönetmeliklerinin temeline hem de internet üzerinden görünür olmanın giderek artan zorbalıklarına karşı koyulabilmesi hedeflenmektedir.⁵⁸

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sonuç olarak, çağımızın veri odaklı dünya düzeninde dataizm, verinin üstünlüğünü ve değerini vurgulayan bir felsefi ve sosyal doktrin haline geldiği görülmüştür. Dataizme göre, veri her şeyin temelidir ve tüm süreçler, kararlar ve toplumsal yapılar veriye dayandırılmalıdır. Ancak, bu yaklaşım insan haklarıyla çeşitli düzeylerde çatışmalara sebep olabileceği açığa çıkarılmıştır. Özellikle, bireylerin gizliliği, özgürlüğü ve özerkliği gibi hakları, veri toplama, işleme ve kullanma süreçleriyle çatışabiliyor. Veri adaleti ise, veri toplama, işleme ve kullanma süreçlerinin adil ve eşitlikçi bir şekilde yönetilmesini amaçlayarak bu hususa dikkat çekmektedir.

İnsan hakları bağlamında, dataizm ve veri adaleti arasındaki gerilim ve ikilemleri değerlendirirken, bazı noktaları dikkate almanın önemi ortaya konulmuştur. Özellikle veri toplama ve kullanma süreçlerinin bireylerin gizliliğine ve özgürlüğüne zarar vermemesi önemlidir. Veri toplama ve analiz yöntemlerinin belirli gruplara karşı ayrımcılık yapmaması ve adaleti sağlaması gerekmektedir. Veri adaleti, farklı sosyal ve kültürel grupların eşit temsiline odaklanırken, dataizm bu dengeyi bozma potansiyeli taşımaktadır. Hernekadar dataizm veri odaklı karar alma süreçlerinin güvenli ve güvenilir olmasını hedeflediğini ifade etse de, bu süreçlerin insan haklarını korumak için uygun güvenlik önlemleriyle desteklenmesi henüz yeterli düzeyde değildir ve son derece önemlidir. Bu nedenle veri toplama ve kullanma süreçlerinde hem vatandaşın hem de farklı mekanizmaların katılımı ile şeffaflık sağlanmalıdır. Bireylerin veri toplama ve kullanma süreçlerine katılma ve bu süreçler hakkında bilgi edinme haklarına saygı gösterilmelidir. Bu noktaların dikkate alınması, veri odaklı dünyada insan haklarını korumak ve veri adaletini sağlamak için önemlidir.

⁵⁶ Linnet Taylor, "What Is Data Justice? The Case for Connecting Digital Rights and Freedoms Globally", *Big Data & Society*, vol. 4, no. 2, 2017, p. 205395171773633.

⁵⁷ Regina Bispo ve diğerleri, "How to Increase the Visibility of Statisticians in the Modern World of Dataism?", *Recent Developments in Statistics and Data Science*, vol. 398, Springer International Publishing AG, 2022, p. 1–14.

⁵⁸ Holger Regenbrecht ve diğerleri, "Pervasive Augmented Reality-Technology and Ethics", *IEEE Pervasive Computing*, vol. 21, no. 3, 2022, p. 1–8.

Dataizm (vericilik) ile veri adaleti arasındaki sözü geçen bu gerilim, veriye dayalı çağımızın ikilemelerini yansıtıyor. Vericilik ilerlemenin ve optimizasyonun bir çeşit cazibesini sunarken, veri adaleti aslında bize veri devrimiyle birlikte gelen etik ve toplumsal sorumluluklarımızı hatırlatabilmek için mücadele etmektedir.

Dataizmin bir ideoloji ve yönetim biçimi olarak egemen olması durumunda, insanlık için potansiyel tehlikeler kısmen de olsa öngörülebilir niteliktedir. Verilere aşırı güvenmek, insani değerleri göz ardı etme riski taşır ve politik ya da başkaca amaçlarla yanlış yönlendirilebilir. Veri odaklı bir yönetim biçiminin etik kaygılar olmadan kullanımı, özel hayatın gizliliği, kişisel özgürlükler ve özerklik gibi temel insan haklarını ihlal edecektir. Veri toplama ve analizinde izinsiz kullanım ya da kişisel verilerin kötüye kullanımı gibi durumlar bu hakların ihlalini elbette kolaylaştıracaktır.

Uluslararası anlamda, haklarımızı ve değerlerimizi korurken verilerin insanlığa fayda sağlamasına olanak tanıyan uyumlu bir denge bulmaktan geçiyor. Bu tartışmayı doğru bir kapsamda nihayete erdirebilmenin tek yolu, denetimli yönetişim, kamu eğitimi ve etik liderlik yoluyla verilerin adaletsizliğin kaynağı olmaktan ziyade iyilik için bir güç olarak hizmet etmesini sağlamaktır.

KAYNAKÇA

Adamczyk C L, "Communicating Dataism." *The Review of Communication*, vol. 23, no. 1, 2023, pp. 4–20.

Agnew G, *Digital rights management: a librarian's guide to technology and practise*, Chandos Pub., 2008.

Ala-Fossi M ve diğerleri, "Operationalising Communication Rights: The Case of a "digital Welfare State"." *Internet Policy Review*, vol. 8, no. 1, 2019, p. 1–17.

Andrew J / Baker M, "The General Data Protection Regulation in the Age of Surveillance Capitalism", *Journal of Business Ethics*, vol.168, no.3, 2021, p. 565–578.

April R, *Managing Data in Motion: data Integration Best Practice Techniques and Technologies*, 1st edition, Morgan Kaufmann, 2013.

Avrupa Konseyi Program Ofisi Ankara, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi, Türkiye'de Dijital Vatandaşlık Eğitimini Destekliyor, Erişim Linki: <https://www.coe.int/tr/web/ankara/-/the-european-union-and-the-council-of-europe-supporting-digital-citizenship-education-in-türkiye> (s.e.t. 1.11.2023)

Bearden S, *Digital citizenship: a community-based approach*, Corwin, 2016.

Beduschi A, "Digital Identity: Contemporary Challenges for Data Protection, Privacy and Non-Discrimination Rights." *Big Data & Society*, vol. 6, no. 2, 2019, p. 205395171985509.

Bielicki D ve diğerleri, *Regulating Artificial Intelligence In Industry*, Routledge, 2022

Bispo R ve diğerleri, "How to Increase the Visibility of Statisticians in the Modern World of Dataism?", *Recent Developments in Statistics and Data Science*, vol. 398, Springer International Publishing AG, 2022, pp. 1–14.

Borgman C, *Big Data, Little Data, No Data: Scholarship In The Networked World*. The MIT Press, 2015.

Borisov A / Sayaana D, "Protection of Personal Data in Databases and Computer Programs." *E3S Web of Conferences*, vol. 284, 2021, p. 4001.

Breakstone J ve diğerleri, "Why We Need A New Approach To Teaching Digital Literacy", *Phi Delta Kappan*, vol.99, no.6, 2018, pp. 27–32.

Chander A / Land M, "United Nations General Assembly Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age." *International Legal Materials*, vol. 53, no. 4, 2014, pp. 727–31.

Curran M/ Ribble M, "P–20 Model of Digital Citizenship." *New Directions for Student Leadership*, vol. 2017, no. 153, 2017, pp. 35–46.

Cybersecurity Laws and Regulations USA 2023, Erişim Linki: <https://iclg.com/practice-areas/cybersecurity-laws-and-regulations/usa> , (s.e.t. 1.11.2023)

Çanga T M, "İnternette Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması", <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Internette-Fikir-ve-Sanat-Eserleri-Uzerindeki-Hakların-Korunmasi-Tarik-Mete-CANGA.pdf>, (s.e.t. 1,11,2023)

Dencik L ve diğerleri, "Data and Social Justice." Data Justice, SAGE Publications, Limited, 2022, p. 123.

Detlor B ve diğerleri, "Community-Led Digital Literacy Training: Toward A Conceptual Framework", Journal of the American Society for Information Science and Technology, 73(10), 2022, p. 1387-1400.

Dijck J V, "Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology", Surveillance & Society, vol.12 no.2, 2014, p.197-208.

Elngar A., "Adaptive Internet of Things and Machine Learning Techniques for Managing the Complexity of Intelligent Systems Big Data." Journal of Intelligent & Fuzzy Systems, 202, p. 1-1.

Emmert S / Dehmer F / Yli-Harja O, "Against Dataism and for Data Sharing of Big Biomedical and Clinical Data with Research Parasites", Frontiers in Genetics, vol. 7, 2016, p.154-154.

Eumbunnapong K, "An Intelligent Digital Learning Platform to Enhance Digital Health Literacy", International Journal of Emerging Technologies in Learning, vol. 17, no.4, 2022, pp. 95-111.

European Data Protection Board, https://edpb.europa.eu/edpb_en , (s.e.t. 12.11.2023)

Farkas J, "Hintz, A., Dencik, L., & Wahl-Jørgensen, K. (2019). Digital citizenship in a datafied society, Cambridge: Polity Press, 193 pp.", Communications, vol.45, no.4, 2020, p. 503-505.

González I D, "Human Rights In The Digital Era: Challenges And Opportunities From The United Nations Human Rights System." Malim : Jurnal Pengajian Umum Asia Tenggara, vol. 22, no. 1, 2021, p. 1-13.

Green B P, "What is Technology Ethics", <https://www.scu.edu/ethics/focus-areas/technology-ethics/>, (s.e.t. 10.1.2023)

Grout I, "Towards a Universally Accessible Laboratory for the Teaching and Learning of Electronic and Computer Engineering", Online Engineering and Society 4.0, Springer International Publishing, 2021, p. 502-513.

Heeks R / Renken J, "Data Justice For Development", Information Development, 34(1), 2018, p.90-102.

Heikkerö T, Ethics in technology: a philosophical study, Lexington Books, 2012.

Herwati T I / Hatta P, "Exploration of Critical Thinking Skills in Digital Citizenship Course Through Online Learning", Indonesian Journal of Informatics Education, vol.4, no.1, 2021, pp. 17-23.

Ina F, "Book Review: Digital Rights Management: A Librarian's Guide to Technology and Practice." Webology, vol. 5, no. 4, Webology Center, 2008, p. b19.

Irshad A., Ansari ve diğerleri, *Advanced Security Solutions For Multimedia*, IOP Publishing. Institute of Physics , 2021.

Kennedy J B , *Cybersecurity and Privacy in Business Transactions*, Bureau of National Affairs, 2015.

Krzysztofek M, *Post-Reform Personal Data Protection in the European Union : General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Wolters Kluwer, 2017.

Lankton N K ve diğerleri, “Technology, Humanness, and Trust: Rethinking Trust in Technology”, *Journal of the Association for Information Systems*, vol. 16, no. 10, 2015, p. 880–918.

Lee C, ve diğerleri, “A Novel Authentication Scheme for Anonymity and Digital Rights Management Based on Elliptic Curve Cryptography.” *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, vol. 11, no. 1, 2019, p. 96–117.

Liu J, “Exploration and Practice of Moral Education Courses in Universities in Big Data Era”, *Advances in Multimedia*, 2022, p.1–9.

Loiseau, H, “Michael P. Gallaher, Albert N. Link et Brent R. Rowe Cyber security economic strategies and public policy alternatives”, [Review of Cyber security economic strategies and public policy alternatives], *Études Internationales*, vol. XL, no.1, 2009, p. 145–147.

Moyakine E, “Online Anonymity in the Modern Digital Age: Quest for a Legal Right.” *Journal of Information Rights, Policy, and Practice*, vol. 1, no. 1, 2016.

Oberdiek H, “Ethics in Technology: A Philosophical Study by Topi Heikkerö (review)” *Technology and Culture*, vol. 55, no. 4, 2014, p. 995–96.

Ohlhorst F, *Big Data Analytics:Turning Big Data Into Big Money*, 1st edition, 2013

Örtegren A, “Philosophical Underpinnings Of Digital Citizenship Through A Postdigital Lens: Implications For Teacher Educators’ Professional Digital Competence”, *Education and Information Technologies*, 2023

Pangrazio L / Sefton-Green J, “Digital Rights, Digital Citizenship and Digital Literacy: What’s the Difference?” *Journal of New Approaches in Educational Research*, vol.10, no.1, 2021, p.15–27.

Pavek C / Vaughan M, “Digital Reading Check-ins: Supporting Independent Digital Reading”, *The Reading Teacher*, vol. 76, no. 5, 2023, p. 653–57.

Peters T, “The Deluge of Dataism: A New Post-Human Religion?”, *Dialog : a Journal of Theology*, vol. 56 no. 3, 2017, p. 211–213.

Pounder C / Kosten F, *Managing Data Protection*, 2nd ed., Butterworth-Heinemann, 1992.

Regenbrecht H ve diğerleri, “Pervasive Augmented Reality-Technology and Ethics.” *IEEE Pervasive Computing*, vol. 21, no. 3, 2022, p. 1–8.

Revina S. N. / Zaharov A. L., *The Transformation of Human Rights in the Information Society Connected with the Formulation of the «Right to be*

Forgotten» by the European Court of Justice, *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 2015.

Rivoltella P C, *Digital literacy: Tools and Methodologies for Information Society*, IGI Global, 2008.

Robson G ve diğerleri, *Technology Ethics: A Philosophical Introduction And Readings*, Routledge, 2023

Rodriguez K, “Comments Submitted to the United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to Freedom of Opinion and Expression”, https://www.eff.org/files/filenode/unspecialrapporteurfoe2011-final_3.pdf, (1.11.2023)

Ruppert E ve diğerleri, “Data Politics.” *Big Data & Society*, vol. 4, no. 2, 2017, p. 205395171771774.

Santos M R / Gomes M M F, “Lifelong Digital Learning: "Computer Literacy," "Digital Literacy," And "Digital Competence" As Dimensions For Digital Skills.” *RGSA: Revista de Gestão Social e Ambiental*, vol. 18, no. 1, 2023, p. e04403.

Stefania Gnesi ve diğerleri, “My Data, Your Data, Our Data: Managing Privacy Preferences in Multiple Subjects Personal Data”, *Privacy Technologies and Policy*, Springer International Publishing, 2014, p. 154–71.

Stewart Waters ve diğerleri, “Cyber Bullying, Social Media, and Character Education: Why It Matters for Middle School Social Studies”, *The Clearing House*, vol. 93, no.4, 2020, p. 195–204.

Syversen K, *Digital Rights Management: Promises, Problems And Alternative Solutions*, Institutt for rettsinformatikk: Unipub, 2005.

Taylor L, “What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally”, *Big Data & Society*, vol. 4, no.2, 2017, p.205395171773633.

Van den Daele W, “The Dynamics of Technology and Moral Standards: A Sociological Assessment of Genetics”, *Soziale Welt*, vol. 37, no:2-3, 1986, p.149–172.

Vilbert L / Cifuentes L, “Digital Literacy and Critical Thinking” In *The SAGE Encyclopedia of Educational Technology*, vol. 1, 2015, p. 215–219.

Walker R, *From Big Data to Big Profits: Success with Data and Analytics*, Oxford University Press, 2015.

Yankovych I, “Problems of Moral Education Technologies and Methods Implementation in Pedagogical Theory and Practice of Poland and Ukraine.” *Forum Pedagogiczne*, vol. 5, no. 1, 2016, p. 227–233.

Yar M, “Protecting Children from Internet Pornography? A Critical Assessment of Statutory Age Verification and Its Enforcement in the UK.” *Policing: an International Journal of Police Strategies & Management*, vol. 43, no. 1, 2020, p. 183–97.

Yasar K, *Network Vulnerability Scanning*, <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/vulnerability-scanning>, (12.11.2023)

Youngs G, “Digital World: Connectivity, Creativity and Rights.” *Digital World*, Routledge, 2013, p. 17–30.

Yu. K., Yazov ve diğerleri, "Improving An Algorithm For Detection Of Urgent Threats To Security Of Personal Data When They Are Processed In Information Systems Of Personal Data." *Telecommunications & Radio Engineering*, vol. 71, no. 5, 2012, p. 455–63.

Završnik A, "A. Algorithmic Justice: Algorithms And Big Data In Criminal Justice Settings" *European Journal of Criminology*, vol. 18, no.5, 2021, p.623–642

...“Consumer Advocate and Data Network Call for Transparency and Control in Data Sharing”, In Targeted News Service, Targeted News Service, 2021.

...“Digital Literacy: Tools and Methodologies for Information Society.” *Electronic Library*, vol. 27, no. 1, 2009, p. 193–94.

...“ERMProtect Adds Digital Games to Cyber Security Awareness Training Platform”, In *Information Technology Newsweekly*, 2019, p. 248.

...“Managing Data Protection: 2nd Edition, by Chris Pounder/ Freddie Kosten, 1992 (Butterworth-Heinemann Publishers and Hoskyns Groups, Hardcover),” *Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice*, vol. 8, no. 5, Elsevier Ltd, 1992, p. 225–225.

...Council of Europe, <https://www.coe.int/fi/web/commissioner/-/protecting-children-s-rights-in-the-digital-world-an-ever-growing-challen-1>, (1.11.2023)

...Council of Europe, <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information#:~:text=You%20have%20the%20right%20to,opinions%20and%20expressions%20of%20others>, (s.e.t. 1.11.2023)

...Council of Europe, <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/privacy-and-data-protection>, (1.11.2023)

...Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade, OJ C 23, Erişim Linki: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2023.023.01.0001.01.ENG (s.e.t. 23.01.2023)

...Security Penetration Testing Services, <https://www.digitaldefense.com/solution-overview/test/>, (s.e.t. 12.11.2023)

...World Economic Forum, <https://www.weforum.org/publications/digital-safety-risk-assessment-in-action-a-framework-and-bank-of-case-studies/>, (s.e.t. 12.11.2023)

CONTRIBUTIONS OF DECLARATION OF ETHICS FOR TURKISH JUDICIARY TO THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN TERMS OF EFFECTIVE PARTICIPATION IN TRIALS

Yargılamaya Etkili Katılım Açısından Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin Adil Yargılanma Hakkına Katkıları

Doç. Dr. Fatih ULAŞAN*

Abstract: A fair trial forms the foundation of all laws and procedures applicable in legal cultures. The European Court of Human Rights (ECtHR) defines a fair trial as a foundational norm of the rule of law in democratic societies and strives to guarantee the proper administration of justice. The right to a fair trial is enshrined in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). One of values protected by the right is the right to participate effectively in a trial. For effective participation in a trial to occur, a hearing must be conducted, and a defendant must have the means and opportunity to express himself/herself. These opportunities must be afforded to defendants by the courts. A court must adhere to ethical rules as well as procedural or substantive rules to ensure a fair trial. The Council of Judges and Prosecutors published "Declaration of Ethics for Turkish Judiciary" on March 6, 2019. Judicial ethics determine how judicial services should be carried out fairly for specific purposes. The purpose of the article is to analyze the contributions of the principles outlined in "Declaration of Ethics for Turkish Judiciary" to the right to a fair trial in terms of effective participation in a trial.

Key Words: Right to a Fair Trial, Declaration of Ethics for Turkish Judiciary, Public Administration, Effective Participation In Trials, Human Rights

Öz: Adil yargılanma, her hukuk kültüründe uygulanabilir tüm prosedürlerin ve kanunların bel kemiğini oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanmayı demokratik toplumlarda hukukun üstünlüğünün temel bir ilkesi şeklinde tanımlar ve adalete ulaşmak için düzgün bir yönetimi güvence altına almaya çalışır. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde tanımlanmıştır. Bu hakkın koruduğu değerler arasında yargılamaya etkili katılım hakkı yer almaktadır. Yargılamaya etkili katılımın söz konusu olabilmesi için duruşmanın yapılabilmesi, sanığın kendini ifade edecek araçlara ve imkâna sahip olması gerekmektedir. Bu durum mahkeme tarafından sanığa sağlanmalıdır. Mahkemenin adil yargılama yapabilmesi için usule ve esasa ilişkin kurallara uymasının yanı sıra etik kurallara da uygun davranması gerekir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 6 Mart 2019 tarihinde Türk yargı mensuplarına yönelik mesleki etik ilkeleri yayımlamıştır. Yargı etiği, yargı hizmetlerinin belirli amaçlar ile adil bir şekilde nasıl yürütülmesi gerektiğini belirler. Bu makalenin amacı Türk Yargı Etiği Bildirgesi'ndeki ilkelerin yargılamaya etkili katılım açısından adil yargılanma hakkına katkılarını ele almaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma hakkı, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, Kamu Yönetimi, Yargılanmaya etkili katılım, İnsan Hakları

* Zonguldak Cumhuriyet Savcısı, fatih_ulasan@hotmail.com,

ORCID: 0000-0003-3301-4823

Makale Geliş Tarihi: 28.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 22.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483988

INTRODUCTION

The right to a fair trial is considered a vital human right. Human rights are universal, and the right to a fair trial creates an essential component of universal rights, including the right of people to be tried by neutral and fair courts. This right is clearly stated in Article 6 of the ECHR. Fundamentally, the right to a fair trial was created to guarantee individuals an impartial, independent and public hearing. It serves as a foundational element of democratic societies, ensuring the rule of law and creating an environment where everyone is equal before the law. Additionally, it establishes justice in punishing criminals and respects the presumption of innocence. This right upholds democratic values and human rights and can be found in national laws, international documents, and regulations¹. Over time, it has become a fundamental and universal human right. Turkey has constitutionally recognized this right, mentioning it in Article 36 of the Turkish Constitution (1982). The right is strictly connected with democracy and the rule of law. In Article 6 of the ECHR, each person is entitled to a fair trial within a reasonable time, by legal, neutral and independent courts, with decisions made in public. Moreover, individuals accused of crimes should be promptly and thoroughly informed about the nature and reasons for the accusation. They should also be given sufficient time and opportunity to prepare their defense (with or without a lawyer). Furthermore, they have the right to request and obtain evidence to prove their innocence and to use an interpreter free of charge if they cannot speak the language of the court².

The rights and principles encompassed within this framework ensure the freedom to pursue justice³. A fair trial is broadly defined as a fundamental component of the concept of separation of powers, determining the qualities that constitute independence and freedom and give the judicial branch, one of the three branches, a distinct character. This right can be described as a protection and security provided to the public against the jurisdiction of the country. It applies to civil and criminal cases and related proceedings. Article 6§1 is equally applicable to civil and criminal cases, while Article 6§2 and 6§3 primarily concern criminal proceedings. Ethics and the application of the law are considered natural complements to Article 6. For instance, rights of access to courts and to legal assistance are guarantees established in the judicial conscience, stemming from a comprehensive interpretation of Article 6⁴. The notion of "fair hearing" in the first paragraph of Article 6 is directly connected with the presumption of innocence in Article 6§2 and the minimum rights of individuals accused of crimes in the third paragraph. The rights granted to

¹ European Convention on Human Rights - Article 6:

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur

² Esra Bahar, Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Dergisi, 2022, p. 255

³ Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, p. 165.

⁴ Christos Rozakis, The Right to A Fair Trial in Civil Cases, Judicial Studies Institute Journal, 2004, p. 96-97.

the accused in paragraphs 2 and 3 are concrete manifestations of the equitable trial mentioned in paragraph(§) 1⁵. Although the guarantees contained in Article 6§2 and 6§3 of the ECHR are rights granted to individuals accused of crimes, they can be applied in private law cases when necessary. As no specific list of rights is envisaged for civil rights and liability cases, national judicial authorities have a "wider margin of appreciation" in civil rights and liability cases compared to criminal cases⁶⁷.

On March 14, 2019, with the Declaration of Ethics for the Turkish Judiciary, Türkiye made a profound commitment to protecting human rights in the Universal Declaration of Human Rights. Especially emphasizing the universal protection of fundamental freedoms, Türkiye recognized the common heritage shared in the principles of respecting freedoms and the rule of law, thereby guaranteeing the right to a fair trial⁸. Main principles of judicial ethics revolve around "principle of independence," which dictates that members of the judiciary⁹ (judges and public prosecutors) should not be subject to external influences or pressures, and "principle of impartiality," which stipulates that members of the judiciary should not succumb to personal biases originating from within their ranks. These principles are intricately related to the right to a fair trial. Members of the judiciary are obligated to carry out their duties correctly within the framework of the principles and procedures specified by law. They must adhere to the principles of honesty, ensuring that their actions do not undermine the trust individuals place in the court and the state's judicial function. Judges should refrain from yielding to personal biases and must make decisions in accordance with the principles of universal equality, disregarding factors such as race, gender, economic status, social status, and religion. These issues underscore the importance of selecting competent and qualified individuals as members of the judiciary. Such individuals should possess high values including knowledge, wisdom, experience, and a profound respect for humanity and nature, all of which are essential for the profession of decision-making. This article aims to evaluate the significance of the right to effective participation in trials within the context of the right to a fair trial. In addition, it will explore the value of judicial ethics, which serve as the minimum tools for ensuring the fairness of decisions made by courts. Additionally, it will analyse the impact of the Declaration of Ethics for the Turkish Judiciary on ensuring a fair trial, particularly concerning effective participation in trial proceedings.

⁵ Albert and Compte v. Belgium, Application Number: 7299/75 7496/76, 10.02.1983, § 30

⁶ Dombó Beheer B.V. v. Netherlands, Application Number: 14448/88, 27.10.1993, § 32.

⁷ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4. Ankara, MRK Baskı ve Tanıtım Hizmetleri, 2018, p. 111-112

⁸ Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Ankara, 2019.

⁹ In this article, the term "members of the judiciary" refers to judges and public prosecutors.

I.THE RIGHT TO EFFECTIVE PARTICIPATION IN TRIALS

The right to a fair trial is considered a cornerstone of legal systems, aiming to ensure that every person is treated fairly and equally throughout the trial process. Among these rights, the rights to be present at trials (or hearings) and to participate effectively in cases are crucial elements of direct involvement in trials. The right to be present at trials refers to individuals' entitlement to be physically present in court at every stage of their cases. Additionally, this right aids individual in effectively exercising their rights to defense and ensures transparency and fairness in the court process. It also allows individuals to directly participate in courts and influence cases. However, the right to be present at hearings does not always guarantee the right to effective participation in trials. The right to effective participation in trials encompasses the parties' right not only to be present at hearings but also to observe and involve in the proceedings¹⁰. It grants individuals the opportunity to actively participate in their cases, enabling them to present evidence, call witnesses, make a defense, and request legal representation. This right is essential for individuals to defend themselves and contributes to the administration of justice. Ensuring the protection and implementation of these rights is imperative for a democratic society. The state must uphold fairness and ensure a fair trial. This can be possible with the effective participation of parties in trials, which includes not only being present at hearings but also listening, following, and presenting arguments to support one's claims. This right, inherent in adversarial trials, can also be derived from the defendant's right to "self-defense" as outlined in Article 6§3 concerning criminal trials¹¹¹².

Countries have both negative and positive obligations regarding the right to a fair trial. The negative obligation, known as the obligation not to intervene, requires states to refrain from violating the right to a fair trial. This entails abstaining from specific actions or practices that could infringe upon the right. In contrast, the positive obligation involves taking proactive measures to defend people's exercise of their rights. This includes safeguarding people against violations by third parties. To fulfil this obligation, states may need to implement appropriate legislative frameworks and allocate sufficient resources. They should actively support and facilitate individuals' rights and create an enabling environment for the full realization of these rights. This positive obligation may necessitate significant steps to fulfil equitable obligations¹³. The freedom of the accused

¹⁰ Adem Çelik, Adil Yargılanma Hakkı, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Türk Hukuku), Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, p. 6.

¹¹ Abdullah Çelik, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları Ankara, 2014, p. 112; İnceoğlu, 2018; Sibel İnceoğlu. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Basımevi: İstanbul, 2014.

¹² Tarasov v. Ukraine, Application No: 17416/03, 31/10/2013, § 98; D.D. v. Lithuania, Application No: 13469/06, 14/2/2012, § 119

¹³ Fatih Ulaşan. "The Decision of No Ground for Investigation On the Basis of Right Not to Be Labelled as Criminal and Presumption of Innocence in The Scope of Human Rights". Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1,

is among the fundamental values that must be safeguarded, allowing individuals to defend themselves within the bounds of the law. Active participation in the case enables individuals to listen to statements from both parties and witnesses, ask pertinent questions, and uncover hidden truths. Failure to adequately participate in a case and discuss crucial evidence can constitute a violation of the right to a fair trial¹⁴. For instance, the ECtHR has ruled on cases where applicants were unable to attend hearings due to late notification of the hearing date. The ECtHR emphasized that theoretical guarantees of rights are insufficient and they must be effectively upheld in practice. Furthermore, individuals should have the opportunity to exercise their right to be present at a hearing, as stipulated in domestic law. Failure to notify a party of the case, denying them the chance to attend a hearing, is considered a violation of the right to a fair trial¹⁵. The first condition for the defendant to benefit from their right to defend themselves is the opportunity to appear before the court to present their defense. This is an integral part of the right to a fair trial and is generally understood as the defendant's right to be present at a hearing in a criminal case brought against him/her¹⁶. However, even if a person is in the country during the criminal case, an arrest warrant (due to the defendant not being found at his/her old address) and proceeding with the case in his/her absence may constitute a violation of the right to effective participation. The ECHR states that this situation cannot be reconciled with the efforts a country must make to ensure effective participation in the case under Article 6. If the defendant is not given the opportunity to be present, the rights of the accused cannot be said to be respected. Additionally, if a country does not make sufficient efforts to ensure the defendant's presence during his/her case, this might also constitute a violation of the right to effective participation¹⁷. The right for a defendant to be present at a hearing is not an absolute one. Special circumstances, such as the defendant disrupting the trial, hearing a witness whose identity is kept secret, or concerns about intimidating the witness, may be exceptions for this right. However, with technological advancements, alternative methods of obtaining defendants' statements have emerged. For instance, hearing the defendant via video conference or ensuring their participation using this method does not directly contravene the ECHR. Nevertheless, it should be analysed whether the use of this method serves a legitimate purpose and whether the regulations regarding

2023, p. 241-242; UN. Office of the High Commissioner for Human Rights/Centre for Human Rights, Human rights fact sheet, 1997, p.5

¹⁴ Barbera, Messeque and Jabardo v. Spain, Application No: 10590/83, 06.12.1988 § 89.

¹⁵ Yakovlev v. Russia, Application No: 72701/01, 15/3/2005, §§ 19 and 21; Groshev v. Russia, Application No: 69889/01, 20/1/2006, §§ 29-31.

¹⁶ Sejdivic v. Italy, Application No: 56581/00, 1/3/2006, § 81

¹⁷ Colozza v. Italy, Application No: 9024/80, 12/02/1985; Burak Ateş "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı Ve Segbis Sistemi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 51, 2022, p. 449; Hüseyin Turan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınları, 2016.

the presentation of evidence comply with the guarantees of the right to a fair trial in Article 6. In the case of Marcello Viola, the ECtHR first examined whether the application of video conferencing served a legitimate purpose¹⁸. The ECtHR stated that the use of video conferencing is in accordance with the principle of face-to-face communication. In the case of Marcello Viola, it was affirmed that taking the applicant's statement via video conferencing during the appeal phase did not violate the defendant's right to be present at hearings¹⁹.

II. JUDICIAL ETHICS

The term ethics or moral philosophy is derived from Greek words as 'ethike' and 'ethos' and the Latin word 'ethica,' and it started to emerge as a sub-discipline of philosophy. In short, ethics tries to investigate the roots of behavioral patterns that are considered moral in individual and social life and to deal with the issues related to these behaviors that are considered moral. In other words, ethics can be defined as the evaluation of the value dimension and its principles inherent in moral behavior or morality in general, from a philosophical perspective. In this respect, it is possible to define ethics as a kind of way of thinking, a theory of moral principles, or a discipline of philosophy that focuses on value and includes people's evaluative experiences. It encompasses everything that gives meaning to life. Ethics can be defined as a group of values advising people to do or not to do something. These values can be divided into four sections: the interests of society, duties, principles, and virtues. Duty can be considered a set of behaviors expected from a person's role. Virtues are the characteristics that characterize a good person. Principles are defined as the fundamental truths that shape human behavior. The interests of society are actions that benefit the general public. Considered as a whole, these four values determine the framework of ethical behavior²⁰. Ethics encompasses both a practical and theoretical dimension. Applied ethics, which emerged in the 1970s, entails the application of moral principles to real-world ethical dilemmas. This field arose due to the proliferation of concrete moral issues across various aspects of life, particularly in the latter part of the 20th century with advancements in technology, the creation of new job opportunities, and the rise of the middle class utilizing intellectual capacity. Rooted in normative and theoretical research methodologies, applied ethics addresses contemporary moral quandaries by analysing specific, recent, and contentious issues such as abortion, animal rights, and euthanasia. Its primary goal is to resolve dilemmas pertaining to individual matters. The proliferation of technological advancements has led to an increase in ethical challenges in both private and public spheres, consequently expanding the scope of

¹⁸ Marcello Viola v. Italy, Application No: 45106/04, 05.10.2006, § 67

¹⁹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 8, 2020; Ateş, p. 452.

²⁰ Murat Özdemir, *Kamu Yönetiminde Etik*. "Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 4, no. 7, 2008; Bünyamin Özgür, *Kamu Yönetimi Denetçilerinde Etik Kültürün Geliştirilmesi*. *Denetim*, no. 5, 2016, p. 18.

applied ethics. To accommodate this growth, applied ethics has been subdivided into various categories such as business ethics, sexuality ethics, media ethics, and medical ethics. Essentially, applied ethics seeks to bridge the gap between theoretical knowledge acquired at the normative level and its practical application across diverse domains. It provides a structured approach to addressing the multifaceted challenges encountered in today's complex and diverse society. The evaluation of a topic or issue within the realm of applied ethics hinges on two fundamental elements. Firstly, the issue must be contentious, eliciting differing perspectives from individuals or groups. Secondly, the issue must represent an international ethical concern relating to the ethical responsibilities and obligations of individuals²¹.

Historically, in the 1980s and 1990s, new sectors emerged alongside humanity's progress, driven by advancements in technology and the evolving sociocultural landscape. For instance, during the industrial revolution, the concept of the service sector was nonexistent. Initially, humanity's primary motivation was the invention of steam engines, automation systems, and the attainment of high production capacity. However, with technological advancements in the 20th century, capitalism and globalization sparked significant transformations in societies. The transition from a mechanical society to an organic one, as Durkheim observed, resulted in the division of labor and production exceeding demand. This change caused new professions and the development of professional ethics influenced by technology. In essence, professional ethics encompass the guidelines determining right and wrong within a profession, establishing codes of conduct, mandating adherence to these behavioral norms, expelling those who violate professional standards, and upholding service ideals. Each profession has its own set of ethical rules²². For instance, professions such as medicine, accounting, media, law, sports, and politics each adhere to their unique professional ethics. Individuals practicing a profession bear the responsibility for upholding the ethical values associated with their occupation, and society relies on them to adhere to these principles. For example, lawyers are morally obligated not only to respect their clients' privacy but also to safeguard their professional confidentiality. Professional ethics evolve from the needs of practitioners within their respective fields. Professionals require ethical principles derived from widely accepted moral standards to address the challenges they encounter, enhance the quality of their work, and prevent the recurrence of past mistakes²³.

Professional ethics rules in Turkey encompass a broad spectrum of legal frameworks. For instance, attorneys are required to abide by the ethical

²¹ Ahmet Cevizci, Felsefe. *Anadolu Üniversitesi*, 2012

²² Adem Çabuk and Burcu İşgüden, Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri. *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9, no. 16, 2006.

²³ Kadir Can Özel, Etik Ve Etik - Hukuk Arasındaki İlişki. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 33, 2018.

guidelines outlined by the Union of Turkish Bar Associations. Similarly, the Public Officials Ethics Board has established ethical regulations for public servants, mandating their adherence to these principles. Judicial ethics, on the other hand, delineate the fair conduct of judicial services for specific purposes. Throughout history, judicial ethics have played a significant role, regulating transactions from bilateral relations to the delivery of duties, with ethical principles being periodically promulgated by various institutions. In Turkish history, the Ottoman Civil Code²⁴ of 1792 stands as one of the most notable and robust examples of judicial ethics. Although the Ottoman Civil Code was abolished and replaced with new regulations during the Republic period, the same principles of judicial ethics continued to be upheld. Most recently, efforts were made to establish codes of judicial ethics within the framework of the 10th Development Plan and the Judicial Reform Strategy Plan between 2014 and 2018. As a result of these initiatives, the Board of Judges and Prosecutors announced the Turkish Judicial Ethics Declaration in March 2019²⁵.

III. TURKISH DECLARATION OF JUDICIAL ETHICS

In order to ensure effective participation in a case and a fair trial, ethical values must be observed in the judiciary. Adherence to ethical values is necessary to ensure that the parties are represented fairly and that the trial process is carried out consistently with principles of impartiality and honesty. It is of paramount importance that the behaviours of members of the judiciary contribute to the provision of a fair trial process and society's trust in the law. Strengthening the relationship between effective participation in a case and judicial ethics plays an important role in improving fair trial processes. In order for the parties to be represented under equal conditions and for trial processes to be carried out consistently with principles of impartiality, independence, and honesty, society's trust in laws has to be increased, and the rule of law has to be protected. Turkish judicial ethics are a fundamental component of the Turkish judicial system and include the principles that determine the behaviour of members of the judiciary. Turkish judicial ethics have been shaped by various reforms and changes from the past to the present. Today, Turkish judicial ethics are mainly based on fundamental values such as impartiality, independence, honesty, and justice. The Declaration of Ethics for the Turkish Judiciary consists of eight basic principles and subheadings commenting on these principles. The subheadings basically outline correct behavioural patterns and heavily emphasize the qualifications of the judge and public prosecutor professions. Judges and public prosecutors adhere to eight basic principles²⁶:

²⁴ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye

²⁵ Ejder Yılmaz, Yargı Etiği. Public and Private International Law Bulletin 40, no. 2, 2020, p. 1295.

²⁶ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, 14.03.2019.

A-THEY RESPECT HUMAN DIGNITY, PROTECT HUMAN RIGHTS AND TREAT EVERYONE EQUALLY

Equal treatment to parties before courts is a crucial element for members of the judiciary. They should accept issues such as religion, age, origin, gender and race as natural and refrain from discrimination based on these factors. Judges and public prosecutors should not display prejudice towards any party, either verbally or through their actions. For example, even they feel poorly on a particular day, they should not allow this to affect their demeanor. Doing so could lead to misunderstandings and cast doubt on their impartiality. It is important to treat not only the parties to the case but also witnesses and lawyers equally, as the truth of the matter may evolve over time, and favoritism in attitude or speech could compromise fairness. It is crucial to avoid impulsive actions and to acknowledge that everyone is striving to fulfill their roles properly. Equality is indispensable for ensuring that every individual is treated fairly before the courts, and it stands as a universal principle and foundational value of the rule of law²⁷. Members of the judiciary must uphold this principle in the execution of their judicial duties, as the administration of justice is intrinsic to the judiciary's function and reflects its impartiality. Additionally, members of the judiciary should be mindful of their gestures and facial expressions when communicating with parties involved in the case. For instance, casual terms of address such as "sweetie" or "honey" should be avoided, particularly when addressing women²⁸.

Individuals should feel assured that they will receive a just and unbiased decision for their trials. Negative or derogatory remarks towards the parties, their lawyers, and witnesses should be avoided. Seriousness must be demonstrated in all interactions. For instance, refraining from questioning the individual due to fear of spreading the virus is contrary to the principle of equality and inconsistent with professional conduct. Members of the judiciary should speak thoughtfully regarding gender equality. Making sexist comments or derogatory remarks based on appearance may result in disciplinary action. One should not be swayed by clichéd language and should carefully consider the implications of their words. In a case involving an underage girl and an 18-year-old boy attempting sexual intercourse in England, the judge's remark that "the girl cannot be considered an angel either" is inappropriate and goes against principles of equality²⁹. Justification is crucial for ensuring public

²⁷ İnceoğlu, 2018, p. 358.

²⁸ Mehmet Akif Aydın, "Anayasa", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, V. III, İstanbul, 1991, p. 160.; United Nations Office on Drugs and Crime, Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, 2007, Article 185; Melikşah Aydın, İslam Ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri (Master Thesis), T.C Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2015, p. 112

²⁹ Heather Mills, 'No angel' sex abuse case man jailed: Court of Appeal criticises judge for his unacceptable comment about girl, nine, Independent, 29 July 1993

legitimacy³⁰. Furthermore, this case violates principles of equality, fair trial, and non-discrimination according to the ECHR. As a result, a country that upholds human dignity, safeguards human rights, and treats everyone impartially can enact legal regulations that guarantee a fair trial and enable effective participation in legal proceedings. Such regulations ensure the rule of law and uphold transparency in a judicial process. A judicial system guided by ethical principles that uphold human dignity, protect human rights, and ensure equal treatment for all facilitates individuals' active participation in legal proceedings. When decisions are made fairly and impartially within the judicial system, individuals' confidence in the ability to achieve justice through active participation in legal proceedings grows. Consequently, this contributes to fostering trust and justice within society by ensuring a fair trial.

B-THEY ARE INDEPENDENT

Judicial independence is often considered a fundamental requirement for ensuring a fair trial and upholding the rule of law. Members of the judiciary must carry out their judicial duties based on their own conscientious understanding, rooted in their assessment of events and consistent with the law, without being influenced by any external pressures, threats, or interventions, whether direct or indirect. When discussing judicial independence, particular attention is typically given to the improper conduct of legislative and executive branches in their interactions with the judiciary. The separation of powers among the executive, legislative and judicial branches is designed to safeguard the independence of each branch from undue influence from the others. This separation serves as a means of protecting fundamental rights and freedoms within a country³¹.

In some cases, even seeking the opinion of one's own colleagues on a particular issue can undermine independence. This is because the individual dealing with the problem is ultimately responsible for the decision, and external opinions may lack the depth of understanding required to make an informed choice. Moreover, those offering opinions may not bear the consequences of the decision, leading to potential negligence or recklessness in their advice. Independence also entails maintaining an open mind and considering all perspectives. Judges and public prosecutors should thoroughly research every aspect of a case and remain impartial in their deliberations. They must weigh all possibilities and make decisions based on their own judgment, as they are entrusted with the responsibility of their profession and their opinions are relied upon. Members of the judiciary must maintain independence from the parties involved in the dispute they are tasked with resolving. While this is more systematically regulated for judges, public prosecutors face greater challenges due to their frequent interactions with society, which increases the risk of bias or improper

³⁰ Güher Ergun and others, (The Constitutional Court of the Republic of Türkiye) Application No: 2012/13, 2/7/2013, § 38.

³¹ Esra Nur Tuğan and Umut Ömürgönülşen, Türkiye'de Yargı Etiği İlkeleri Üzerine Bir İnceleme. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,24, 2020, p.87

influence. It is crucial for judges and public prosecutors to avoid inappropriate connections with legislative and executive bodies, limit interactions with politicians, and demonstrate independence in their actions. To uphold independence, judges and public prosecutors must make decisions based solely on their personal convictions, free from influence from the parties to the case, colleagues, legislative and executive branches, and society at large³². Members of the judiciary must also maintain an appearance of independence from external influences. For instance, they should refrain from engaging in unnecessary conversations with suspects and defendants, and limit their interactions with these individuals in social settings. The goal is to ensure transparency and avoid raising doubts in the minds of observers regarding the nature of these relationships. For example, if judges and public prosecutors enjoy playing football, they should be mindful of the individuals they choose to play with. Furthermore, they should decline any gift and minimize private conversations with the parties involved in cases as much as possible³³.

Additionally, they should refrain from displaying any items they have received or acquired as gifts in their offices. In small spaces, it may become apparent where such gifts were obtained, potentially leading to suspicions of improper relations with the source of the gift. Independence is a dynamic process. It is crucial for the judiciary to remain independent from other branches of government, allowing judges and public prosecutors to perform their duties freely and independently. The separation and autonomy of the judicial branch from executive and legislative branches are referred to as "external independence," while the sense of freedom and autonomy felt by judges and public prosecutors in exercising their judicial authority is termed "internal independence."³⁴ Moreover, they should remain vigilant against the damage caused by groups such as FETO (the Fethullah Gülen Terrorist Organization), which have targeted Turkey in recent years and significantly eroded confidence in the judiciary. It is imperative to steer clear of any similar collective affiliations. Actions like "fabricating evidence," "illegitimate wiretapping," and involvement in "conspiracy cases" have to be avoided at all costs, regardless of the perceived justification³⁵. For instance, a case may garner widespread media attention and spark controversy, but judges and public prosecutors must remain impervious to external influences, including public opinion and social media. They should not allow the popularity or notoriety of a case to sway their judgment. Judicial independence also entails

³² United Nations Office on Drugs and Crime, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 2007, p. 43-45.

³³ Hakimler ve Savcılar Kurulu, HSK Genel Kurulu Kararı (Yargı Etiği Tavsiye Kararı), 2019.

³⁴ Yüksel Metin, 'Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri', *Anayasa Yargısı*, 26(1),2010, p. 222-227

³⁵ Muharrem Kılıç, "Türk Yargı Etiği Bildirgesi." SETA, Ankara, 2019.

being free from partisan interests, public demonstrations, or the fear of criticism. It encompasses autonomy from all forms of external influence³⁶.

As a result, the independence of judiciary members stands as a crucial factor in facilitating effective participation within the legal system. The judiciary that operates independently allows its members to render decisions free from external pressures or influences. It fosters an environment where judges and public prosecutors can adjudicate without feeling beholden to any party or forming emotional attachments. Consequently, these judiciary members can enforce the law with impartiality, thereby upholding justice. Active participation by parties in legal proceedings serves to enhance the transparency and fairness of the judicial process, thereby bolstering its legitimacy. Parties who engage effectively in proceedings aid judges and public prosecutors in maintaining impartiality. Strong evidence presented by involved parties streamlines the decision-making process for judiciary members. Those who participate actively in trials also help steer judges and public prosecutors away from external or internal influences, ensuring that they adhere to the path of justice. Through exercising their rights to defense, presenting evidence, hearing testimonies, and lodging objections, individuals actively participating in trials serve as guardians of the legal process. An independent judiciary not only fosters effective participation in litigation but also upholds the credibility of the judicial process, thereby safeguarding the rule of law.

C-THEY ARE IMPARTIAL

Ensuring the correct execution of judicial duties is paramount³⁷. This principle applies not only to the provisions themselves but also to the process by which they are established. It encompasses the demeanor and disposition of the trial concerning the matters and parties involved in various cases. Impartiality denotes the absence of any actual or perceived bias³⁸. The impartiality of the ECtHR is assessed through both subjective and objective criteria. Subjectively, it considers a judge's personal views in a specific case. Objectively, it evaluates whether the judge possesses sufficient guarantees to dispel any reasonable doubts regarding impartiality³⁹. Objective impartiality pertains to assessing whether there exist verifiable circumstances, beyond personal behavior, that raise genuine suspicions or concerns regarding a judge or public prosecutor's impartiality. For example, a judge or a public prosecutor has personal or hierarchical ties

³⁶ Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi. "Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu." Ankara, 2020

³⁷ Hakim Savcılar Kurulu, BM Bangalor yargı etiği ilkeleri, 2002.

³⁸ SETA "Yargı Adaleti ve Etiği Açısından Yargı Mensuplarının Sosyal Medya Kullanımı." SETA Yayınları, 2021.

³⁹ Biljana Braithwaite, Catharina Harby, Goran Miletić, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İlgili İçtihadına Genel Bakış (Translator: Kasım Akbaş),2021, p. 49

to one of the parties to the trial⁴⁰, or a judge or public prosecutor has been involved in the same case in two or more ways⁴¹.

Members of the judiciary interpret existing laws, determine the provisions that should be applied, and conclude cases fairly. In order to bring the case to a conclusion that is appropriate for the parties involved and in accordance with existing law, they should not be subjected to any pressure. They must deliver a decision within the bounds of existing legal rules, utilizing their knowledge, experience, intellect, and conscience. They should refrain from acting with prejudice or preconceived notions and avoid taking sides while fulfilling their judicial duties. Impartiality refers to a judge or public prosecutor's ability to objectively apply the law to the case, free from individual opinions, preconceived notions, or prejudices. Independence, on the other hand, entails creating an environment that allows a member of the judiciary to reach a fair conclusion. While impartiality focuses on the judge or public prosecutor's internal judgment in this environment, independence ensures that external influences do not hinder the decision-making process. However, there are instances where independence may exist without impartiality. Even the most reputable judges and public prosecutors may render decisions based on personal reasons, including political, religious, or ethnic beliefs, or personal interests. Impartiality encompasses three distinct dimensions. Firstly, it has a "procedural" dimension, ensuring a fair trial for all parties involved. Secondly, it holds a "political" dimension as it fosters public trust in the justice system. Finally, it possesses an "ethical" dimension, serving as the foundation of the principle of good conduct that defines a member of the judiciary⁴².

Judges and public prosecutors must adhere to the principle of impartiality in their judicial duties and other matters, performing their duties without prejudice. They should strive to maintain not only material impartiality but also avoid any appearance of bias. Ensuring impartiality is crucial for justice. A biased judge or public prosecutor can impede the fairness of trials, undermining the principle of a fair trial. Therefore, impartiality plays a pivotal role in upholding this principle. The ECtHR has recognized fair trial as one of the fundamental principles of every democratic society⁴³. It is imperative that the court evaluates each case fairly and impartially, granting all parties an equal opportunity to explain and prove their positions before courts⁴⁴. Impartiality also fosters effective

⁴⁰ Kyprianou v. Cyprus, Application no: 73797/01, 15.11.2005 § 97.

⁴¹ Mežnarić v. Croatia, Application no: 71615/01, 15.07.2005 § 36; Wettstein v. Switzerland, Application no: 33958/96, 21.11.2000 § 47

⁴² Sezin Duygu Tuncer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hâkimin Yasaklılığı Reddi Ve Çekinmesi." Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020, p. 92-96

⁴³ Pretto and Others v. Italy, Application no. 7984/77, 08.11.1983

⁴⁴ Aurika Paskar, The role of administrative court in ensuring human rights protection under martial law, Eastern Journal of European Studies, 14/2, 2023, p. 171

participation in judicial processes. When individuals believe that the judiciary is impartial, they are more likely to engage in judicial proceedings comfortably and utilize their rights of defense more effectively. This encourages citizens to assert and defend their rights in a democratic society.

D-THEY ARE HONEST AND CONSISTENT

Judges and public prosecutors have a solemn duty to apply the laws impartially and independently, free from external pressures from the legislature, the executive branch, or any other influences. They must execute their duties with integrity, honesty, and consistency, both professionally and in their personal lives, in order to foster trust in their character and competence within their community. Upholding professional promises is essential to safeguarding their professional reputation, and they should avoid situations that could compromise their integrity⁴⁵. It is imperative for members of the judiciary to adhere to honesty in their words and actions, particularly in their interactions with the parties involved in legal proceedings. Consistency in their practices is vital to uphold the principle of legal certainty⁴⁶. Judges and public prosecutors must make decisions guided by honesty and moral principles, ensuring transparency and truthfulness in every aspect of their work. Honesty, as a virtue, entails being truthful, loyal, and sincere in one's conduct. One of the primary ethical duties of members of the judiciary is to uncover the truth in the cases they handle, necessitating a commitment to honesty in their deliberations and decisions. They should lead lives characterized by consistency and honesty, not just while performing official duties but at all times. It is crucial for them to maintain emotional control, as outbursts of anger can undermine their honesty and consistency, and possess the maturity and experience to make impartial judgments independent of personal biases⁴⁷.

As a result, it is imperative for members of the judiciary to discharge their duties with utmost honesty and integrity. Their conduct should inspire confidence in the judiciary and reinforce the belief in the righteousness of their decisions. When members of the judiciary exhibit honesty and consistency, parties involved in legal proceedings perceive their decisions as fair and trustworthy, thereby enhancing their trust in the judicial system and promoting confidence in the legal process. Consistent decision-making further enhances the transparency of the judiciary and encourages effective participation in trials. A lack of credibility in a judge or public prosecutor's personal integrity outside the courtroom may cast doubt on their ability to administer justice impartially. Therefore, judicial officers must view themselves as role models and meticulously monitor their behaviour and

⁴⁵ Cengiz Topel Çiftçioğlu, "2802 Sayılı Hâkimler Ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim Ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13, 2011, p. 130

⁴⁶ Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, 14.03.2019.

⁴⁷ A. Can Tuncay, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, p. 299-301

actions at all times. Given that interactions between the public and members of the judiciary are often brief and limited, first impressions play a crucial role in shaping public perception. Therefore, judges and public prosecutors should recognize the significance of these encounters and strive to convey trustworthiness and integrity in every interaction. By doing so, they can contribute to fostering public trust in the judiciary and upholding the integrity of the legal system.

E-THEY REPRESENT TRUST IN THE JUDICIARY

The values upheld by members of the judiciary and the authority they wield are intricately tied to the preservation of justice and the safeguarding of rights and freedoms. Therefore, judges and public prosecutors must adhere to ethical standards while discharging their judicial duties. This adherence is crucial for ensuring social justice and fostering trust in the judiciary among the public⁴⁸. Continuous self-improvement and staying abreast of legal developments are essential for members of the judiciary, considering their profession as one rooted in knowledge. By maintaining professional competence and diligence, judges and public prosecutors can discharge their duties efficiently and ensure timely justice without causing undue delays⁴⁹. Trust in judges and public prosecutors is fundamental to trust in the judiciary as a whole. Therefore, they must strive to inspire confidence in their actions and decisions. If their trustworthiness is ever called into question while performing their duties, they should consider recusing themselves. Moreover, they should refrain from any behaviour or expression, whether in their professional or private lives, that could undermine public trust in the judiciary. While they have the right to freedom of expression, members of the judiciary must exercise this freedom responsibly, ensuring that it does not compromise public confidence in the judiciary. By upholding ethical standards and fostering trust, members of the judiciary play a pivotal role in upholding the integrity and credibility of the judicial system⁵⁰.

Briefly, members of the judiciary play an important role in shaping the perception of the judiciary as a whole through their actions. Any perceived wrongdoing or unfair treatment by judicial officers is often attributed to the entire judicial system, reflecting negatively on its credibility. Therefore, judges and public prosecutors must exercise caution in their speech and actions, understanding the weight of their responsibilities. Engaging in public debates or discussions with each other should be avoided, and they should prioritize the interests of the country, even if they feel personally aggrieved. In today's age of social media, even minor events can be blown out of proportion, leading to misunderstandings and erosion of trust. Members of the judiciary must act with utmost

⁴⁸ Tuğan and Ömürgönülşen, p. 86

⁴⁹ Kılıç, p. 3-4

⁵⁰ Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, 14.03.2019.

sensitivity to avoid any misinterpretation or exploitation of their actions by individuals with malicious intent. Particularly on social media, judges and public prosecutors should be mindful of their interactions, as even innocuous activities such as liking a post related to a sports team could be misconstrued. Maintaining impartiality is essential for judges and public prosecutors, as they may encounter a diverse range of cases and individuals. High levels of trust in the judiciary promote individuals' willingness to participate in the judicial process. When people believe in the impartiality, fairness, and adherence to the law within the judiciary, they develop confidence in the rule of law, fostering effective participation and bolstering the legitimacy of the judicial system. Judges and public prosecutors must exercise caution in their online activities, as even seemingly innocuous interactions on social media can be misinterpreted or misconstrued. A simple action like liking a post related to a sports team could lead others to question their impartiality, potentially undermining trust in their judgments. Given the varied nature of cases and individuals that members of the judiciary encounter, maintaining impartiality is paramount. Expressing personal preferences or opinions publicly can create doubts about their ability to judge cases fairly and objectively. Therefore, it's crucial for judges and public prosecutors to refrain from sharing personal views on social media or in any public forum. Trust plays a vital role in encouraging individuals to participate in the legal process. When people believe that the judiciary is the fairness and neutrality, people are more likely to engage with the legal system and seek resolution for their disputes. This increased participation ultimately strengthens the legitimacy of the judicial process and reinforces belief in the rule of law.

F-THEY CONSIDER CONFIDENTIALITY

The principle of privacy should be observed when sharing and commenting via mass media. All citizens who come to courthouses share their information and secrets, which must remain confidential during the judicial process. Information obtained should not be shared for personal benefit or to the benefit or detriment of others. Within the scope of freedom of expression, ethical norms should be followed when expressing opinions or sharing through the media⁵¹. For example, judges and public prosecutors should not share the information obtained from the files with the public and should not use it carelessly. Moreover, since judges and public prosecutors, especially in small places, have access to the locals' private information, they should limit their interactions with them and avoid giving them the impression that they possess certain information. It is not always necessary to disclose information, as creating the perception that you are privy to their personal details may exert undue pressure on the other party. Therefore, if there is a risk of creating such an impression, judges and public prosecutors should maintain professional boundaries with those individuals. Additionally, sensitivity regarding sharing and commenting through mass media should be governed by privacy principles. Privacy entails

⁵¹ SETA, 2021.

safeguarding the information and secrets of all citizens seeking justice within a fair trial, which must remain confidential during the judicial process. Therefore, members of the judiciary should refrain from sharing information that could neither benefit them about the public interest nor benefit or harm others⁵². As a result, the principle of respect for privacy increases the transparency and reliability of the judicial process. When individuals believe that their privacy is protected, they have more confidence in the judicial system and participate more willingly in judicial processes. This encourages effective participation. The principle of respect for privacy contributes to the creation of a fair trial environment.

G- THEY ACT WITH PROPRIETY AS REQUIRED BY THEIR PROFESSION

Professionalism and its presentation are considered indispensable elements for the performance of all activities of judges and public prosecutors⁵³. The members of the judiciary have to obey the judicial ethics required by the profession when expressing or sharing their thoughts in written, visual, audio, or social media within the scope of freedom of expression. The principle of behaving in a professional manner focuses on judges and public prosecutors maintaining their private lives within the framework of professional ethical principles. With this concern, they should be careful when exercising their freedom of expression in their social lives, act virtuously and prudently, and avoid casting a shadow on their impartiality by being cautious in their private lives⁵⁴.

They are obliged to act with awareness of the responsibilities that their profession imposes on them. They are obligated to consider the impact of their words and actions on others. They work in harmony, cooperation, and mutual respect with their colleagues while performing their duties. They avoid actions that would damage the public's trust in the judiciary. They should not even consider taking advantage of the power derived from their position and profession. They ensure that their relatives and the staff they work with also comply with this rule. To ensure that their professional reputation is protected, they pay attention to their private lives and strive to live virtuously. They make their decisions with care and attention and do not allow anyone to influence them⁵⁵. As a result, the principle of behaving in a respectful manner towards the profession is of great importance for ensuring effective participation and establishing a fair judicial system. It is necessary for judges and public prosecutors to perform their profession

⁵² Kılıç, p. 4

⁵³ Yılmaz, p. 1308

⁵⁴ Esra Nur Tuğan, Emekli Hakimlerin Bakış Açısıyla Türkiye’de Yargı Etiği, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Bütünleşik Doktora Tezi, 2020, p. 84

⁵⁵ Council of Judges and Prosecutors, Declaration of Ethics for Turkish Judiciary, 2019.

honestly and impartially and to gain the trust of society, which encourages effective participation in the judicial process and serves a fair trial.

H-THEY ARE COMPETENT AND ACT DILIGENTLY IN THEIR PROFESSION

Nepotism, a social problem with historical roots and various support points, involves the use of one's power or influence to obtain favors or unfair advantages for one's family and relatives. While nepotism is commonly associated with official institutions, it also extends to family businesses, permeating almost every segment of social life. Regrettably, this social behavioral disorder is also evident within the judiciary. A prevalent example of nepotism in the public sector is favoritism toward fellow townsmen. In institutions led by individuals from specific cities, there is often systematic employment of fellow citizens across various levels. These recruitments and promotions typically prioritize ties of locality over considerations of competence and merit. Consequently, such practices disrupt the economic and social equilibrium of the institution, creating an environment of inherent oppression and marginalization for individuals who are not from the same locality⁵⁶. Merit criteria can sometimes be excluded. Merit can be expressed as the promotion of professional ranks and the recruitment of people with intelligence, diligence, and qualifications. The principles of merit and competence are called ethical rules that constitute the basic criteria of accountability. In addition to all these, when merit is mentioned, some adjectives that a person should have, such as humility, patriotism, sacrifice, leadership, loyalty, goodwill, diligence, being a team player, and openness to communication can be meant⁵⁷. Competency and merit are prerequisites for judges and public prosecutors to fulfill their duties properly. In their judicial duties, judges and public prosecutors should develop their virtues and act diligently in their profession. This will lead them to exhibit characteristic judge and public prosecutor behaviors throughout their professional lives, with all their personal qualities and skills. They are also people who are taken as role models in society. They should lead an exemplary life among the public and stay away from places such as, casinos and bars⁵⁸.

The enhancement of professional competence contributes to the decision-making of judges and public prosecutors. Before assuming their roles, judges and public prosecutors should enhance their knowledge, skills,

⁵⁶ Ercan Özçelik, *Nepotizm (Akraba Kayırmacılığı), Kamu Yönetiminde Kayırmacılık* (Eds: Coşkun Can Aktan and Osman Kürşat Acar), SOBİAD: Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları, İzmir, 2021, p. 160-161/167

⁵⁷ Osman Kürşat Acar and Muhammed Yusuf Ertek, *Türk Toplumunda Kayırmacılık Kültürü, Kamu Yönetiminde Kayırmacılık* (Eds: Coşkun Can Aktan and Osman Kürşat Acar), SOBİAD: Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları, İzmir, 2021, p. 35; Osman Kürşat Acar and Muhammed Yusuf Ertek, *Türk Yönetim Tarihinde Liyakat Siyasetnamelerden Günümüze Liyakat Açmazı*, Astana Yayınları, Ankara, 2019, p.429.

⁵⁸ Tuncay, 2022, p 304-306.

and experience through training in courts. Furthermore, they should continue to receive in-service training to stay updated after entering the profession. Particularly, it is essential for the state to be well-versed in international agreements and human rights criteria, and to closely monitor developments in these areas. Consequently, judges and public prosecutors must undergo necessary training and remain informed about current information related to their profession to maintain up-to-date professional knowledge and improve their skills. They are obligated to ensure fairness in their decisions and to complete their tasks within a reasonable timeframe. During trials, judges and public prosecutors should exhibit patience and understanding towards the parties, their representatives, and witnesses. They should also ensure that their staff treats everyone involved in legal proceedings with the same level of respect and professionalism. By doing so, they can obtain the necessary information to make fair decisions⁵⁹. Lastly, the competence and diligence of members of the judiciary in their profession contribute to the promotion of effective participation. A competent and diligent judicial system provides individuals with a safe environment to participate in judicial processes. This encourages citizens to actively seek and defend their rights in a democratic society.

CONCLUSION

The first of the indispensable basic institutions in states of law is justice. The foremost right to ensure full and complete justice is the right to a fair trial. Implementing this right secures the defendant's rights, but it's crucial to ensure these assurances are concrete and actionable, rather than merely theoretical. Although not explicitly stated, the defendant's right to effective participation in trials at the hearing holds significant importance within the right to a fair trial according to the ECHR. With the Declaration of Ethics for the Turkish Judiciary on March 14, 2019, Turkey deeply committed to human rights and the universal and effective protection of fundamental freedoms. Recognizing a common heritage in respect for freedoms and the rule of law, including the right to a fair trial, Turkey has taken a significant step. The issue of judicial ethics holds great importance in Turkey, and the succession of regulations in this field is a positive development. If all members of the judiciary embrace these ethical principles, it will positively impact the right to a fair trial. The first step toward this is for institutions determining these principles to make them known to the public through necessary promotional and training activities. Additionally, establishing auxiliary mechanisms such as advisory boards can yield positive results. Ensuring that not only practitioners but also citizens who are service recipients are sensitive to ethical principles can fully integrate ethical principles into the judicial system. The basic principles of judicial ethics are the 'principle of independence', which means that a member of the judiciary should not be exposed to external influences and pressures, and the 'principle of impartiality', which means that a member of the judiciary should not be exposed to external influences and pressures.

⁵⁹ Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, 14.03.2019.

These principles are strictly connected with the rights to a fair trial and to effective participation in a hearing. Members of the judiciary are required to fulfil their duties correctly within the framework of the procedures and principles determined by law, by complying with the rules of honesty, and in a way that does not harm the sense of trust of individuals. Members of the judiciary are obliged to make fair decisions by ensuring the effective participation of the parties in the case, completely ignoring issues such as race, gender, economic status, social status, and religion. Turkey's Declaration of Judicial Conduct supports fair trial and effective participation in hearings, and provides members of the judiciary with the necessary qualifications for a fair trial through the principles set forth.

SOURCES

Acar O K, and Ertek, M. Y. "Türk Toplumunda Kayırmacılık Kültürü." In *Kamu Yönetiminde Kayırmacılık*, edited by Coşkun Can Aktan and Osman Kürşat Acar. İzmir: SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınlar, 2021.

—. Türk Yönetim Tarihinde Liyakat Siyasetnamelerden Günümüze Liyakat Açmazı, Ankara, Astana Yayınları,, 2019.

Akif A M, Anayasa. İstanbul: Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 1991.

Ateş B, "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı Ve Segbis Sistemi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 51, 2022, p. 443–482.

Avrupa Konseyi. Bölgesel çevrimiçi yuvarlak masa toplantısı "Yargılama usullerinde video konferans uygulaması: insan hakları standartları." 2020.

Aydın M, İslam Ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri (Master Thesis). Konya: T.C Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015.

Bahar E, "Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Adil Yargılanma Hakkı"." *Adalet Dergisi*, no. 68, 2022, p. 253–283.

Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi. "Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin Yorumu." Translated by M. Saldırım, N. Eriş and F. Batur. Ankara, 2020.

Braithwaite B/ Harby C/ Miletić G, Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İlgili İçtihadına Genel Bakış (Translator: Kasım Akbaş). The AIRE Centre and Civil Rights Defenders, 2021.

Cevizci A, "Felsefe." Anadolu Üniversitesi, 2012.

Çabuk A/ İşgüden B, "Meslek Etiği ve Meslek Etiğinin Meslek Yaşamı Üzerindeki Etkileri." *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9, no. 16, 2006, p. 59-86.

Çelik A, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014.

Çiftçioğlu C T, "2802 Sayılı Hâkimler Ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim Ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 11, 2011, p. 127-157.

Council of Judges and Prosecutors. "Declaration of Ethics for Turkish Judiciary." 2019.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, "BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri." 2002.

Hakimler ve Savcılar Kurulu, "HSK Genel Kurulu Kararı (Yargı Etiği Tavsiye Kararı)" 2019.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, "Türk Yargı Etiği Bildirgesi." 2019.

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi . 4. Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım Hizmetleri, 2018.

—. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı. İstanbul: Beta Basımevi, 2014.

—. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri. 1. vols. İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

Kılıç M, "Türk Yargı Etiği Bildirgesi." SETA, Mart 2019.

Metin Y, "Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri." Anayasa Yargısı 26, no. 1, 2010, p. 217-272.

Mills H, "'No angel' sex abuse case man jailed: Court of Appeal criticises judge for his unacceptable comment about girl, nine." Independent. July 29, 1993. <https://www.independent.co.uk/news/uk/no-angel-sex-abuse-case-man-jailed-court-of-appeal-criticises-judge-for-his-unacceptable-comment-about-girl-nine-1487937.html> (accessed April 29, 2024).

Özçelik E, "Nepotizm (Akraba Kayırmacılığı)." In Kamu Yönetiminde Kayırmacılık, edited by C.C. Aktan and O.K. Acar. İzmir: SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları, 2021.

Özdemir M, "Kamu Yönetiminde Etik." Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 4, no. 7, 2008, p. 177-193.

Özel K C, "Etik ve Etik - Hukuk Arasındaki İlişki." Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, No. 33, 2018, p. 685-708.

Özgür B, "Kamu Yönetimi Denetçilerinde Etik Kültürün Geliştirilmesi." Denetişim, No. 5, 2016, p. 17-32.

Paskar A, "The role of administrative court in ensuring human rights protection under martial law." Eastern Journal of European Studies 14, no. 2, 2023, p. 162-177.

Rozakis C, "The Right to A Fair Trial in Civil Cases." Judicial Studies Institute Journal 4, no. 2, 2004, p. 96-106.

SETA, "Yargı Adaleti ve Etiği Açısından Yargı Mensuplarının Sosyal Medya Kullanımı." SETA Yayınları, 2021.

Tuğan E N, Emekli Hakimlerin Bakış Açısıyla Türkiye’de Yargı Etiği. Yayımlanmamış Bütünleşik Doktora Tezi, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı , 2020.

Tuğan E N/ Ömürgönülşen U, "Türkiye’de Yargı Etiği İlkeleri Üzerine Bir İnceleme." Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, no. 24, Özel Sayı, 2020, p. 85-100.

Tuncay A C, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Dersleri. 6.(Genişletilmiş). İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.

Tuncer S D, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Hâkimin Yasaklılığı Reddi ve Çekinmesi." Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi. 2020.

Turan H, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı. Adalet Yayınları, 2016.

Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, "Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri." Ankara, 2019.

Ulaşan F, "The Decision of No Ground for Investigation On the Basis of Right Not to Be Labelled as Criminal and Presumption of Innocence in The Scope of Human Rights." Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, no. 1, 2023, p. 219-253.

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights/Centre for Human Rights. Human rights fact sheet. Geneva, 1997.

United Nations Office on Drugs and Crime. "Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct." 2007.

Ünal Ş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri. Ankara: TBMM Basımevi, 2001.

Yenisey F/ Nuhuğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku. 8. Seçkin Yayınevi, 2020.

Yılmaz E, "Yargı Etiği." Public and Private International Law Bulletin 40, no. 2, 2020, p. 1293-1311.

CASES

ALBERT AND COMPTE v. Belgium, Application No: 7299/75 7496/76, 10.02.1983

BARBERA, MESSEQUE AND JABARDO v. Spain, Application No: 10590/83, 06.12.1988

COLOZZA v. Italy, Application No: 9024/80, 12/02/1985

D.D. v. Lithuania, Application No: 13469/06, 14/02/2012

DOMBO BEHEER B.V. v. Netherlands, Application No: 14448/88, 27.10.1993

GÜHER ERGUN AND OTHERS, (The Constitutional Court of the Republic of Türkiye) Application No: 2012/13, 2/7/2013

GROSHEV v. Russia, Application No: 69889/01, 20/01/2006

KYPRIANOU v. Cyprus, Application No: 73797/01, 15.11.2005

MARCELLO VIOLA v. Italy, Application No: 45106/04, 05.10.2006

MEŽNARIĆ v. Croatia, Application No: 71615/01, 15.07.2005

PRETTO AND OTHERS v. Italy, Application No: 7984/77, 08.11.1983

SEJDOVIC v. Italy, Application No: 56581/00, 1/3/2006

TARASOV v. Ukraine, Application No: 17416/03, 31/10/2013

YAKOVLEV v. Russia, Application No: 72701/01, 15/3/2005

WETTSTEIN v. Switzerland, Application no: 33958/96, 21.11.2000

DENETİM GÖREVİNİ İHMAL SUÇU (TCK M. 251)

The Crime of Failure to Supervise

Dr. Öğr. Üyesi Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ*

Öz: Denetim görevini ihmal suçu Türk Ceza Kanunu'nun 251. Maddesinde düzenlenmiştir. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlardan birisi olan denetim görevini ihmal suçu ile denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek zimmet veya irtikap suçlarının oluşmasına imkân sağlayan kamu görevlisi cezalandırılmaktadır. 251. Maddenin ilk fıkrasında özel bir iştirak hükmü getirilmiş ve zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmesine rağmen denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kamu görevlisinin bu suçların müşterek faili sayılarak cezalandırılması kabul edilmiştir. İkinci fıkrada ise denetim görevini ihmal bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş, zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmeyen ancak kasıtlı olarak denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bu suçların oluşmasına neden olan failin sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Her iki fıkrada da denetim yükümlülüğü bulunan kamu görevlisinin kasıtlı olarak görevini ihmal etmesi söz konusu iken, ilk fıkrada fail işlendiğini bildiği zimmet veya irtikap suçlarına göz yummakta, ikinci fıkrada ise fail bu suçların işlendiğini bilmemektedir. Tek bölümden oluşan çalışmada hem maddenin birinci fıkrasında düzenlenen zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine göz yumma, hem de denetim görevini ihmal suçu unsurlarına ayrılarak incelenmeye çalışılmıştır. **Anahtar Kelimeler:** Denetim görevini ihmal suçu, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, kamu görevlisi, denetim yükümlülüğü, zimmet, irtikap.

Abstract: The crime of failure to supervise is regulated in Article 251 of the Turkish Penal Code. The crime of neglect of audit duty, which is one of The Crimes Against the Reliability and Functioning of The Public Administration, is punished by the public officer who enables the occurrence of embezzlement or extortion crimes by not fulfilling his supervise obligation. In the first paragraph of Article 251, a special participation provision has been introduced and it has been accepted that the public officer who does not fulfill his supervision obligation despite knowing that embezzlement or embezzlement crimes have been committed will be punished as a co-perpetrator of these crimes. In the second paragraph, neglect of the duty of supervision is regulated as an independent crime, and the responsibility of the perpetrator who does not know that embezzlement or extortion crimes have been committed, but causes these crimes to occur by deliberately not fulfilling the supervision obligation, is ruled to be responsible. While in both paragraphs, the public officer who has the obligation to supervise deliberately neglects his duty, in the first paragraph, the perpetrator overlook to embezzlement or extortion crimes that he knows have been committed, and in the second paragraph, the perpetrator does not know that these crimes have been committed. In this single-part study, it was tried to be examined by dividing it into the elements of both overlook to the commission of embezzlement or extortion crimes regulated in the first paragraph of the article, and the crime of neglecting the duty of supervision.

Keywords: The crime of failure to supervise, The Crimes Against the Reliability and Functioning of The Public Administration, public officer, supervise obligation, embezzlement, extortio

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bilgehan.savasci@atauni.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-5567-2646.

Makale Geliş Tarihi: 26.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 07.05.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1483996

GİRİŞ

Denetim görevini ihmal suçu Türk Ceza Kanunu'nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar başlıklı dördüncü kısmında Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde 251. Madde de;

“1) Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.

(2) Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkân sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

251. Maddenin birinci fıkrasında bağımsız bir suç tipi düzenlenmeyerek zimmet ve irtikap suçuna ilişkin özel bir iştirak hükmü getirilmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise denetim görevini ihmal suçu düzenlenmiştir.¹ Birinci fıkra göre zimmet ve irtikap suçunun işlendiğini bildiği halde buna kasıtlı olarak göz yuman kamu görevlisi bu suçların müşterek faili olarak cezalandırılacaktır. Denetimle yükümlü kamu görevlisi işlenen suçu bildiği halde hiçbir şey yapmayarak ilgili suça iştirak etmektedir². Kanun koyucu bu hükümle zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine yönelik kastı olmayan ancak bu suçların işlendiğini bilmesine rağmen denetim görevini kasıtlı olarak yerine getirmeyen kamu görevlisini zimmet veya irtikap suçunun müşterek faili olarak cezalandırmakta, bu şekilde suçla mücadele edebilmek açısından özel bir hüküm getirerek cezai sorumluluk alanını genişletmektedir³.

Denetim görevini ihmal suçu maddenin ikinci fıkrasında bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir⁴. Zimmet veya irtikap suçunun işlendiğine ilişkin bilgisi olmamasına rağmen denetim görevini kasten ihmal eden fail denetim görevinin ihmali suçundan dolayı cezalandırılmaktadır. Denetim görevini ihmal suçu aslında Kanun'un 257/2 maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin görevini yapmakta ihmal veya geciktirme göstermesi suretiyle görevi kötüye kullanmasının özel bir şeklidir⁵.

251. maddenin birinci fıkrasında denetim görevini kasıtlı olarak yerine getirmeyen failin sorumluluğu zimmet ya da irtikap suçu dolayısıyladır,

¹ Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.826, Gülşah Bostancı Bozbayındır, “Denetim Görevini İhmal”, in: Özel Ceza Hukuku Cilt XI Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2021, s. 109.

² Hasan Tahsin Gökcan, Türk Ceza Kanunundaki Bazı Genel ve Özel Nitelikli Kamu Görevi Yükümlülük Suçları Görevi Kötüye Kullanma Zimmet İrtikap Rüşvet ve Denetim Görevini İhmal Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2022, s. 770.

³ Yokuş Sevük, s. 826, Gökcan, s. 770.

⁴ Sami Gören, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 1359.

⁵ Erdal Baytemir, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 819, Mehmet Emin Artuk /Ahmet Gökcan/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 848, İzzet Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 4, 2021, s. 356.

ikinci fıkrada ise fail bağımsız bir suç olan denetim görevini ihmalden dolayı sorumlu olur. İki hüküm arasındaki fark; failin denetimle yükümlü olduğu kamu görevlilerinin işlediği zimmet ya da irtikap suçundan haberdar olup olmamasından kaynaklanmaktadır. Her iki halde de fail denetim görevini kasıtlı olarak ihmal ettiği halde ilk durumda işlendiğini bildiği zimmet ya da irtikap suçuna göz yummakta, ikinci halde ise zimmet ya da irtikap suçunun işlendiği bilmemekte fakat denetim görevini yerine getirmeyerek bu suçların işlenmesine imkân sağlamaktadır.

Denetim görevini ihmal 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda da cezalandırılmaktaydı. Mülga Kanunda Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlığı altında birinci faslın 203/1. Maddesinde suç mevcut kanundaki hükümden daha sınırlı bir kapsamda düzenlenmiş, denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun basit halinin oluşmasını veya artmasını mümkün kılan kamu görevlisinin cezalandırılması öngörülmüştü⁶. İlgili maddede failin denetim görevini ihmal etmek suretiyle irtikap suçunun oluşmasına olanak sağlaması hali düzenlenmediği gibi zimmet ve irtikap suçlarının işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin ilgili suçların müşterek faili olarak cezalandırılmasına ilişkin hüküm de yer almıyordu. Suç basit zimmet suçunun düzenlendiği maddeye atıf yapılarak formüle edildiği için nitelikli zimmetin oluşmasına olanak sağlanması halinde de fail denetim görevini ihmal suçundan dolayı cezalandırılmıyordu. Yine 765 Sayılı Kanun'un ilgili maddesinde mevcut hükümden farklı olarak denetim görevini ihmal eden failin zimmet suçunun faili ile birlikte zararın ödenmesinden birlikte sorumlu olacağı düzenlenmişti. Mevcut hükümle denetim görevini kasıtlı olarak yerine getirmeyerek zimmet suçunun işlenmesinin yanı sıra irtikap suçunun işlenmesine de olanak sağlanmasının cezalandırılması kanımızca yerinde bir düzenleme olmuştur, doktrinde de ifade edildiği gibi zimmet ve irtikap suçları ile birlikte rüşvet suçunun da işlenmesinin mümkün kılınmasının hükme eklenmesi bu tarz kamu idaresinin güvenilirliğini sarsan suçlarla mücadele etmek bakımından kanaatimizce daha etkili olacaktır⁷.

I.KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Denetim görevini ihmal suçu ile birden fazla hukuksal yarar korunmaktadır. Denetim yükümlülüğü olan failin kamu görevlisi olmasından kaynaklanan doğru ve dürüst davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Denetim görevini yerine getirmeyerek zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine olanak sağlayan fail devlete duyulan güvenin zedelenmesine neden olmakta ve bu şekilde kamu idaresinin işleyişini bozmaktadır⁸. Kamu idaresinin güvenilirliği, kamuya duyulan güven,

⁶ Çetin Arslan/Bahattin Azizagaoglu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 1030.

⁷ Baytemir, s. 819, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 848.

⁸ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (230-345. Maddeler), 4. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 3899, Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20.

kamunun itibarı, kamu görevlilerinin dürüstlüğü, devlete karşı sahip olmaları gereken sadakat yükümlülüğü, kamu idaresinin düzgün bir şekilde işlenmesi bu suç ile korunan hukuksal yararlardır⁹.

765 Sayılı Kanun döneminde hükmün muadili sayılabilecek zimmetin oluşumuna veya artmasına neden olma suçu (m. 204) bakımından bir görüş bu suç ile korunan hukuksal menfaatin kamu idaresinin güvenilirliği değil görevin disiplin içerisinde yerine getirilmesinin sağlanması olduğunu ileri sürmekteydi¹⁰. Biz bu görüşe suçla korunan hukuksal yararların birden çok olduğunu savunduğumuz için katılmamaktayız. Denetim görevinin yerine getirilmemesi idarenin düzenine ve işleyişine karşı suç işlenmesine olanak sağlamaktadır, denetim yükümlülüğünü ihmal ederek zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine neden olan kamu görevlisi, halkın kamu idaresine olan güvenini sarsmaktadır¹¹. Bu nedenle denetim görevinin ihmali suç özel olarak düzenlenerek hem denetim yükümlülüğü olan kamu görevlilerinin görevlerini gerektiği gibi disiplin içinde yerine getirmesinin sağlanması hem de kamu idaresinin güvenilirliğinin korunması amaçlanmıştır¹².

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

Denetim görevini ihmal suçunun faili bir kamu görevlisi olmalıdır. Ancak sadece failin kamu görevlisi olması bu suçu işleyebilmek için yeterli değildir, failin aynı zamanda denetim yükümlülüğüne sahip olması gerekir. Suç sadece denetim yükümlülüğüne sahip kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Denetim görevi olmayan kamu görevlisinin bu suçu işleyebilmesi mümkün değildir¹³. Bu nedenle suç fail bakımından özgü suçtur.

Suç sadece kamu görevlisi tarafından işlenebileceği için öncelikli olarak kamu görevlisi tanımının yapılması gereklidir. Kanunun 6/1-c maddesinde kamu görevlisi *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme*

Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2022, s. 1250, Gökcan, s. 772-773, Bostancı Bozbayındır, s. 109.

⁹ Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V Madde 205-256, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 7102, Gökcan, s. 772-773, Bostancı Bozbayındır, s. 109, Tezcan/Erdem/Önok, s.1250, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 847.

¹⁰ Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 50.

¹¹ Mehmet Vehip Ekinci/Mustafa Uslu /Zeki Çiğerci, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar Zimmet-İrtikap-Rüşvet-Denetim Görevini İhmal-Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 74, Baytemir, s. 816.

¹² Baytemir, s. 816.

¹³ Parlar/Hatipoğlu, s. 3900.

yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için yürütülen bir kamusal faaliyetin olması ve ilgili kişinin bu faaliyete Kanunda sayılan şekillerde katılması gereklidir.

Ceza hukukunda kamu görevlisinin tanımı idare hukukundaki memur kavramından daha geniştir. İdare hukukuna göre memur sayılabilmek için kişi ile idare arasında bir istihdam ilişkisi olmalıdır. Kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için ise devletle arasında istihdam ilişkisi olması şart değildir. Ceza Kanununda kamu görevlisi kamusal faaliyeti esas olarak tanımlanmaktadır. Tanıma göre faaliyet ilgili kişi tarafından sürekli, süreli ya da geçici olarak yürütülebilir. Gerekçede kamusal faaliyet *Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal kararla bir hizmetin kamu adına yürütülmesi* olarak açıklanmıştır. Bu tanım kamu hizmetini de kamusal faaliyet içinde kabul ederek kamu hizmetlerini görenleri de kamu görevlisi saymaktadır.

765 Sayılı Kanun döneminde kamu görevi- kamu hizmeti ayrımı yapılmakta ve kamu hizmeti görenler memur sayılmamaktaydı¹⁴. 765 Sayılı Kanun'un 279/1 maddesine göre *devamlı veya geçici olarak yaşamayla ilgili, idari veya adli bir kamu görevi gören Devlet veya diğer her türlü kamu kurumlarının memur, hizmetlileri ile devamlı veya geçici, ücretsiz ve ücretli, seçimlik veya zorunlu olarak yaşamayla ilgili, idari veya adli bir kamu görevi kişilerin memur sayılacağı* kabul edilmişti. Kanun sadece kamu görevi görenleri memur saymış, kamu hizmeti yapanları ise memur tanımının kapsamı dışında bırakmıştı¹⁵. Kamu görevi kamu hizmeti ayrımı yapılmakla birlikte 765 Sayılı Kanun'da bu kavramların ne anlama geldiği açıklanmamış, kavramların tanımları ve aralarındaki farklılıklar idare hukukuna bırakılmıştı¹⁶. Mülga Kanun döneminde memur terimi dar yorumlanmış, yaptıkları iş kamu görevi sayılamayacağı için devlet kuruluşlarında görevli hizmetliler, imam, hatip ve müezzin gibi din görevlileri memur sayılmamıştır¹⁷.

Mevcut Kanunumuzda da kamu görevlisi kamusal faaliyetin varlığı ve bu faaliyete katılım üzerinden tanımlanmasına rağmen kamusal faaliyetin ne anlama geldiği açıklanmamıştır¹⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre bir faaliyetin kamu faaliyeti olup olmadığının belirlenebilmesi bakımından,

¹⁴ Doğan Soyaslan, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, s. 43-44.

¹⁵ Selami Turabi, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Ceza Hukuku Dergisi, C. 7, S. 20, Aralık 2012, s. 93-101.

¹⁶ Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 17.

¹⁷ Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı" TBB Dergisi, S. 94, 2011, s. 112.

¹⁸ Mahmut Kaplan, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Aralık 2015, s. 63-64, Aras Turay, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2017, s. 363.

ilgili faaliyetin kamu adına yürütülmesi, kamu adına yürütülen bu faaliyetin siyasi bir iradeye, karara dayanması ve bu faaliyetin yürütülmesinde kamu gücünün kullanılması gereklidir¹⁹.

Anayasa'da kamu görevi değil kamu hizmeti terimi kullanılmış ve kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Memur terimi Anayasa'da birçok hükümde geçmesine rağmen memurun ne anlama geldiği tanımlanmamış, konunun düzenlenmesi ilgili kanunlara bırakılmıştır²⁰. Anayasa'da kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler başlığı altında m. 128/1 de "devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmü yer almaktadır. Yine 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. Maddesinde²¹ ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/A maddesinde²² de bu hükme paralel bir şekilde düzenlemeler mevcuttur.

Devletin yürütmekte olduğu faaliyet, hizmeti alanlar bakımından kamu hizmeti, hizmeti gerçekleştirenler bakımından ise kamu görevidir²³. Kamusal faaliyetin anayasa ve idare hukuku bilgisinden faydalanarak kamu hizmeti niteliğinde olduğu söylenebilse de ceza hukukundaki kamu hizmeti kavramı ile idare hukukundaki kamu hizmeti kavramının birbirinden farklı olduğu göz ardı edilmemelidir²⁴. İdare hukukunda kamuya yararlı sayılan hizmetlerin de kamu hizmeti sayılmasına karşılık ceza hukuku bakımından böyle bir kabul kamu görevlisi teriminin sınırlarını çok genişletecektir²⁵.

¹⁹ Zeki Hafizoğulları / Ezgi Aygün Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 32, Hasan Tahsin Gökcan, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2, 2015, s. 150, CGK 12/04/2011 tarih ve 2010/9-258 E., 2011/46 K., "TCK'nın 6/1-c maddesiaçılımdan hareketle bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasi karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya yararlı güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.", Gökcan, 2022, s. 61.

²⁰ Demren Dönmez, s. 112-113.

²¹ 4483 Sayılı Kanun m. 2: "Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır."

²² 657 Sayılı Kanun m.4/A: "Memur: Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.

Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır."

²³ Gökcan, 2022, s. 40.

²⁴ Gökcan, 2015, s. 150, Türay, s. 364.

²⁵ Muharrem Özen/Önder Tozman, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Amme İdaresi Dergisi, Yıl: 2009, C:42, S: 4, s. 44, Gökcan, s. 41.

Devlet adına yürütülen tüm faaliyetlerin kamusal faaliyet sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesi kamu görevlisi tanımını yapabilmek bakımından önem arz etmektedir. Devletin üç temel fonksiyonu yasama, yargı ve yürütmedir. Yasama ve yargı faaliyetlerinin kamusal faaliyet olduğu açıktır. Yürütmenin güvenlik, sağlık, eğitim gibi alanlarda hizmet sunmak gibi temel ve asli faaliyetleri olmakla birlikte, Devlet tarafından yürütülmesinde kamu yararı olan ancak asli olmayan diğer hizmetlere ilişkin faaliyetleri de bulunmaktadır. Kamu hizmeti sayılabilecek faaliyetler bakımından bu hizmeti sunan kişilerin kamu hukuku usullerini kullanmaları, genel yararların özel yararlardan üstün olması, genel yararların gereklerine göre teşkilat ve usullerin değiştirilebilmesi, kamu hizmetini sunan örgütün ve faaliyetlerinin sözleşmeye değil kanun veya tüzük gibi bir statüye dayanması gerekmektedir²⁶. Bu anlamda devletin birer organı olan kamu idareleri ve kamu kurumlarının yürüttüğü hizmetler şüphesiz kamusal faaliyettir. Anayasa hükümleri ve idarelerin örgütleniş şemalarını dikkate alarak kamusal faaliyet yürüten kurumları tespit edebilmek mümkündür. Cumhurbaşkanlığı, Bakanlıklar, bakanlıkların taşra teşkilatları, TBMM, yargı organları, Milli Güvenlik Kurulu, Danıştay, Sayıştay, Devlet Planlama Teşkilatı, Devlet Denetleme Kurulu, Türk Silahlı Kuvvetleri, mahalli idare organları olan belediye, il özel idaresi, il idaresi, ilçe idaresi, köy, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları²⁷, bağımsız idare kuruluşları²⁸ ve KİT'ler kamusal faaliyet yürüten kamu kuruluşlarıdır²⁹. Kamu hizmetinin kuruluşunun kanuna ve siyasi iradeye dayanması gereklidir, kamuya yararlı olarak gerçekleştirilen faaliyetlerin hepsi kamu hizmeti değildir. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için siyasi otoritenin o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmesi ve ilgili hizmeti yasal düzenlemeyle örgütlemiş olması gereklidir. Ancak dayanağının kanun ve siyasi irade olması da bir faaliyeti tek başına kamusal faaliyet saymak için yeterli değildir, bu hizmetin yerine getirilmesinde kamu gücünün de kullanılması gerekir. Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi bu faaliyetin yürütülmesine hangi aşamada katıldığı önem taşımaksızın kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olmalıdır³⁰. Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma bakımından TCK m. 6/1-c herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak bu hizmetin yürütülmesine katılan kişileri

²⁶ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul, 1966, s. 26-27, Gökcan, s. 43.

²⁷ "Üniversiteler, Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü, Türkiye Amme İdaresi Enstitüsü, Atom Enerjisi Kurumu, Orman Genel Müdürlüğü, Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü, Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Sosyal Güvenlik Kurumu, TRT, Atatürk Kültür Dil Tarih Yüksek Kurumu, TÜBİTAK, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü, TODAİE gibi", Gökcan, s. 44.

²⁸ Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Kamu İhale Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu, Şeker Kurumu, Rekabet Kurumu, Kamu Denetçiliği Kurumu gibi, Gökcan, s. 44.

²⁹ Gökcan, s. 44.

³⁰ Özen/Tozman, s. 44-45. Gökcan, s. 44-45.

de kamu görevlisi sayarak kavramı çok genişletmiştir. Kanımızca kamu görevlisi sayılabilmesi için ilgili kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde değil Anayasa m. 128/1 gereği genel idare esaslarına uygun bir biçimde katılmış olması gerekir³¹.

TCK m. 6 kapsamında kamu görevlisi sayılmamakla birlikte ilgili kanunda “memur gibi cezalandırılacağı” belirtilen kişiler de somut olayda şartları oluşması halinde denetim görevini ihmal suçundan dolayı cezalandırılabilir. 1163 Sayılı Kooperatif Kanunu’nun 62/3. Maddesinde *yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurlarının suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı devlet memurları gibi cezalandırılacakları* düzenlenmiştir. 1163 Sayılı kanunda belirtilen kişiler zimmet suçunu işleyebilmekle birlikte, sadece kooperatifin malvarlığı, defter ve belgeleri üzerinde işlenen suçlardan dolayı memur gibi cezalandırılmaları mümkün olduğu için irtikap suçunu işlemeleri mümkün değildir³². Bu nedenle m. 257/2 bakımından 1163 Sayılı Kooperatifler Kanun kapsamında fail sadece zimmet suçunun işlenmesine olanak sağlayarak denetim görevini ihmal suçunu işleyebilir. Yine hükümde sadece yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurlarının kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı belirtildiği için bu kişiler dışındakilerin denetim görevini ihmal suçundan sorumlu olmaları mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da bir kararında kooperatif denetçisinin bu kapsamda olmadığını ve kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının mümkün olmadığını belirterek denetim görevini ihmal suçundan sorumlu olamayacaklarına hükmetmiştir³³.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) kamusal faaliyet yürüttüğü ve KİT personeli kamu hukuku usulüne göre bu faaliyetin yürütülmesine katıldıkları için KİT’lerde çalışan memurlar, kadro karşılığı sözleşmeli olanlar, işçiler TCK m. 6 anlamında kamu görevlisidir³⁴. KİT lerde çalışan ve denetim yükümlüğüne sahip olan kamu görevlileri de denetim görevini ihmal suçunun faili olabilir³⁵.

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160. Maddesinde bankacılarla ilgili zimmet suçu özel olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, denetim görevini ihmal etmek suretiyle zimmete olanak sağlama gibi bir hüküm veya Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerine yapılan bir yollama 5411 Sayılı Kanun’da yer almamaktadır. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu’na göre işlenen zimmet suçları bakımından denetim görevini ihmal suçunun söz konusu olması mümkün değildir. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir³⁶.

³¹ Gökcan, s. 62.

³² Gökcan, s. 631.

³³ Yargıtay 5. CD, E:2008/10804, K:2009/628, T: 29.1.2009, Baytemir, s. 833.

³⁴ Gökcan, s. 107.

³⁵ Ceylani A. Tuğrul, Öğreti ve Uygulamada Zimmet-Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları, Ütopya Grafik Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 998-999.

³⁶ “TCK’nın 203. Maddesinde denetim görevini ihmal ederek 202. Maddenin birinci fıkrasında yazılı zimmetin oluşmasını veya artmasını mümkün kılmış olan kimseye ceza verilebileceği belirtilmiş olup, aynı ya da benzeri düzenlemenin 4389 Sayılı Bankalar Yasasında bulunmadığı ve adı geçen Yasadan TCK’ya yollama

Failin kamu görevlisi olmasının yanı sıra bu suçtan dolayı sorumlu olabilmesi için zimmet veya irtikap suçunu işleyenlerin üzerinde denetim görevinin olması gerekir³⁷. Kamu görevlisinin denetim yükümlülüğü bulunmamakta ise kontrolde ihmalden de söz edilemeyecektir³⁸. Denetim görevi olmayan kamu görevlisi denetim görevini ihmal suçunun faili olamayacağı gibi zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bilse dahi yükümlü olduğu denetim görevi olmaksızın birinci fıkra dolayısıyla bu suçların müşterek faili olarak da cezalandırılmaz³⁹. Denetim yükümlülüğü idarelere göre farklılık gösterebilir, somut olayda ilgili idarenin tabi olduğu mevzuata göre kamu görevlisinin denetim yükümlülüğüne sahip olup olmadığı araştırılmalıdır⁴⁰. Kamu görevlisi; zimmet ya da irtikap suçunu işleyen kamu görevlisinin hiyerarşik amiri olabilir, ayrıca denetimle görevlendirilmiş olabilir ya da görevi kapsamında denetim yetkisi bulunabilir⁴¹. Denetimle yükümlü kamu görevlilerine örnek olarak 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 11. Maddesinde tanımlanan ilk özel idarelerinde vali ve belediyelerle belediye başkanı olmak üzere üst yöneticiler, ilgili birimin başkan, amir, müdürleri, muhasebe müdürleri verilebilir⁴². Yargıtay kararlarına göre hâkim ve cumhuriyet savcısının uhdesinde bulunan yazı işleri müdürünün⁴³, noter ve noter başkâtibinin vezneden sorumlu kâtibin⁴⁴, Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi İl Müdürlüğü abone işleri şefinin abone kaydı ve tahsilat yapan personelin⁴⁵, İşletme Başmühendisliği işletme sorumlusu ve idari mali sorumlusunun veznedarların⁴⁶ hastane sayman ve sayman vekilinin veznedarın⁴⁷, kooperatif yönetim kurulu başkanının muhasip üye üzerinde⁴⁸ denetim yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.

Denetim yükümlülüğü bakımından önemli olan görevi kapsamında içerisinde zimmet veya irtikap suçlarına konu olan işlemleri denetleme

yapılmadığı da gözetilerek özel bankada değişiklik kademelerde yöneticilik görevi yapan sanıklar hakkında TCK'nın 203. Maddesinin uygulanması mümkün bulunmadığı halde adı geçen madde uyarınca sanıklara ceza tayini yasaya aykırıdır." Yargıtay 7. CD, E:2004/36029, K:2005/11105, T: 29.1.2009, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 848.

³⁷ Erman/Özek, s. 50.

³⁸ Bakıcı, s. 163.

³⁹ Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliye Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 90.

⁴⁰ Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 7102, Gökçan, s. 770, Baytemir, s. 816, Bostancı/Bozbayındır, s. 111.

⁴¹ Gökçan, s. 771, Baytemir, s. 816, Ekinci/Uslu/Ciğerci, s. 74.

⁴² Baytemir, s. 816.

⁴³ Yargıtay 5. CD, E:2009/8424, K:2009/10310, T: 14.9.2009, Baytemir, s. 834.

⁴⁴ Yargıtay 5. CD, E:2008/1967, K:2008/2999, T: 01.04.2008, Baytemir, s. 832-833.

⁴⁵ Yargıtay 5. CD, E:2009/6738, K:2010/2658, T: 5.4.2010, Baytemir, s. 834.

⁴⁶ Yargıtay 5. CD, E:2009/5669, K:2009/7303, T: 15.6.2009, Baytemir, s. 832-833.

⁴⁷ Yargıtay 5. CD, E:2003/6177, K:2004/4646, T: 7.6.2004, Baytemir, s. 834.

⁴⁸ Yargıtay 5. CD, E:2007/3699, K:2007/8071, T: 5.11.2007, Baytemir, s. 831.

yetkisinin olmasıdır. Denetim yükümlülüğü zimmet ve irtikap suçları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴⁹. Özellikle icbar, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle işlenen irtikap suçunun, işleniş şekillerinin her birinin birbirinden bağımsız suçlar niteliğinde olması dolayısıyla kamu görevlisinin denetim yükümlülüğünün kapsamının dikkatle incelenmesi gereklidir⁵⁰. Kanımızca kamu görevlisinin genel bir denetim yetkisinin olması yeterlidir, ayrıca mali denetim ile yetkilendirilmiş olması ise şart değildir⁵¹. Ancak kamu görevlisinin genel bir denetim görevi de olsa bu görevin mutlaka mali denetim yetkisini içermesi gerekir, kamu görevlisinin ayrıca mali denetimle görevlendirilmesi ise zorunlu değildir⁵². Kamu görevlisinin mali denetim yetkisi olmaksızın denetim görevini ihmal suçunu işleyebilmesi kanımızca mümkün değildir⁵³.

Failin denetimle görevli olmaması halinde, denetimi ihmal ederek zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine olanak sağlamasından da söz edilemeyecektir⁵⁴. Kamu görevlisinin denetim yükümlülüğüne sahip olmaması ancak kamu görevini ihmal etmesi gibi bir durumda denetim görevini ihmal suçu oluşmasa da somut olayın özelliğine göre TCK m. 257/2 görevi kötüye kullanma suçunun ihmal davranışla işlenmesi gündeme gelebilecektir⁵⁵.

2. Mağdur

Denetim görevini ihmal suçu mağduru belli bir kişi olmayan suçlar arasında yer almaktadır. Bu suçta mağdurun toplumu oluşturan kişilerin tümü yani kamu olduğu söylenebilir⁵⁶.

3. Fiil

a. Zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yumma

Birinci fıkrada fail zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmesine rağmen kasten denetim yükümlülüğünün yerine getirmemektedir. Kanun koyucu zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğinden haberi olmasına karşın denetim görevini yerine getirmeyerek bu suçların işlenmesini kolaylaştıran failin zimmet ya da irtikap suçlarından

⁴⁹ İbrahim Şahbaz, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt (Madde 150-345), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 2872.

⁵⁰ İzzet Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2012, s. 14-15.

⁵¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7102, Gökcan, s. 771.

⁵² Baytemir, s. 816.

⁵³ Sedat Bakıcı, Açıklamalı Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları, Ankara, 1988, s. 163, Meran, s. 92, Baytemir, s. 817, aksi görüş için bkz. Gökcan, s. 771.

⁵⁴ Bakıcı, s. 163.

⁵⁵ Bakıcı, s. 163, Bostancı Bozbayındır, s. 111.

⁵⁶ Baytemir, s. 817, Bostancı Bozbayındır, s. 112, Ekinci/Uslu/Ciğerci, s. 75.

müşterek fail olarak sorumlu olmasını kabul etmiştir⁵⁷. Denetim yükümlülüğü bulunan fail zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bildiği halde hareketsiz kalmakta ve hareketsizliği ile bu suçların işlenmesine katkı sağlamaktadır⁵⁸. 251. Maddenin birinci fıkrasına karşılık gelen bir hüküm 765 Sayılı Kanun'da bulunmamaktadır, bu hükümle Kanun Koyucu zimmet veya irtikap suçlarının daha geniş ölçüde cezalandırılmasını kabul etmiştir⁵⁹.

Fail zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bildiği halde denetim yükümlülüğünün bilerek ve isteyerek yerine getirmemekte, hareketsiz kalmakta, hiçbir şey yapmamaktadır. Denetimle veya teftişle yükümlü kamu görevlisi zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini ya da işlenmekte olduğunu bilmektedir, ancak buna rağmen kasıtlı olarak denetim ya da teftiş yapmamakta, görevini ihmal etmektedir⁶⁰. Fail ya denetim yapmamakta ya da denetim yapmasına rağmen kasıtlı olarak bu suçların işlendiğini görmezden gelmektedir⁶¹. Birinci fıkranın söz konusu olabilmesi için zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmiş ya da en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gereklidir⁶². Eğer zimmet ya da irtikap suçu teşebbüs aşamasında kalmış ise, fail de m. 251/1 dolayısıyla zimmet ya da irtikap suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu olur⁶³. Somut olayda teşebbüs aşamasında dahi zimmet ya da irtikap suçu söz konusu değilse failin de bu suçların müşterek faili olarak sorumluluğundan söz edilemez.

⁵⁷ Baytemir, s. 817.

⁵⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7102.

⁵⁹ Gökcan, s.

⁶⁰ Baytemir, s. 818.

⁶¹ "Yine suç tarihlerinde Edirne P. P. Başmüdürü, muhasebe müdürü ve personel müdürü olarak görev yapan ve zimmet suçunu işleyen sanık Ferudun'un amiri konumunda olan sanıklar S. E., N. Ç., H. B.'nin 26/05/2006 tarihinde yapılan denetimde Ferudun'un sorumluluğunda bulunan kasa açığının 21.996,62 TL olduğunu öğrenmelerine rağmen açığın 10.187,72 TL olduğuna ilişkin sonradan tutulan tutanağa istinaden işlem yapıp, olaydan adli mercileri haberdar etmeyerek bu kişinin uzunca bir süre soruşturulmamasına ve daha sonra tekrar zimmet fiilinin işlenmesine bağlı kamu zararına yol açmak suretiyle,Edirne P. P. Başmüdürlüğünde muhasebe şefi olan sanık M.. Ş..'nin 26/05/2009 tarihinde Havsa P. P. müdürlüğünün olağan denetimini yaptığı sırada burada veznedar olarak görev yapan Ferudun'un 21.996,62 TL kasa açığını tespit ederek buna ilişkin aynı günlük tutanağı S. T. ve F. Ş. ile birlikte tanzim ettikleri, bir gün sonra Ferudun'un paranın bir kısmını ödemesi üzerine kalan kasa açığı 10.187,72 TL için yine 26/05/2009 tarihini taşıyan yeni bir tutanağı düzenleyerek işleme koydukları, önceki tutanağı Metin'in kişisel arşivinde sakladığı ve zimmet fiilinin yetkili adli makamlara ihbar edilmediği, böylece görevlerinin gereklerine aykırı hareket ederek F. Ş.'in adli takibat yapılmamasına bağlı menfaat temini ve daha sonraki kamu zararına neden olmak suretiyle zincirleme şekilde görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri, eylemlerde sahtecilik kastı bulunmamakla birlikte TCK'nın 257/1, 43/1. maddelerinde yer alan suç tipinin tüm unsurlarıyla oluştuğu anlaşılmamasına karşın oluşa uygun düşmeyen yetersiz gerekçelerle yanılı hukuki değerlendirme sonucu beraet hükümleri kurulması" Yargıtay 5. CD, E:2012/14232, K:2014/3240, T: 20.3.2014, <https://barandogan.av.tr/blog/mevzuat/tck-madde-251-denetim-gorevinin-ihmali-sucu.html,s.e.t..> 30.05.2023.

⁶² Baytemir, s. 818.

⁶³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7102.

Kanun koyucu birinci fıkra ile zimmet ve irtikap suçları için özel bir iştirak hükmü getirmiştir. Bu halde fail başkasının işlediği zimmet veya irtikap suçuna ihmali hareketiyle iştirak etmekte ancak bu suçlardan dolayı şerik değil müşterek fail sıfatıyla sorumlu olmaktadır⁶⁴. Bu nedenle m. 37/1 dolayısıyla aranan şartlar 251/1 dolayısıyla failin zimmet ya da irtikap suçunun müşterek faili olarak sorumlu tutulması için aranmamaktadır. Şayet failin zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine ilişkin zimmet ya da irtikap suçunun faili ile aralarında birlikte suç işleme kararı var ise ve fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurulmuş ise artık denetimle görevli kamu görevlisi 251/1 dolayısıyla değil doğrudan zimmet ya da irtikap suçunun faili olarak m. 247 ya da m.250 dolayısıyla sorumlu olur⁶⁵. Yani 251. Maddenin birinci fıkrası dolayısıyla failin zimmet ya da irtikap suçunun müşterek faili olarak sorumlu olabilmesi için, m. 37/2 dolayısıyla zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine müşterek fail olarak katılmaması gereklidir. Ancak denetimle yükümlü kamu görevlisi bu suçların işlendiği bilmesine rağmen kasten denetim görevini yerine getirmemekle birlikte ayrıca zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmiş ise failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği m. 251/1 dolayısıyla zimmet ya da irtikap suçunun müşterek faili olarak sorumlu olur⁶⁶. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bilmesine rağmen failin denetim yükümlülüğü bulunmamakta ise artık failin birinci fıkra dolayısıyla sorumluluğu söz konusu değildir, ancak denetim görevi olmamasına rağmen zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesini azmettirmiş ya da bu suçların işlenmesine yardım etmişse artık genel iştirak hükümleri gereği zimmet ya da irtikap suçlarına azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

b. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine imkân sağlama

Denetim görevini ihmal suçu 251. maddenin ikinci fıkrasında, ilk hükümden farklı olarak ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu halde failin zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine ilişkin kastı bulunmamaktadır, fail sadece denetim görevini kasten yerine getirmemektedir⁶⁷. İşlenen

⁶⁴ Özgenç, 2021, s. 354.

⁶⁵ İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 242-345) Dördüncü Cilt, Sözkesen Matbaacılık, 2013, Ankara, s. 4253, Baytemir, s. 818, Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 7102, Şahbaz, s. 2871.

⁶⁶ Baytemir, s. 818.

⁶⁷ “İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Kontrolörünün yaptığı denetim sonucunda Belediyede tahsildar olan X’in tahsil ettiği gelirlerin bir kısmını kullanarak belediye hesaplarına geç, yatırmak, bir kısmını ise hiç yatırmamak suretiyle zimmet suçunu işlediği anlaşılmış ise de, işlemleri denetlemekle görevli sanıklar Belediye Başkanı Y ile ... Hizmetler Müdür Vekili Z’nin zimmet eylemine kasten göz yumduklarını gösteren mahkumiyetlerine yeterli somut, tarafsız ve kesin kanıtın bulunmadığı, sabit olan tahsilat ve harcama işlemlerini denetlememe fiillerinin TCK’nın 251/2. maddesine uyan denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun işlenmesine imkan sağlama suçunu oluşturduğu ve hükmün gerekçesinde de eylem bu şekilde nitelendirildiği halde, zimmet suçunun işlendiğini bildiklerine ve kasten göz yumduklarına ilişkin deliller karar yerinde açıklanmadan, çelişkili ve yetersiz gerekçelerle TCK’nın 251/1. maddesi yollaması ile zimmet suçundan cezalandırılmalarına

zimmet ya da irtikap suçlarından haberi olmadığı için denetimle görevli failin bu suçların şeriki olarak kabul edilmesi mümkün değildir, kamu görevlisinin kasten denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi bu nedenle ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir⁶⁸. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesi failin bilgisi dahilinde değildir, ancak fail denetim yükümlülüğüne aykırı davranıp yapması gerekeni yapmayarak bu suçların işlenmesini kolaylaştırmaktadır⁶⁹. Failin ihmali davranışı sonucunda zimmet ya da irtikap suçları işlenmekte ya da işlenmeye devam etmektedir⁷⁰. Denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumlu olması için fail işlenen zimmet ya da irtikap suçlarından haberdar olmamalıdır, bu suçların işlendiğini bildiği hallerde fail 251. Maddenin birinci fıkrası dolayısıyla zimmet ya da irtikap suçlarından dolayı müşterek fail olarak sorumlu olur. Zimmet veya irtikap suçlarının oluşmasına imkân sağlama failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonucu olmalıdır. Gerekçede ikinci fıkrada tanımlanan suç bakımından failin zimmet ya da irtikap suçları bakımından kastının olmadığı, kastının sadece denetim görevinin ihmeline ilişkin olduğu belirtilmiştir. Yani fail somut olayda zimmet ya da irtikap suçunun işlendiğini bilmemeli ve bu suçların işlenmesini istememelidir.

Denetim görevinin ihmal suçundan dolayı failin sorumluluğundan söz edebilmek için iki şart bulunmaktadır. Bunlardan ilki failin üzerinde denetim yükümlülüğü bulunan kamu görevlileri tarafından işlenmiş zimmet ya da irtikap suçunun olması, ikincisi ise failin bu suçlara şerik olarak katılmamasıdır⁷¹. Zimmet ya da irtikap suçları işlenmeksizin sadece failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi bu suçu oluşturmaz⁷². Kanun koyucu denetim görevi olan kamu görevlisinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesini tek başına suç olarak kabul etmemiştir. Denetim yükümlülüğünü yerine getirmeme ancak zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine olanak sağlama halinde 251. Madde anlamında yaptırıma bağlanmıştır. Şayet fail sadece denetim yükümlülüğünü yerine getirmemiş ancak zimmet ya da irtikap suçları bu suretle işlenmemişse veya 257. Madde dolayısıyla sorumluluğunun söz konusu olabilmesi bakımından failin denetim görevini ihmali kişinin mağduriyetine, kamunun zararına, kişilere haksız menfaat sağlanmasına neden olmamışsa gerekli şartları varsa kamu görevlisinin disiplin sorumluluğu gündeme gelebilir⁷³. Bizce zimmet veya irtikap suçlarının oluşmasına imkân sağlama denetim görevini ihmal

karar verilmesi hukuka aykırıdır”, Yargıtay 5. CD, E: 2014/3118, K: 2016/4201, T: 25.4.2016, Özgenç, 2021, s. 354.

⁶⁸ Özgenç, s. 355.

⁶⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 849, Baytemir, s. 819.

⁷⁰ Baytemir, s. 819.

⁷¹ Erman/Özek, s. 50.

⁷² Özgenç, 2021, s. 356.

⁷³ M.Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M.Emin Aşahin vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, 2022 Eylül, Ankara, s. 1123.

suçunun bir unsuru değil ancak objektif cezalandırma şartıdır⁷⁴. Suçun unsurlarının dışında kalan objektif cezalandırılma şartları, kanun koyucu tarafından failin fiilinden dolayı cezalandırılabilmesi için aranan koşullardır. Objektif cezalandırma şartı, suçun unsuru olmadığı için kastın bilme unsuruna dahil değildir⁷⁵. Denetim görevini ihmal suçu bakımından da fail zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmemelidir, bu suçların failin kastının kapsamı dışında olmakla birlikte işlenmiş olmasının aranması objektif değerlendirme şartı olarak kabul edilebilir⁷⁶. Denetim görevi kasten ihmal edildiği an denetim görevini ihmal suçu tamamlanmaktadır. Ancak failin cezalandırılabilmesi denetim görevini yerine getirmemesi dolayısıyla zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine olanak sağlanmış olmasına bağlıdır, eğer fail denetim görevini yerine getirmemiş ancak zimmet veya irtikap suçları da somut olayda işlenmemiş ise suç oluşmuştur fakat objektif cezalandırma şartı somut olayda gerçekleşmediği için failin bu suçtan dolayı cezalandırılması mümkün değildir⁷⁷. Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında zimmet fiilinin belirlenmemesi nedeniyle failin denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumlu olmaması gerektiğine karar vermiştir⁷⁸. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de denetim görevini ihmal suçu söz konusu değildir, bu suçların mutlaka tamamlanmış olması gereklidir⁷⁹.

Denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumlu olabilmesi için failin zimmet ya da irtikap suçlarına iştirak etmemiş olması gereklidir. Zimmet ya da irtikap suçlarına failin iştirak ettiği hallerde artık başkasının işlediği zimmet ya da irtikap suçlarına denetim görevinin ihmali suretiyle neden olunması söz konusu değildir. Failin zimmet ya da irtikap suçlarına iştirak ettiği hallerde denetim görevini ihmal suçu oluşmamakta, fail bu suçlardan dolayı katkısına göre müsterek fail, yardım eden ya da azmettiren olarak sorumludur⁸⁰.

TCK m. 251 de yer alan suçun maddi unsuru failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Ancak ihmali hareketle işlenmesi mümkün olan suçta denetim yapmak failin görevi olduğu halde, fail

⁷⁴ Elif Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 217, Özgenç, 2021, s. 356, Bostancı Bozbayındır, s. 113.

⁷⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin vd., s. 677, M. Emin Artuk / M.Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S.2, 2013, s. 18, Zeynel Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 68, S.1-2, 2010, s. 162-163, Bekar, s. 56-57.

⁷⁶ Bekar, s. 217, Bostancı Bozbayındır, s. 113.

⁷⁷ Bostancı Bozbayındır, s. 113.

⁷⁸ Yargıtay 5. CD, E:2006/7306, K:2006/9441, T: 22.11.2006, Baytemir, s. 831.

⁷⁹ Meran, s. 91, Erman/Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 91, aksi yönde Bostancı Bozbayındır, s. 115; yazara göre zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine teşebbüs edilmesi failin denetim görevini ihmal suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için yeterlidir.

⁸⁰ Meran, s. 92, Baytemir, s. 820.

görevini yerine getirmemekte ya da geç yerine getirmekte ve bu suretle zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine olanak sağlamaktadır. Eğer denetim yapmak failin görevi değil ise bu suçtan dolayı sorumlu olmaz⁸¹.

Fail denetim yükümlülüğünü hiç yerine getirmediğinde ya da gerektiği gibi yerine getirmediğinde denetim görevi ihmal edilmiş olur⁸². Denetim yükümlülüğünün geciktirilmesi, zamanında yerine getirilmemesi, idari işleyişin bu şekilde denetimsiz bırakılması denetim görevinin ihmal edilmesidir. Denetimin zamanında yapılmaması halinde idari işleyiş denetimsiz bırakılmakta, denetim gerektiği gibi yapılmadığında ise fiili denetimsizlik meydana gelmektedir⁸³.

Denetim görevinin zamanında yapılmaması, denetimin geciktirilmesi, görevin savsaklanmasıdır⁸⁴. Kamu görevlisi ilgili işlemleri idari mevzuata ya da idari geleneğe göre uygun olan zamanda denetlemelidir, dolayısıyla denetim görevinin yerine getirileceği zaman dilimi kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuata ve idari geleneğe göre belirlenebilir⁸⁵. Denetimin gerektiği gibi yerine getirilmemesi; denetimin yüzeysel, üstünkörü bir şekilde gerçekleştirilmesi, dikkatli ve özenli bir şekilde yapılmamasıdır⁸⁶. Bu halde fail aslında denetim yapmamakta değildir, denetim yapmaktadır ancak bu denetim dikkatsiz, özensiz ve yüzeysel bir incelemedir. Bu nedenle fail denetim yükümlülüğünü yerine getirmemiş kabul edilmektedir. Yani fail denetimi zamanında yapmasına rağmen gerekli dikkat ve özeni göstermemektedir⁸⁷. Üstünkörü yapılan bir inceleme; olağan bir denetimle

⁸¹ M.Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1127.

⁸² Bostancı Bozbayındır, s. 112.

⁸³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7104, Baytemir, s. 819.

⁸⁴ Baytemir, s. 819, “Sanıklar, ... ve ...’in Adana Cemalpaşa PTT Merkez Müdürlüğünde şef hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılan ... ve sanık ...’in de aynı yerde gişe memuru olarak görev yaptıkları, sanık ...’in 28/05/2010 tarihi ve öncesinde 166 adet, hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılan ...’in ise 14/09/2009 ve öncesinde 20 adet düşük miktarlar içeren askerlere ödeme yapılmasına ilişkin havale ödeme işlemlerinde alıcısına ait olmayan farklı T.C. kimlik numaraları girerek ödeme yapılmış gibi gösterip sanık ...’in toplam 9.813,00 TL yi, sanık ...’in ise 1.250 TL yi zimmetine geçirdiği, eylemlerin kurum kayıtlarının kontrolü sırasında uyumsuzluğun belirlenmesi sonucu daire içi basit bir araştırma ile tespit edildiği oluşa uygun olarak kabul edilen olayda; sanıklar ... ve ...’i denetlemekle görevli olan sanıklardan sanık ...’un 58, sanık ...’in 47, sanık ...’in 64 ve sanık ...’un 16 adet usulsüz havale ödeme işlemine onay verdikleri, ayrıca gün sonunda söz konusu havale ödeme belgelerindeki bilgilerle, MERNİS’ten alınan ve havale ödeme belgelerine eklenmesi gereken kimlik bilgilerini içeren belgeleri kontrol etmedikleri, bu şekilde denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun işlenmesine imkân sağladıkları gözetilmeden, TCK’nın 251/2. maddesi gereğince mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken dosya kapsamına uygun düşmeyen ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” Yargıtay 5. CD, E:2014/10310, K:2018/465, T:08.02.2018, <https://barandogan.av.tr/blog/mevzuat/tck-madde-251-denetim-gorevinin-ihmali-sucu.html>, s.e.t. 30.05.2023.

⁸⁵ Gökcan, s. 775, Baytemir, s. 819.

⁸⁶ Gökcan, s. 775, Meran, s. 92.

⁸⁷ Baytemir, s. 819.

ortaya çıkarılabilecek zimmet veya irtikap suçlarının fark edilememesine yol açmakta ve kamu idaresinin işleyişi bozulmaktadır⁸⁸. Örneğin olağan bir denetimle tespit edilmesi gereken bir zimmet fiilinin teftişin üstünkörü yapılması nedeniyle ortaya çıkarılamaması halinde denetim görevini ihmalinden söz edilebilir⁸⁹.

Elbette failin denetimi ihmalinden bahsedebilmek için öncelikle denetim görevi bulunmalıdır, failin somut olayda zimmet ya da irtikap suçunun faili üzerinde denetim yükümlülüğüne sahip olup olmadığı bağlı bulunduğu kamu idaresinin statüsünü düzenleyen idare hukuku kurallarına göre belirlenmelidir⁹⁰.

Sadece denetim yükümlülüğünün yerine getirilmesi maddi unsurun oluşması için yeterli değildir. Failin denetim görevini ihmal etmesi zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine neden olmalı, yani denetim yükümlülüğünün ihmalî ile zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesi arasında nedensellik bağı olmalıdır⁹¹. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine failin denetim görevini ihmal etmiş olması neden olmalıdır⁹². Hüküm de bu husus “denetim görevini ihmal ederek zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkân sağlama” şeklinde belirtilmiştir. Denetim yükümlülüğünün zamanında yerine getirilmemesi veya denetimin dikkatli ve özenli bir şekilde yapılmaması dolayısıyla oluşan kontrolsüzlük neticesinde zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine olanak sağlamalıdır⁹³. Eğer fail denetim görevini vaktinde ve özenli bir şekilde yerine getirseydi zimmet ya da irtikap suçu işlenemezdi denilebiliyorsa fail denetim görevini ihmal suçundan sorumlu olur⁹⁴. Bu anlamda ikinci fıkrada düzenlenen denetim görevini ihmal suçu ile ilk fıkradaki denetim görevini kasten yapmayarak zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine neden olan failin bu suçların müşterek faili olarak cezalandırılmasını öngören hüküm arasında farklılık bulunmaktadır. İkinci fıkranın aksine birinci fıkradaki suç bakımından failin denetim görevini ihmal etmesi ile zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesi arasında nedensellik bağı olması yani işlenen zimmet ya da irtikap suçlarının failin denetim görevini yerine getirmemesi sonucu meydana gelmesi gerekli değildir. Birinci fıkrada önemli olan failin zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bilmesi buna rağmen denetim görevini yerine getirmemesidir⁹⁵. İlk fıkra gereği müşterek fail olarak sorumlu olan kamu görevlisi ya zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmesine rağmen denetim yapmamakta ya da denetim yapmasına rağmen bu suçların işlendiğini ifşa etmeyerek bu

⁸⁸ Gökcan, s. 775, Baytemir, s. 819.

⁸⁹ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 7104.

⁹⁰ Erman/ Özek, s. 52.

⁹¹ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 7105, Gökcan, s. 775, Meran, s. 93, Erman/ Özek, s. 52.

⁹² Meran, s. 93.

⁹³ Gökcan, s. 775, Baytemir, s. 820.

⁹⁴ Gökcan, s. 775.

⁹⁵ Gökcan, s. 772.

suçları ortaya çıkarmamaktadır⁹⁶. Birinci fıkra bakımından fail emri altındaki ve denetlemekle yükümlü olduğu kişilerin zimmet ya da irtikap suçlarını işlediğini bilmektedir ancak buna rağmen kasıtlı olarak görevinin gereğini yapmamakta, gerekli önlemleri almamakta ve bu suçların işlenmesine engel olmamaktadır. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğinden haberdar olmasına rağmen gerekli soruşturmayı yapmamakta ve suçların ortaya çıkarılmasını engellemekte, bu şekilde de ilgili suçların işlenmesini kolaylaştırmaktadır⁹⁷. Denetim görevini ihmal suçu bakımından ise fail zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bilmemektedir, failin kastı sadece denetim görevinin yerine getirilmemesine ilişkindir, işlenen zimmet ya da irtikap suçlarını bilmemektedir. Failin görevini yerine getirmemesinin neden olduğu denetimsiz ortamdan yararlanılarak zimmet ya da irtikap suçu işlenmekte, failin ise işlenen bu suçlardan haberi bulunmamaktadır⁹⁸. Birinci fıkra bakımından zimmet ya da irtikap suçları teşebbüs aşamasında kalsa dahi fail zimmet ya da irtikap suçlarının müşterek faili olarak sorumlu olur iken, denetim görevini ihmal suçu bakımından zimmet ya da irtikap suçlarının tamamlanmış olması şarttır, hükümde açıkça ilgili suçların işlenmesine imkân sağlanmasından bahsedildiği için şayet bu suçlar teşebbüs aşamasında kalmış ise denetim görevini ihmal suçu söz konusu olmamaktadır⁹⁹. Somut olayda zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğine dair mahkeme kararı kesinleşmediği müddetçe failin denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu değildir. Failin denetlemekle yükümlü olduğu kişilerin işlemiş oldukları suçun zimmet ya da irtikaptan farklı bir suç olması halinde denetim görevini ihmal değil, şartlarının varlığı halinde görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257/2) oluşabilir¹⁰⁰.

Failin denetim görevini yerine getirmemesi ile zimmet ya da irtikap suçunun oluşması arasındaki nedensellik bağının tespiti oldukça zordur¹⁰¹. Failin zamanında ve gerekli dikkat ve özeni göstererek yapmış olduğu bir denetimle ortaya çıkardığı zimmet ya da irtikap suçları bakımından dahi bir süre önce aynı denetimin yapılmış olması halinde bu suçların işlenmeyeceğini iddia etmek mümkündür¹⁰². Bu nedenle failin denetim görevini ihmal ederek bu suçların oluşumuna nasıl sebebiyet verdiği kararda açıklanmalı, sadece failin denetim yükümlülüğüne sahip olması nedeniyle hiyerarşik olarak amiri pozisyonunda olduğu kişilerin işlemiş olduğu zimmet veya irtikap suçlarını mümkün kıldığından dolayı otomatik olarak sorumluluğuna gidilmemelidir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi de Mülga Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında; yapmış olduğu denetimle zimmet

⁹⁶ Ayşe Nuhoglu, “Yeni Ceza Kanunu ile Kamu İdaresi Aleyhinde Cürümlerde Getirilen Değişiklikler”, in: Doç.Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, C. 1, S. 1-3, İstanbul, 2006, s. 990.

⁹⁷ Baytemir, s. 817.

⁹⁸ Ekinci/ Uslu/ Ciğerci, s. 76.

⁹⁹ Yaşar/ Gökcan/ Aruç, s. 7105, Meran, s. 93, Baytemir, s. 820.

¹⁰⁰ Meran, s.93.

¹⁰¹ Şahbaz, s. 2871.

¹⁰² Erman/ Özek, s. 52.

suçunu ortaya çıkaran kamu görevlisinin zimmetin oluşumuna neden olma suçundan mahkûm olmasına ilişkin ilk derece mahkeme kararını zimmete hangi suretle neden olunduğunun açıklanmaması nedeniyle bozmuştur¹⁰³.

Failin denetim görevini yerine getirmesine rağmen yine de zimmet veya irtikap suçu işlenmiş ise artık denetim görevini ihmal söz konusu değildir¹⁰⁴. Zimmet ya da irtikap suçunun denetimle görevli kamu görevlisinin gösterdiği tüm özen ve dikkate rağmen yine de işlenmesi veya sürdürülmesi halinde fail yükümlülüğünü gerektirdiği gibi yerine getirmiş ancak zimmet veya irtikap suçunun işlenmesini engelleyememiştir¹⁰⁵. Bu suçların ustalıkla gizlenerek işlenmesi halinde denetimle bu suçların fark edilmesi mümkün olmadığı için failin denetim görevini ihmal etmesi ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır, bu nedenle böyle bir durumda da yine denetim görevini ihmal suçu oluşmaz¹⁰⁶.

765 Sayılı Kanun döneminde m. 203/1. de düzenlenen suçun sadece zimmet suçunun basit halinin işlenmesine olanak sağlanması halinde oluştuğu, *zimmet suçunun dairesini aldatacak ve failin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmesi* halinde ise failin denetim görevini ihmalden sorumlu olmayacağı kabul ediliyordu¹⁰⁷. Mülga Kanun döneminde nitelikli zimmet suçunun oluşması failin hilesinin

¹⁰³ “Belediye Başkanlığı yazısından, sanığın asli görevinden ayrı olarak ek görevlerde çalışmasına rağmen kısa süre sonra, plan ve proje tasdik harcı olarak tahsil olunan paraların az oluşundan şüphelenerek, soruşturmaya girişip zimmetin meydana çıkmasını sağlamış bulunmasına nazaran, sanığın ne suretle zimmetin vukuuna sebebiyet verdiği açıklanmadan mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 5. CD, E:1978/3225 K:1978/3194, T: 1.11.1978, Erman/ Özek, s. 52.

¹⁰⁴ İlk derece mahkemesinin denetim görevini yerine getirmesi nedeniyle fail hakkında denetim görevini ihmal suçundan dolayı beraat kararı verdiği ancak Yargıtay’ın failin denetim yükümlülüğü altında olan kamu görevlisinin işlediği suçun zimmet değil hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu oluşturduğuna karar vermesi nedeniyle bozma kararı verdiği bir içtihat; “Buldan Belediyesinde zabita memuru olarak görev yapan sanık ...’ın 01.01.2015 ile 28.07.2015 tarihleri arasında pazar yerlerinden istifade eden esnaftan tahsil etmiş olduğu toplam 21.821 TL işgaliye bedelini 2015 yılı içerisinde kurum hesaplarına yatırmayarak zimmetine geçirdiği, mali hizmetler müdürü olarak görev yapan sanık ...’in ise mevzuat hükümleri gereği kendisine yüklenen denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle zimmetin oluşumuna neden olduğu iddialarıyla açılan kamu davalarında, Mahkemece; eylemleri sabit görülen sanık ...’ın atılı suçtan cezalandırılmasına, suça konu eylemlerin sanık ...’nın işgaliye gelirlerinde düşüş olduğunu tespit etmesi üzerine ortaya çıktığı kabul edilerek 5271 sayılı Kanun’un 223 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca beraatine hükümlendiği anlaşılmıştır.... Ancak; Suç tarihinde zabita memuru olarak görev yapan sanık ...’ye Belediye Zabita Yönetmeliğinin 42 nci maddesi uyarınca zabita hizmetleri dışında bir görev verilemeyeceğinin ve tahsilat işini yürütmesine yasal engel bulunduğunun anlaşılması karşısında, eylemlerinin zincirleme hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek zincirleme basit zimmet suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 5. CD, E: 2020/5067, K: 2023/7736, T:21.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, s.e.t. 20 Eylül 2023.

¹⁰⁵ Bakıcı, s. 164.

¹⁰⁶ Gökcan, s. 775, Baytemir, s. 820.

¹⁰⁷ Erman/ Özek, s.

objektif olarak aldatma yeteneğine sahip olmasına bağlıydı. Hilesinin basit olması durumunda fail nitelikli zimmetten değil basit zimmet suçundan dolayı fail cezalandırılmaktaydı. Yargıtay uygulamasına göre dairedaki araştırma sonucunda hilenin ortaya çıkarılabildiği hallerde hilenin basit olduğu kabul ediliyor aksi halde yani dairedaki belge ve evrakın incelenmesi sonucunda hilenin anlaşılmadığı hallerde ise nitelikli zimmet suçunun olduğu kabul ediliyordu¹⁰⁸. 5237 Sayılı Kanun m. 247/2 de ise aldatma yeteneğine sahip hileden söz edilmemiş, sadece *suçun açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik* hile nitelikli zimmet suçunun oluşması için yeterli sayılmıştır. Hilenin aldatma niteliğine sahip olması aranmadığı için hile dolayısıyla ilgili idarenin aldatılması sonucunun doğması da şart değildir¹⁰⁹. Önemli olan failin zimmet suçunun ortaya çıkmasını engellemek için hileli davranışlarda bulunmasıdır, failin araştırma halinde zimmeti gizlemeye yönelik hileli davranışlarına rağmen zimmet suçu olağan bir denetim ve incelemede ortaya çıkarılmış ise fail nitelikli zimmet suçundan dolayı sorumlu olur¹¹⁰. Ancak failin hileli hareketinden söz edebilmek için hileli davranışların basit bir incelemeyle anlaşılabilmesi, zimmetin ilk bakışta ve kolayca ortaya çıkarılamaması gerekir¹¹¹. Yargıtay herkes tarafından anlaşılabilir hileyi nitelikli zimmet suçunun oluşması için yeterli saymamakta hilenin mutlaka belli bir yoğunluğa ulaşmasını ve aldatıcı olmasını aramaktadır¹¹². Denetimle yükümlü kamu görevlilerinin dikkatsizliği ve özensizliği nedeniyle zimmet suçu ortaya çıkarılmadığında suçun tespit edilememesinin hilenin varlığını göstermeyeceği ve nitelikli zimmet suçunun oluşması için yeterli görülemeyeceği kabul edilmektedir. Failin zimmetin ortaya çıkmamasına yönelik hileli davranışlarına rağmen suçun tespit edilmesi halinde ise hile somut olayda mevcut olduğu için fail nitelikli zimmet suçundan sorumlu olacaktır¹¹³.

Mülga Kanun döneminde hileli davranışın daire içinde yapılacak denetimle ortaya çıkarılması halinde basit zimmetin, daire dışında araştırma yapılarak hilenin tespit edilmesi halinde ise nitelikli zimmetin olduğu kabul edilmekteydi. 5237 sayılı Kanununun 247/2 hükmünde daireyi aldatacak ifadesine yer verilmeyerek nitelikli zimmet suçunun uygulanma alanı genişletilmiştir. Bu nedenle daire içerisinde olağan bir araştırmayla failin zimmeti gizlemeye yönelik hileli davranışlarının ortaya çıkarıldığı hallerde de nitelikli zimmet suçu oluşur¹¹⁴. Fakat Yargıtay mülga Kanun dönemindeki içtihadını sürdürmekte ve daire dışı araştırmaya başvurulmaksızın daire içi incelemeyle failin davranışlarının tespit edildiği hallerde hilenin uygun aldatıcılıkta olmadığını belirterek bu fiilleri basit zimmet saymaktadır.

¹⁰⁸ Gökcan, s. 401.

¹⁰⁹ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012, s. 33, Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1073, Gökcan, s. 402.

¹¹⁰ Gökcan, s. 401.

¹¹¹ Gökcan, s. 401.

¹¹² Özgenç, s. 38.

¹¹³ Gökcan, s. 403.

¹¹⁴ Özgenç, s. 41, Gökcan, s. 404.

Denetim görevini ihmal suçu bakımından failin işlenmesine olanak sağladığı suç zimmet suçunun basit hali ya da nitelikli hali olabilir. Bu haliyle 251/2 hükmü sadece basit zimmetin işlenmesine olanak sağlanması halinde suçun oluştuğunu kabul eden 765 Sayılı Kanun'un 203/1 hükmünden farklıdır¹¹⁵. Bir görüş mevcut Kanun bakımından da işlenen zimmet suçunun basit zimmet olması gerektiğini, nitelikli zimmet suçunun işlendiği hallerde denetim görevini ihmal suçundan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır¹¹⁶. Görüşe göre kamu görevlisi failin ilk bakışta ortaya çıkmamasını sağlayacak şekilde hile kullanarak nitelikli zimmet suçunu işlemişse, ilgili belgelerde yapılan değişiklik ilk bakışta anlaşılmiyorsa, zimmet suçu ancak daire dışındaki kayıtların incelenmesiyle veya zarar görenlerin başvurusuyla ortaya çıkarılmış ise denetimle yükümlü kamu görevlisinin denetimle zimmeti ortaya çıkarması olanaksız olduğu için denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumlu tutulmamalıdır¹¹⁷. Bizce denetim görevinin yerine getirilmemesi neticesinde oluşmasına imkân sağlanan zimmet suçunun mutlaka basit zimmet olması şart değildir, nitelikli zimmet suçunun oluşmasına imkân sağlanmasında da fail denetim görevini ihmal suçundan sorumlu olacaktır. Suç bakımından önemli olan olanak sağlanan zimmet suçunun basit ya da nitelikli olup olmaması değil failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesidir, şayet fail denetim görevini gerektiği gibi ve zamanında yerine getirseydi zimmet suçu ortaya çıkarılabildi denilebiliyorsa denetim görevini ihmal suçu söz konusudur. Burada işlenen zimmet suçunun basit ya da nitelikli olması önemli değildir¹¹⁸. Somut olayda mahkemenin failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması durumunda zimmetin tespit edilip edilemeyeceğini belirlemesi gerekir¹¹⁹. Şayet suçun açığa çıkmamasını sağlamak için hileli davranışlarla işlenen zimmet suçu sadece nitelikli ve esaslı bir bilirkişi incelemesi sonucunda tespit edilebiliyorsa, soruşturma yapılmaksızın olağan bir denetimle zimmetin ortaya çıkarılması mümkün değilse fail denetim görevini ihmal suçundan sorumlu değildir. Böyle bir halde fail denetim görevini yerine getirirse dahi zimmeti ortaya çıkarmayacağı için bu suçun oluştuğundan da söz edilemez, zimmetin olağan bir denetimle hemen anlaşılabilceği hallerde ise denetim görevini ihmal suçu oluşmaktadır¹²⁰. Yargıtay'a göre de eğer zimmet suçu zimmetin açığa çıkmasını engellemeye yönelik hileli hareketlerle gerçekleştirilmiş ise böyle bir suçun denetimle ortaya çıkarılması mümkün olmadığı için fail denetim görevini yerine getirmese dahi denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumlu değildir¹²¹. Zimmet

¹¹⁵ Gökcan, s. 776.

¹¹⁶ İhsan Akçin, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Haziran 2019, s. 178, Bakıcı, s. 164.

¹¹⁷ Akçin, s. 178, Bakıcı, s. 164.

¹¹⁸ Baytemir, s. 820, Malkoç, s. 4254.

¹¹⁹ Gökcan, s. 776.

¹²⁰ Meran, s. 91.

¹²¹ Bostancı Bozbayındır, s. 115, "Sanık Abdullah'ın tahakkuk memuru olup çek ve senet tahsili ile de görevli olduğu, görevi gereği tahsil ettiği çek ve senet bedellerini kurum kayıtlarına eksik bildirmek ve ayrıca aynı odada çalıştığı diğer sanıklar Emin ve Zafer'in iş için daire dışında oldukları sırada onlara ait tahsilat makbuzlarıyla ödeme için gelen

suçunun failinin hileli davranışlarının ancak daire dışı denetimle ortaya çıkarılabildiği hallerde nitelikli zimmetin oluştuğunu kabul eden Yargıtay böyle bir durumda denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kamu görevlisinin denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumlu tutmamaktadır, basit zimmet suçunun işlendiği hallerde ise şartları oluştuğu takdirde denetim görevini ihmal suçunun oluştuğunu kabul etmektedir¹²². Daire içi araştırılmayla hileli davranışın belirlenebileceği durumlarda ise denetim görevini ihmal suçunun oluştuğunu kabul etmektedir¹²³.

Zimmet ya da irtikap suçlarının iki denetim döneminin arasında işlendiği hallerde, denetimi gerçekleştiren ve belli dönemler ile sürelerde denetim ve teftiş sorumluluğu olan kamu görevlisinin bu suçları tespit etme olanağı bulunmadığı için denetim görevini ihmalden dolayı sorumluluğu da bulunmamaktadır¹²⁴. Örneğin kamu görevlisinin yılın başında denetim yükümlülüğü bulunmakta ise ve bu yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmişse artık kamu görevlisi yılın ortasında denetim yükümlülüğü altındaki kişiler tarafından işlenen zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine olanak sağlamaktan dolayı sorumlu değildir. Ancak yılın başında denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek önceki dönem işlenen zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesinin ortaya çıkmamasına ve ertesi yıl da bu suçların sürdürülmesine neden olmuşsa artık denetim görevini ihmal suçu söz konusu olacaktır¹²⁵.

kişilerden para tahsil ettiği sırada makbuz asıllarına gerçek rakamı yazıp dip suretlerine ise daha düşük miktar doldurmak suretiyle farkı olan miktarları mal edinmek şeklinde gerçekleşen eyleminde zimmetin varlığı ve ilgililerden makbuz asıllarının temini ile tesbiti ve eylemin nitelikli zimmet olarak kabulü karşısında sanık Kadir'in zimmetin varlığına daire içi kayıtlarla anlamasının mümkün olmadığı gibi sanıklar Emin ve Zafer'in de karşılıklı güvene dayalı kurum içi işleyiş ve muhasebe müdürü Kadir'in bilgisi dahilinde sanık Abdullah tarafından makbuzlarının kullanılmasına izin vermelerinde görevi ihmal suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 5. CD, E:2008/5360, K:2008/7992, T: 25.9.2008, Baytemir, s. 833, “Sanık İ.B'nin oluşu kabul edilen nitelikli zimmet eyleminin işleniş şekli karşısında hal müdür vekili ve müdür yardımcısı olan sanıkların kurum içi kayıtların denetimi ile suçu ortaya çıkarmalarının mümkün olmadığı ve bu nedenle de sanıklara atılı denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun işlenmesine imkan sağlamak eyleminin unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden sanıkların beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi” Yargıtay 5. CD, E:2008/16150, K:2009/1583, T: 12.2.2009, Baytemir, s. 833-834.

¹²² “Suç tarihlerinde Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş. Orhangazi İşletme Başmühendisliğinde işletme sorumlusu ve idari mali sorumlu olarak görev yapan sanıkların, veznedarların günlük ve aylık tahsilat listelerinin bilgisayardan çekimini yaptırıp kontrol etmeyerek sanık M.M'nin zincirleme zimmet suçunu işlemesine neden oldukları, mahkemece de bu sanığın eyleminin oluşa uygun olarak basit zimmet suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında sanıkların atılı suçtan mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi”, Yargıtay 5. CD, E:2009/5669, K:2009/7303, T: 15.6.2009, Baytemir, s. 834.

¹²³ Gökcan, s. 776-777.

¹²⁴ Faruk Erem/ Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, Ankara, 1994, s. 157, Meran, s. 92, Baytemir, s. 821, Erman/ Özek, s. 52, Bakıcı, s. 164.

¹²⁵ Bakıcı, s. 165.

B. MANEVİ UNSUR

Denetim görevinin ihmali suçtu kasten işlenebilir bir suçtur¹²⁶. Kanımızca suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Ancak doğrudan kastla işlenmesi mümkün olan bu suç bakımından fail bilerek ve isteyerek denetim görevini ihmal etmelidir¹²⁷. Suçun taksirli hali Kanunda düzenlenmediği için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suretiyle denetim görevinin ihmal edilmesi halinde suç oluşmamaktadır. Denetimle yükümlü kamu görevlisinin taksirle bu yükümlülüğünü ihmal etmesi halinde ancak disiplin sorumluluğu söz konusu olabilir¹²⁸. Birinci fıkra bakımından da failin doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir¹²⁹.

Birinci fıkrada düzenlenen zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yummada fail zimmet ya da irtikap suçları bakımından iştirak iradesiyle hareket etmemeli ancak bu suçların işlendiğini veya işlenmekte olduğunu bilmelidir. Buna rağmen denetim görevini kasıtlı olarak yerine getirmemekte ve suçların işlenmesine engel olmamaktadır¹³⁰.

Zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine imkân sağlama bakımından da failin kastı denetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine ilişkindir. Denetimle yükümlü kamu görevlisi zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmeden denetim yükümlülüğünü bilerek ve isteyerek yerine getirmemektedir. Fail denetimle yükümlü olduğunu ve denetim yapması gerektiğini bildiği halde vaktinde ve gereği gibi denetim yapmamaktadır¹³¹. Denetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi failin bilerek ve isteyerek görevini zamanında yerine getirmemesi, hiç yerine getirmemesi veya gerektiği gibi yerine getirmemesi şeklinde olabilir. Fail denetim görevini yerine getirmediğini bilmekte ve görevini yerine getirmemeyi istemektedir¹³².

Denetim görevini ihmal suçu ihmali hareketle işlenen bir suç olduğu için failin kastının belirlenmesi zorluk teşkil edebilir¹³³. İhmali suçlar bakımından kasttan söz edebilmek için failin suçun objektif nitelikte unsurlarını bildiği halde hareketsiz kalmayı istemesi veya hiçbir harekette bulunmamaya ilişkin karar alması gereklidir. Fail icrai bir harekette bulunması gerektiğini bilmekte ancak hiçbir şey yapmamaktadır, failin harekete geçmeye ilişkin karar almaması da ihmali suçlarda kast olarak görülmektedir¹³⁴. Bu nedenle fail denetim yükümlülüğü olduğunu ve denetim yapması gerektiğini bilmiyor ise kastı söz konusu olmayacağından

¹²⁶ Bakıcı, s. 166, Arslan/ Azizağaoğlu, s. 1030.

¹²⁷ Meran, s. 93, Ekinci/ Uslu/ Çiğerci, s. 77.

¹²⁸ Malkoç, s. 4253.

¹²⁹ Gökcan, s. 777, Baytemir, s. 821.

¹³⁰ Baytemir, s. 821, Parlar/ Hatipoğlu, s. 3902.

¹³¹ Gökcan, s. 777.

¹³² Erman/ Özek, s.163.

¹³³ Malkoç, s.4255.

¹³⁴ Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 237, Gökcan, s. 170.

denetim görevini ihmal suçu oluşmaz. Failin denetim görevi olduğunu bildiği halde iradi olarak hareketsiz kalması ve denetimi hiç yapmaması ya da geciktirerek yapması veya gereği gibi yapmaması gereklidir¹³⁵.

Fail denetim görevinin olduğunu bilmiyorsa, görevi yanlış biliyorsa veya denetim görevinin olduğunu unutmuş ise kastı bulunmamaktadır. Failin denetim görevini yerine getirmemesinin özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklandığı bu gibi hallerde ihmali hareketi kasıtlı değil taksirli olduğu için yine 251/2 dolayısıyla sorumluluğu söz konusu değildir¹³⁶. Failin ilgili suçtan sorumlu olabilmesi için denetim görevini kasten ihmal etmesi gereklidir, hareketin taksirle gerçekleştiği hallerde suç oluşmamaktadır. Somut olayda failin denetim yükümlülüğünün varlığına, denetimin zamanına ilişkin bilgisizliğine veya unutmaya ilişkin iddiaları objektif olarak araştırılmalı ve bir sonuca varılmalıdır¹³⁷.

Failin denetim yükümlülüğünü bilerek ve isteyerek yerine getirmemesi ancak zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini veya işlenmekte olduğunu bilmemesi gerekir¹³⁸. Yani fail denetim görevini kasten yerine getirmemekle birlikte denetimle yükümlü olduğu memurların işlediği zimmet veya irtikap suçlarının farkında olmamalıdır. Failin kastı sadece denetim yükümlülüğü olduğunu bildiği halde bunu ihmale yöneliktir. Failin zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilerek denetim görevini ihmal etmesi halinde sorumluluğu denetim görevini ihmal suçundan dolayı değil birinci fıkra gereği müşterek fail olarak zimmet ya da irtikap suçu dolayısıyladır.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Failin denetimi yapamamasının hukuka uygun olduğu hallerde denetim görevini ihmal suçundan söz edilemez. Örneğin denetimle görevli kamu görevlisi amiri tarafından bir başka bölgede görevlendirildiği için denetimi yapamamış ise yükümlülüğünü yerine getirememesinin nedeni yetkili amirin hukuka uygun emri olduğu için denetim görevini ihmal etmiş sayılmaz. Denetimin yapılmaması ya da zamanında yapılamaması nedeniyle

¹³⁵Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 7106, Gökcan, s. 170.

¹³⁶ “sanıkların aksi sabit olamayan açıklamalarında yeni geçilen UYAP sistemi konusunda yeterli deneyime sahip olmadıklarını bildirdikleri, mevcut iş yükleri ve savunmaları da dikkate alındığında eylemin kurum içi kayıtların rutin denetimiyle zimmetin belirlenmesinde güçlük bulunduğu, esasen olağan denetimleriyle eylemi belirleyemeyen sanıkların daha sonra Yazı İşleri Müdür Vekilliği görevinin 6.12.2007 tarihinde başkasına devri sırasında para hesaplarının bulunduğu T.C. Ziraat Bankası Pınarhisar Şubesi adına sahte cevabi yazı tanzim edildiğini anlayınca yaptıkları incelemede zimmet suçunun işlendiğini kendileri saptayıp yasal gereğine tevessül ettikleri, açıklanan oluş karşısında sanıkların denetim görevlerini kasten ihmal ettiklerinin kanıtlanamadığı gözetilerek suçtan beraatleri yerine yazılı biçimde mahkumiyet kararı verilmesi” Yargıtay 5. CD, E:2009/8424, K:2009/10310, T: 14.4.2009, Baytemir, s. 834.

¹³⁷ Gökcan, s. 170.

¹³⁸ Gökcan, s. 778.

zimmet veya iştirak suçları işlenmiş olsa dahi denetim görevini ihmal suçu oluşmamıştır¹³⁹.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Suç hareket şekli bakımından teşebbüse elverişli değildir¹⁴⁰. Failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmeme hareketine ne zaman başladığını tespit çok olanaklı değildir.

Denetim görevinin ihmal suçunun oluşması için sadece failin denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi yeterli değildir. Failin denetim görevini ihmali nedeniyle zimmet veya irtikap suçunun oluşması gereklidir. Zimmet ya da irtikap suçlarının teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda yukarıda da söz edildiği gibi denetim görevini ihmal suçu oluşmayacağı için oluşmasına imkân sağlanan bu suçların tamamlanmış olması zorunludur. Fail denetim görevini yerine getirmeyerek zimmet ya da irtikap suçlarının oluşmasına olanak sağlamış olmalıdır. Denetim görevini ihmal suçunun tamamlandığı an da failin denetim yükümlülüğünü ihmal edip zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine imkân sağladığı andır¹⁴¹.

Fail denetim yükümlülüğünü yerine getirmediği halde zimmet veya irtikap suçları işlenmemiş ise denetim görevini ihmal suçu söz konusu olmayacak, somut olayın özelliğine göre kamu zararına, kişilere haksız kazanç sağlanmasına veya kişilerin mağduriyetine neden olunmuşsa fail görevi kötüye kullanma suçundan (m.257/2) dolayı sorumlu olacaktır¹⁴².

TCK m. 257/1 kapsamında fail zimmet ya da iştirak suçlarından dolayı müşterek fail olarak cezalandırıldığı için bu suçların teşebbüs aşamasında kalması halinde failin de sorumluluğu teşebbüs dolayısıyla olacaktır.

B. İŞTİRAK

Denetim görevini ihmal suçuna iştirak mümkündür¹⁴³. Ancak suç özgü bir suç olduğu için denetim yükümlülüğüne sahip kamu görevlileri dışında kişilerin fail olması bağluluk kuralı gereği mümkün değildir, bu sığata sahip olmayan ve suça iştirak eden kişiler sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabilir.

Denetim görevini ihmal ederek zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine neden olan fail ayrıca bu suçların işlenmesine iştirak etmiş ise ilgili suçların varlığından haberdar olduğu için artık denetim görevini ihmal suçu dolayısıyla değil zimmet ya da irtikap suçuna iştiraktan sorumludur. Bu

¹³⁹ Meran, s. 93, Erman/ Özek, s. 53.

¹⁴⁰ Bakıcı, s. 165, Erman/ Özek, s. 53, Gören, s. 1359, Arslan/ Azizagaoglu, s. 1029.

¹⁴¹ Baytemir, s. 822, Erman/ Özek, s. 53.

¹⁴² Gökcan, s. 778, Bakıcı, s. 165.

¹⁴³ Meran, s. 94.

halde somut olayın özelliğine göre fail müşterek fail, azmettiren ya da yardım eden olarak zimmet veya irtikap suçlarından sorumlu olabilir. İlk fıkra bakımından ise fail zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine kasten göz yummakla birlikte bu suçların işlenişine iştirak etmiş de olabilir, yukarıda da belirttiğimiz üzere bu halde faillğin şerikliğe önceliği kuralı gereği kamu görevlisi sadece müşterek fail olarak cezalandırılacak şeriklikten yararlanmayacaktır¹⁴⁴. Zimmet suçunu işleyeninin etkin pişmanlıktan yararlanması halinde ise etkin pişmanlık suçun oluşmasını etkilemediği ve etkin pişmanlıktan sadece pişmanlık gösteren kişi yararlanacağı için bu durumun gerek ilk fıkra gerekse de denetim görevini ihmal suçu bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

C. İÇTİMA

Denetim görevini ihmal suçu ile görevi kötüye kullanmanın ihmali davranışla işlenmesi suç arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi vardır. Denetim görevinin ihmali suçu söz konusu olduğunda fail ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Denetim görevinin yerine getirilmemesi suretiyle birden fazla zimmet veya iştirak suçunun işlenmesine olanak sağlanması halinde birden fazla denetim görevini ihmal suçu söz konusu olmayıp tek bir suç oluşmaktadır¹⁴⁵. Failin denetim yükümlülüğünü ihmal etmesi dolayısıyla birden fazla zimmet ya da irtikap suçu işlenmesi durumunda zimmet suçunun işlenmesine olanak sağlanmasının suçun unsuru olduğu ve teselsülü de kapsadığını belirterek Yargıtay da fail hakkında zincirleme suç hükümlerini uygulamamaktadır¹⁴⁶. Ancak failin denetim yükümlülüğünü uzun süre yerine getirmediği ve çok sayıda zimmet suçunun işlenmesine neden olduğu bir olayda Yargıtay 5. Ceza Dairesi failler hakkında zincirleme suç hükümlerini uygulamıştır¹⁴⁷. Bizce de birden fazla denetim döneminde teftiş yükümlülüğünü kasten yerine getirmeme ve bu şekilde birden fazla zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesi halinde artık birden fazla denetim görevini ihmal suçu işlenmiştir ve m. 43 ün uygulanması gereklidir.

Failin denetim görevini kasten yerine getirmeyerek zimmet veya irtikap dışında farklı suçların işlenmesine olanak sağlandığı hallerde denetim görevini ihmal suçu oluşmaz, somut olayın özelliğine göre bu hallerde farklı suçların varlığından söz edilebilir.

¹⁴⁴ Baytemir, s. 822, Ekinci/ Uslu/ Çiğerci, s. 78.

¹⁴⁵ Baytemir, s. 822, Gökcan, s. 778.

¹⁴⁶ “Sanık’ın eylemi TCK’nun 251/2 maddesine uygun olarak cezalandırılmış olmasına göre zimmetin oluşmasını veya artmasını mümkün kılmuş olmasının suçun unsuru bulunduğu ve bu itibarla bünyesinde teselsülü de kapsadığı gözetilmeden tayin edilen cezasının ayrıca TCK’nun 43. Maddesi uyarınca artırılması kanuna aykırıdır.” Yargıtay 5. CD, E:2016/7606, K:2020/9942, T: 5.3.2020, Bostancı Bozbayındır, s. 119.

¹⁴⁷ Yargıtay 5. CD, E: 2012/15725, K: 2013/896, T: 14.3.2013, Gökcan, s. 778.

IV. YAPTIRIM

Denetim görevini ihmal suçunun cezası m. 257/2 de üç aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlisi fail hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbiri de uygulanacak ve 53. Madde gereği fail yürütmekte olduğu kamu görevinden ve birinci fıkrada belirtilen diğer hakları kullanmaktan cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılacaktır¹⁴⁸. Fail sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin ustlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, koy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten kaynaklanan hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle denetim görevini ihmal suçunu işlediği takdirde TCK m. 53/5 gereği ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir¹⁴⁹.

Fail hakkında denetim görevini ihmal suçundan dolayı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûmiyet kararı verildiği takdirde bu cezanın TCK m. 50 hükmü gereği adli para cezasına veya maddede belirtilen seçenek tedbirlerden birisine çevrilmesi mümkündür. Yine hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması halinde bu cezanın TCK m. 51 de belirtilen diğer şartların da somut olayda bulunması şartıyla ertelenmesi mümkündür. Kamu görevlisinin altmış beş yaşını doldurmuş olması halinde ise hapis cezasının ertelenebilmesi için bu sürenin üst sınırı üç yıldır.

Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle görevli kamu görevlisi ise 257/1 dolayısıyla müşterek fail olarak sorumlu olacağı için göz yumduğu suç ne ise o suçun cezası ile cezalandırılır, asıl suç failleri hakkında uygulanan tüm ceza ve güvenlik tedbirleri denetim görevini yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında da uygulanır.

¹⁴⁸ Akçin, s. 184.

¹⁴⁹ “Bahse konu kararların sanıklar ... ve ... ile suçtan zarar görenler Hazine ile ... vekilleri tarafından temyizi üzerine Dairemizin 15.09.2020 tarihli ve 2020/1549 Esas, 2020/12217 sayılı Kararı ile sanıklar ... ve ... hakkındaki mahkûmiyet hükümleri yönünden, sanıkların savunmalarına ve dosya kapsamına göre kooperatifin mali işlemlerinin fiilen sanık Hasan tarafından yürütüldüğünün anlaşılması karşısında ve 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 20 nci maddesi yollamasıyla 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62 nci maddesi hükümlerinin hukuki sorumluluğu içerdiği, cezai sorumluluğu kapsamadığı da gözetilerek sanıklar ... ve ... hakkında atılı zimmet suçundan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi, sanıklar ... ve ... hakkında denetim görevinin ihmali suçundan verilen mahkûmiyet hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde ise; suçtan zarar gören Tarım ve Orman Bakanlığında dava ve duruşmalar bildirilmeden, yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hükümler kurulması, kabule göre de; 5237 sayılı Kanun'un 53 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle atılı suçu işleyen sanıklar hakkında aynı Kanun'un 53 üncü maddesinin beşinci fıkrasının uygulanmaması nedenleriyle bozulmasına karar verilmiştir.” Yargıtay 5. CD, E: 2021/15802, K: 2023/7181, T: 06.06.2023, Legalbank İçtihat Bankası, s.e.t. 20.9.2023.

V. SORUŞTURMA USULÜ VE YARGILAMA

3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m. 17 hükmü gereği basit zimmet, nitelikli zimmet ve irtikap suçlarından dolayı fail olanlardan ya da bu suçların işlenmesine iştirak edenler hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle ilk fıkra bakımında ilgili suçların işlenmesine kasten göz yumarak zimmet veya irtikap suçunun müşterek faili olan kişiler hakkında dava açılması için soruşturma izni alınması gerekli değildir, bu suçun failleri doğrudan soruşturulabilir. İkinci fıkrada düzenlenen denetim görevini ihmal suçu ise bağımsız bir suçtur ve 3628 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinde sayılan suçlar arasından değildir. Denetim görevini ihmal suçu 3628 Sayılı Kanun'un kapsamında olmadığı için bu suçtan dolayı faillerin yargılanabilmesi 4483 Sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilecektir ve soruşturma izni alınmasına bağlıdır. Suç şikâyete bağlı bir suç olmadığı için, resen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır.

5325 Sayılı Kanun'un 11. Maddesine göre denetim görevini ihmal suçu Asliye Ceza Mahkemesi'nde kovuşturulur. Denetim görevini ihmal suçunun oluşması zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine bağlı olduğu için her iki suçun sanıklarına ilişkin davalar birleştirilerek açılmalı, ayrı ayrı açılmışsa kovuşturma aşamasında birleştirilmeli ve deliller birlikte değerlendirilmelidir. Davaların ayrı ayrı açıldığı ve birleştirilemediği veya birleştirmenin mümkün olmadığı hallerde ise zimmet ya da irtikap suçu dolayısıyla verilecek karar gördüğü davayı doğrudan etkileyeceği için denetim görevini ihmal suçunu kovuşturan mahkeme, zimmet veya irtikap suçu yargılayan mahkemenin kararını beklemeli ve bu davanın sonucuna göre hüküm kurmalıdır¹⁵⁰. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁵¹. Zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bildiği halde denetim görevini ihmal eden kamu görevlisi zimmet ya da irtikap suçunun müşterek faili olarak cezalandırılacağı için, 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. Maddesine göre zimmet suçunun müşterek faili olarak yargılanacağı hallerde ağır ceza mahkemesinde, irtikap suçunun müşterek faili olarak yargılanacağı hallerde ise ikna veya icbar suretiyle irtikap suçları işlenmiş ise ağır ceza, hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu işlenmiş ise asliye ceza mahkemelerinde kovuşturma yapılır.

Dava zamanaşımı süresi denetim görevini ihmal suçu bakımından TCK m. 66/1-e gereği 8 yıldır, ilk fıkra bakımından ise fail zimmet ya da irtikap suçunun müşterek faili olarak sorumlu olacağı için hangi suçun müşterek faili olarak sorumlu olacak ise o suç için Kanunda öngörülen zamanaşımı süresi geçerli olacaktır. Yine birinci fıkra bakımından 3628 Sayılı Kanun m. 18/2 gereği Maliye Bakanlığı davaya katılabilecektir. Denetim görevini ihmal suçu ile anılan Kanun kapsamında sayılan suçlardan olmadığı için davaya katılma CMK m. 237 uyarınca belirtilen genel kurallara göre yapılacaktır.

¹⁵⁰ Bakıcı, s. 165, Bostancı Bozbayındır, s. 115.

¹⁵¹ Yargıtay 5. CD, E: 2011/2067, K:2012/12477, T: 05.12.2012, Baytemir, s. 833.

SONUÇ

Denetim görevini ihmal suçunu düzenleyen 251. Madde zimmet ve irtikap suçlarıyla mücadele bakımından önemli bir hükümdür. Kamu idaresinin güvenilirliğini zedeleyen bu tarz suçlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek açısından hükme rüşvet suçunun da eklenmesi kanımızca daha uygun olabilir.

Kanunun 251. maddesinde düzenlenen iki fıkra birbirinden ayrı düzenlemeler getirmektedir. Özel bir irtikap hükmü olan birinci fıkrada failin zimmet ya da irtikap suçlarının işlendiğini bilmesi buna rağmen denetim görevini yerine getirmemesi önemlidir. Bu fıkra dolayısıyla zimmet ya da irtikap suçlarından dolayı müşterek fail olarak sorumlu olan kamu görevlisi ya bu suçların işlendiğini bilmesine rağmen denetim yükümlülüğünü yerine getirmemekte ya da denetim yapmasına rağmen bu suçların işlendiğini ortaya çıkarmamakta, bu şekilde de ilgili suçların daha kolay işlenmesini olanaklı hale getirmektedir. Denetim görevini ihmal suçu bakımından ise fail sadece bilerek ve isteyerek denetim görevini yerine getirmemektedir, işlenmesine olanak sağladığı zimmet ya da irtikap suçları ise failin bilgisi dahilinde değildir.

İşlenen zimmet veya irtikap suçlarından haberdar olan ve bu suçların işlenmesine göz yuman kamu görevlisi bakımından bu suçlar teşebbüs aşamasında kalsa dahi fail zimmet ya da irtikap suçlarının müşterek faili olarak sorumlu olur. Denetim görevini ihmal suçu bakımından ise zimmet ya da irtikap suçlarının tamamlanmış olması şarttır, eğer bu suçlar teşebbüs aşamasında kalmış ise fail artık denetim görevini ihmal suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak bizce zimmet veya irtikap suçlarının oluşmasına imkân sağlama denetim görevini ihmal suçunun bir unsuru olarak değil objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilmelidir. Failin zimmet veya irtikap suçlarından habersiz olması, bu suçların işlendiğini bilmemesi gereklidir. Yani bu suçlar failin kastının kapsamının dışındadır. Denetim yükümlülüğü kasten yerine getirilmediğinde denetim görevini ihmal suçu tamamlanmıştır. Ancak failin denetim görevini ihmal suçundan dolayı cezalandırılması somut olayda zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesine bağlıdır. Şayet fail denetim görevini yerine getirmemiş ancak zimmet veya irtikap suçları da işlenmemiş ise suç oluşmuştur fakat objektif cezalandırma şartı somut olayda gerçekleşmediği için failin bu suçtan dolayı cezalandırılması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Akçin İ, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Haziran 2019.

Arslan Ç/ Azizağaoğlu B, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayıncılık, Ankara 2004.

Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Artuk M E/ Gökçen A/Alşahin M E vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, 2022 Eylül, Ankara.

Artuk M E/Alşahin M E, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S.2, 2013, s. 18, ss. 17-44.

Artuk M E/Gökçen A/Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Bakıcı S, Açıklamalı Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları, Ankara, 1988.

Baytemir E, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Bekar E, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Bostancı Bozbayındır G, “Denetim Görevini İhmal”, in: Özel Ceza Hukuku Cilt XI Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2021.

Demren Dönmez B, “Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı” TBB Dergisi, S. 94, 2011, ss. 95-130.

Ekinci M V/Uslu M /Ciğerci Z, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar Zimmet-İrtikap-Rüşvet-Denetim Görevini İhmal-Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Erem F/Toroslu N, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1994

Erman S / Özek Ç, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992.

Gökçen H T, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 2, 2015, ss. 147-160.

Gökçen H T, Türk Ceza Kanunundaki Bazı Genel ve Özel Nitelikli Kamu Görevi Yükümlülük Suçları Görevi Kötüye Kullanma Zimmet İrtikap Rüşvet ve Denetim Görevini İhmal Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2022.

Gören S, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Hafizoğulları Z/ Aygün Eşitli E, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014.

Hakeri H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Kangal Z, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 68, S.1-2, 2010, ss. 151-167.

Kaplan M, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Aralık 2015, s. 49-77.

Koca M/ Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Malkoç İ, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 242-345) Dördüncü Cilt, Sözkese Matbaacılık, 2013, Ankara.

Meran N, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Meran N, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Nuhoğlu A, “Yeni Ceza Kanunu ile Kamu İdaresi Aleyhinde Cürümlerde Getirilen Değişiklikler”, in: Doç.Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, C. 1, S. 1-3, İstanbul, 2006, ss. 985-994.

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul, 1966.

Özen M/Tozman Ö, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, Yıl: 2009, C:42, S: 4, ss. 25-57.

Özgenç İ, Zimmet Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012.

Özgenç İ, “İhmali Suç Teorisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 4, 2021, ss. 303-378.

Özgenç İ, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2012.

Parlar A/Hatipoğlu M, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (230-345. Maddeler), 4. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010

Soyaslan D, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, ss. 41-53.

Şahbaz İ, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt (Madde 150-345), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Tezcan D/Erdem M R/Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2022

Tuğrul A C, Öğreti ve Uygulamada Zimmet-Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları, Ütopya Grafik Yayıncılık, Ankara, 2012.

Turabi S, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 7, S. 20, Aralık 2012, ss.87-110.

Türay A, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2017, ss. 355-377.

Yaşar O/ Gökcan H T/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V Madde 205-256, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ANAYASA MAHKEMESİNİN M.I.I. KARARI VE KARARIN VERİ KORUMA HUKUKUNA OLASI ETKİLERİ

The M.I.I. Decision of the Constitutional Court and Its Possible Impact on Data Protection Law

Dr. Öğr. Üyesi Elif Beyza AKKANAT-ÖZTÜRK*
Arş. Gör. Şehriban İPEK AŞIKOĞLU**
Arş. Gör. Aybike YILMAZ***

Öz: Veri sorumlularının, veri koruma hukuku esaslarıyla uyumlu faaliyetlerde bulunmasını temin etmek için öngörülen yaptırım mekanizmalarından biri de Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) tarafından uygulanan idari para cezalarıdır. Bu çalışmanın konusu da hakkında idari para cezası uygulanmış veri sorumlusunun başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesinin (AYM) 12.10.2023 tarihinde vermiş olduğu 2020/7518 başvuru numaralı bireysel başvuru kararıdır¹. Somut olayda veri sorumlusu başvuru sahibinin (M.I.I.²) iddiası “veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınmadığından bahisle Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından uygulanan idari para cezasının mülkiyet hakkını ihlal” ettiği³. İncelenen uyumsuzluk içeriğinin daha

Abstract: Administrative fines imposed by the Turkish Data Protection Authority are one of the sanction mechanisms designed to ensure that data controllers carry out their activities in accordance with the principles of the data protection law. The subject of this study is the individual application decision of the Constitutional Court (AYM) dated 12.10.2023, with application number 2020/7518, upon the application of the data controller who was subjected to an administrative fine⁴. In the specific case, the applicant, the data controller (M.I.I.⁵), claims that the administrative fine imposed by the Authority for failing to adopt the necessary technical and administrative measures to ensure data security violates the right to property⁶. To better understand the

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, eba@istanbul.edu.tr,
ORCID: 0000-0003-4856-9733.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ipekasikoglu@istanbul.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4505-4048

*** İstanbul Üniversitesi, aybikeyilmaz@istanbul.edu.tr.
ORCID: 0000-0001-8040-2189

Makale Geliş Tarihi: 11.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2024

¹ M.I.I. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/7518, K. T. 12.10.2023, RG. S. 32400, T. 15.12.2023 (“AYM, 2020/7518”).

² Kurul kararında veri sorumlusunun kimliğine açıkça yer verildiğinden veri sorumlusu başvuru sahibinin “Marriott International Inc.” olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. “Marriott International Inc. hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16.05.2019 tarih ve 2019/143 sayılı Karar Özeti”, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5479/2019-143>) (s.e.t. (20/04/2024) (“16.05.2019 tarihli Kurul Kararı”).

³ AYM, 2020/7518, para. 1.

⁴ Constitutional Court Application, AYM, Application No: 2020/7518, Decision Date: 12.10.2023, Official Gazette No: 32400, Publication Date: 15.12.2023 (“AYM, 2020/7518”).

⁵ In the board decision, the data controller's identity is clearly stated, indicating that the data controller is "Marriott International Inc." See "Summary of the Decision of the Personal Data Protection Board regarding Marriott International Inc. dated DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484002

iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle veri sorumlusu başvuru aleyhine verilmiş Kurul kararı incelenmiş ve akabinde bireysel başvuru kararı temel hakların korunması standartları ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: veri güvenliği, veri ihlal bildirimini, mülkiyet hakkı, kanunilik ilkesi, ölçülülük ilkesi, usulî güvenceler.

content of the dispute examined, first the Board's decision on the data controller-applicant and then the decision on the individual application were analysed in the light of the standards for the protection of fundamental rights.

Keywords: Data security, data breach notification, right to property, lawfulness principle, proportionality principle, procedural safeguards.

I. UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN SÜREÇ

A. 16.05.2019 TARİHLİ KURUL KARARI VE KARARA İTİRAZ SÜRECİ

Kurul kararına konu uyumsuzluğun başlangıç noktası veri sorumlusu M.I.I. tarafından gerçekleştirilen veri ihlal bildirimidir. Veri sorumlusu “merkezi yurt dışında bulunan, farklı ülkelerde oteller işleten, otellere franchise hizmeti sağlayan ve bağlı şirketleri aracılığıyla devre mülklere lisans temin eden holding” şirkettir. M.I.I., 2016 yılı itibarıyla bir başka konaklama şirketini devralmıştır. Devralınan bu şirketin “misafir veri tabanının tutulduğu ağa Temmuz 2014’ten beri yetkisiz erişim” olma ihtimali 08.09.2018 tespit edilmiştir. Yapılan incelemeler sonucu bu erişim 19.11.2018 tarihinde teyit edilmiştir⁷. Bunun üzerine veri sorumlusu 30.11.2018 tarihinde bir basın açıklaması yayımlamış⁸, 03.12.2018 tarihinde veri ihlali bildiriminde bulunmuştur⁹. İhlalden etkilenen verilerin içeriği ise: “müşterilere ait ad, soyad, posta adresi, telefon numarası, doğum tarihi, cinsiyet, pasaport numarası,

16.05.2019," (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5479/2019-143>) (accessed on 20/04/2024) ("Decision of the Board dated 16.05.2019").

⁶ AYM, 2020/7518, para. 1.

⁷ 16.05.2019 tarihli Kurul Kararı.

⁸ Kurul karardan anlaşıldığı şekliyle “İhlal hakkında otel müşterilerini aydınlatmak için, özel bir web sitesinin (info.starwoodhotels.com)” kurulmuştur. AYM kararından anlaşıldığı üzere durumdan etkilenen ve geçerli e-posta adresi bulunan misafirlere basın açıklamasının içeriği ile uyumlu bir e-mail de gönderilmiştir. Bkz. AYM, 2020/7518, para. 11.

⁹ Bildirimin içeriğinde yetkisiz erişim sürecine dair bilgiler yer aldığı gibi Kurul tarafından talep edilen ek beyan sonrası ihlalin kapsamına dair bilgilere de yer verilmiştir. Bkz. AYM, 2020/7518, para. 12-14. Buna göre: “...Yaklaşık 383 milyon müşteri kaydının olduğunu, ihlalden etkilenen müşterilere ait bilgiler arasında ülke/bölge adresi Türkiye olan yaklaşık 1.24 milyon müşteri kaydının bulunduğu, ancak aynı müşteri için birden fazla kayıt bulunduğu için ihlalden etkilenen Türk müşterilerin sayısının tam olarak tespit edilemediği” beyan edilmiştir. 16.05.2019 tarihli Kurul Kararı. Kurul kararının yayımlanan özet metninden anlaşılmasa da AYM kararından anlaşıldığı şekliyle mükerrer kayıtlar dolayısıyla etkilenen kişi sayısının 1,24 milyon olmadığı ve “...çalışan verilerin niteliği ve büyüklüğü karşısında verilerin tekilleştirilmesinin kolayca gerçekleştirilmediğini, geçen süre içinde saldırganın bu alandaki yetkinliği dikkate alındığında incelemenin ortaya çıkarabildiği bilgilerin sınırlı olduğunu” ifade edilmiştir. Bkz. AYM, 2020/7518, para. 14.

konaklama şirketindeki hesap bilgileri, otel ödül bilgileri, otele giriş ve çıkış bilgileri, ödeme kartı numaraları ve ödeme kartı son kullanma tarihleri, rezervasyon tarihi ve iletişim tercihlerini içeren bilgiler” yer almaktadır¹⁰.

İhlal bildirimine üzerine, Kurul’un kararı:

“...6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 12. maddesinin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almadığından 1.100.000 TL ve aynı Kanun’un 12. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan ihlalin en kısa sürede bildirilmesi yükümlülüğüne uymadığından 350.000 TL olmak üzere toplam 1.450.000 TL idari para cezası” uygulanması yönünde olmuştur¹¹.

Başvurucu 26.07.2019 tarihinde idari para cezasının kaldırılması için itiraz yoluna başvurmuşsa da başvurusu reddedilmiştir. Başvurucunun itiraz dilekçesinde gerekçeleri: (1) aleyhine uygulanan idari yaptırım kararının usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği (2) 6698 sayılı Kanun’un zaman bakımından uygulanması esaslarına riayet edilmeksizin yürürlük tarihinden önceki olaylara uygulandığı; (3) Kanun hükümleri olaya uygulanacaksa da kendisinin veri sorumlusu olmadığı; (4) Kurul kararının gerekçeli olmadığı; (5) Kanun’da ihlal bildirimimin en kısa sürede yapılmasının düzenlendiğini ve kesin bir süre öngörülmediği (6) İdari para cezasının en yüksek haddenden verilmesinin ölçsüz olduğudur.

İstanbul Anadolu 1. Sulh Ceza Hâkimliği (Hâkimlik) 23.12.2019 tarihli kararı ile idari yaptırım kararına yapılan başvuruyu:

“... İdari yaptırım kararı ile ilgili düzenlenen tahkikat evrakı ve idari yaptırım kararı onaylı suretleri Hakimliğimizce celb edilmiş, evrak üzerinde yapılan incelemede; idarece düzenlenen tutanak ile eylemin sabit olduğu, sabit bulunan eylemin oluşturduğu kabahat nedeni ile hakkında idari yaptırım kararı düzenlenen idari yaptırımın yasa ve usule uygun olduğu...”¹² gerekçesine dayanarak reddetmiştir.

Veri sorumlusu karara karşı itiraz yoluna başvurmuşsa da İstanbul Anadolu 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 09.01.2020 tarihli kararıyla itiraz kesin olarak aşağıda yer verilmiş olan gerekçelerle reddedilmiştir:

“...Her ne kadar itiraz eden vekili İstanbul Anadolu 1. Sulh Ceza Hakimliği’nin 23/12/2019 tarih ve 2019/8868 d. (değişik) iş sayılı kararına itiraz etmiş ise de; verilen kararda usule ve yasaya aykırılık bulunmadığı, verilen kararda değiştirilecek bir husus bulunmadığı anlaşılma ile itirazın reddine karar vermek gerekmiş aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur...”¹³.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN 12.10.2023 TARİHLİ KARARI

Veri sorumlusu M.I.I. hakkında tesis edilen idari para cezasının mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle uyuşmazlığı bireysel başvuru

¹⁰ 16.05.2019 tarihli Kurul Kararı.

¹¹ 16.05.2019 tarihli Kurul Kararı.

¹² AYM, 2020/7518, para. 18.

¹³ AYM, 2020/7518, para. 19.

yoluyla Anayasa Mahkemesine taşımıştır¹⁴. Mahkeme de başvurunun mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alınması gerektiğine ve başvurunun “suçta ve cezada kanunilik ve şahsilik ilkeleri çerçevesinde, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuniliği unsuru, kanunların geriye yürümezliği, tebligatın usulüne uygun yapılmadığı ve kararın gerekçeli olmadığına dair adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak ileri sürdüğü iddiaların mülkiyet hakkının usul güvenceleri kapsamında” değerlendirilmesinin uygun düşeceğine karar vermiştir¹⁵.

AYM, başvuru hakkında “6698 sayılı Kanun kapsamında veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almaması ile veri güvenliği ihlalini en kısa sürede bildirmemesi nedeniyle” idari para cezası uygulanmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiş ve nihayetinde müdahalenin hakkı ihlal eder nitelikte olduğuna hükmetmiştir¹⁶. AYM meseleyi özellikle ölçülülük bağlamında ele almış ve başvurunun kendi aleyhine tesis edilen idari işleme yönelik iddialarının “yargılama sürecinin bütününe etkileyen önemli ve karşılanması gereken iddialar” olmasına rağmen Sulh Ceza Hakimliği tarafından değerlendirilmemiş olması karşısında, mülkiyet hakkına ilişkin usul güvencelerin sağlanmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir¹⁷.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının ayrıntılı değerlendirilmesine geçilmeden önce Kişisel Verileri Koruma Kurulunun veri sorumlularına idari para cezası uygulama yetkisinin kapsam ve sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda (Kanun) idari para cezaları “Kabahatler” başlıklı 18. maddede düzenlenmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 17’de idari para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebileceği ve bu durumda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir¹⁸. Kabahatin haksızlık içeriği değerlendirilirken hukuka aykırılığı oluşturan fiilin haksızlık derecesi ve yol açtığı neticelerin göz

¹⁴ AYM, 2020/7518, para. 1 ve 37.

¹⁵ AYM, 2020/7518, para. 40.

¹⁶ AYM, 2020/7518, para. 44 ve 64.

¹⁷ AYM, 2020/7518, para. 63.

¹⁸ Nitekim Kanun gerekçesinde de bu durum ifade bulmuştur: “Kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezalarının alt ve üst sınırları arasında makas bilinçli olarak geniş tutulmuştur. Kurul karar verirken, kabahatler hususunda genel kanun niteliğinde olan 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtildiği üzere kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunu dikkate alacaktır. Burada amaçlanan, kabahatlerin farklı ekonomik güce sahip gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak olması nedeniyle, yaptırım uygulanmasında hakkaniyeti sağlamaktır. Buna göre, küçük ölçekli bir aile şirketiyle ülke çapında faaliyet gösteren bir holdingin Kanun hükümlerini ihlal etmesi durumunda uygulanacak idari para cezasının miktarının belirlenmesinde, kabahatin niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle, farklılıklar olacağı kesindir.” (Kanun Tasarı Gerekçesi, madde 18 gerekçesi).

önünde bulundurulması, failin kusuru bakımından ise failin kast veya kusurunun ağırlığının anlaşılması gerekmektedir¹⁹. Ekonomik durum ise faalin haksızlık ile elde ettiği kazanç değil, cezanın caydırıcılığının sağlanması bakımından konulan kıstastır. Nitekim müdahale ile başvurucuya yüklenen külfet -somut olay bakımından para cezasının miktarı- AYM muhakemesindeki ölçülülük testi noktasında dikkate alınmaktadır. Bu noktada mülkiyet hakkına ilişkin güvenceler bakımından idari para cezası yaptırımını gerektiren olayın tespiti ve cezanın belirlenmesinde Kurul tarafından kullanılan ölçütlerin açıklanması son derece önem taşımaktadır.

Başvuruya konu edilen karar özelinde Kurul tarafından tesis edilen idari para cezasının hukuki dayanağı ve Kurul uygulaması ortaya konulmaya gayret edilecek; akabinde Anayasa Mahkemesinin ihlal kararını verirken dikkate aldığı yahut dikkat alması gerektiği düşünülen ancak değerlendirme dışı bırakılan önemli noktalara değinilecektir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimi AY m. 13'te düzenlenmiştir. Buna göre:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Aşağıda görüleceği üzere AYM de değerlendirmesini 13. madde ile uyumlu olarak -ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) muhakemesi ile benzer²⁰- kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük üzerinden yürütmektedir. Ancak öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerinde öngörülen bir anayasal hakka müdahalede bulunulduğu tespit edilmelidir. Somut olay bakımından AYM ilk değerlendirmesini mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğunu kabul ederek yapmıştır²¹.

AYM'nin de kararında işaret ettiği üzere *“mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması”* gerekmektedir²².

¹⁹ Hüsametdin Uğur, “Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun'a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, TBB Dergisi, S: 85, Y: 2009, s. 202.

²⁰ AİHM ve AYM bakımından kanunilik ve hukukilik değerlendirmeleri fark arz etmektedir. Farklı hukuk sistemlerini değerlendirmesine konu eden AİHM bakımından hukukilik ölçütü daha geniş bir çerçeveyi gözetirken AYM bakımından 13. maddede de ifade edildiği üzere sınırlamanın yasama organı tarafından kabul edilen bir kanuna dayanması şarttır.

²¹ Hakkın korunması noktasında usulî bir güvence olan etkili denetim mekanizmasının varlığı, adil yargılanma hakkıyla da doğrudan ilişkilidir. İdari para cezası kararı doğrudan başvurucunun mülkiyet hakkını etkilediğinden, meselenin 35. maddede düzenlenen mülkiyet hakkının usulî güvenceleri yahut 36. maddede düzenlenen hak arama hürriyeti bakımından ele alınması anlaşılabilir bir durumdur.

²² AYM, 2020/7518, para. 46.

A. KANUNİLİK DEĞERLENDİRMESİ

Başvurucu müdahalenin kanuni dayanağı bulunmadığını iddia etmişse de AYM değerlendirmesini “ölçülülük” çerçevesinde gerçekleştirmiştir. Bununla birlikte Kurul uygulaması ve idari para cezasına ilişkin hükümler dikkate alındığında müdahalenin kanuniliğinin de mercek altına alınması gerekmektedir.

Kanunilik ölçütü bakımından müdahalenin gerek şekli gerekse maddi kanunilik ölçütünü karşılaması gerekmektedir. Bu anlamda müdahalenin kanuna dayanmasından başka öngörülebilir, belirli ve erişilebilir olması gerekmektedir. AYM'nin ifadeleriyle; hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır. Bu ölçüt, hukuk kuralının neticelerinin öngörülebilir olması şeklinde ifade edilir²³. Öngörülebilirlikle kastedilen şüphesiz kanun hükmünün (ilgili normun) soyut olma niteliğini kaybetmesi değildir²⁴. AYM de:

“...kanuni düzenlemenin içeriğinin ve kapsamının kanun altı düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulduğu, bir diğer deyişle birey açısından belirliliğin sağlandığı durumlarda öngörülebilirlik koşulunun karşılandığını...” kabul etmektedir²⁵.

Bunun yanında yargı makamlarının benzer olayları tutarlı ve aynı kıstaslar üzerinden değerlendirmesi de kanunilik ölçütünün bir parçasıdır²⁶.

²³ “...Öngörülebilirlik, hukuk kuralının uygulanması halinde doğabilecek neticelerin önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir”. Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 121. “...Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” (AYM, E: 2012/116, K: 2013/32, T: 28.2.2013, R.G. 13.08.2013/28734).

²⁴ “...Zira başta kanunlar olmak üzere bütün yasal düzenlemeler belirli bir ölçüde soyuttur ve bunların yorumlanması/icrası uygulamanın üstüne düşmektedir.” Bkz. Gemalmaz, 2017, s. 121.

²⁵ Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/6192, K. T. 12.11.2014, para. 53.

²⁶ “...Ulusal bir yargı düzeninde yetkili mahkemelerin aynı hukuki uyumsuzlığa ilişkin olarak birbirleriyle tutarlı kararlar vermeleri hukuk güvenliğinin bir gereğidir. Mülkiyet hakkını ilgilendiren bir problemin çözümünde (herhangi bir temel hakkı ilgilendiren bir problemin çözümünde) aynı ya da benzer hukuki argümanlar kullanılmalıdır. Aksi durumda ortaya çıkabilecek tutarsız kararlar, bireylerin pozisyonlarını öngöremez duruma düşürür ve hukukilik koşulunun karşılanamaması sonucunu doğurabilir.” (Gemalmaz, 2017, s. 472 vd.).

Belirlilik ilkesi, öngörülebilirlikle ilişkili olup yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesini ifade etmektedir²⁷. Nitekim bir temel hakka ve dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahale ilk önce hukuki belirlilik koşulunu karşılamalıdır²⁸.

Somut olayda Kurul tarafından 16.05.2019 tarihli karar ile tesis edilen idari para cezası Kanununun 18/1-(b) hükmü kapsamında atıf yapılan 12. maddenin iki farklı fıkrasına dayandırılmıştır. Yaşanan ihlalin veri güvenliğine ilişkin gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınmaması neticesinde gerçekleşmesi sebebi ile Kanun m. 12/1 uyarınca 1.100.000 TL ve Kanun m. 12/5'te düzenlenen en kısa sürede bildirim yapılmaması sebebi ile 350.000 TL olmak üzere toplam 1.450.000 TL idari para cezası uygulanmıştır.

Her ne kadar karar tarihi 16.05.2019 olsa ve başvuru tarafından veri ihlali başlangıcının 2014 yılı olduğu belirtilmiş olsa da Kurulun ihlalin gerektiğinin tespit edildiği yıl olan 2018 senesi için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranına göre artırılan idari para cezaları uyarınca bir yaptırım uygulandığı anlaşılmaktadır. Buna göre 2018 yılı için Kanun m. 18/1-(b) uyarınca veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında uygulanacak idari para cezası için alt sınır 17.827 TL olup üst sınır 1.188.542 TL'dir.

Kanunilik bakımından; i) Kurulun belirleyeceği idari para cezasında alt ve üst sınır farkının ziyadesi ile geniş düzenlenmiş olması, ii) karara esas alınan bildirim süresine ilişkin düzenlemenin Kurulun düzenleyici işlemine dayanması noktaları ele alınmalıdır.

1. Kurulun Belirleyeceği İdari Para Cezasında Alt ve Üst Sınır Farkının Çok Geniş Olması

İdari para cezası maktu yahut nispi olabileceği gibi kanunlarda alt ve üst sınırı gösterilerek belirlenebilir²⁹. Söz konusu alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanının sınırsız ve ölçsüz bir genişlikte olması halindeyse AYM bu gibi normları uygulamada yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfilige yol açabilecek

²⁷ Arif Ali Cangı Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/4060, K. T. 17.09.2020, para. 74; AYM, E: 2014/183, K: 2015/122, T. 30.12.2015, para. 5; AYM, E: 2013/39, K: 2013/65, T. 22.05.2013.

²⁸ H. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara 2018, s. 120.

²⁹ Zeynel T. Kangal, Kabahatler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 282; Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s. 125 vd. Olması gerekenin idari para cezasının alt ve üst sınırlar arasında gösterilmesi olduğu yönünde ayrıca bkz. Berrin Akbulut, "İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi", Çatalhöyük Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi C. 9, 2022, s. 87-99.

nitelikte değerlendirilmektedir³⁰. Ancak AYM her zaman ilgili idari para cezasının belirlenmesine ilişkin kıstasların kanunda açıkça yer almasını aramamaktadır³¹. Bununla birlikte idare, uygulayacağı idari para cezasının meblağını tespit ederken alt sınırın üzerine çıktığında, bunun nedenlerini ortaya koymak ve gerekçelerini açıklamak zorundadır³². Aksi takdirde takdir yetkisinin idare tarafından keyfi kullanıldığı iddiası gündeme gelebilecektir.

2. Bildirimin Süresine İlişkin Düzenlemenin Kurulun Düzenleyici İşlemine Dayanması

Kanun m. 22/1-(f) uyarınca: “*Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlemek amacıyla düzenleyici işlem yapmak*” Kurulun yetki ve görevleri arasında yer almaktadır. Bu çerçevede Kurul’un veri sorumluları için güncel ve teknolojik gelişmeleri de dikkate alarak “*veri güvenliği önlemlerinin*” içeriğini belirgin kılması ve somutlaştırması kanunilik ölçütü ile çelişmez. Ancak hakkı sınırlayan düzenlemelerin kanunilik ölçütü bakımından değerlendirilmeye alınması kaçınılmazdır.

Kurulun, Kişisel Veri İhlali Bildirim Usul ve Esaslarına İlişkin 24/1/2019 tarihli ve 2019/10 sayılı kararında, Kanun’un 12. madde 5. fıkrasının: “*İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir...*” hükmünde yer alan “*en kısa sürede*” ifadesinin 72 saat olarak yorumlanması gerektiğine hükmetmiş ve bu karara ilişkin duyuru sitede yayımlanmıştır³³.

³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 17.04.2008 tarih ve E: 2005/5, K: 2008/93 sayılı kararıyla; mevzuata aykırı yapılan nedeniyle İmar Kanunu’nun 42. maddesinde öngörülen idari para cezalarının alt ve üst sınırı arasında elli kat fark bulunması hali makul ve ölçülü olmayan bir genişlik olarak kabul edilerek, anılan kuralın iptali yoluna gidilmiştir (AYM, E: 2005/5, K: 2008/93, T. 17.04.2008).

³¹ AYM, E: 2020/76, K: 2023/172, T. 11.10.2023, para. 63, “*Kuralda alt ve üst sınırları gösterilen idari para cezasının tespit edilmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı belirtilmemiştir. Ancak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesinde anılan Kanun’un genel hükümlerinin idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun’un 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da alt ve üst sınırı gösterilmiş idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte gözönünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Başkan, yer sağlayıcılara verilecek idari para cezasının miktarını belirlerken 5326 sayılı Kanun’un 17. maddesinde belirtilen ölçütlere uymak zorundadır. Dolayısıyla idari para cezasının tespitinde hiçbir ölçütün belirlenmediği ve kurulla idarenin keyfi bir şekilde ceza takdir etmesine imkân sağlandığı söylenemez.*”; aynı yönde bkz. AYM, E: 2014/87, K: 2015/112, T. 08.12.2015, para. 201.

³² “*İdarenin, alt sınırın üzerinde ceza tayin etmesinin gerekçesini açıklayamaması veya açıklanan gerekçenin makul ve haklı olmaması, eylem ile ceza arasında olması gereken dengeye dikkat etmemesi veya bu dengiyi ölçsüz bir şekilde kurması durumunda, cezanın yargı yerlerince iptal edilebileceği tabiidir.*” AYM, E: 2014/87, K: 2015/112, T. 08.12.2015, para. 198.

³³ Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi’nde “*Kurul tarafından bu konuda alınacak kararlar arasında herhangi bir uyumsuzluğa mahal*

AYM de kararında “İlgili Hukuk” başlığı altında mevzuatta yer alan bu düzenlemeyle zikredilen duyuruya yer vermiştir³⁴. Ancak başvuru konusu Kurul karar özetine bakıldığında Kurulun “*en kısa sürenin*” belirlenmesinde 72 saat esas alıp almadığı anlaşılmamaktadır³⁵. Kurul yalnızca başvurucu hakkında, “*ihlalin en kısa sürede bildirilmesi yükümlülüğüne uymadığından*” bahisle 350.000 TL idari para cezası uygulamıştır.

Somut olayda başvurucunun ihlali gerçekten en kısa sürede bildirmiş olup olmadığı değerlendirmesi bir yana; Anayasanın 13. maddesi gereği temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabileceği halde başvurucunun mülkiyet hakkını sınırlayan ilgili düzenleme kanunilik ölçütlerini karşılamamaktadır³⁶. İlgili dayanağın Kanun’un 12. maddesi kabul

verilmemesi ve uygulamada bir standartlaşma sağlanabilmesini teminen” söz konusu kararın tesis edildiği belirtilmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2019, Ankara, s. 99. Bununla birlikte diğer idari para cezalarında olduğu gibi veri sorumlusu tarafından yapılan bildirimde 72 saat içinde bildirim gerekliliğine uyulmaması sebebi ile uygulanacak idari para cezasında miktarın belirlenmesinde uygulanacak kriterler Kurul tarafından açıklanmadığı gibi karar özetlerinden de hangi kıstasların uygulandığı çoğunlukla anlaşılmamaktadır. Örneğin, “İhlalin gerçekleşme tarihinin 19.04.2017, tespit tarihinin 09.01.2019, Kuruma bildirim tarihinin ise 28.02.2019 tarihi olduğu” olayda Kurul “*en kısa sürede*” bildirimde bulunma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi nedeniyle Kanununun 18 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca veri sorumlusu hakkında 30.000 TL” idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Karar için bkz. “Bilgisayar oyunları alanında faaliyet gösteren veri sorumlusunun veri ihlali bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 05/05/2020 tarih ve 2020/345 sayılı Karar Özeti. Ayrıca Bir banka olan veri sorumlusu nezdinde gerçekleşen 18.07.2019 tarihinde tespit edilmiş olan ihlalin 31.07.2019 tarihinde Kurula bildirilmesi sebebi ile 50.000 TL idari para cezası uygulanmıştır; karar için bkz. “Bir bankanın veri ihlali bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 07/05/2020 tarih ve 2020/359 sayılı Karar Özeti. Bir sigorta şirketi nezdinde 28.02.2020 tarihinde tespit edilen ve 04.03.2020 tarihinde Kurul’a bildiren ihlal hakkında veri sorumlusu hakkında 30.000 TL idari para cezası uygulanmıştır; karar için bkz. “Bir sigorta şirketinin kişisel veri ihlal bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 24.11.2020 tarih ve 2020/905 sayılı Karar Özeti.

³⁴ AYM, 2020/7518, para. 28.

³⁵ Belirtelim ki Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi’nde “en kısa sürede” ifadesinin 72 saat olarak yorumlanmasında “6698 sayılı Kanuna kaynak teşkil eden Avrupa Birliğinin 95/46/EC sayılı Direktifini ilga eden Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde de veri ihlal bildirimlerine ilişkin olarak Direktifin aksine detaylı düzenlemelere yer verildiği dikkate alındığı” belirtilmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, s. 99.

³⁶ AYM’nin Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu’nun fahiş fiyat artışı ve stokçuluk faaliyetlerine yönelik düzenlemeler yapma yetkisi hakkında verdiği iptal kararı çerçevesinde Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu’ndaki benzer sorunlara dair ayrıca bkz. H. Burak Gemalmaz, “Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yetkilerinin Girişim Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkına Aykırılığı”, 28/09/2023, (<https://blog.lexpera.com.tr/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yetkilerinin-girisim-ozgurlugu-ve-mulkiyet-hakkina-aykirliligi/>), (s.e.t. 20/04/2024).

edilmesi durumunda belirlilik ölçütünü, Kanun m. 22/1-(f) hükmüne dayanan 2019/10 sayılı Kurul Kararının kabul edilmesi durumunda ise şekli kanunilik kriterini karşılamadığı açıktır. Dahası anlaşıldığı kadarı ile 2019/10 sayılı Kurul Kararı'nın kendisi dahi yayımlanmış değildir.

Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik/öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini karşılamayan ilgili kanun hükmü (6698 sayılı Kanun) ve idari işlemin (2019/10 sayılı kararın ve hatta karara ilişkin duyurunun) sonuçlarının da inceleme konusu kararda değerlendirilmesi gerekirken, AYM böyle bir değerlendirmede bulunmaksızın doğrudan ölçülülük değerlendirmesine odaklanmayı tercih etmiştir.

B. ÖLÇÜLÜLÜK DEĞERLENDİRMESİ

AYM inceleme konusu kararda Kurul kararına karşı etkili denetim mekanizması bulunup bulunmaması hususuna odaklanmış ve ifade edildiği üzere meseleyi ölçülülük testi çerçevesinde değerlendirmeyi tercih etmiştir.

Temel haklara yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından ilk ölçüt olan kanunilikteki aksaklıkların daha ciddi ve sürekli sorunlara işaret ettiği söylenebilir. Nitekim kanunilik ölçütünü sağlamadığı anlaşılan kararlar bakımından ihlal kararının verilmesi için ölçülülük değerlendirmesine gerek dahi yoktur. Bu bakımdan AYM'nin işbu çalışmaya temel alınan kararında meseleyi doğrudan ölçülülük noktasına odaklaması tartışmaya açık olmakla birlikte³⁷, ölçülülük aşamasındaki değerlendirmeleri her halükârda önem arz etmektedir.

Ölçülülük bahsinde ele alınacak temel meseleler i) Kurul kararlarının şeffaflık ve hukuki öngörülebilirliği sağlayamaması ve ii) Hakimlik değerlendirmesinin etkili denetim mekanizması gerekliliğini karşılayacak düzeyde olmaması şeklinde ifade edilebilir.

1. Kurul Kararının Şeffaflık ve Hukuki Öngörülebilirlikten Uzak Olması

Kurulun idari para cezasının uygulanabileceği aralığının genişliği dikkate alındığında; bu aralıkta idari para cezası tatbik ederken hangi kıstasları göz önünde bulundurduğunun veri sorumluları nezdinde öngörülebilir olması için ölçütlerin açıklıkla gösterilmesi şarttır.

M.I.I. başvurusunda, veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınmaması sebebiyle Kurulun idari para cezasını üst sınıra yakın uyguladığı anlaşılmaktadır. Yayımlanan karar özetinde idari para cezasının üst sınıra yaklaştırılmasında esas alınan ölçütlere yer verilmemiştir. Bununla birlikte bireysel başvuruya dair Bakanlık görüşünde

³⁷ Zira kanunilik ölçütüne yönelik değerlendirilmesi gerekli hususlar mevcut olmasına rağmen Mahkeme bu konuyu değerlendirme dışı bırakmıştır.

“idari para cezası uygulanırken 6698 sayılı Kanun ile Veri Koruma Genel Tüzüğü'nün (GDPR) esas alındığı” belirtilmiştir³⁸.

GDPR m. 38/2'de idari para cezasının meblağına karar verilirken uygulanacak kriterler şu şekilde belirtilmiştir:

“(a) ilgili işletmenin mahiyeti, kapsamı veya amacı dikkate alındığında ihlalin mahiyeti, ağırlığı ve süresinin yanı sıra etkilenen veri öznesi sayısı ve veri öznelerinin uğradığı zararın düzeyi; (b) ihlalin kasıtlı olması veya ihmalden kaynaklanması; (c) veri öznelerinin uğradığı zararın azaltılması için veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylem; (d) 25 ve 32. maddeler uyarınca kendileri tarafından uygulanan teknik ve kurumsal tedbirler dikkate alındığında, veri sorumlusu veya veri işleyenin sorumluluk derecesi; (e) veri sorumlusu veya veri işleyenin konuyla ilgili önceki ihlalleri; (f) ihlalin düzeltilmesi ve ihlalin olası olumsuz etkilerinin azaltılması amacıyla denetim makamı ile gerçekleştirilen işbirliği derecesi; (g) ihlalden etkilenen kişisel veri kategorileri; (h) veri sorumlusu veya veri işleyenin ihlali bildirip bildirmediği ve bildirdiyse ne ölçüde bildirdiği başta olmak üzere, denetim makamının ihlalden haberdar olma şekli; (i) 58(2) maddesinde atıfta bulunulan tedbirlerin, ilgili veri sorumlusu veya veri işleyene karşı aynı konu ile ilgili olarak daha önceden alınmış olduğu hâllerde, bu tedbirlere uyum; (j) 40. madde uyarınca onaylı davranış kurallarına veya 42. madde uyarınca onaylı belgelendirme mekanizmalarına riayet edilmesi; (k) ihlal nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen maddi menfaatler veya kaçınılan zararlar gibi durumun özellikleri açısından geçerli diğer tüm ağırlaştırıcı veya hafifletici unsurlar.”³⁹

GDPR'da yer alan bu ölçütlerin bir kısmı diğer hükümlerine de atıf içerdiğinden bunların GDPR'a özgü olduğu, bir kısmı ise Kabahatler Kanunu'nda yer alan işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu ölçütleri ile örtüştüğü değerlendirilebilir. Öte yandan GDPR hükümlerine dayanan bir değerlendirme, Türk mevzuatının “yetersizliği” sorusunu gündeme getireceği gibi doğrudan Türk hukukunun bir parçası olmayan hükümler esas alınarak para cezası uygulanması sistemin bütününde uyumsuzluklara sebebiyet verebilecektir. Bu noktada GDPR hükümlerinin yahut Direktif hükümlerinin “kaynak” düzenlemeler olması, bunların doğrudan uygulanma kabiliyeti olduğunu değil; Kanun hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınacak bilgi kaynakları (yardımcı kaynak) olduğunu göstermektedir⁴⁰.

Her ne kadar Kurul kararlarının yayımlanmıyor oluşu şeffaflığı zedelese de hukuki öngörülebilirlik incelemesi bakımından yayımlanan kararların değerlendirilmesi önemlidir. İnceleme konusu kararda da olduğu gibi veri sorumlusunun, veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almamış olması sebebiyle Kurulun sıklıkla idari para cezası

³⁸ AYM, 2020/7518, para. 38.

³⁹ Tüzüğün Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan gayriresmî Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf>, (s.e.t. 20/04/2024).

⁴⁰ Ayrıca bkz. Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 18. Bası İstanbul 2023, s. 35; Halûk Nami Nomer/Pakize Ezgi Akbulut, Medeni Hukuka Giriş, 8. Bası, İstanbul 2023, s. 11.

uyguladığı görülmektedir. Örneğin bir e-ticaret sitesi (veri sorumlusu) nezdinde gerçekleşen veri ihlali hakkında yapılan re'sen inceleme sonucunda ihlalin 22.10.2019 tarihinde gerçekleştiği ve veri sorumlusunun veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almadığı tespit edilmiş ve 600.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir⁴¹. 2019 yılı için söz konusu idari para cezası için alt sınır 22.057 TL üst sınır ise 1.470.583 TL'dir. Ayrıca söz konusu olayda Kurul'a veri ihlal bildiriminde bulunulmamış, bu sebeple Kurul tarafından ayrıca 200.000 TL idari para cezası uygulanmıştır⁴².

Öte yandan Kurul kararlarında veri ihlal bildiriminde geç bulunulan bazı hallerde somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapıldığı görülmektedir⁴³. Örneğin, enerji sektöründe faaliyet gösteren veri sorumlusu nezdinde 02.09.2019 ile 16.09.2019 tarihleri arasında gerçekleşen ve 16.09.2019 tarihinde tespit edilen ihlale ilişkin olarak 24.10.2019 tarihinde bildirim yapılması karşısında Kurul, veri sorumlusunun çok uluslu bir yapısı olduğu ve etkilenen ilgili kişilerin bulunduğu ülkelerin ve ilgili ülkelerin bildirim yükümlülüklerinin tespit edilmesi ve değerlendirilmesi için gerekli süreyi göz önünde bulundurularak 72 saat yerine yaklaşık 20 gün sonra yapılan bildirim makul kabul etmiştir⁴⁴.

Bir ilaç şirketi nezdinde gerçekleşen ve aynı gün tespit edilen ancak karar özetinden ne kadar geç olduğu anlaşılmamakla birlikte Kurul tarafından:

“72 saatlik bildirim süresine uymayan veri sorumlusu hakkında İhlalin tespit tarihinden sonra 72 saat içinde Kurula bildirilmemiş olduğu dikkate alındığında, Kanununun 12 nci maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca işlenen verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi halinde en kısa sürede ilgisine ve Kurula, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18.09.2019 tarih ve 2019/271 sayılı Kararına uygun olarak bildirimde bulunması hususunda daha dikkatli olunması, ayrıca ilgili kişilere bildirim yapıldığına ve e-postanın gönderildiği kişilere e-postanın silinmesi yönünde uyarının yapıldığına ilişkin tevsik edici belgelerin

⁴¹ “Bir e-ticaret sitesi (veri sorumlusu) nezdinde gerçekleşen veri ihlali hakkında yapılan resen inceleme” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/04/2021 tarih ve 2021/427 sayılı Karar Özeti, (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/6981/2021-427>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁴² “Bir e-ticaret sitesi (veri sorumlusu) nezdinde gerçekleşen veri ihlali hakkında yapılan resen inceleme” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/04/2021 tarih ve 2021/427 sayılı Karar Özeti, (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/6981/2021-427>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁴³ Veri ihlal bildiriminde bulunma yükümlülüğü hakkında bilgi için bkz. Ömer Ekmekçi/Nafiye Yücedağ/Elif Beyza Akkanat-Öztürk/Şehriban İpek Aşıkoglu, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 272.

⁴⁴ “Enerji sektöründe faaliyet gösteren veri sorumlusunun veri ihlali bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 08/12/2020 tarih ve 2020/934 sayılı Karar Özeti, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7035/2020-934>), (s.e.t. 20/04/2024).

Kurumumuza gönderilmesi hususlarında veri sorumlusunun talimatlandırılmasına” karar verilmiştir⁴⁵.

Kurul karar özetlerinde bir kısmında *“işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile veri sorumlusunun kusuru ve ekonomik durumu”* atfı bulunmazken atfın bulunduğu kararların pek çoğunda ise nasıl bir değerlendirme yapıldığı anlaşılamamaktadır⁴⁶. Bir diğer ifadeyle yayımlanan Kurul kararları özetleri göz önünde bulundurulduğunda idari para cezasının belirlenmesine yönelik ölçütlerin neler olduğu ve bu ölçütlerin ne şekilde somut olaya uygulandığı açık değildir.

Haksızlık içeriği, veri sorumlusunun kusuru ve ekonomik durumu kapsamında Kurul tarafından idari para cezasının tutarının belirlenmesinde birtakım değerlendirmelere yer verildiğini tespit edebildiğimiz⁴⁷ bir teknoloji şirketi hakkında verilen kararda Kurul:

⁴⁵ “Bir ilaç şirketinin veri ihlal bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 15/12/2020 tarih ve 2020/957 sayılı Karar Özeti, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7020/2020-957>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁴⁶ İlgili kişiye tanıtım amaçlı broşür gönderen, şirketle imzalamış olduğu sözleşme koşullarına göre serbest girişimci olduğu anlaşılan kişi hakkında *“Kanun’un 18’inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 30.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar veril[diği]”* yönünde bkz. “Veri sorumlusu bir pazarlama şirketi tarafından çocuğun kişisel verilerinin velisinin açık rızası alınmaksızın tanıtım amaçlı broşür gönderilmesi suretiyle işlenmesi” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 03/08/2022 tarihli ve 2022/776 sayılı Karar Özeti. E-ticaret sitesi olan veri sorumlusu tarafından kendi tedarikçisi konumunda olan firmanın da bulunduğu tedarikçi grubuna “tüm bildirimlerde arama” yetkisinin verilmesi sonucunda oluştuğunun tespit edilen veri ihlali tespiti sonucunda *“veri sorumlusu hakkında kabahatin haksızlık içeriği, veri sorumlusunun kusuru ve ekonomik durumu da göz önünde bulundurulurken Kanununun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca, 600.000 TL idari para cezası uygulanmasına”* yönelik verilen karar için bkz. “Bir e-ticaret sitesi (veri sorumlusu) nezdinde gerçekleşen veri ihlali hakkında yapılan resen inceleme” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/04/2021 tarih ve 2021/427 sayılı Karar Özeti. *“...arama yapılan telefon numarasının takibi yapılan asıl borçluya değil, söz konusu borçla ilgisi olmayan ilgili kişiye ait olduğunu öğrenmesine rağmen veri sorumlusunun ilgili kişiyi aramaya devam ettiği ve veri sorumlusunun ekonomik durumu dikkate alınarak, hakkında Kanun’un 18’inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 200.000 TL idari para cezası uygulanması...”* hakkında karar için bkz. “Ev eşyası satan veri sorumlusu tarafından ilgili kişinin telefon numarasının üçüncü bir kişinin borcu için iletişim kurulmak suretiyle işlenmesi” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 04/08/2022 tarihli ve 2022/787 sayılı Karar Özeti. 21.504.083 Yemeksepeti kullanıcısının etkilendiği veri ihlalinde Kurul *“...veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almayan veri sorumlusu hakkında Kanununun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca ihlalin boyutu, kabahatin haksızlık içeriği, veri sorumlusunun kusuru ve ekonomik durumu da göz önünde bulundurulurken 1.900.000 TL idari para cezası uygulanmasına...”* karar vermiştir, bkz. “Yemek Sepeti Elektronik İletişim Perakende Gıda Lojistik AŞ veri ihlal bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/12/2021 tarih ve 2021/1324 sayılı Karar Özeti (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7168/2021-1324>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁴⁷ Belirtelim ki Rekabet Kurulu kararlarının aksine Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarının sadece özetleri yayınlanmaktadır. Bu nedenle bu kapsamda incelememiz sadece karar özetine dayalı olarak gerçekleştirilebilmiştir. Uygulanan

“...veri sorumlusu şirketin birçok ülkede faaliyet gösterdiği ve ekonomik durumu, kişisel verilerin işlenmesinde kullanılan uygulama ve internet sitesi aracılığıyla toplanan çok sayıda kişisel verinin hukuka aykırı olarak yurt dışına aktarıldığı, söz konusu fiilden etkilenen ilgili kişilerin fazla olduğu...”

değerlendirmesine yer vermiştir⁴⁸. Kurul söz konusu aykırılık sonucunda veri sorumlusu hakkında Kanun’un 18/1-(b) bendi uyarınca 950.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Buna ek olarak özel nitelikli kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir işletmeye giriş çıkışların kontrolü amacıyla işlenmesine ilişkin olarak aynı yıl içerisinde verilen iki karar incelendiğinde aynı miktarda idari para cezası yaptırımını uygulandığı görülmektedir. Örneğin bir spor salonu tarafından özel nitelikli kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesine ilişkin olarak uygulanacak idari para cezasının miktarının belirlenmesinde:

“...veri sorumlusunca işletilen spor salonunun üyelik sözleşmesi kapsamında çok sayıda üyenin kişisel verilerinin işlendiği, bunlar arasında özel nitelikli kişisel verilerin de bulunmasının kullanıcıların mahremiyeti açısından önemli bir risk arz ettiği... ve spor salonu işletmeciliğinin yanı sıra turizm ve otel işletmeciliği ile inşaat taahhüt gibi birçok sektörde faaliyet gösteren veri sorumlusunun ekonomik durumu[nun]...” dikkate alındığı belirtilmiş ve Kanun m. 18/1-(b) kapsamında 100.000 TL idari para cezası uygulanmıştır⁴⁹.

Ancak Kurul başka bir kararında, faaliyet konusu belirtilmemiş olan işletmeye kayıt yaptırırken hizmet alanına giriş yapabilmek için özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin yaptığı değerlendirme neticesinde:

“...şikayete konu olan kişisel verinin özel nitelikli kişisel veri olması, ilgili kişi haricinde diğer abonelerin de özel nitelikli kişisel verilerinin Kanuna aykırı olarak işlendiğinden çok sayıda kişinin etkilenmesi ve kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunulması hususları göz önünde bulundurularak, Kanun’un 18’inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca veri sorumlusu hakkında 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına...” karar verilmiştir⁵⁰.

idari para cezalarında söz konusu kriterlerin uygulanmasının detaylı olabileceği hususu gözetilse dahi herhangi bir tebliğ ya da rehber ile somutlaştırılmamış olan söz konusu kriterlerin uygulanma esasları bakımından diğer veri sorumluları için öngörülebilirliği sağlayabilecek olan tek kaynak karar özetleridir. Bu itibarla işbu çalışmada karar özetlerinin yalnızca bir kısmında yer verilen idari para cezasının tutarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak değerlendirmeler incelenebilmektedir.

⁴⁸ “Bir teknoloji şirketi tarafından ilgili kişinin kişisel verilerinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılması” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 17/03/2022 tarihli ve 2022/249 sayılı Karar Özeti, (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/7558/2022-249>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁴⁹ “Spor salonu işletmecisi olan veri sorumlusunun, özel nitelikli kişisel veri niteliğini haiz kan grubu verisini ilgili kişinin açık rızasını almaksızın işlemesi” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/12/2022 tarih ve 2022/1357 sayılı Karar Özeti, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7594/2022-1357>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁵⁰ “İlgili kişinin ‘el geometrisi’ bilgisinin bir işletmenin hizmet binasına giriş yapabilmek amacıyla veri sorumlusu tarafından açık rıza alınmaksızın işlenmesi” hakkındaki Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 07/07/2022 tarihli ve 2022/662

Görüldüğü üzere, spor salonuna ilişkin verilen kararda veri sorumlusunun “*spor salonu işletmeciliğinin yanı sıra turizm ve otel işletmeciliği ile inşaat taahhüt gibi birçok sektörde faaliyet*” gösterdiği gözetilirken aynı miktarda yaptırım uygulanan ve faaliyet gösterdiği sektör belirtilmeyen veri sorumlusu için yalnızca “*çok sayıda kişinin etkilenmesi*” dikkate alınmıştır. Karar özetlerinden kesin bir sonuca varılabilmesi mümkün olmamakla birlikte Kurul’un veri sorumlusunun ekonomik durumunu ya da etkilenen kişi sayısını dikkate aldığı düşünülebilir.

Düzenleyici ve denetleyici otoriteler özellikle idari para cezasına kaynak olan kanunlarda alt ve üst sınır belirlenmesi yolu ile bir takdir yetkisini haiz kılınmış ise -bu yetkinin kullanımındaki ölçütler yine kanunlarda düzenlenmek şartı ile- rehber ya da tebliğler ile öngörülebilirliği artırabilirler⁵¹. Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından ise Kanun’da yer alan geniş aralıkta düzenlenen idari para cezalarında meblağın belirlenmesinde uygulanacak ölçütler açıklanmamıştır. Üst sınırın hemen altından verilen idari para cezasının ölçülülük bağlamında yarattığı ağırlık düşünüldüğünde Kurul kararının gerekçeli ve şeffaf olmasının ehemmiyeti anlaşılmaktadır.

Kurul uygulamasına yönelik olarak yayımlanan özet Kurul kararlarından bu gerekliliğin karşılanıp karşılanmadığının anlaşılmasının mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Kurumun kişisel verilerin korunması hukuku bakımından ulusal standartlar oluşturması gerekirken, kararlarını özet olarak gerekçesiz şekilde yayımlaması öngörülebilirlik ve şeffaflığa zarar vermektedir⁵².

Bu noktada Kurulun verdiği idari para cezalarının, inceleme konusu bireysel başvurunun kapsamını ve başvuruçunun somut olaydaki ihlal iddiasını da aşan hukuk devleti ve temel hakların korunması bakımından oluşturduğu soruna işaret edilmelidir. Nitekim meydana gelen bu durum, para cezasının orantılılığı tartışmasını da imkân dışı bırakmaktadır⁵³. Zira

sayılı Karar Özeti, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7399/2022-662>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁵¹ Bankacılık Veri Transfer Sistemi Kapsamında Yapılan Raporlamalarda Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ; 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Kapsamındaki İdari Para Cezalarına İlişkin Açıklama Rehberi; Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayınlanan 26.3.2013 tarih, 10/363 sayılı karar ekinde bulunan “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Tesis Edilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Uygulama Esasları”. Sermaye Piyasası Kurulu kararı hakkında bilgi için bkz. Eda Çanga Belber, “İdari İşlemin Konu Unsuru Bakımından Sermaye Piyasası Kurulunun Uyguladığı İdari Para Cezaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 35, Temmuz 2018, s. 560.

⁵² Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Gemalmaz, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yetkilerinin Girişim Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkına Aykırılığı”, 28/09/2023, (<https://blog.lexpera.com.tr/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yetkilerinin-girisim-ozgurlugu-ve-mulkiyet-hakkina-aykirligi/>), (s.e.t. 20/04/2024).

⁵³ İdari para cezalarında bir aralık öngörülmesi, yaptırımın orantılılığın temini içinse de (bu yönde bkz. Sakine Arık, İdari Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi, Gazi

ölçütlerin açıkça ortaya konmadığı gerekçelendirme yapılmayan ve özet olarak yayımlanan kararlardan müdahalenin orantılı olup olmadığı da idari para cezası meblağının belirlenmesine esas alınan ölçütlerin somut olayda nasıl uygulandığı da anlaşılammaktadır. Nitekim Danıştayın da kararlarında yer verdiği üzere:

“...para cezalarında idareye yasanın belirlediği alt ve üst sınırlar içerisinde ceza tayini olanağı tanınmış ise de, idarenin takdir yetkisinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanıldığıının ceza vermeye yetkili merci kararında açıklanması ve mahkemece de kanunda yazılı alt sınırının üzerinde para cezası miktarının belirlenmesi nedenlerinin araştırılması gerekmektedir. İdarenin kanunda yazılı at sınırının üzerinde para cezası miktarını tayin etme nedenleri de objektif ölçütlere uygun olmalıdır”⁵⁴.

2. Hâkimlik Değerlendirmesinin Etkili Denetim Mekanizması Gerekliliğini Karşılıyacak Düzeyde Olmaması

Ölçülülük bağlamında inceleme konusu kararın odak noktasındaki bir diğer husus hakkın -ister AY m. 20 ister AY m. 35 kapsamında değerlendirme yapılacak olsun- usulî güvencelerinden birisi olan etkili denetim mekanizmasının varlığı sorunudur. Kurul kararlarının etkili denetimi, gerek mülkiyet ve özel hayatın gizliliği haklarının gerekse hak arama hürriyetinin korunması bakımından hayatidir.

Mülkiyet hakkının koruması, başvurunun savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme imkânının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır⁵⁵. Özet olarak yayımlanan ve usulî güvenceleri karşılamayan Kurul kararlarının geçireceği yargısal denetim mülkiyet hakkının korunması bakımından hayati önem arz etmektedir.

Buna ek olarak Sulh Ceza Hâkimliği tarafından gerçekleştirilen yargısal denetim de somut itirazları incelemek ve gerekçeleri açıklamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Nitekim somut olayda da AYM ilgili hâkimliğin başvurunun yargılama sürecinin bütününe etkileyen önemli

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 68) bir yaptırım uygulanması durumunda buna ilişkin (aralıktan gerçekleştirilen belirlemenin sebeplerinin) haklı gerekçelerin ortaya konulması gerekmektedir. Bkz. Berk Yalçın, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımlar, İstanbul 2024, s. 160.

⁵⁴ Danıştay 6. D., E: 2004/2376, K: 2004/5923, T: 23.11.2004 (Lexpera-İçtihat). Aynı yönde ayrıca bkz. Danıştay 6. D., E: 2003/917, K: 2004/4220, T: 09.07.2003 (Lexpera-İçtihat). Bu noktada Türk mevzuatında yer alan iyi bir örnek olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”) gösterilebilir. Kanun’un 52. ve 53. maddeleri uyarınca Kurul kararlarında bulunması gereken hususlar sıralanmıştır. Bu çerçevede özellikle RKHK m. 52/2 uyarınca: “Verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır.”

⁵⁵ AYM, 2020/7518, para. 55; Züliye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, K. T. 14.09.2017, para. 36; Bekir Yazıcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/3044, K. T. 17.12.2015 para. 71.

ve karşılanması gereken iddialarını karşılamadığı gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir⁵⁶.

Her ne kadar AYM somut olay özelinde ihlal tespit etmiş olsa da yukarıda açıklanan sebeplerle, Kurul kararları temel hak ve özgürlüklerin etkin korunmasını tehlikeye düşürebilecek şekilde genel şeffaflık ve öngörülebilirlik sorunları barındırmaktadır. Özet kararlar; mevcut ve potansiyel veri sorumlularının fiillerinin sonuçlarını öngörebilmesi noktasında olduğu gibi ayrıca kararların akademik olarak ele alınması noktasında da engel oluşturmaktadır. Öte yandan *M.I.I.* kararında gündeme geldiği üzere, Kurul kararlarına dair işletilen itiraz sürecinde sulh ceza hakimliklerinin yürüttükleri muhakemenin veri sorumlularının haklarını korunmadaki yeterliliği de genel olarak tartışmaya açılabilecektir. Tarafların iddia ve savunmalarını değerlendirilmeksizin Kurulun kararını tekrar etmekten ve hukuka uygun bulmaktan ibaret olan kararların; mülkiyet hakkını, kişisel verilerin korunması hakkını ve hak arama hürriyetini özellikle tehdit ettiği ifade edilmelidir. Bu hakların korunmasına yönelik devletin etkin bir denetim mekanizması kurma yükümlülüğü bulunduğu unutulmamalıdır. Bu kapsamda kararların denetiminin idari yargıda gerçekleştirilmesine yönelik bir kanun değişikliği de korumanın etkinliği bakımından isabetli bir çözüm önerisi niteliğindedir. Nitekim kanun koyucu da bu yönde bir irade açıklamıştır⁵⁷. Buna göre Kanun m. 18/3 uyarınca:

“Kurulca verilen idari para cezalarına karşı, idare mahkemelerinde dava” açılabilirliği düzenlenmiştir.

1 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe girecek olan bu görevli mahkemeye dair değişiklik, yukarıda değinilen sebeplerle kanaatimizce yerindedir. Buna ek olarak temel hakların etkin korunması, idare mahkemelerinde dava konusu edilecek Kurul kararları hakkında insan hakları standartlarına uygun muhakeme yürütmesine bağlıdır. Çalışmada karara konu olay üzerinden gerek kanunilik gerek ölçülülük boyutunda var olduğuna inanılan sorunlara değinilmeye çalışılmıştır. İncelemenin bu bakımdan kişisel verilerin korunması alanında önemli bir rol üstlenecek olan idari yargı mercileri bakımından da faydalı olması ümit edilir.

⁵⁶ AYM, 2020/7518, para. 63. Ayrıca bkz. Danıştay 6. D., E: 2004/2376, K: 2004/5923, T: 23.11.2004; Danıştay 6. D., E: 2003/917, K: 2004/4220, T: 09.07.2003 (Lexpera-İçtihat).

⁵⁷ 12/03/2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” işbu çalışma kaleme alındığı tarihte henüz kabul edilmemişti. Yayımlanmasında kanun değişikliği kabul edilmiştir. Değişikliğin kapsamına yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. Ömer Ekmekçi/Nafiye Yücedağ/Elif Beyza Akkanat-Öztürk/Şehriban İpek Aşkoğlu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile 6698 Sayılı Kanun’da Yapılan Değişiklikler, 02/03/2024, (<https://blog.lexpera.com.tr/ceza-muhakemesi-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-ve-659-sayili-kanun-hukmunde-kararnamede-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi-ile-6698-sayili-kanunda-yapilan-degisiklikler/>), (s.e.t. 20/04/2024).

SONUÇ

Bu çalışmanın konusu bir idari para cezasına muhatap kılınmış veri sorumlusunun başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesinin 12.10.2023 tarihinde vermiş olduğu 2020/7518 başvuru numaralı bireysel başvuru kararıdır. Bu karar veri koruma hukukunda uygulanan idari yaptırımlar bakımından önemli hukuki sonuçları olabileceği düşüncesiyle tercih edilmiştir. Bu kapsamda her ne kadar AYM kanunilik ölçütü bakımından bir değerlendirme yapmamişsa da esasında Kurul uygulaması ve hukuki düzenlemeler dikkate alındığında veri sorumluları hakkında uygulanabileceği öngörülen idari para cezasının kanuniliği tartışmaya açılabilir niteliktedir. Ancak AYM böyle bir değerlendirmede bulunmaksızın doğrudan ölçülülük değerlendirmesine odaklanmayı tercih etmiştir.

Ölçülülük testi bakımından ilk ifade edilmesi gereken husus, Kanun'da düzenlenen idari para cezalarının alt ve üst sınır aralığının genişliğidir. Kurulun, bu aralıkta idari para cezası tatbik ederken hangi kıstasları göz önünde bulundurduğunu, uygulanan ölçütleri ve uygulama esaslarını açıklıkla göstermesi gerekmektedir. Bu, veri sorumluları nezdinde öngörülebilirlik bakımından son derece gereklidir. Sonuç itibarıyla yayımlanan Kurul karar özetlerine bakıldığında, idari para cezasının belirlenmesine yönelik ölçütlerin neler olduğu ve bu ölçütlerin ne şekilde somut olaya uygulandığı açık değildir.

Kurumun kişisel verilerin korunması hukuku bakımından ulusal standartlar oluşturması gerekirken, kararlarını özet olarak gerekçesiz şekilde yayımlaması öngörülebilirlik ve şeffaflığa zarar verebilecek niteliktedir. Bu sebeple AYM'nin *M.I.I.* kararının, Kurul'un verdiği idari para cezaları bakımından somut başvuruyu aşan genel bir soruna işaret ettiği düşünülmektedir. Nitekim meydana gelen bu durum, idari para cezasının orantılılığı tartışmasını da imkân dışı bırakmaktadır. Zira kararlarda bir gerekçelendirme yapılmadığından, müdahalenin orantılı olup olmadığı da yahut cezaların neye dayanarak belirlendiği de anlaşılamamaktadır.

Bunun yanı sıra usulî güvencelerinden birisi olan etkili denetim mekanizmasının varlığı sorunu, somut olayda AYM'nin ihlal kararının gerekçesidir. Kurul kararlarının etkili denetimi gerek mülkiyet ve özel hayatın gizliliği haklarının gerekse hak arama hürriyetinin korunması bakımından hayattır. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından gerçekleştirilen muhakemede başvuruçunun itiraz ve savunmaları değerlendirilmeksizin hüküm tesis edilmesi ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bu sorunun başvuru konusu kararla sınırlı olmadığına da dikkat çekilmekle yetinilecektir.

KAYNAKÇA

Doktrin

Akbulut B, “İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi”, Çatalhöyük Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi C. 9, 2022.

Arık S, İdari Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

Çanga Belber E, “İdari İşlemin Konu Unsuru Bakımından Sermaye Piyasası Kurulunun Uyguladığı İdari Para Cezaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, sy. 35 (Temmuz 2018): 545-81.

Dural M / Sarı S, Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 18. Bası İstanbul 2023.

Gemalmaz H B, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Bası, İstanbul 2017.

Gemalmaz H B, Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara 2018.

Gemalmaz H B, “Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yetkilerinin Girişim Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkına Aykırılığı”, 28/09/2023, (<https://blog.lexpera.com.tr/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yetkilerinin-girisim-ozgurlugu-ve-mulkiyet-hakkina-aykirligi/>), (s.e.t. 20/04/2024).

Ekmekçi Ö / Yücedağ N / Akkanat-Öztürk E B / Aşıkoğlu Ş İ, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

Ekmekçi Ö / Yücedağ N / Akkanat-Öztürk E B / Aşıkoğlu Ş İ, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile 6698 Sayılı Kanun'da Yapılan Değişiklikler, 02/03/2024, (<https://blog.lexpera.com.tr/ceza-muhakemesi-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-ve-659-sayili-kanun-hukmunde-kararnamede-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi-ile-6698-sayili-kanunda-yapilan-degisiklikler/>), (s.e.t. 20/04/2024).

Kangal Z T, Kabahatler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, Ankara 2019.

Nomer N H / Akbulut P E, Medenî Hukuka Giriş, 8. Bası, İstanbul 2023.

Ulusoy A D, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013.

Uğur H, “Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, TBB Dergisi, S: 85, Y: 2009.

Yalçın B, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımlar, İstanbul 2024.

Mahkeme kararları

Arif Ali Cangı Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/4060, K. T. 17.09.2020.

AYM, E: 2005/5, K: 2008/93, T. 17.04.2008.

AYM, E: 2012/116, K: 2013/32, T: 28.2.2013, R.G. 13.08.2013/28734.

AYM, E: 2013/39, K: 2013/65, T. 22.05.2013.

AYM, E: 2014/183, K: 2015/122, T. 30.12.2015.

AYM, E: 2014/87, K: 2015/112, T. 08.12.2015.

AYM, E: 2014/87, K: 2015/112, T. 08.12.2015.

AYM, E: 2020/76, K: 2023/172, T. 11.10.2023.

Bekir Yazıcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/3044, K. T. 17.12.2015.

Danıştay 6. D., E: 2004/2376, K: 2004/5923, T: 23.11.2004.

Danıştay 6. D., E: 2003/917, K: 2004/4220, T: 09.07.2003.

M.I.I. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/7518, K. T. 12.10.2023, RG. S. 32400, T. 15.12.2023.

Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/6192, K. T. 12.11.2014

Züliye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, K. T. 14.09.2017.

İSLÂM VE OSMANLI HUKUKUNDA BULUĞ MUHAYYERLİĞİ

Puberty Option in Islamic and Ottoman Law

Dr. Öğr. Üyesi Abdussamed ATASOY*

Öz: İslâm hukukunda henüz buluğa ermemiş olan kız ve erkek çocukların ve akıl hastası kişilerin icbar velayeti ile evlendirilmeleri mümkündür. Bu durumun faydaları olduğu gibi kötüye kullanılması durumunda zararları da hasıl olabilmektedir. Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebe göre icbar velayeti hakkına sahip olanlar oldukça sınırlıdır. Hanefî mezhebinde ise bu hak sahipleri geniş bir gruptan müteşekkildir. Bu sebeple yalnızca Hanefî mezhebine özel bir durum olarak icbar velayeti ile evlendirilen kişilerin, buluğa erdiklerinde veya ifâkat bulduklarında nikah akdini feshetme imkanı söz konusudur. Küçük çocukların ve akıl hastalarının velileri tarafında evlendirilmeleri durumunda söz konusu nikah akdi gayr-ı lazım olur. Küçük çocuklar balıg olduklarında, akıl hastaları ise ifâkat bulduklarında söz konusu nikah akdini feshettiklerinde akit sona erer. Bu hakkı kullanmadıkları durumda ise nikah akdi lazım hale gelir. Osmanlı hukukunda diğer fıkıh konularında olduğu gibi buluğ muhayyerliği konusunda da Hanefî mezhebi görüşü hakimdir. Bu sebeple küçük yaşta evlendirilen ve buluğa eren kişilerin zaman zaman nikah akdini feshetmesi, fetva kitapları, kadı sicilleri ve sakk kitaplarında karşımıza çıkmaktadır. **Anahtar Kelimeler:** Osmanlı hukuku, Buluğ muhayyerliği, Fesih, Lüzum şartı, İcbar velayeti.

Abstract: In Islamic law, it is possible for boys and girls who have not yet reached puberty and mentally ill persons to marry under the guardianship of forced. While this situation has benefits, it can also cause harm if it is misused. According to the three religious sect other than the Hanafî religious sect, those who have the right of forced guardianship are quite limited. In the Hanafî religious sect, on the other hand, these right holders consist of a large group. For this reason, as a special case for the Hanafî religious sect, those who are married under the guardianship of forced have the possibility of annulling the marriage contract when they reach puberty or when they reach maturity. In the case of marrying minors and the mentally ill by their guardians, the marriage contract is null and void. The marriage contract will be terminated when the minors reach the age of maturity and the mentally ill can annul the marriage contract when they reach the age of maturity. If they do not exercise this right, the marriage contract becomes necessary. In Ottoman law, as in other fiqh matters, the Hanafî religious sect view prevailed on the issue of puberty. For this reason, the occasional annulment of the marriage contract by those who were married at a young age and who reached puberty can be found in fatwa books, kadı registers and sakk books.

Keywords: Ottoman law, Puberty Option, Termination, Necessary condition, Forced custody.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, samedatasoy1109@hotmail.com,

ORCID: 0000-0002-5379-3978.

Makale Geliş Tarihi: 11.07.2023, Makale Kabul Tarihi: 17.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484009

GİRİŞ

İslâm hukukunda ve Osmanlı uygulamasında küçük yaşta evlilikler geçerli kabul edilmektedir. Küçük yaşta evlilik hususu yalnızca İslâm hukuku ve Osmanlı uygulamasında söz konusu değildir. Çin, Japon, Hint, Roma, Mısır ve Atina uygarlıkları, Yahudilik ve Hristiyanlık dinlerinde de küçük yaşta evlilik ile karşılaşılmaktadır.¹ Günümüzde ise küçük yaşta evliliğin yasaklanması bakımından önemli gelişmeler söz konusudur. Çalışma konumuz kapsamını aşacağı için küçük yaşta evliliğin hangi durumlarda fayda sağladığı², hangi durumlarda zarara sebep olduğu, devlet başkanı tarafından bu hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı gibi mevzulara temas edilmemiştir.

Buluğ muhayyerliğine ilişkin müstakil olarak çalışılmış yalnızca bir çalışmaya ulaşıldı. Özellikle akit tekniği açısından faydalandığım bu çalışmada buluğ muhayyerliği yalnızca akit tekniği açısından ele alınmıştır.³ Doğrudan müstakil olarak bu konuda olmasa da Osmanlı'da buluğ muhayyerliğine ilişkin bilgiler içeren çalışmalardan ise özellikle dipnotta zikredilen beş çalışmadan faydalandı.⁴ Bu çalışmalar genel olarak fihhi

¹ Gül Akyılmaz, “Osmanlı Hukukunda Çocuk Evlilikleri”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, C. 1, 2019, s. 151.

² Fukahamız bu evliliğin faydalarını şu şekilde ifade etmektedir: Küçük yaşta evlilik, zaman zaman duruma göre hem kadın hem de erkek açısından faydalı olabilmektedir. Velayet altında bulunan şahsa denk birinin bulunması her zaman söz konusu olmaz. Bu sebeple de İslam hukukunda veli, böyle bir fırsat karşısına çıktığında bu fırsatı kaçırmadan evlilik akdi yapabilmektedir. Ebu Bekr Şemsü'l-aimme Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed es-Serahsi, Maksud, Daru'l-Maruf, Beyrut, 1414/1993, C. 4, s. 212, 213; el-Merginani Ebu'l-Hasan Burhanüddin Ali b. Ebi Bekr b. Abdilcelil el-Fergani, el-Hidaye fi Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi, Tahkik: Tella Yusuf, Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut, ty., C. 1, s. 193; el-Mevsili Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsili el-Beldehi Mecdüddin Ebü'l-Fazl, el-İhtiyar li-Ta'lili'l-muhtar, Tahkik: Mahmud Ebu Dakika, Matbuatu'l-Halebi, Daru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1356/1937, C. 3, s. 94; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988, C. 2, s. 54, 55. Küçük çocukların, hemen evlenmelerinde bir yarar bulunmaması durumunda evlendirilmemeleri daha uygundur. Çünkü onların evlendirilmeleri zorunlu değildir, caizdir. Çocuklar küçük yaşta evlendirildiklerinde, buluga erdikleri zaman bu durumdan pişman olma ihtimali bulunur. Bu sebeple büyük bir yarar bulunması durumu haricinde küçük çocukların evlendirilmemeleri daha uygundur. Bununla beraber, dengi olan ve çocuğun yararına olan bir kişi bulunması durumunda ise küçük çocuğu hemen evlendirmek daha uygundur. Abdulkerim Zeydan, el-Mufassal Mezheplere Göre Bütün Yönleriyle Kadın ve Aile Fıkhı Ansiklopedisi, ed. Faruk Beşer, Asalet Yayınevi, İstanbul, 2019, C. 8, s. 143. Bu sebeple küçük yaşta evliliği külliyyen desteklemek veya külliyyen reddetmek yerine müstakil vakiya uygun değerlendirmede bulunmak ve bunlara imkan tanımak daha uygun olacaktır.

³ Mehmet Dirlik, “Seçimlik Bir Hak Olarak Buluğ Muhayyerliği”, Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2019, s. 61-96.

⁴ Mahmoud Yazbak, “Minor Marriages and Khiyar al-Bulugh in Ottoman Palestine: A Note on Woman's Strategies in a Patriarchal Society”, Islamic Law and Society, C. 9, S. 3, 2002, s. 386-409; Gül Akyılmaz, “Osmanlı Hukukunda Çocuk Evlilikleri”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, C. 1, 2019, s. 149-175; Ömer

bilgilere pek temas etmeyerek belirli bir veya birkaç kadı sicili üzerinden Osmanlı uygulamasını ortaya koyma amacı taşımaktadır. Bu çalışmada ise buluş muhayyerliği İslâm aile hukuku açısından incelendi, bu konuda fıkhi bilgilere yer verildi. Ayrıca Osmanlı uygulaması ortaya koyulmaya çalışıldı. Bu kapsamda daha önce temas edilmemiş olması bakımından önem taşıyan sakk kitaplarında buluş muhayyerliğine ilişkin hususlarda incelendi. Daha önce detaylı olarak çalışılmamış bir konu olması bakımından İslâm ve Osmanlı hukukunda buluş muhayyerliği konusu incelemeye değer bir nitelik taşımaktadır.

Bu çalışma, İslâm hukukunda buluş muhayyerliği ve Osmanlı hukukunda buluş muhayyerliği olmak üzere iki bölümden meydana gelmektedir. İslâm hukukunda buluş muhayyerliği bölümünde; evlendirme velayeti konusu genel hatları ile incelenmiştir. Evlendirme velayeti ve özellikle de icbar velayeti, buluş muhayyerliği hakkının doğuş sebebi olduğundan dolayı çalışmamızda yer almaktadır. Evlendirme velayeti konusu, geniş kapsamlı bir konu olduğundan ve bu konu üzerinde çok sayıda çalışma bulunduğu için ilgili konuda detaylara girilmemiştir. Daha sonra ise buluş muhayyerliğinin akde etkisini ifade edebilmek adına nikah akdinin şartlarından bahsedilmiştir. Buluş muhayyerliği durumunun akde etkisini anlayabilmek için lüzum şartları, lazım ve lazım olmayan (gayr-ı lazım) nikah akdi hakkında genel bilgiler verilmiştir. Daha sonra ise İslâm hukukunda buluş muhayyerliğine ilişkin bilgilere yer verilmiştir. Evlendirme velayeti konusunda dört mezhebin görüşlerine de yer verilmiştir. Buna karşın buluş muhayyerliği, yalnızca Hanefî mezhebine mahsus olduğundan, bu konuda diğer mezhep⁵ görüşlerine bu çalışmada yer verilmemiştir. Buluş muhayyerliğinin tanımı, meşruiyeti, kullanım şekli, süresi, hangi durumlarda meydana geldiği ve sonuçları üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmada Osmanlı hukukunda buluş muhayyerliği bölümü ise Osmanlı hukukunda evlendirme velayeti ve buluş muhayyerliği kısımlarına ayrılmıştır. Osmanlı hukukunda buluş muhayyerliği kısmı ise fetva kitaplarında, kanunlarda, mahkeme kayıtlarında ve sakk kitaplarında buluş

Korkmaz, “Osmanlı Uygulamaları Işığında Küçüklerin Evlendirilmesi ve Veli İzinsiz Nikah”, *Bilimname*, S. 37, 2019, s. 453-475; Mehmet Koç, *İslam Aile Hukukunda Nikah Akdinin Feshi (Osmanlı Dönemi Uygulaması)*, İlahiyat Kitap, Ankara, 2022; Feyza Coşan, “Nikah Akdinin Bağlayıcılığı ve Muhayyerlikler”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020.

⁵ Şafii, Hanbeli ve Maliki mezheplerinde buluş muhayyerliği söz konusu olmasa da bazı durumlarda buluşdan önce evlendirilen çocuklara nikah akdini feshetme hakkı tanınmıştır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Zeydan, C. 8, s. 159-165. Bu üç mezhebe göre baba ve dede dışındaki velilerin icbar velayeti hakkı yoktur. Bu sebeple baba ve dede dışındaki kişiler küçük çocukları evlendiremez. Baba ve dedenin kötü ün ile meşhur olmaları ve kefaet veya mehîr konusunda çocuğu zarar uğratmaları durumunda ise nikah akdi batıl olmaktadır. Bu sebeplerden dolayı söz konusu mezheplerde buluş muhayyerliğine ihtiyaç söz konusu olmamıştır. Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslam Hukuku*, Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras, İslam Hukuku Külliyyatı Yayınları, Konya, 1977, s. 124.

muhayyerliği olmak üzere dört başlıkta ele alınmıştır. Bu şekilde hem İřlám hukukunda buluğ muhayyerliği hem Osmanlı hukukunda buluğ muhayyerliği teorik olarak incelendiği gibi Osmanlı uygulaması da detaylı olarak ortaya koyulmuştur.

I. İşLAM HUKUKUNDA BULUĞ MUHAYYERLİĞİ

A. EVLENDİRME VELAYETİ

Evlendirme velayeti; Hanefilere göre evlendirme velayeti ve diğer mezheplere (cumhura) göre evlendirme velayeti olmak üzere iki kısımda incelenmiştir. Diğer mezheplerden kasıt şafii, Maliki ve Hanbeli mezhepleridir. Bu üç mezhep velayet hususunda benzer görüşte olduklarından tek başlık altında ele alınmıştır.

1. Hanefilere Göre Evlendirme Velayeti

Velayet-i nikah: Bir şahsın evlendirilmesi hususunda diğer bir şahsın sahip olduğu velayet ve salahiyettir. Nikahta velayet; “velayet-i icbar” ile “velayet-i nedb” kısımlarına ayrılır.⁶

Velayet-i İcbar⁷: *“Razı olsa da olmasa da velayet altında bulunan bir şahsın evlenmesi hususunda velayete sahip olan diğer bir şahsın sözünün geçerli olmasıdır. Evlenecek kişinin izin ve rızasını almaksızın onları evlendirebilme yetkisini içerir. Çocuklar, akıl hastaları (mecnunlar), bunaklar (matuhlar) bu velayet altında bulunurlar”*.⁸

Buluğa ermemiş küçük erkek ve kız çocuklarının ve akıl hastalarının kendi başlarına evlenme ehliyeti bulunmadığından dolayı, bu kişilerin gerçekleştirdiği evlilikler geçersizdir, batıldır.⁹ Bu kişiler ancak velileri tarafından evlendirilebilirler. Velayet-i icbarda izin ve rıza şartı bulunmaz. şer’i olarak verilen bir hak söz konusudur. İcbar velayetinde veli, velayeti altında bulunan kişiyi onun rızasını aramaksızın, istediği kişiyle evlendirme yetkisini haizdir.¹⁰ Velayet-i icbar; ehliyetizler veya eksik ehliyetliler¹¹ hakkında söz

⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, Fıkıh İlmî ve İşlam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, Nizamîye Akademi, İstanbul, 2016, s. 214.

⁷ Bu velayete istibdat, hatm veya icab adı da verilmektedir. Dirlik, s. 73; Obaidullah Mohammadullah, “Mezheplere Göre Evlenmede Kadının Velayeti”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2021, s. 71.

⁸ Bilmen, 2016, s. 163.

⁹ Ahmet Yaman, İşlam Aile Hukuku, İFAV, İstanbul, 2017, s. 40; Coşan, s. 140. Mümeyyiz olmasına rağmen henüz buluğa ermemiş çocuğun yaptığı nikah akdi mevkuftur, velisinin icazeti durumunda nafiz hale gelir. Ancak mümeyyiz dahi olmayan çocuğun kendi başına yaptığı nikah akdi batıldır. Hasan şahin, “Akidlerde Muhayyerlik Teorisi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2016, s. 186.

¹⁰ Vehbe ez-Zuhayli, İşlam Fıkıhı Ansiklopedisi, çev. Nureddin Yıldız vd., Risale Yayınevi, İstanbul, 1994, C. 9, s. 150; Döndüren, s. 117, 118; Mehmet Tayyip Aydın,

konusudur.¹² Buluğa eren erkek ve kadın üzerinde icbari velayet¹³ söz konusu değildir. Bu şahsın bakire veya dul olması hüküm açısından fark doğurmaz.¹⁴

Velayet-i Nedb (Velayet-i İstihbab): “*Surf kendisini hicabdan koruma ve kötü ahlaka nisbet olunmaktan muhafaza için evlenme işini velisine havale eden akıllı ve buluğa ermiş kadın hakkındaki velayettir. Buna, “velayet-i istihbab” da denir*”.¹⁵ Velayeti nedbde, velinin icbar yetkisi bulunmamasına rağmen velayet altında bulunan kişinin, kendisini utançtan korumak amacıyla nikahını velisi aracılığıyla gerçekleştirmesi menduptur.¹⁶ Velayet-i nedbde kadın, velisine danışmazsa; dengi ile evlenmeme veya mehr-i misilden aşağı bir mehir ile evlenme durumu da söz konusu olursa velinin itiraz hakkı bulunur.¹⁷

“İslam Hukukunda Evlilik-Velayet İlişkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2004, s. 3.

¹¹ Muhammed Ebu Zehra, el-Ahvâlü’ş-şahsiyye, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, Kahire, 1436/2015, s. 108. Köle ve cariyeler de icbar velayeti kapsamında evlendirilebilirler. Mohammadullah, s. 73.

¹² Akıl hastaları, küçükler ve köleler hakkında icbari velayet bulunmaktadır. Adem Yenidoğan, “İslam Hukukunda Küçüklerin Evlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009, s. 54.

¹³ Buluğa eren kadının, kendi rızası olmadan babası tarafından evlendirilemeyeceğine ilişkin mahkeme kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri 55 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 127 Numaralı Sicil (1090-1091/1679-1680), ed. Coşkun Yılmaz, Kültür AŞ, İstanbul, 2019, Hüküm No: 12, C. 55, s. 59.

¹⁴ İbnü’l-Hümmam / Kadızade Ahmed Şemseddin, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid es-Sivasi el-İskenderi, Fethü’l-Kadir ale’l-Hidaye, Netaicü’l-efkar fi keşfi’r-rumuz ve’l-esrar (Tekmiletü’l-Fethu’l-Kadir), Daru’l-Fıkr, Lübnan, 1389/1970, C. 3, s. 255-260; İbn Abidin Muhammed Emin, Reddül-Muhtar Ale’l-Dürri’l-Muhtar, çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1983, C. 5, s. 359; Döndüren, s. 118.

¹⁵ Bilmen, 2016, s. 214.

¹⁶ Bilmen, 1988, C. 2, s. 47, 57; ez-Zuhayli, C. 9, s. 67; Döndüren, s. 121. Çünkü kadınlar buluğa erseler de; hayat tecrübesi, muhakeme yeteneği ve fitri kabiliyet bakımından duygularını fazlaca ön plana çıkararak hareket etmektedirler. Erkekler ise bu konularda duygusallığı biraz daha geriye atarak, mantık ilkelerine, dini ve dünyevi hayat gerçeklerine daha fazla önem verirler. Bu duygusallık, ileride meydana gelebilecek meseleler hususunda gerçekçi düşünceyi orte bilmektedir. Ayrıca kadının buluğa ermesine rağmen veli izni ile evlenmesi hem velisine hürmet bakımından hem de ahlaki güzellik bakımından daha uygundur. Bilmen, 1988, C. 2, s. 57.

¹⁷ Bilmen, 1988, C. 2, s. 55; ez-Zuhayli, C. 9, s. 187, 188; Mustafa Genç, “İslam Hukukunda Evlendirme Velayeti”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2002, s. 81. Mehr-i misilden aşağı bir bedelle velisinden izinsiz olarak evlenen buluğa ermiş kadının nikahında İmameyn ile Ebu Hanife’nin görüşleri arasında ihtilaf vardır. Ebu Hanife’ye göre bu durumda önce kocaya, mehr-i misli vermesi teklif edilir, kabul ederse akit lazım hale gelir. Kabul etmezse veli, hakime müracaat ile nikah akdini feshetirme hakkına sahip olur. İmameyn’e göre ise mehr-i misilden aşağı mehir ile evlenme durumunda velinin itiraz ve akdi fesih hakkı bulunmamaktadır. Alâeddin Ebu Bekr b. Mesud b. Ahmed el-Kâsânî el-Hanefî, Bedaiu’ş-şanai’ fi tertibi’ş-şerâi’, Daru’l-Kütubi’l-İlmiyye, 1406/1986, C. 2, s. 322; İbnü’l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s.

Velayet-i nedbe evlenecek olan kişinin rızası ve izni vardır. Bu izin ve rıza ile söz konusu hak kullanılabilir. Velinin, velayeti altında bulunan şahsı, bu şahsın istediği kimse ile evlendirme hakkına sahip olması söz konusudur. Velayet-i nedbe velayet altındaki kişinin nikah akdinin sahipliği için velisinin bulunması şart değildir. Velayet altında bulunan şahıs, kendi iradesiyle de evlenme hakkına sahiptir.¹⁸ Velayet-i nedbe tam ehliyetli kadınlar hakkında söz konusudur.

Velayet-i Şirket (Müşterek Velayet): Velayet-i şirkette velayet, velayet altında olan şahıs ile veli arasında müşterektir. Velayeti icbardan farklı olarak burada, velayet altındaki rızası da şarttır. Bu velayet türünde hem velinin hem de velayet altında bulunan kişinin onayı gereklidir. Velayet-i şirket, İmam Muhammed¹⁹ tarafından benimsenmiştir.²⁰

2. Cumhura Göre Evlendirme Velayeti

- **İcbari Velayet;** Evlendirme velayeti kapsamında icbari velayet: "Velayet altında bulunan bazı şahısları –izin ve rızaları gözetilmeksizin evlendirmek üzere şartlarını taşıyan şahıslara verilen şer'i bir haktır."²¹ Bu tasarruflar, kendi kararlarını alabilecek yaşa geldiğinde velayet altındaki kişi tarafından değiştirilemez, bağlayıcıdır.²² İcbari velayet; akıl hastaları, köleler ve buluğa ermemiş erkek ve kızların evlendirilmesinde söz konusudur. Malikilere göre; küçük yaştaki (buluğa ermemiş olan) kız ve erkek çocuklar (dul veya bakire fark etmeksizin), yaşına bakılmaksızın (buluğa erip ermemesi fark etmeksizin) bakire kadınlar, akıl hastaları, köle ve cariyeler icbar velayeti

302; el-Mevsili, C. 3, s. 97, 98; Fetâvâyi Hindiyeye, çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1987, C. 2, s. 338, 339; İbn Abidin, C. 5, s. 362, 363; Ebu Zehra, s. 154; Bilmen, 1988, C. 2, s. 55.

¹⁸ el-Merginani, C. 1, s. 191; ez-Zuhayli, C. 9, s. 150.

¹⁹ İmam Muhammed'e göre velayet; velayet-i istibdat ve velayet-i şirket olarak iki kısımdan meydana gelmektedir. Mehmet Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 25.

²⁰ el-Halebi İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el-Halebi el-Hanefi, Mülteka'l-Ebhur (Mecmau'l-Enhur Şerhiyle), Tahkik: Halil İmran Mansur, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1998, C. 1, s. 488-491; Bilmen, 1988, C. 2, s. 47; Genç, s. 81, 82; Muhammed Ali Danışman, "İslam Hukukuna Göre Evlilikte Velayet ve Kapsamı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 8, 2006, s. 241.

²¹ Genç, s. 86.

²² Mehmet Şener, "İslam Hukukunda Velayet (I)", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, İzmir, 1985, s. 206. Hanefilere göre küçük dullar icbar velayeti ile evlendirilebilirler. Yani evlenecek olan küçük dul kadının rızası şart değildir. Malikiler ve bir rivayette Hanbeliler de Hanefilerle aynı görüşe sahiptir. Şafiilere ve bir rivayette Hanbelilere göre ise küçük dullar, icbar velayeti ile (rızaları şart olmaksızın) evlendirilemezler es-Serahsi, C. 4, s. 217, 218; el-Merginani, C. 1, s. 193; İbn Rüşd Ebül-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi. Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid, Daru'l-Hadis, Kahire, 1425/2004, C. 3, s. 33, 34; Molla Hüsrev, Düreru'l-Hukkâm fi Şerhi Gureru'l-Ahkâm, çev. Arif Erkan, Eser Neşriyat ve Dağıtım, İstanbul, 1980, C. 2, s. 117; İbn Abidin, C. 5, s. 359; Zeydan, C. 8, s. 143-145; Yenidoğan, s. 56.

ile evlendirilebilir.²³ Şafilere göre; dul kadınlar hariç buluğa ermemiş olan erkek ve kız çocuklar, yaşına bakılmaksızın bütün bakire kadınlar²⁴, akıl hastaları ve cariyeler icbar velayeti ile evlendirilebilir.²⁵ Hanbelilere göre; küçük yaştaki kız²⁶ ve erkek çocuklar, yaşına bakılmaksızın bakire kızlar ve akıl hastaları icbar velayeti ile evlendirilebilir.²⁷

İhtiyari Velayet; “Bazı kadınları, izin ve rızaları ile evlendirmek üzere şartlarını taşıyan şahıslara verilen şer’i bir haktır.”²⁸ Sıhhati tam bir evliliğin doğabilmesi için evlendirme velayetini üstlenen bir kimsenin bulunması şarttır. Evlendirme velayetinin nikah akdi üzerindeki etkisi Şafii, Hanbeli ve Maliki mezhebine göre evliliğin sıhhat şartlarındandır. Hanefilere göre ise nefaz şartlarındandır. Velayet olmaksızın yapılan akitlerin hükmü Hanefilere göre mevkuftur. Diğer mezheplere göre ise batıldır.²⁹ Bu üç mezhebe göre velinin izni olsa dahi evlenecek olan kadın kendi irade açıklaması ile evlilik akdinde taraf olamaz. Bu akit veli veya velinin yetki verdiği kimse tarafından gerçekleştirilmelidir. İcbari velayetten farklı olarak burada evlenecek olan kadının rızası da şarttır.³⁰ Malikilere göre; buluğa ermiş dul kadınlar ve babası tarafından reşid kılınan buluğa ermiş bekar kadınlar ihtiyari velayet altındadır.³¹ Şafilere göre; yaşına bakılmaksızın dul kadınlar ve köleler ihtiyari velayet altındadır.³² Hanbelilere göre; buluğa ermiş dul kadınlar ve buluğa ermese dahi dokuz yaşından büyük dul kadınlar ihtiyari velayet altındadır.³³

Evlendirme velayeti konusunda mezhepler arasındaki farkın temeli, velayet sebebine ilişkin görüş ayrılığından kaynaklanmaktadır. Evlilikte

²³ İbn Rüşd, C. 3, s. 32-35; Zeydan, C. 8, s. 218-220; Bilmen, 1988, C. 2, s. 52, 57; Ez-Zuhayli, C. 9, s. 152.

²⁴ İbn Rüşd, C. 3, s. 34; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 260; ez-Zuhayli, C. 9, s. 152.

²⁵ es-Serahsi, C. 4, s. 217, 218, C. 5, s. 2; İbn Rüşd, C. 3, s. 32-35; Bilmen, 1988, C. 2, s. 52, 53.

²⁶ Dokuz yaşını doldurmuş dul kızlar, izinleri olmadan evlendirilemezler. Dokuz yaşını doldurmamış dul kızlar ise icbar velayeti kapsamında evlendirilebilirler. Bilmen, 1988, C. 2, s. 53.

²⁷ Zeydan, C. 8, s. 210-212; Bilmen, 1988, C. 2, s. 53; Mohammadullah, s. 76.

²⁸ Genç, s. 86.

²⁹ ez-Zuhayli, C. 9, s. 148; Yunus Apaydın, “Velâyet”, DİA, C. 43, s. 17.

³⁰ Genç, s. 90. Kadının talebi olmasına, emsal mehir ve kefaet şartlarını da sağlamasına rağmen kıza izin vermeyerek velayet yetkisini de kötüye kullanan velinin bu yetkisi düşer. İlk olarak hakim; veliye, velayet altındaki şahsı evlendirmesini emreder. Veli buna rağmen yine kararında ısrar ederse bu durumda velayet altındaki kişiyi, hakim evlendirir. Zeydan, C. 8, s. 133, 134; Bilmen, 1988, C. 2, s. 48.

³¹ İbn Rüşd, C. 3, s. 32-35; Bilmen, 1988, C. 2, s. 52, 57; Mohammadullah, s. 74.

³² ez-Zuhayli, C. 9, s. 152; es-Serahsi, C. 4, s. 217, 218; İbn Rüşd, C. 3, s. 32-35; Bilmen, 1988, C. 2, s. 52, 53.

³³ Bilmen, 1988, C. 2, s. 53; Mohammadullah, s. 76.

velayet sebebi; Hanefilere göre küçüklük, Şafilere göre bekaret, Hanbelilere ve Malikilere göre ise her ikisidir.³⁴

Yukarıda anlatılanları kısaca toparlayacak olursak; Hanefi mezhebinde evlendirme velayeti velayete konu kadın açısından iki farklı yaklaşımla ele alınır. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un ilk görüşüne göre bunlar velayet-i icbar ve velayet-i istihbabdır. Velayet-i icbar küçük çocuk (erkek ve kadın) veya akıl hastaları üzerindeki velayeti, velayet-i istihbab ise buluğa ermiş şahıslar üzerindeki velayeti ifade eder. Velayet-i icbar, veliye icbar hakkını tanır. Velayet-i istihbab ise icbar hakkı tanımaz. İmam Muhammed'e ve sonraki görüşünde Ebu Yusuf'a göre velayet, "velayet-i istihbab" ve "velayet-i şirket" diye ikiye ayrılır. Hanefilere göre erkek ve kız çocuk için yalnızca buluğdan önce icbar velayeti söz konusudur. Buluğdan sonra ise erkek çocuk da kız çocuk da velisinin rızası şart olmaksızın evlenebilir. Ancak bu durumda da kız çocuğun velisine danışması menduptur. Kız çocuğun buluğdan sonra velisine danışmadan evlilik yapması durumunda kefaet veya emsal mehre ilişkin bir uyumsuzlukta velinin itiraz hakkı vardır. Diğer üç mezhebe göre ise velayet, icbari velayet ve ihtiyari velayet olarak ikiye ayrılır. İcbari velayet zorunlu olandır. İhtiyari velayette ise zorlama yoktur. Ancak, evlilik akdinin geçerli olması için ihtiyari velayette de bu akdi velinin yapması gerekir. Kadının bizzat kendisinin nikah akdinde taraf olması mümkün değildir. Bu sebeple de en yakın velisi tarafından akit gerçekleştirilmelidir. İhtiyari velayette hem kadının kendisinin rızası olmalı hem de bu akdi velisinin yapması gerekmektedir.

Buluğdan önce kız ve erkek çocukları ancak velileri tarafından evlendirilebilirler.³⁵ Kendi başlarına evlilik akdi kuramazlar. Bu konuda mezhepler arasında ittifak vardır. Hanefilere göre buluğdan sonra kız ve erkek çocukların evlenme ehliyetleri tam hale gelir, veliye tabi olmaksızın evlenebilirler. Diğer üç mezhebe göre ise buluğdan önce erkek ve kız çocukları yalnızca velileri tarafından evlendirilebilirler. Buluğa ermiş erkek çocuklar veli izni olmaksızın evlenebilirken buluğdan sonra kızlar yine kendi başlarına³⁶ evlenemezler.

Hanefilerin kabul ettiği velayet-i istihbab ile cumhurun kabul ettiği velayet-i ihtiyarın temel farkı; velayeti istihbabda velinin bulunması tavsiye edilmiştir, ancak şart değildir. Velayet-i ihtiyarda nikah akdinde, evlenecek olan kişinin izni ile beraber velinin de bulunması akdin geçerlilik şartlarındandır. Kadının rızasını alan veli, bu akdi ya bizzat

³⁴ İbn Rüşd, C. 3, s. 34; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 260; ez-Zuhayli, C. 9, s. 164, 165; Aydın, 1985, s. 25; Şahin, 2016, s. 180; Danışman, s. 241; Mustafa Kelebek, İslam Aile Hukukunda Velayet, Ravza Yayınları, İstanbul, 2015, s. 168.

³⁵ Mümeyyiz olan ancak henüz buluğa ermeyen erkek çocuk kendi başına nikah akdi meydana getirirse Hanefilere göre velinin onayı ile bu evlilik akdi geçerli olur. Ancak Şafilere göre veli onay verse dahi evlilik akdi geçerli hale gelmez. es-Serahsi, C. 4, s. 226.

³⁶ Maliki, Şafii ve Hanbeli mezhebine göre veli, nikahın rükünü veya şartı olarak değerlendirildiği için kız çocukları hiçbir zaman yalnızca kendi iradeleri ile evlenemezler. Buluğdan sonra dahi kendi talepleri dahilinde velileri tarafından nikah akdi kurulur. Bilmen, 1988, C. 2, s. 57, 58.

kendisi gerçekleştirir ya da kendi yerine bir başkasına yaptırır.³⁷ Hanefilere göre buluga ermiş kadınlar veli izni olmadan evlenebilirken diğer mezheplere göre kadın buluga da erse veli izni olmaksızın nikah akdi yapamaz.

İbni Şübrüme, Osman el-Betti ve Ebu Bekir el-Esam'a göre küçük kız ve erkek çocukların evlendirilmeleri mümkün değildir.³⁸ Kendileri evlenemedikleri gibi velileri tarafından icbar velayeti ile de evlendirilemezler.

B. İSLAM HUKUKUNDA NİKAH AKDİNİN ŞARTLARI

Farklı görüşler bulunmakla beraber Hanefi mezhebindeki genel kanaate göre evlilikte akdin rükünleri; icap ve kabulden meydana gelmektedir.³⁹ Diğer şartlar ise inikad, sıhhat, nefaz ve lüzumdan müteşekkildir. İnıkad şartları: Ehliyet, meclis birliği, devamlılık, evliliğin kuruluşunun şarta bağlanmaması ve hakkında ihtilaf olmayan evlilik engellerinden meydana gelmektedir. Sıhhat şartları: Şahitler, rızayı sakatlayan sebepler ve ihtilafı olan evlilik engellerinden meydana gelmektedir. Nefaz şartları: Eksik ehliyetlinin nikahında velinin izni, veli tarafından gerçekleştirilecek olan evliliklerde yakın veli varken evlilik akdinin uzak veli tarafından gerçekleştirilmesi, tam ehliyetli kişinin kendi rızası alınmadığı durumda velisi tarafından nikah akdinin gerçekleştirilmesi durumunda asıl kişinin onayı, yetkisiz temsilci tarafından gerçekleştirilen nikahlarda ise temsil edilenin onayı, vekalet ile gerçekleştirilen nikahlarda vekilin, yetkisini aşmasından ibarettir. Lüzum şartı ise; kocada cinsi ayıpların bulunmaması, emsal mehir, kefaet ve bulug muhayyerliğinden oluşmaktadır. Nikah akdi için inıkad şartı, sıhhat şartı, nefaz şartı ve lüzum şartı eksiksiz olduğunda akit tam olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁴⁰

Bu şartlardan lüzum şartı; nikah akdinin, taraflardan birinin veya tarafların velilerinin tek taraflı irade beyanı ile feshedilemeyecek bir nitelikte olmasını sağlamaktadır. Nikah akdi esas itibarıyla lazım yani bağlayıcı bir akitir.⁴¹ Ancak taraflar arasında kefaetin bulunmaması, mehr-i misilden aşağı bir mehir⁴² ile evlenilmesi, kocada evliliğin devamına engel

³⁷ Genç, s. 89, 90.

³⁸ es-Serahsi, C. 4, s. 212; Zeydan, C. 8, s. 138; Bilmen, 1988, C. 2, s. 54; Ebu Zehra, s. 124; ez-Zuhayli, C. 9, s. 144; Genç, s. 260-262; Aydın, 2004, s. 40.

³⁹ Bilmen, 1988, C. 2, s. 15.

⁴⁰ ez-Zuhayli, C. 9, s. 187, 188; Zekiyüddin Şaban, İslam'da Evlenme ve Boşanma, çev. Ali Kerrar Ulu, Dilek Matbaası, İstanbul, 1969, s. 20-29; Döndüren, s. 161-168; Fahreddin Atar, "Nikah", DİA, C. 33, s. 112-117; Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 412-431; Coşan, s. 54-58.

⁴¹ Yunus Apaydın, "Lüzum", DİA, C. 27, s. 260-262.

⁴² Balığa bir kızın, mehr-i misilden aşağı bir bedelle velisinden izinsiz evlilik yapması durumunda Ebu Hanife'ye göre akit gayr-ı lazım olur. Bu sebeple velinin itiraz etme hakkı söz konusudur. İmameyn'e göre ise mehr-i misilden aşağı bir bedelle veli izinsiz nikah akdi yapılması, akdin lüzumuna etki etmez. el-Kāsāni, C. 2, s. 322; İbn'ül-Hümam / Kadızade, C. 3, s. 302; el-Mevsili, C. 3, s. 97, 98; Fetāvâyi

bir hastalığın⁴³ bulunması durumunda veya buluş muhayyerliği durumunda aslen lazım olan nikah akdi gayrı lazım olur. Akit, hak sahibi tarafından feshedilebilir hale gelir.⁴⁴

İlk üç durum yalnızca kız çocukları için geçerli iken dördüncü durum kız ve erkek çocuklar için ortaktır. Tam ehliyetli kız, velisinin iznini almaksızın evlilik akdi yapabilir. Her ne kadar tavsiye edilen bir durum olmasa da Hanefi mezhebine göre bu akit sahihtir. Ancak kız ile evlendiği şahıs arasında kefaet⁴⁵ bulunmaması durumunda veya kızın evlenirken anlaştığı mehir miktarının mehr-i misilin aşağısında olması durumunda kızın velisinin, kocada evliliğin devamına engel bir hastalığın bulunması durumunda ise bizzat kızın itiraz ederek bu akdi feshetme imkanı bulunmaktadır. Bu süre içerisinde hamilelik durumunda velinin itiraz hakkı sona erer. Veli itiraz ederek akdi feshetmezse, akit lazım hale gelir.⁴⁶

Nikah akdini gayrı lazım hale getiren bir diğer sebep buluş muhayyerliğidir. Velisi tarafından küçük yaşta evlendirilen kız veya erkek, buluşa erdiğinde nikah akdini feshedebilir. Bu sebeple velisi tarafından küçük yaşta evlendirilen kız veya erkek çocuğun nikah akdi gayrı lazımdır. Buluş muhayyerliği hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmaması durumunda akit lazım hale gelir.⁴⁷

Mevkuf nikah akdinde; ehliyetsizin evlenmesinde velinin icazeti, fuzulinin kıydığı nikahta ise asıl hak sahibi kişinin icazeti ile akit nafiz hale gelir. Buluş muhayyerliğinde de baliğ olan kişinin icazeti ile akit lazım hale gelmektedir. Her iki durumda da icazet söz konusu olduğu için zaman zaman buluş muhayyerliği durumunda akdin mevkuf olduğu yönünde bir algı oluşabilmektedir. Bununla beraber, nefaz şartında akit mevkuftur ve icazete kadar akit hukuki sonuç doğurmaz. Buluş muhayyerliğinde ise akdin lüzumu ile alakalı bir husus söz konusudur ve akit kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Eğer bu hak kullanılacaksa dahi mahkeme tarafından fesih kararı verilene kadar akit hukuki sonuç doğurur.⁴⁸

Hindiyye, C. 2, s. 338, 339; İbn Abidin, C. 5, s. 362, 363; Bilmen, 1988, C. 2, s. 55; ez-Zuhayli, C. 9, s. 188.

⁴³ Hangi hastalıkların kadına muhayyerlik hakkı verdiğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bilmen, 1988, C. 2, s. 344-362.

⁴⁴ Şaban, s. 29, 30; ez-Zuhayli, C. 9, s. 187, 188; Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, C. 1, s. 335; Avcı, s. 412-431; Dirlik, s. 66; Coşan, s. 54-58.

⁴⁵ Hanefi mezhebinde kefaette özellikle şu hususlarda denklik aranmaktadır: Soy, Müslümanlık, muttakilik, hürriyet, servet ve meslek. el-Kâsâni, C. 2, s. 317-322; el-Merginani, C. 1, s. 195, 196; el-Mevsili, C. 3, s. 98-100; el-Halebi, C. 1, s. 500-505; Molla Hüsrev, C. 2, s. 124-128; Fetâvâyi Hindiyye, C. 2, s. 326-332; Zeydan, C. 8, s. 47-67; Bilmen, 1988, C. 2, s. 65-67; Şaban, s. 78-80; ez-Zuhayli, C. 9, s. 191-197; Aydın, 1985, s. 27.

⁴⁶ Molla Hüsrev, C. 2, s. 116; Fetâvâyi Hindiyye, C. 2, s. 333-338; Bilmen, 1988, C. 2, s. 55; Şaban, s. 67; Ez-Zuhayli, C. 9, s. 187, 188; Döndüren, s. 168, 169; Avcı, s. 414.

⁴⁷ Avcı, s. 414, 430, 431.

⁴⁸ Şahin, 2016, s. 44, 45.

C. İSLAM HUKUKUNDA BULUĞ MUHAYYERLİĞİ

1. Tanımı ve Meşruyeti

Muhayyerlik: Hak sahibi tarafın akde icazet verme ve akdi feshetme arasında seçim yapma hakkının bulunmasıdır.⁴⁹ Taraflardan her birinin sözleşmeyi kabul etme ya da reddetme konusundaki serbestliğidir.⁵⁰ Muhayyerlik hakkı, “hıyar” olarak da adlandırılmaktadır.⁵¹

Muhayyerliklerin sayısı üzerinde ihtilaf vardır. İbn Nüceym’e göre satım akitlerinde on üç tane muhayyerlik türü bulunmaktadır.⁵² Zuhayli’ye göre muhayyerlik on yedi tanedir ama eserinde bunların altı tanesine yer vermiştir.⁵³ Apaydın’a göre ise otuzu aşkın sayıda muhayyerlik bulunmaktadır.⁵⁴ Bilmen ise muhayyerlikle alakalı olarak sayı belirtmemiş ancak muhayyerlikleri on beş başlıkta değerlendirmiştir.⁵⁵ Çeker ise net bir sayı vermemekle birlikte muhayyerlikleri yirmi⁵⁶ ayrı başlıkta incelemiştir.⁵⁷ Bu muhayyerlik türlerinden bir tanesi de “hıyar-ı buluğ”dur.

İslâm hukukunda henüz buluğa ermemiş küçüklerin ve akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri belirli şartlar dahilinde kabul edilmiştir. Bu yetki, önemli faydaları içermekle beraber, hakkın kötüye kullanılmasına da açıktır. Bu ihtimal sebebiyle İslâm hukukunda; baba ve dede dışındaki bir veli tarafından buluğdan önce evlendirilen kız ve erkek çocuklarına, buluğa erdiklerinde evlilik akdini feshetme veya akdi devam ettirme hakkı tanınmıştır. Bu hakka “hıyar-ı buluğ” (buluğ muhayyerliği) veya “hıyar-ı idrak”⁵⁸ adı verilir. Velisi tarafından evlendirilen akıl hastalarına tanınan, ifâkat buldukları zaman evlilik akdini feshetme

⁴⁹ Ali Haydar Hocaeminefendizade, Dürerü’l Hukkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, çev. Raşit Gündoğdu - Osman Erdem, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2017, C. 1, s. 206, 207.

⁵⁰ Nezih Hammad, İktisadi Fıkıh Terimleri, çev. Recep Ulusoy, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 118.

⁵¹ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (MAA), md. 116; Elmalılı Hamdi Yazır, Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu, Haz. Sıtkı Güllü, Eser Neşriyat, İstanbul, 1997, C. 2, s. 263.

⁵² Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısri İbn Nüceym, el-Bahru’r-Raik Şerhu Kenzü’l-Dekaik, Tekmiletü’l-Bahru’r-Raik, Tekmile: Muhammed b. Hüseyin b. Ali et-Turi, Daru’l-Kutubi’l-İslami, ty., C. 5, s. 282.

⁵³ ez-Zuhayli, C. 4, s. 3104.

⁵⁴ Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, DİA, C. 31, s. 26.

⁵⁵ Bilmen, 1988, C. 6, s. 55-85.

⁵⁶ Bunlar: Şart, görme, ayıp, tayin, vasıf, aldanma, nakit, kemiyyet, fuzulinin akdine icazet, mahcurun akdine icazet, mebiin kiralanmış çıkması, mebiin merhun çıkması, tekeşşüf-i hal, keşf-i hal, teferruk-ı safka, hıyanet, şufa, rücu, kabul, meclis, kefaet, buluğ muhayyerlikleridir.

⁵⁷ Orhan Çeker, İslam Hukukunda Akidler, AHİ Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 83-97.

⁵⁸ Hasan Şahin, “Nikahta Rıza ve Cebir”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 76.

seçeneğine ise “hıyarı’l-ifâka” adı verilmektedir.⁵⁹ Hem hıyarı’l-buluğ hem de hıyarı’l-ifâka, yalnızca Hanefi mezhebi tarafından kabul edilmektedir.⁶⁰

Buluğ muhayyerliği akitte ayrıca şart koşulmasına gerek olmaksızın kanuni bir hak olarak bireylere tanınmıştır.⁶¹ Buluğ muhayyerliği hakkı, bu hakkın kullanılabilmesi zamana erişilmeden önce hak sahibi tarafından sona erdirilebilen bir hak değildir. Hak sahibinin, buluğdan önce bu hakkı ıskat etme yetkisi bulunmamaktadır.⁶²

Buluğ muhayyerliğinin delili olarak şu hadis rivayet edilmektedir: *“Rasulullah (sav), amcası Hz. Hamza (r.a)’ın kızı Ümâme bint Hamza’yı Ebu Seleme’nin oğlu Seleme ile henüz ikisi de buluğa ermemişken evlendirmiştir. Bu evlilikten sonra, “baliğa olunca muhayyerdir” demiştir.”* Söz konusu hadis-i şeriften anlaşılacağı üzere Ümâme binti Hamza, buluğa ermesi halinde muhayyer olacaktır. Dilerse nikah akdini feshedecek dilerse de akdi devam ettirebilecektir.⁶³

Küçük çocuğu baba veya dedenin evlendirmesi durumunda çocuğun muhayyerlik hakkının bulunmadığı hususunda delil olan hadis-i şerif şu şekildedir: Hz. Aişe (r.anha) ile Rasulullah (sav)’in evliliğinde, Aişe (r.anha) buluğa erdiğinde kendisine muhayyerlik hakkı tanınmamıştır. Aişe (r.anha)’yı babası Ebubekir (r.a) buluğdan önce evlendirmesine rağmen kendisine muhayyerlik hakkı tanınmaması, babanın evlendirmesi durumunda buluğ muhayyerliğinin meydana gelmediğine delil teşkil etmektedir.⁶⁴

İbni Semaa (r.anha)’ya göre kıyas dolayısıyla kız çocuğunu baba veya dede de evlendirse onun için muhayyerlik hakkı sabit olur. Çünkü evlilik akdi öyle bir akittir ki babanın kız üzerindeki velayet hakkı sona erse dahi bu akdin etkileri devam eder. Nasıl ki diğer akrabaların evlendirmesinde muhayyerlik söz konusu ise baba ve dedenin evlendirmesi durumunda da muhayyerlik hakkı bulunmalıdır.⁶⁵

Hanefiler baba ve dedenin evlendirmesinde buluğ muhayyerliği hakkının bulunmadığı görüşündedir. Bu hususta Hz. Aişe (r.anha) hadisi dolayısıyla İbn Semaa (r.anha)’nın ifade ettiği kıyası terk etmişlerdir.⁶⁶

Buluğ muhayyerliği, baba ve dede dışındaki kişilerin evlendirmesinde muhayyerlik hakkının bulunduğu hususunda bu hadis-i şerifler dışındaki diğer bir delil ise akıldır. Baba ve dedenin çocuğa karşı şefkatinin çok olması

⁵⁹ Ebu Zehra, s. 154, 120; Döndüren, s. 123.

⁶⁰ Şahin, 2016, s. 187.

⁶¹ Şahin, 2016, s. 178.

⁶² Dirlik, s. 84.

⁶³ İbnü’l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 277; Seyyid Sâbık, Fıkhü’s-sünne, Dârü’l-Kitâbi’l-Arabî, Beyrut, 1977, C. 2, s. 131; Ebu Zehra, s. 120; Abdülvehhab Hallaf, Ahkâmu’l-ahvâli’ş-şahsiyye fi’ş-şeri’ati’l-İslamiyye, Dârü’l-Kütübi’l-Mısriyye, Kahire, 1357/1938, s. 63.

⁶⁴ es-Serahsi, C. 4, s. 213; el-Kâsâni, C. 2, s. 315; el-Mevsili, C. 3, s. 94.

⁶⁵ es-Serahsi, C. 4, s. 213.

⁶⁶ es-Serahsi, C. 4, s. 213.

ama diğer akrabaların baba ve dede kadar şefkate sahip olmaması dolayısıyla baba ve dedenin evlendirmesinde muhayyerlik hakkı bulunmazken diğer akrabaların evlendirmesinde muhayyerlik hakkının bulunduğu ifade edilmektedir.

Mevdudi, başta Serahsi olmak üzere diğer Hanefi fakihlerin bu hususta yanıldığını ifade etmektedir. Ona göre, söz konusu hadis yanlış yorumlanmaktadır. Bu hadisten başka kuvvetli bir delil de yoktur. İlk dönem fakihlerinden sonraki fakihler ise eleştirilerin hedefi olmaktan çekindikleri için bu hususun yanlış yorumlandığını ifade edememiştir. Mevdudiye göre günümüz şartlarında baba ve dedenin şefkatinin her zaman için fazla olmaması, görüşlerinin isabetli olmaması, dini terbiyeden uzaklaştığı günümüz şartlarında çocuklar için umulan faydaların bekleneni verememesi kuvvetli bir ihtimaldir. Bu sebeple de Mevdudi, küçük yaşta evliliğin yasaklanması taraftarı olduğunu ifade etmiştir. Bu durum yasaklanmasa dahi baba ve dede istisna kapsamına alınmaksızın, küçük yaşlarda gerçekleştirilen tüm evliliklerde çocuklara muhayyerlik hakkının tanınması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁷ Günümüz şartları dikkate alındığında baba ve dedenin küçük yaşta çocukları evlendirmeleri durumunda da muhayyerlik hakkının sabit olması görüşü isabetli olarak değerlendirilebilir. Çünkü yaşadığımız çağ dikkate alındığında baba ve dedelerin ekseriyetle şefkatli ve güvenilir olduğu toplumlardan oldukça uzak olduğumuz aşıkardır. Ancak bu durum, İslâm ahkâmının, kendi ahlak ve hukuk sistemi içerisinde değerlendirilmelidir. Başka bir ahlak yapısı ve hukuk sistemi içerisinde İslâm hukukuna ait bir meseleyi değerlendirmenin ne derece gerekli ve tutarlı olacağı hususunda yorumda bulunmak gerçekçi olmayacaktır. İslâm şeriatının (ahlak, itikad, ibadet, fıkıh...) hakim olduğu bir toplum ihtimalinde, söz konusu farklı çözüm önerilerinin de boyutu farklılık kazanabilir.

Mevdudinin görüşlerinde özellikle ilk dönem fukahası olan Serahsi'nin bu konudaki görüşünü isabetsiz bulması ve daha sonraki fakihlerin ise korku ve çekince sebebiyle bu görüşü eleştirmemesi hususundaki iddialarına katılmamaktayız.

Mevdudi'nin, küçük yaşta evlilik mevzusunda ileri sürdüğü değişimler; şer'i yasama organı tarafından ideal bir yaş kısıtlaması getirilebileceği yönünde değerlendirilebilir. Veya bu sınırlama getirilmeksizin baba ve dede de dahil olmak üzere tüm küçük yaş evliliklerinde çocuklara muhayyerlik hakkı tanınması da bu konuda şartlar itibarıyla bir çözüm olarak sunulabilir.

2. Buluş Muhayyerliği Hakkının Kullanım Şekli ve Süresi

Bakire kızın evliliğe sessiz kalması onay, dul kadının sessiz kalması ise red hükmündedir. Çünkü bakire kız utangaçlık dolayısıyla evliliği istediğini ifade edemeyebilir, dul kadında ise bu derecede bir utangaçlık beklenmez.⁶⁸ Benzer şekilde bu husus, buluş muhayyerliğine de kıyas edilmiştir.

⁶⁷ Ebu'l-A'lâ Mevdudi, İslâm'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları), çev. Memiş Tekin, Esra Yayınları, Konya, 1994, s. 123-126.

⁶⁸ İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 264-268; İbn Abidin, C. 5, s. 367, 368.

Küçük çocuklar, nikah akdine vâkıf olmaları durumunda buluş zamanında muhayyerlik hakkına sahip olurlar. Nikah akdine vâkıf olmamaları durumunda ise buluşdan sonra nikah akdinin varlığını öğrendikleri anda muhayyerlik hakkına sahip olurlar. Bu süreden sonra muhayyerlik hakkı sona erer. Akıl hastası kişiler, nikah akdine vâkıf olmaları durumunda ifâkat (akıl yerine gelmesi) zamanında, aksi halde ifâkattan sonra nikah akdine vâkıf oldukları anda muhayyerlik hakkına sahip olurlar. Muhayyerlik hakkı kapsamında ya nikah akdine razı olurlar ya da akdi feshettirirler. Bu durum baba ve dede dışında bir veli tarafından evlilik akdinin gerçekleştirilmesi durumunda geçerlidir. Baba veya dedenin akdettiği nikahlarda ifâkat bulunsa dahi muhayyerlik hakkı cari olmaz.⁶⁹

Buluş öncesi evlendirilen erkek çocuğun buluş muhayyerliği hakkı ömür boyu devam eder. Erkek çocuklar, baliğ olduklarında veya nikah akdine vâkıf olduklarında sükût etseler dahi muhayyerlik hakları sona ermez, devam eder.⁷⁰ Erkek çocukların buluş muhayyerliği haklarının sona ermesi için sarahaten veya delaleten nikah akdini onaylamaları gerekmektedir. Sarahaten rıza; “nikah akdine razıyım” benzeri ifadelerle gerçekleşir. Delaleten rıza ise buluşa erdikten sonra; “karısının mehir veya nafakasını vermek”, “karısını öpmek”, “onunla cima etmek” gibi fiillerle meydana gelir. Dul iken baliğ olan kadınların muhayyerliği de erkeklerin muhayyerliğine benzer şekildedir. Baliğ olduklarında veya nikah akdine vâkıf olduklarında sükût etseler dahi muhayyerlik hakları sona ermez, devam eder. Buluşa erdikten sonra; “Nafakayı kabul etmek”, “kendisini cima için kocasına teslim etmek” gibi fiillerle muhayyerlik hakkı sona erer.⁷¹

Bakire olarak baliğ olan kızın muhayyerliği fevridir.⁷² Nikah akdine vâkıf olması durumunda buluşa erdiğinde, aksi halde buluşdan sonra nikah akdine vâkıf olduğu anda o mecliste muhayyerlik hakkını kullanmak

⁶⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 316; Zeydan, C. 8, s. 180, 181; Bilmen, 1988, C. 2, s. 50.

⁷⁰ es-Serahsi, C. 4, s. 216; el-Kâsâni, C. 2, s. 316; el-Merginani, C. 1, s. 194; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 281, 282; el-Mevsili, C. 3, s. 94; el-Halebi, C. 1, s. 495, 496; Molla Hüsrev, C. 2, s. 121; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 314; Manastırlı İsmail Hakkı, Vesailü'l-Felah Fi Mesaili'n-Nikah, İstanbul, 1313/1895, s. 45; Mahmud Esad İbnü'l Emin Seydişehri, Kitab-ı Nikah ve Talak, Matbaa-i Hayriyye, Dersaadet, 1326-1328, s. 58, 59; Mehmed Surûri, Ahkâmü'n-nikah, Matbaa-i Hukukiye, 1329, s. 52, 53; Abdurrahman el-Ceziri, Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, çev. Mehmet Keskin, Çağrı yayınları, İstanbul, 1992. C. 5, s. 2083; Zeydan, C. 8, s. 168, 169; Şaban, s. 74, 75; Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 89.

⁷¹ el-Kâsâni, C. 2, s. 316; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 281, 282; el-Halebi, C. 1, s. 495, 496; Molla Hüsrev, C. 2, s. 121; Seydişehri, s. 58, 59; el-Ceziri, C. 5, s. 2083; Bilmen, 1988, C. 2, s. 50, 51; Şaban, s. 74, 75; Cin, s. 89.

⁷² Mevdudi, bakire olarak buluşa eren kız çocuğunun buluş muhayyerliği hakkının, buluşa erdiği ilk anda hemen kullanılması gerektiğine dair hükmün kitap ve sünnetten bir delile dayanmadığını ve bu sebeple de içtihadı olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple erkek çocuk ve dul kadın için süre bakımından tanınan hakkın öncelikli olarak bakire kız için tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu ikisine nazaran daha tecrübesiz olan bakire kıza buluşa erdikten sonra düşünüp durumu algılaması için gerekli sürenin tanınmasının günümüz açısından daha uygun olacağını ifade etmektedir. Mevdudi, s. 126, 127.

zorundadır. Aksi halde muhayyerlik hakkı sona erer. Eğer buluşa erdiğinde veya nikaha vâkıf olduğunda bir süre sükût ederse, bu durum nikah akdine razı olduğuna delalet eder ve muhayyerlik hakkı sona erer. Bakire kızın buluş muhayyerliği hakkı olduğunu bilmemesi, özür olarak kabul edilmez.⁷³ Bu sebeple akdi feshetmek istiyorsa ilk anda bunu ifade etmelidir. Bakire için sükût, akdi onay anlamına gelir. Ancak halvetten önce; mehrinin miktarını sorması, kimin ile evlendiğini sorması, şahitlere selam vermesi⁷⁴, öksürmesi, hapşırması gibi hususlar muhayyerlik hakkını sona erdirmez. Çünkü bu durumlar doğal bir engeldir, onay anlamında bir bekleme (sükût) olarak değerlendirilemez. “Nafakayı kabul etmek”, “kendisini cima için kocasına teslim etmek” gibi fiiller hem bakire hem de dul kadın için muhayyerlik hakkını sona erdirir. Bununla beraber, bakire kızın; kocanın yemeğini yemesi, temel hizmetlerini yerine getirmesi gibi fiiller buluş muhayyerliğini sona erdirmez.⁷⁵ Bakire olan kız, buluşa erdiği anda muhayyerlik hakkını kullanırsa ve bu hususu şahitler huzurunda ikrar ederse, daha sonra evlilik akdine rıza manasına gelen bir harekette bulunmadıkça fesih için hakime başvuruyu erteleyebilir. Yani muhayyerlik hakkını kullanmak için geçerli olan süre, hakime fesih için başvurma hususunda geçerli değildir. Çünkü başvuru için hakime gitmesine engel olan durumlar mevcut olabilir.⁷⁶

Kız veya erkek çocuk balığ olduğunda fesih hakkını kullanmak için bu akde rızalarının olmadığını gösteren sözleri kullanırlar. “Nikahı reddettim”, “nikah akdini feshettim”, “vaki olan nikah akdine razı değilim” gibi ifadeler

⁷³ es-Serahsi, C. 4, s. 216, 217; el-Kâsâni, C. 2, s. 316; el-Merginani, C. 1, s. 194; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 281, 282; el-Mevsili, C. 3, s. 94; el-Halebi, C. 1, s. 495, 496; Molla Hüsrev, C. 2, s. 120, 121; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 313; Seydişehir, s. 59; Mehmed Surûri, s. 51, 52; el-Ceziri, C. 5, s. 2082; Zeydan, C. 8, s. 167, 168; Şaban, s. 74, 75; Ebu Zehra, s. 122; Hallaf, s. 63. Kız çocuğunun buluş muhayyerliği hakkının sona erebilmesi için evlendirilmiş olduğunu bilmesi gerekir. Bu durumu öğrenmediği sürece mazur sayılır. Ancak buluş muhayyerliği hakkı ile evliliğini sona erdireceğini bilmesi aranmaz. Çünkü İslam devletlerinde şeriatın ahkâmını bilmemek bu konuda mazeret değildir. İlim öğrenmek özellikle de ahkâm-ı şer'iyye gibi tüm Müslümanlar için ilm-i hâl (ilmihal) bilgisi kapsamında olan şer'i bilgileri öğrenmek erkek ve kadın tüm Müslümanlar için farzdır. Bu bilgisizlik kendi kusuru olduğu için bilgisizliğinin cezasını kendisi çeker. el-Kâsâni, C. 2, s. 316; el-Merginani, C. 1, s. 194; Molla Hüsrev, C. 2, s. 121.

⁷⁴ Kadının, muhayyerliğine şahit olmaları için çağırdığı şahitlere selam vermesi durumunda muhayyerlik hakkının sona erip ermeyeceği hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır. el-Ceziri, C. 5, s. 2082, 2083. Fıkıh kitaplarında bu durumun dahi muhayyerliği sona erdirip erdirmeyeceğinin mesele olarak ele alınması, bakire kadının buluş muhayyerliğinin fevriliğinin ne derece olduğu hususunda açıklayıcı olmaktadır.

Molla Hüsrev kadının; kocasının adını sorması, mehir miktarını sorması veya şahitlere selam vermesi fiillerinin muhayyerlik hakkını sona erdireceğini ifade etmiştir. Molla Hüsrev, C. 2, s. 120.

⁷⁵ İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 281, 282; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 313; Seydişehir, s. 59; Bilmen, 1988, C. 2, s. 51; Şaban, s. 74, 75; Cin, s. 89.

⁷⁶ Molla Hüsrev, C. 2, s. 120, 121; Bilmen, 1988, C. 2, s. 51.

kullanılabilir. Bu ifadelere; “şimdi balığ oldum”, “şimdi âdet görmeye başladım” gibi ifadeler de ilave edilebilir.⁷⁷

Buluğ muhayyerliği hakkının kullanılması nikah akdini doğrudan sona erdirmez. Balığ olan tarafın bu hakkı kullanması sonrasında nikah akdinin feshedilmesi için hakime başvurulması gerekmektedir. Çünkü buluğ muhayyerliğinde muhayyerlik hakkının sebebi şefkat azlığı olarak kabul edilmektedir. Şefkat azlığının tespiti ise ihtilaflı ve zordur. İhtilaflı ve tespiti zor olan bu durumda kararı, söz konusu olaya göre değerlendirme bulanacak olan hakimin vermesi gerekmektedir. Fesih hükmü hakim tarafından verilir.⁷⁸

Buluğ muhayyerliğinin kullanılması hususunda zaman zaman taraflar arasında ihtilaf meydana gelebilmektedir. Kadın; buluğa erdiğinde muhayyerlik hakkını kullandığını ve akdi fesih talebinde bulunduğunu iddia etmesine rağmen koca; karısının, hakkını süresi içinde kullanmadığını, kullanması gereken zaman sükût ettiğini ve muhayyerlik hakkının sona erdiğini ifade ederse, kocanın sözüne riayet edilir ve kadının muhayyerlik hakkının sona erdiğine hüküm verilir.⁷⁹ Kadının bu durumu şahitler ile ispat etmesi durumunda kadının sözü geçerlidir. Ancak kadı sicillerinde ve mahkeme kayıtlarında nadiren de olsa şahit talep edilmeksizin kadına yemin teklif edilip bu yemin üzerine tarafların nikah akdinin feshedildiği dikkat çekmektedir. Bu konuda detaylı bilgi Osmanlı hukukunda buluğ muhayyerliği kısmında yer almaktadır.

3. Velayeti Altındakileri Evlendirmeleri Buluğ Muhayyerliğine Sebep Olan Veliler

Buluğ muhayyerliği hakkı, icbar velayetinin ortaya çıkardığı bazı problemleri çözmesi için kendi rızasına başvurulmaksızın evlendirilen erkek çocuklar, kız çocuklar ve akıl hastaları için tanınan bir haktır. Maliki⁸⁰ ve Hanbeli mezhebinde yalnızca baba, Şafii mezhebinde ise yalnızca baba ve dede, icbar velayeti hakkına sahiptir. Asabeden olan diğer şahısların ise yalnızca ihtiyari velayet hakkı vardır.⁸¹ Ancak bu hak zorlayıcı velayet kapsamında olmadığından dolayı velayet altındaki şahsa zarar vermez.

Hanefi mezhebine göre icbar velayeti hakkına sahip şahıslar oldukça kalabalıktır. İmameyn'e göre yalnızca asabe bu hakka sahipken Ebu

⁷⁷ Seydişehri, s. 59, 60; Bilmen, 1988, C. 2, s. 51.

⁷⁸ es-Serahsi, C. 4, s. 216; el-Merginani, C. 1, s. 194; el-Mevsili, C. 3, s. 94; el-Halebi, C. 1, s. 496; Molla Hüsrev, C. 2, s. 120; Zeydan, C. 8, s. 169; Şaban, s. 74; Hallaf, s. 63.

⁷⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 314, 315.

⁸⁰ Malikilere göre annenin kızını evlendirmek için vekil tayin etme hakkı bulunmaktadır. Bu durum bir bakıma, annenin kızını evlendirmesine de benzemektedir. Mohamammadullah, s. 66.

⁸¹ es-Serahsi, C. 4, s. 213, 214; el-Merginani, C. 1, s. 193; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 274, 275; el-Ceziri, C. 5, s. 2077-2079; Zeydan, C. 8, s. 148-150; Ebu Zehra, s. 110, 111; ez-Zuhayli, C. 9, s. 145, 146; Döndüren, s. 119; Genç, s. 154-156.

Hanife'ye göre asabeye ilave olarak zevi'l-erham⁸² da icbar velayeti hakkına sahiptir.⁸³ Sıralamada en yakın olan veli hak sahibidir. Bu velinin bulunmaması veya hakkını kullanma imkanına sahip olmaması durumunda sırası ile diğer hak sahibi bu hakkı kullanabilir. Önceki veli varken sonraki sıradaki veli, velayeti altındakini evlendiremez. Buna rağmen evlendirmesi durumunda önceki velinin icazetine kadar nikah akdi mevkuf olur (askıda hükümsüz).⁸⁴ Hanefi mezhebinde zorlayıcı velayet hakkına sahip olan kişilerin çok sayıda olması dolayısıyla zaman zaman velayet altındaki şahsa zarar verecek evliliklerin meydana gelmesi söz konusu olmaktadır. Bu meselenin önüne geçilebilmesi için belirli durumlarda icbar velayeti ile evlendirilen erkek çocuklarına ve kız çocuklarına buluşa erdiklerinde, akıl hastalarına ise ifâkat bulduklarında evliliği feshederek nikah akdini sona erdirme hakkı tanınmıştır.

Buluş muhayyerliği hakkı temel olarak çok sayıda veliye evlendirme velayeti hakkı tanıyan Hanefi mezhebine mahsus bir durumdur.

Hanefi mezhebi imamaları arasında icbar velayeti hakkı sahibi olan velilerden hangisinin evlendirmesi durumunda buluş muhayyerliğinin söz konusu olacağına ilişkin farklı görüşler vardır. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre baba ve dede haricindeki velilerin, küçük erkek çocuklar, kız çocuklar ve akıl hastalarını evlendirmesi durumunda buluş muhayyerliği söz konusu olur. Baba ve dedenin evlendirmesi durumunda ise bu hak doğmaz. Yani akit baştan itibaren, lazımdır. Ebu Yusuf da ilk zamanlar bu görüşte iken daha sonra görüşünden dönmüştür. Ebu Yusuf'a göre baba, dede veya diğer akrabaların evlendirmesi arasında fark olmaksızın çocukların buluş muhayyerliği hakkı söz konusu değildir. Ebu Yusuf'a göre velayet sahibi olan kişi, kendisinin değil, akrabası olan yakınının yararını düşünür. Bu sebeple de evlendiren kişiye bakılmaksızın muhayyerlik hakkı söz konusu olmaz.⁸⁵

Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre baba ve dede ile diğer akrabalar arasında fark vardır. Baba ve dedenin şefkati çok fazladır. Baba, evladının yararını kendi yararından daha fazla düşündüğü için babanın velayeti tamdır. Bu sebeple muhayyerlik hakkı söz konusu olmaz. Diğer akrabaların da velayet altındaki kişiye karşı şefkati vardır. Zaten bu sebeple o kişilerin de evlendirme velayeti hakkı bulunmaktadır. Ancak bu şefkat, baba ve dedenin şefkatine nazaran daha azdır. Diğer akrabalara velayet hakkı

⁸² Anne, babaanne, anneanne şeklinde devam eden zevi'l-erham sıralaması için bkz. Bilmen, 1988, C. 2, s. 46; Ez-Zuhayli, C. 9, s. 158, 159.

⁸³ es-Serahsi, C. 4, s. 213, 214, 223; el-Mevsili, C. 3, s. 95; el-Halebi, C. 1, s. 496-498; Molla Hüsrev, C. 2, s. 122, 123; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 274, 275, 385, 387; el-Ceziri, C. 5, s. 2076, 2077; Zeydan, C. 8, s. 102-105; Ebu Zehra, s. 111; Bilmen, 1988, C. 2, s. 45, 46; ez-Zuhayli, C. 9, s. 158, 159; Karaman, 2016, C. 1, s. 318; Döndüren, s. 119; Genç, s. 140-153; Korkmaz, s. 457.

⁸⁴ es-Serahsi, C. 4, s. 220-222; el-Mevsili, C. 3, s. 95, 96; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 311; el-Ceziri, C. 5, s. 2094; Bilmen, 1988, C. 2, s. 46, 48; ez-Zuhayli, C. 9, s. 69; Cin, s. 156; Aydın, 1985, s. 26.

⁸⁵ es-Serahsi, C. 4, s. 215; el-Kâsâni, C. 2, s. 315; el-Merginani, C. 1, s. 193, 194; el-Mevsili, C. 3, s. 94; el-Halebi, C. 1, s. 494, 495; Ebu Zehra, s. 120; Zeydan, C. 8, s. 167; Şaban, s. 73, 74.

tanınmasındaki temel sebep; dengi olan bir kişi evlilik talebinde bulunduğunda bu fırsatın kaçırılmamasıdır. Bu sayede küçüğün menfaati sağlanmış olmaktadır. Ancak buluşa erdiğinde çocuk, kendi yararını kavrayacak idrake geldiğinden dolayı, çocuğun menfaati gereği muhayyerlik hakkının bulunması gerekmektedir. Baba ve dedenin evlendirmesi durumunda ise şefkatini tam olması dolayısıyla çocuğa ayrıca muhayyerlik hakkı verilmesi gerekmemektedir.⁸⁶ Çocuğu, baba veya dede dışında bir kişi evlendirir ise erkek veya kız, buluşa erdiğinde nikah akdini feshetme hakkına sahip olurlar. Buluş çağına gelen kız veya erkek dilerse nikah akdini devam ettirir dilerse fesheder.⁸⁷ Baba veya dede dışındaki kişilerin küçük çocuğu veya akıl hastasını evlendirmesi durumunda, evlendirilen çocuk buluşa erdiğinde, akıl hastası ise ifâkat bulduğunda nikah akdini feshetme hakkına sahip olur. Bu evlilik akdinin kefaet ve mehr-i misil şartına uygun olması⁸⁸ fesih hakkını etkilemez. Bu şartlar yerine getirilmiş olduğunda akit sahih olmakla beraber bağlayıcı değildir. Buluşa eren şahıs akdi feshedebilir.⁸⁹

Küçük erkek çocuklar, küçük kız çocuklar, akıl hastası erkek veya akıl hastası kızların baba veya dedeleri⁹⁰ tarafından icbar velayeti kapsamında evlendirilmeleri durumunda bu akit sahih ve lazım bir akit olarak kabul görür. Yani baba ve dede tarafından gerçekleştirilen nikah akdinde buluş muhayyerliği söz konusu değildir. Çünkü baba ve dedenin tercihi kamil olduğu gibi şefkati de çoktur. Bununla beraber İmameyn'e göre; baba veya dede küçük çocuğunu evlendirirken mehirde gabn-i fahişe sebep olma, dengi olmayan bir kişi ile evlilik akdi kurmak gibi bir duruma sebep olursa bu durumlarda nikah akdi geçerli olmaz, batıl hale gelir. Ebu Hanife'ye göre ise baba veya dede tarafından gerçekleştirilen nikahta; mehirde gabn-i fahişe sebep olma, dengi olmayan bir kişi ile evlilik akdi kurmak gibi bir durum, nikah akdini batıl hale getirmez. Bu nikah akdi geçerlidir. Ebu Hanife'ye göre baba veya dede; dikkatsizlik, dünya malına aşırı düşkünlük gibi huyları sebebiyle yaptığı yanlış tercihleri ile tanınmış, ünlenmiş ise veya nikah akdi sırasında sarhoşluk sebebiyle mehirde gabn-i fahişe⁹¹ sebep olma, dengi⁹²

⁸⁶ es-Serahsi, C. 4, s. 213-215; el-Merginani, C. 1, s. 193, 194; el-Mevsili, C. 3, s. 94; Zeydan, C. 8, s. 165-167.

⁸⁷ el-Kâsâni, C. 2, s. 315; el-Mevsili, C. 3, s. 94; Molla Hüsrev, C. 2, s. 120; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 277, 278; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 312, 313; Ebu Zehra, s. 119, 120; Hallaf, s. 62, 63.

⁸⁸ Zaten baba ve dede dışında bir kişinin, kızı dengi olmayan biri ile veya emsal mehirden aşağı bir miktar mehir ile evlendirmeleri durumunda, erkek çocuğu ise emsal mehirden yüksek bir mehir ile evlendirmeleri durumunda nikah akdi batıldır, geçersizdir. Zeydan, C. 8, s. 166, 167.

⁸⁹ el-Kâsâni, C. 2, s. 315; Zeydan, C. 8, s. 166, 167; ez-Zuhayli, C. 9, s. 70; Döndüren, s. 119.

⁹⁰ Dede baba gibidir. Dedenin şefkati diğer akrabaların şefkatinden fazladır. Bu sebeple zaten dedenin hem mal hem de şahıs üzerinde velayet hakkı bulunmaktadır. es-Serahsi, C. 4, s. 219.

⁹¹ Mehirden gabn-i yesir ile aldanma söz konusu ise bu akit İmameyn'e göre de geçerlidir, batıl hale gelmez. el-Mevsili, C. 3, s. 97, 98.

olmayan bir kişi ile evlilik akdi kurmak gibi bir duruma sebep olursa bu hallerde nikah akdi geçersiz olur, batıl hale gelir.⁹³ Baba ve dedenin kötü niyeti ile meşhur olmaları durumunda, buluş muhayyerliği hakkı söz konusu olmaz, çünkü akit batıl hale gelir. Bu hususta; “kötü niyet ile tanınmış olmaları” ifadesi önem arz etmektedir. Çünkü yanlış bir karar vermiş olsa dahi kötü niyet ve seçimleri ile meşhur olmayan baba veya dedenin kıydığı nikah batıl olmadığı gibi bu durumda buluş muhayyerliği de söz konusu olmaz. Baba veya dede dışındaki velilerin bu şekilde gerçekleştirdiği nikah akdinin sahih olmadığı hususunda icma vardır. Benzer şekilde babanın şarhoş olması, fasık olduğunun bilinmesi gibi durumlarda mehr-i misilden aşağı bir bedelle veya dengi olmayanla evlendirme durumunda da nikah akdinin sahih olmadığı hususunda da icma bulunmaktadır.⁹⁴ İmameyn ile Ebu Hanife arasındaki görüş farkı; babanın veya dedenin kötü niyet ve seçim ile ün kazanmamış olması durumunda gerçekleştirdikleri nikahta; mehirden gabn-i fahişe sebep olma, dengi olmayan bir kişi ile evlilik akdi⁹⁵ kurmak gibi bir durumun, nikah akdini batıl hale getirip getirmemesi hususundadır.

İbn Abidin bu hususta; şarhoş olan veya kötü seçim ve niyetleri ile tanınan bir babanın, kızını dengi olmayan biri ile veya mehr-i misilden çok aşağı bir mehir ile evlendirmesi durumunda muhayyerlik hakkı söz konusudur demiştir. Şarhoş olan veya kötü seçim ve niyetleri ile tanınan bir babanın, kızını dengi olan birine mehr-i misil ile evlendirmesi durumunda zarar söz konusu olmadığı için muhayyerlik hakkı doğmaz. Şarhoş olmayan ve kötü seçim ve niyetleri ile meşhur olmayan babanın, kızını dengi olmayan biri ile veya mehr-i misilden çok aşağı bir mehir ile evlendirmesi durumunda muhayyerlik hakkı doğmaz.⁹⁶ Çünkü şefkati çok olan baba bu durumda büyük bir maslahatı tercih etmiş demektir. Kızına eziyet etmeyecek, ona çok iyi davranacak, iyi huylu, güzel ahlaklı, cömert ve muttaki bir kişi ile evlendirme amacı ile çok aşağı mehri kabul etme hususu bu duruma örnek verilebilir. Bu niteliklere sahip kişiler ile evlilik, denklik ve mehir konusundan daha büyük bir yarar sağlamaktadır. Erkek çocuk için de benzer şekilde evleneceği kadının; muttaki olması, güzel ahlak ve benzer özelliklere sahip olması, mehr-i misilden fazla bir bedel ile evlenmesinden meydana gelecek zarara kıyasla daha büyük bir fayda sağlamaktadır.⁹⁷

⁹² Kefaet, asıl olarak erkekte aranır. Yani erkeğin kadına denk olması şartı söz konusudur. Bununla beraber buluş muhayyerliğinde kadının erkeğe denkliği de dikkate alınmaktadır. el-Ceziri, C. 5, s. 2083; Cin, s. 88; Coşan, s. 93, 94.

⁹³ el-Mevsili, C. 3, s. 97, 98; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 339; İbn Abidin, C. 5, s. 382-387; Mehmed Surûrî, s. 50, 51; el-Ceziri, C. 5, s. 2081; Zeydan, C. 8, s. 165, 166; Bilmen, 1988, C. 2, s. 50; Şaban, s. 73; Cin, s. 88.

⁹⁴ es-Serahsi, C. 4, s. 224, 225; el-Mevsili, C. 3, s. 97, 98; Molla Hüsrev, C. 2, s. 119; Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 339, 340; İbn Abidin, C. 5, s. 382-387; el-Ceziri, C. 5, s. 2081; Zeydan, C. 8, s. 165, 166; Şaban, s. 73.

⁹⁵ Kefaet, duruma göre evlilik akdinde sıhhat şartı, lüzum şartı ve nefaz şartı olabilmektedir. Bu durumlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Coşan, s. 89-91.

⁹⁶ İbn Abidin, C. 5, s. 385.

⁹⁷ İbn Abidin, C. 5, s. 385; Zeydan, C. 8, s. 166.

Küçük erkek çocuklar, küçük kız çocuklar, akıl hastası erkek veya akıl hastası kızların baba veya dede dışında bir veli tarafından evlendirilmeleri durumunda mehirde gabn-i fahiş sorunu veya evlenecek kişiler arasında kefaet sorunu söz konusu ise bu nikah akdi geçersizdir, batıldır. Mehir veya kefaet bakımında bir problemin bulunmaması durumunda ise bu akit sahih olmakla beraber gayr-ı lazımdır. Bu kişilerin muhayyerlik hakkı söz konusudur.⁹⁸

Ebu Hanife'ye⁹⁹ göre evlendirme velayetine sahip velilerden bir tanesi de annedir. Asabenin bulunmaması veya bir şekilde velilik hakkını kullanma hakkına sahip olmaması durumunda annenin de çocuklarını evlendirme hakkı söz konusu olmaktadır.¹⁰⁰ Annenin evlendirdiği çocuğun buluş muhayyerliği hakkının bulunup bulunmadığı hususunda farklı rivayetler vardır. Ebu Hanife'nin görüşü olarak gelen ilk rivayete göre; annenin evlendirmesi durumunda kız çocuk için de erkek çocuk için de muhayyerlik hakkı söz konusu değildir. Çünkü annenin şefkati de babada olduğu gibi tamdır. Hatta babadan daha fazladır. Babanın evlendirmesinde şefkat dolayısıyla muhayyerlik hakkı bulunmadığına göre çocuğu üzerinde baba kadar ve hatta daha fazla şefkati bulunan annenin evlendirmesinde de muhayyerlik hakkı bulunmaz. Daha kuvvetli olan ikinci rivayete göre ise annenin evlendirmesinde muhayyerlik hakkı sabit olur. Çünkü her ne kadar annenin şefkati çok olsa da görüşünde ve hayat tecrübesinde babaya nazaran eksiklik vardır. Zaten bu sebeple annenin mala velayetinin olmadığı kabul edilmektedir. Küçük çocukların menfaatinin tam olarak sağlanması için şefkat gerektiği gibi isabetli görüş istidadının da bulunması gerekmektedir. Annede ise şefkat çok olsa da isabetli görüş bakımında kusur bulunma ihtimali yüksektir. Bu sebeple de annenin evlendirmesi durumunda çocuğun muhayyerlik hakkı bulunmaktadır.¹⁰¹

Osmanlı uygulamasına bakıldığında buluş muhayyerliğinin vuku bulunduğu olaylarda buluşdan önce anne tarafından küçük kızların evlendirildiği örnekler dikkat çekmektedir. Bu sebeple Osmanlıda Ebu Hanife'den gelen ikinci rivayetin hakim olduğu ifade edilebilir.

Hakimin, genel velayet kapsamında buluşa ermemiş bir çocuğu evlendirmesi durumunda bu çocuğun muhayyerlik hakkı üzerinde Hanefi alimler arasında farklı görüşler bulunmaktadır. İmam Muhammed'e göre bu durumda çocuğun muhayyerlik hakkı vardır. Çünkü hakimin velayet hakkı, amca ve kardeşin velayet hakkından sonra gelmektedir. Amca ve kardeşin evlendirmesi durumunda dahi muhayyerlik hakkı sabitken, hakimin evlendirmesinde evleviyetle bu hak bulunmalıdır. Çünkü hakimin,

⁹⁸ İbn Abidin, C. 5, s. 386-389; Bilmen, 1988, C. 2, s. 50.

⁹⁹ Bu konuda bir rivayete göre Ebu Yusuf, Ebu Hanife ile benzer görüştedir. Diğer bir rivayete göre ise Ebu Yusuf; annenin, küçük çocuğunu evlendiremeyeceği yönünde bir görüş benimsemiştir. İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 278; Mohammadullah, s. 69.

¹⁰⁰ es-Serahsi, C. 4, s. 213, 214, 223; el-Mevsili, C. 3, s. 95; Ebu Zehra, s. 121; ez-Zuhayli, C. 9, s. 146; Genç, s. 140-153; Mohammadullah, s. 65-71.

¹⁰¹ es-Serahsi, C. 4, s. 215, 216; el-Merginani, C. 1, s. 193, 194; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 278; Ebu Zehra, s. 121.

evlendirdiği çocuğa olan şefkati, amcanın yeğenine veya ağabeyin kardeşine olan şefkatinden daha fazla değildir. Ebu Hanife'ye göre ise bu durumda çocuğun muhayyerlik hakkı yoktur. Çünkü hakimın velayet hakkı, amca ve kardeşin velayet hakkından daha geniştir.¹⁰² Ebu Yusuf'a göre, velayet hakkına sahip olanın kim olduğuna bakılmaksızın, veli tarafından buluğdan önce evlendirilen çocuğun muhayyerlik hakkı bulunmamaktadır. Bu sebeple hakimın evlendirmesi durumunda da buluğ muhayyerliği hakkı söz konusu olmaz.¹⁰³

Buluğ muhayyerliği hakkından bahsedilebilmesi için öncelikle, henüz buluğa ermemiş bir kız ve (veya) erkeğin, veliler aracılığı ile evlenmesi gerekmektedir. Bu durumda akla gelen ilk sorulardan bir tanesi şudur; evliliğe rızası olmayan kişi, buluğa erinceye kadar kocasının yanında kalmak zorunda olacak ise ve kocası dilediği zaman onunla cima edebilecekse tam anlamı ile bir muhayyerlikten bahsedilebilir mi?

İslâm hukukunda her ne kadar küçük yaşta evliliğe cevaz verilmiş olsa da kendisi ile cima edilmesinin tarafları zarara uğratmayacağı yaş ve olgunluğa kadar evli olan kız ve erkek aynı evde bulunmazlar. Alimler arasında bu olgunluğun ne zaman meydana geleceği hususunda farklı görüşler varid olmuştur. Buluğ çağına kadar veya buluğa erse dahi cimaya tahammül edecek fiziki olgunluğa ulaşana kadar kız, kocasına verilmez. Kızların ne zaman bu olgunluğa ulaşacakları her somut olayda hakim kararıyla takdir edilecek kadın bilirkişiler tarafından tespit edilir. Bu süre zarfında taraflar aynı evde bulunmazlar, aynı evde bulunsalar dahi aralarında cima gerçekleşmez. Kızın babasının talep etmesi durumunda kız, babasının evinde bu süreyi geçirir. Cima etmeye yetkin olgunluğa geldiğinde ise muhayyerlik hakkını kullanmazsa kocasına teslim edilir.¹⁰⁴ Her ne kadar bu şekilde çocukların hakları korunsun da uygulamaya bakıldığında zaman zaman henüz baliğ olmamış çocukların kocalarına gönderildiği ve baliğ olmadan ve bazen bu olgunluğa erişmeden kendileri ile cima edildiği kadı sicillerinden anlaşılmaktadır. Ancak bu durum, küçüklerin evlendirilmesi mevzusunun suistimal edilmesi ile alakalıdır. Bu suistimal ise İslâm

¹⁰² es-Serahsi, C. 4, s. 215, 216; el-Kâsâni, C. 2, s. 315, 316; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 278; Zeydan, C. 8, s. 167, 168; ez-Zuhayli, C. 9, s. 70.

¹⁰³ ez-Zuhayli, C. 9, s. 70.

¹⁰⁴ Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 316; Döndüren, s. 118; Celal Yıldırım, Kaynaklarıyla İslam Fıkhı, Kervan Yayınevi, Konya 2017, C. 2, s. 471; Yahya Araz, "17. ve 18. Yüzyılda İstanbul ve Anadolu'da Çocuk Evlilikleri ve Erişkinlik Olgusu Üzerine Bir Değerlendirme", Kadın / Women 2000 - Journal for Women's Studies, C. 13, S. 2, 2012, s. 99-121, s. 99-121; Akyılmaz, s. 162, 163. Her ne kadar kız buluğa ermeden ve fiziki olarak yeterli olgunluğa gelmeden önce, cima etmek yasak olsa da zaman zaman bu durumun kötüye kullanıldığı ifade edilmektedir. Akyılmaz, 163, 164. Bu yönde mahkeme kayıtları bulunsun da kız çocuklarının yeterli olgunluğa gelmeden kocalarına teslim edilmemesi ve kocalarının hanelerinden başka bir yerde gerekli olgunluğa erişmelerinin beklemeleri yönünde mahkeme kayıtları da bulunmaktadır. İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil, Hüküm No: 54, C. 76, s. 108. Bu sebeple her zaman olmasa da zaman zaman bu durumun suistimal edildiği ifade edilebilir.

ahkamındaki bir eksiklikten kaynaklanmamaktadır. Kişilerin söz konusu hükümlere aykırı fiillerinden meydana gelmektedir.

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere kız, evlilik akdini feshetmek isterse kocasına hiç teslim edilmeden nikah akdi hakim tarafından feshedilir. Bu sebeple çocuklar küçük yaşta evlendirilseler dahi gerek kız gerek erkek çocuk için onlar üzerinde olumsuz tesir bırakacak hususlar meydana gelmeden önce bu kişilerin muhayyerlik hakkını kullanmaları mümkündür. Kız ve erkek için cima edebilecekleri fiziki olgunlukla beraber manevi ve psikolojik olarak olgunluğun gerçekleşmesinin de beklenmesi uygun olacaktır. Bu hususta bilirkişi olarak Müslüman psikologlar, pedagoglar ve diğer uzmanlardan yardım alınabilir.

4. Buluş Muhayyerliğinin Sonuçları

Buluş muhayyerliği dolayısıyla koca ile karısı arasında ayrılık gerçekleşirse, aralarında cima gerçekleşmemiş ise kadının mehir hakkı bulunmaz. Cima gerçekleşmişse kadın, mehrin tamamına hak kazanır.¹⁰⁵

Buluş muhayyerliğinde fesih hükmü hakim tarafından verilir.¹⁰⁶ Hakimin feshe karar verebilmesi için tarafların, özellikle de davalı tarafın mahkemede hazır bulunması gerekmektedir.¹⁰⁷ Buluş muhayyerliği hakkı kullanılana kadar karı koca arasında cima helal olur, vefat durumunda taraflar birbirine varis olur. Bu hak kullanılmış olsa dahi hakim hükmünü verene kadar evlilik akdi devam eder, fesih meydana gelmez. Mesela; taraflardan biri buluş muhayyerliği hakkını kullansa, ancak hakim tarafında fesih kararı henüz verilmemiş olsa bu arada kalan süre içerisinde, karı koca arasında cima helal olur, kadının nafakası bu süre içerisinde kocaya ait olmaya devam eder, vefat durumunda taraflar birbirine varis olur.¹⁰⁸ Taraflardan biri henüz buluşa ermeden taraflardan herhangi biri vefat ederse bu durumda da taraflar birbirine varis olur.¹⁰⁹ Buluş muhayyerliği hakkı kullanılana kadar hatta mahkeme kararı verilene kadar karı ile koca arasında evlilik akdinden doğan tüm hak ve sorumluluklar devam eder.

Buluş muhayyerliği hakkının kullanılması ile evlilik akdinin sona erdirilmesi fesihtir, talak değildir.¹¹⁰ Kadın bu hakkı kullandığında talak hakkı olmadığı için bu husus rahatlıkla anlaşılmaktadır. Erkeğin buluş muhayyerliği konusunda ise akla şu soru gelebilecektir; talak hakkı olan erkeğin buluş muhayyerliğine ihtiyacı var mıdır? Erkek buluş muhayyerliğini kullandığında talak sayısında bir eksilme olmaz. Ancak

¹⁰⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, C. 2, s. 315, 316.

¹⁰⁶ Seydişehir, s. 60; Nuri Kahveci, İslam Aile Hukuku, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 85; Koç, s. 214.

¹⁰⁷ Seydişehir, s. 60.

¹⁰⁸ es-Serahsi, C. 4, s. 217; el-Mevsili, C. 3, s. 95; el-Halebi, C. 1, s. 496; İbn Abidin, C. 5, s. 390, 391; Manastırh İsmail Hakkı, s. 45, 46; Seydişehir, s. 60; Ebu Zehra, s. 154, 121; Bilmen, 1988, C. 2, s. 51, 52; Döndüren, s. 124.

¹⁰⁹ İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 284.

¹¹⁰ el-Merginani, C. 1, s. 194; İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 283, 284; Yıldırım, C. 2, s. 470.

bunun yerine talak hakkını kullanırsa beynünet-i kübra adı verilen 3 talak hakkından bir tanesi sona ermiş olur. Ayrıca talak ve buluş muhayyerliği dolayısıyla fesih, mehre de etki etmektedir. Kadının bu hakkı kullanması durumunda; eğer zifaf veya halvet-i sahiha gerçekleşmemişse bu durumda kadın, mehre hak kazanamaz. Zifaf veya halveti sahiha gerçekleşmişse talak sonrasında kadın tam mehre hak kazanır. Erkeğin buluş muhayyerliği ile nikah akdini feshetmesi durumunda zifaf veya halvet-i sahiha söz konusu olmuşsa kadın, tam mehre hak kazanır. Zifaf veya halvet-i sahiha söz konusu olmamışsa kadın, mehre hak kazanamaz. Talak durumunda ise zifaf veya halvet-i sahiha gerçekleşmese dahi kadın, mehir önceden belirlenmemişse örfe göre müt'a adı verilen bir hediyeye, önceden belirlenmişse, belirlenmiş olan bu mehrin yarısına hak kazanır. Bu sebeple mehir açısından talak ve fesih bağlamında fark bulunmaktadır.¹¹¹

Bağlayıcılık bakımından akitler üç kısma ayrılır. Bunlar; her iki taraf için de bağlayıcı olmayan akitler (âriyet, vedia), bir taraf için bağlayıcı iken diğer taraf için bağlayıcı olmayan akitler (rehin, kefalet) ve her iki taraf için de bağlayıcı olan akitlerdir. Her iki taraf için de bağlayıcı olan akitler ise; tarafların karşılıklı rızası ile feshi mümkün¹¹² akitler (satım, kira) ve tarafların karşılıklı anlaşması ile geriye dönük olarak iptali mümkün olmayan akitler (evlenme akdi) olarak iki kısma ayrılır.¹¹³ Bu sebeple nikah akdinde muhayyerlik durumunda fesih söz konusu olsa dahi nikah akdinin sonuçları ve etkisi, geriye dönük olarak ortadan kaldırılamaz. Buluş muhayyerliğinin bulunduğu bir nikah akdinde cimadan önce fesih hakkı kullanılırsa akit hiçbir sonuç doğurmaz. Cimadan sonra bu hak kullanılırsa feshe kadarki süreçte sahih evliliğin sonuçları meydana gelir. Yani cimadan sonra fesih hakkı kullanılırsa nafaka gerekir, mehr-i misil gerekir, eşlerin akrabaları ile diğer eş arasında meydana gelen sıhri hısımlık meydana gelir, evlilik içinde doğan çocuğun nesebi sabit olur, fesihten sonra kadının iddet süresini beklemesi gerekir.¹¹⁴

II. OSMANLI DEVLETİNDE BULUŞ MUHAYYERLİĞİ

A. EVLENDİRME VELAYETİ

Osmanlı Devleti'nde diğer alanlarda olduğu gibi aile hukuku alanında da Hanefi mezhebi içtihadına göre hüküm verilmekteydi. Evlilikte velayet hususunda da Hanefi mezhebi tatbik edilmiştir. Velinin icbar velayeti yetkisiyle küçük çocukları evlendirmesi geçerli sayılmıştır. Balığ olan

¹¹¹ el-Mevsili, C. 3, s. 95; Karaman, 2016, C. 1, s. 348, 349; Mehmet Akif Aydın, "Mehir", DİA, C. 28, s. 390; Yenidoğan, s. 100, 101.

¹¹² Bu akitlerin muhayyerlik sebebi ile feshi, geriye dönük olarak etki doğurur ve akit hiç kurulmamış gibi kabul görür. Şahin, 2016, s. 69; Dirlik, s. 83.

¹¹³ Hayreddin Karaman, "Akit", DİA, C. 2, s. 252; Coşan, s. 42-51.

¹¹⁴ İbnü'l-Hümmam / Kadızade, C. 3, s. 294; Ebu Zehra, s. 154, 155; Coşan, s. 59; Yaman, s. 57; Avcı, s. 431.

çocukların evliliklerinde ise genel olarak Ebu Hanife'nin görüşü esas alınmış olmakla beraber bir süre İmam Muhammed'in görüşü de tatbik edilmiştir.¹¹⁵

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde (HAK) küçüklerin velileri tarafından evlendirilmesinin geçerli sayılmayacağı içtihadı benimsenmiş ve erkek çocukların on iki, kız çocukların dokuz yaşını bitirmeden önce evlendirilmesi ise tamamen yasaklanmıştır. Bu konuda Cumhur'un görüşünün aksine bir düzenlemenin yapılması dikkat çekicidir. Dönemin ihtiyaçları gereği İbn Şübrüme ve Osman el-Betti'nin görüşünün kanunlaştırıldığı ifade edilmiştir. HAK'ta, on sekiz yaşını bitirmiş erkeğin kendi iradesiyle evlenebileceği kabul edilmiş, on yedi yaşını bitirmiş kızların evlenmesi ise veli itirazının bulunmamasına bağlanmıştır. On yedi yaşını bitirmiş kız çocuklarındaki veli itirazını veli izni ile birbirinden ayırmak gerekmektedir. Çünkü burada ifade edilen itiraz erkeğin kıza denk olup olmadığı hususundadır. Zaten velinin, kefaete aykırılık dolayısıyla nikah akdine itiraz hakkı bulunmaktadır. HAK'ta ise evliliklerin daha sonra itiraz ile sona ermemesi için henüz evlilik gerçekleşmeden velinin bu konuda itirazının olup olmadığı sorularak bu konuda Maliki mezhebi görüşünden faydalanılmıştır. Tam olarak veli izni söz konusu olmadığı için İmam Muhammed'in görüşünden vazgeçildiği ifade edilebilir. 12-18 yaş arasındaki erkekler ile 9-17 yaş arasındaki kızların buluşa erdikleri iddiası ile evlilik talepleri halinde gerekli incelemeler sonucu hakim izniyle evlenebilecekleri anlaşılmaktadır. Ancak buna ilave olarak bu yaş aralığındaki kızlar için veli izninin de şart olduğu ifade edilmektedir. Veli izninin de şart koşulması dolayısıyla 9-17 yaş aralığındaki kız çocuklarının evliliklerinde İmam Muhammed'in velayet-i şirket anlayışının esas alındığı ifade edilebilir. Akıl hastalarının, bir zaruret bulunmadıkça evlendirilemeyeceği, zaruret bulunması durumunda ise hakim izni ile velileri tarafından evlendirilebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu konuda da Hanefi mezhebi görüşünün¹¹⁶ değil Şafi mezhebi görüşünün esas alındığı anlaşılmaktadır.¹¹⁷

İbni Şübrüme, Osman el-Betti ve Ebu Bekir el-Esam'a göre küçük kız ve erkek çocukların evlendirilmeleri mümkün değildir.¹¹⁸ Kendileri evlenemedikleri gibi velileri tarafından icbar velayeti ile de evlendirilemezler. Bu görüş dikkate alındığında icbar velayeti söz konusu olmadığı için buluş muhayyerliği de gündeme gelmemektedir. Osmanlı'da 1917 tarihli HAK'ta bu üç fakihin görüşü kanunlaştırılmıştır. İlgili madde şöyledir: *"12 yaşını itmam etmemiş sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağire hiçbir kimse tarafından tevzic edilemez."*¹¹⁹

Verilen bu bilgiler ışığında Osmanlı Devleti'nde geçerli olan kanunlarda HAK'a kadar icbar velayetinin cari olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple baba ve dede dışındaki kişilerin, buluş çağından önce yaptıkları evliliklerde, evlendirilen çocukların buluş muhayyerliği hakkı olduğu,

¹¹⁵ Aydın, 1985, s. 96-99, 140, 141.

¹¹⁶ Bu konuda mezhep görüşleri için bkz. ez-Zuhayli, C. 9, s. 147, 148.

¹¹⁷ Aydın, 1985, s. 184-187. İlgili maddeler; HAK, md. 4-9.

¹¹⁸ es-Serahsi, C. 4, s. 212; Bilmen, 1988, C. 2, s. 54; Ebu Zehra, s. 124; ez-Zuhayli, C. 9, s. 144; Genç, s. 260-262; Aydın, 2004, s. 40.

¹¹⁹ HAK, md. 7.

baba veya dedenin evlendirmesi durumunda ise bu hakkın söz konusu olmadığı ifade edilebilir. Çünkü HAK'a kadar bu durumun aksini gösteren bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Hanefi mezhebi görüşü buluş muhayyerliği konusunda kabul görmüştür.

B. BULUĞ MUHAYYERLİĞİ

1. Osmanlı Devleti Dönemi Fetva Kitaplarında Buluş Muhayyerliği

“Hind-i nâ-bâligayı, Zeyd nikah eylese sahih olur mu? el-Cevab: Olur, ama veli babası yahud dedesi değil ise hıyar-ı feshi vardır hîn-i buluşda.”¹²⁰ Söz konusu fetvada buluş muhayyerliği hakkının söz konusu olabilmesi için baba ve dede dışında bir kişi tarafından, henüz balığ olmadan bir evliliğin meydana gelmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Baba veya dede tarafından evlendirilen bir kişinin buluş muhayyerliği bulunmadığı gibi çocuğunu evlendiren baba veya dedenin vefat etmesi durumunda da muhayyerlik kapsamında akdi fesih hakkı söz konusu olmaz.¹²¹

“Mahmudu'l-hal olan Zeyd, sağire kızı Hind'i Amr'a tezvic eylese Hind balığa oldukça akd-i mezburu hıyar-ı buluşla feshe kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.”¹²² Söz konusu fetva örneğinde baba tarafından küçük çocuğun evlendirildiği ifade edilmiştir. Baba tarafından gerçekleştirilen evliliklerde çocuğun muhayyerlik hakkı söz konusu değildir. Ancak baba, kötü tercihleriyle tanınan bir kişi ise ve çocuğunun zararına bir evlilik akdi gerçekleştirilmiş ise bu durumda nikah akdi batıl olacaktır. Bu sebeple fetva kaydında özellikle “mahmudu'l-hal” ifadesi zikredilmiştir. Bu ifade; övgüye değer, iyi ahlak sahibi gibi anlamlara gelmektedir. Baba hakkında bu ifadeye yer verilmiş olduğundan, akdin batıl olmadığı ve çocuğun muhayyerlik hakkına sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

“Hind-i bıkır-i sağireyi, veli-yi akrebi anası Zeyneb küfüvvü Zeyd'e mehr-i misliyle tezvic ettikten sonra Hind balığa olup akde âlime oldukça sükût edip nefsinin ihtiyar etmese Hind bir ay mürurunda akd-i mezburu hıyar-ı buluşla feshettirmeye kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.”¹²³ Söz konusu fetva kaydında buluşdan önce evlendirilen kızın, buluş hakkı süresi geçtikten sonra bu hakkı kullanamayacağına dair bilgiler yer almaktadır. Bu bilgilere ek olarak, kızın evlilik akdi hakkında “âlime” olduğu bilgisi özellikle zikredilmiştir. Çünkü buluş öncesinde evlendirilen çocuğun, evlilik yaptığı hakkında bilgisi olana kadar, muhayyerlik hakkı devam etmektedir. Buluş

¹²⁰ Şeyhülislam Ebussuûd Efendi, Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı-Fetâvâ-yı Ebussuûd Efendi, haz. M. Ertuğrul Düzdağ, Kapı Yayınları, İstanbul, 2012, Hüküm No: 39, s. 36.

¹²¹ Şeyhülislam Menteşzade Abdürrahim Efendi, Fetâvâ-yı Abdürrahim, Darü't-Tıbaatü'l-Âmire, 1243, s. 163.

¹²² Ceride-i İlmiyye Fetvaları, haz. İsmail Cebeci, Klasik Yayınları, İstanbul, 2009, Hüküm No: 574, s. 112.

¹²³ Ceride-i İlmiyye Fetvaları, Hüküm No: 571, s. 111.

muhayyerliği hakkında bilgisinin olması şart olmamakla beraber evlilik yaptığı hususundaki bilgi şarttır. Feteva-yı Abdurrahim'de yer alan bir fetvada, kızın nikah kıyıldığına dair bilgisinin olmaması sebebiyle, baliğ olduğunda muhayyerlik hakkını kullanmaması durumunda muhayyerlik hakkının sona ermediği, daha sonra bu durumu öğrendiğinde muhayyerlik hakkını kullanabileceği ifade edilmiştir.¹²⁴

“Kadıdan gayrı velisi olmayan Hind-i sağireyi kadı mehr-i misliyle küfüvvü Zeyd'e tezvici ettikten sonra Hind baliğe olduğu anda nefisini ihtiyar ve işhad edip hıyar-ı buluğla akd-i mezburu Zeyd'in huzurunda hakime feshettirmeğe kadire olur mu? el-Cevab: Olur.”¹²⁵ Söz konusu fetvada Ebu Hanife görüşünün değil, İmam Muhammed'in görüşünün esas alınması dikkat çekicidir. Ebu Hanife'ye göre küçük çocuğu hakim in evlendirmesi durumunda çocuğun, muhayyerlik hakkı söz konusu olmaz. Ebu Yusuf'a göre hangi veli evlendirirse evlendirsın çocuğun, muhayyerlik hakkı söz konusu olmaz. İmam Muhammed'e göre ise hakim in velayet yetkisi amcadan daha fazla olmadığı için ve amcanın evlendirmesi durumunda dahi muhayyerlik hakkı söz konusu olduğu için hakim in evlendirmesinde evleviyetle muhayyerlik söz konusu olur.

“Zeyd, oğlu Amr-ı müteveffanın sağire kızı Hind'i küfüvvü Bekir'e şuhud mahzarlarında tezvici eylese Hind baliğe oldukda hıyar-ı buluğla akd-i mezburu feshe kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.”¹²⁶ Söz konusu fetvada dedenin, torununu evlendirmesi söz konusudur. Bu durumda çocuğun muhayyerlik hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir. Çocuğun babasının vefat ettiğinin özellikle belirtilmesi, velayette daha üst sırada bir kişi bulunurken alt sıradaki kişinin bu hakkı kullanamayacağını belirtme amacı taşıtmaktadır.

“Hind-i sağireyi veli-yi akrebi anası Zeyneb Zeyd'e tezvici ettikten sonra Zeyd ahar diyara gidip badehu Hind baliğe olduğu anda nefisini ihtiyar ve işhad etmekle hıyar-ı buluğla akd-i mezburu feshettirmek murad eylese Zeyd hazır olmadıkça Hind akd-i mezburu hakime feshettirmeğe kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.”¹²⁷ Söz konusu fetva örneğinden anlaşıldığı üzere, buluğ muhayyerliğinin resmi olarak sonuç doğurması için mahkeme tarafından feshe hükmedilmesi gerekmektedir. Mahkemenin feshe karar verebilmesi için her iki tarafın da (özellikle davalının) mahkemeye gelmesi gerekmektedir. Çünkü davalı aleyhinde bir karar verilebilmesi için öncelikle itirazının olup olmadığının, delilinin olup olmadığının kendisine sorulması

¹²⁴ Şeyhülislam Menteşzade Abdurrahim Efendi, s. 164.

¹²⁵ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınları, İstanbul, 2009, Hüküm No: 238, s. 35. Benzer fetva için bkz. Neticetü'l-fetâvâ (Şeyhülislam Fetvaları), der. es-Seyyid Ahmed Elendi - es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedüsi, haz. Süleyman Kaya vd., Klasik Yayınları, İstanbul, 2014, Hüküm No: 114, s. 44.

¹²⁶ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hüküm No: 254, s. 37.

¹²⁷ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hüküm No: 256, s. 38. Benzer fetva kaydı için bkz. Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi, haz. H. Necâti Demirtaş, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul, 2014, C. 1, Hüküm No: 3, s. 75; Şeyhülislam Menteşzade Abdurrahim Efendi, s. 164.

gerekmektedir. Bu imkanın sağlanabilmesi için davalının mahkemede hazır bulunması şarttır.

“Hind-i sağireyi veli-yi akrebi olan li-ebeveyn er karındaşı Amr, Bekir’in sağır oğlu Beşir’e tezvic edip badehu Hind baliğe oldukda nefsinin ihtiyar edip lakin Beşir henüz sağır bulunsa Hind, Bekir’in huzurunda kendini Beşir’den hakime tefrik ettirmeğe kadire olur mu? el-Cevab: Olur.”¹²⁸ Söz konusu fetvada hem kız hem de erkeğin henüz buluğa ermeden velileri tarafından evlendirildikleri anlaşılmaktadır. Bu durumda buluğ muhayyerliği hakkının kullanılabilmesi için her iki tarafın da buluğa ermesinin gerekip gerekmediği hususunda bir ihtilaf yaşanmıştır. Bu durumda buluğa eren tarafın, diğer tarafın buluğa ermesi gerekmezken bu hakkı kullanabileceği yönünde fetva verilmiştir.

“Hind-i sağirenin veli-yi akrebi, li-ebeveyn ammi (amca) Amr, Hind’i şuhud mahzarlarında mehr-i misliyle küfüvvü Bekir’e tezvic ettikten sonra Hind baliğe olduğu anda nefsinin ihtiyar ve işhad edip lakin Bekir gaib olmakla bir sene tehir edip akdi hakime fesh ettiremese, Hind’den temkin ve rıza bulunmamakla akdi hıyar-i buluğla Bekir’in huzurunda hakime fesh ettirmek istedikde Bekir mücerred ‘Bir sene tehir bulunmakla hıyarın batıl olmuş olur’ diye Hind’i men’a kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”¹²⁹ Söz konusu fetvada kızın buluğ muhayyerlik hakkını elinde olmayan sebeplerle 1 yıl sonra mahkemeye intikal ettirdiği görülmektedir. Buluğ muhayyerliği hakkı fevridir. Bu sebeple hızlı bir şekilde bu hakkın kullanılması gerekmektedir. Kocanın, karısının bu hakkı kullanmakta geciktiği iddiasında bulunmasına karşın, bu iddia dikkate alınmamıştır. Çünkü kız, ilk anda baliğ olduğuna ve bu hakkı kullandığına dair şahit tutmuştur. Bu aşamadan sonra elinde olmayan sebeplerle (kocanın gaib olması) mahkemeye intikalin ileri bir tarihte gerçekleşmesinin bu hakka bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak burada kızın hemen şahitler ile durumu kayıt altına alması önem arz etmektedir.

“Hind-i biker-i sağireyi, veli-yi akrebi anası Zeyneb küfüvvü Zeyd’e mehr-i misliyle tezvic ettikten sonra Hind baliğe olup akde alime oldukda sükût edip nefsinin ihtiyar etmese Hind bir ay mürurunda akd-i mezburu hıyar-ı buluğla feshettirmeye kadire olur mu? el-Cevab: Olmaz.”¹³⁰ Söz konusu fetva, bakire olan bir kız çocuğunun buluğ muhayyerliği hakkını baliğ olduğunda derhal kullanması ile alakalıdır. Baliğ olan tarafın erkek çocuk veya dul kız olması durumunda ise bu hakkın derhal kullanılması şart olmaz. Söz konusu fetvada bakire kızın buluğa ermesinden itibaren bir ay geçmiş olması, bu hakkın sona ermesine sebep olmuştur.

“Hind-i sağireyi veli-yi akrebi li-ebeveyn ammi Zeyd, mehr-i misliyle küfüvvü Amr’a tezvic eylese Hind baliğe olduğu anda nefsinin ihtiyar ve işhad edip Amr’ın huzurunda akd-i mezburu hakime feshettirmeğe kadire olur

¹²⁸ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü'l- Fetâvâ, haz. Süleyman Kaya, vd., Klasik Yayınları, İstanbul, 2011, Hüküm No: 330, s. 80. Benzer fetva kaydı için bkz. Şeyhülislam Menteşzade Abdürrahim Efendi, s. 164; Ceride-i İlmiyye Fetvaları, Hüküm No: 570, s. 111.

¹²⁹ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hüküm No: 266, s. 39.

¹³⁰ Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, C. 1, Hüküm No: 2, s. 74.

mu? el-Cevab: Olur.” “Bu surette Amr diyar-i aharda iken Hind baliğ olduğu anda nefsinı ihtiyar ve işhad edip lakin Amr diyar-i ahardan gelip hakim akd-i mezburu feshetmeden Amr fevt olsa Hind Amr’a varise olur mu? el-Cevab: Olur.”¹³¹ Söz konusu iki fetva birbiri ile bağlantılı olarak değerlendirilmiştir. Amcası tarafından baliğ olmadan evlendirilen kızın baliğ olduğu anda muhayyerlik hakkını kullandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda henüz mahkeme fesih hükmü verilmediği için nikah akdi geçerliliğini korumaktadır. Kızın, baliğ olduğu anda akdi fesih talebini dile getirmesi ve bu konuda şahit tutması, buluş muhayyerliği hakkı süresi sona ermeden hakkını kullanması bakımından önem arz eder. Ancak henüz mahkeme fesih kararı vermediğinden dolayı taraflardan birinin vefat etmesi durumunda diğer taraf ona varis olmaktadır.

“Hind-i matuheyi veli-yi akrebi, li-ebeveyn er karındaşı Zeyd Amr’a tezvıc eylese Hind âkile oldukda nefsinı ihtiyar ve işhad edip akd-i mezburu Amr’ın huzurunda hakime feshettirmeğe kadire olur mu? el-Cevab: Olur.”¹³² Söz konusu fetvada ateh durumunda bulunan kişinin ifâkat muhayyerliğine ilişkin bilgi verilmektedir. Ateh durumunda olan kişiyi baba ve dede dışında bir velisi evlendirdiğinde ve bu kişi ifâkat bulduğunda, akdi feshetme hakkına sahip olur. Söz konusu fetvada da evlilik, ana baba bir erkek kardeş tarafından yapıldığı için ifâkat bulan kişinin muhayyerlik hakkının olduğu ifade edilmiştir.

Osmanlı dönemi fetva kitapları incelendiğinde buluş muhayyerliğinin kullanılmadığı örnekler ve kullanılabildiği farklı örnekler dikkat çekmektedir. Baba¹³³ ve dede¹³⁴ tarafından evlendirilme durumunda buluş muhayyerliği hakkının söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Fetva kitaplarında buluş muhayyerliği hakkının kullanılabildiği örneklerde ise amca¹³⁵, erkek kardeş¹³⁶, anne¹³⁷, anneanne¹³⁸, babaanne¹³⁹, hala¹⁴⁰ ve hakim¹⁴¹ gibi veliler tarafından küçük yaşta evlendirilen kız ve erkeklerin bu hakkı kullandığına dair bilgiler mevcuttur.

2. Osmanlı Devleti Kanunlarında Buluş Muhayyerliği

HAK’ta buluş muhayyerliğine ilişkin doğrudan bir madde bulunmamaktadır. Çünkü buluş muhayyerliğinden bahsedebilmek için

¹³¹ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Hüküm No: 331, 332, s. 80.

¹³² Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hüküm No: 263, s. 39.

¹³³ Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, C. 1, Hüküm No: 1, s. 74.

¹³⁴ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hüküm No: 254, s. 37.

¹³⁵ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Hüküm No: 331, s. 80.

¹³⁶ Neticetü’l-fetâvâ, Hüküm No: 133, s. 47.

¹³⁷ Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, C. 1, Hüküm No: 2, s. 74.

¹³⁸ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hüküm No: 242, s. 36; Şeyhülislam Menteşzade Abdürrahim Efendi, s. 164.

¹³⁹ Neticetü’l-fetâvâ, Hüküm No: 121, s. 45, 46.

¹⁴⁰ Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, C. 1, Hüküm No: 5, s. 75.

¹⁴¹ Neticetü’l-fetâvâ, Hüküm No: 114, s. 44.

buluğdan önceki yaşlarda veli tarafından veya hakim tarafından küçük erkek veya kız çocuğunun evlendirilmesinin yasak olmaması gerekmektedir. HAK 4. maddeye göre erkekler 17 kızlar 18 yaşını doldurunca kendi başlarına evlenme ehliyetini haiz olmaktadır. HAK 7. maddeye göre ise 12 yaşını doldurmamayan erkek ve 9 yaşını doldurmamayan kız çocukları hiçbir şekilde evlendirilemezler. HAK 5. maddeye göre 18 yaşını doldurmamış erkek çocukları ancak baliğ olduklarında hakim izni ile evlenebilirler. HAK 6. maddeye göre 17 yaşını doldurmamış kız çocukları ancak baliğ olduklarında velisinin izni ve hakim kararı ile evlenebilirler. Bu maddeler bütün olarak değerlendirildiğinde buluğa ermeyen kız ve erkek çocuklarının hiçbir şekilde evlenmeyecekleri anlaşılmaktadır. Bu sebeple HAK'a göre buluğ muhayyerliğini gerektirecek sebepler ortadan kaldırıldığı için buluğ muhayyerliğine ilişkin düzenleme söz konusu kanunda yer almamaktadır.

HAK'ta akıl hastalarının evlendirilmesi hususunda Hanefi görüşü yerine Şafii görüşü benimsenmiştir. Akıl hastalarının yalnızca zaruret durumunda veli tarafından hakim izni ile evlendirilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu yaklaşım akıl hastalarının zarara uğramasını engelleme bakımından makul olarak değerlendirilebilir. Ancak akıl hastalarının "ifâkat muhayyerliği"ne ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması kararname açısından eksiklik olarak ifade edilebilir. Çünkü baba ve dede dışındaki veli tarafından evlendirilen akıl hastasının ifâkat bulması durumunda muhayyerlik hakkının bulunmaması, iradesi dikkate alınmaksızın evlendirilen akıl hastası açısından olumsuz bir durumdur.

HAK'ta buluğ muhayyerliğine ilişkin hüküm bulunmasa da buluğ muhayyerliğinin uygulanmasına yönelik değerlendirmenin yer aldığı "sağır ve sağirenin tezvici" isimli bölüm, bu konuda önemli bilgiler ihtiva etmektedir.

"Sağır ve sağirenin velileri tarafından cevaz-ı tezvicine eimme-i erbaa (r.a.) hazeratı kail olduklarından şimdîye kadar muamele bu yolda cereyan etmiş ise de zamanımızda ahvâlın tebeddülüne binâen diğer bir usul ittihazına lüzum görülmüştür. Şöyle ki her zamanda ve bilhassa hayat için mücadelenin son derece kesb-i şiddet ettiği şu zamanda çocuklar hakkında ebeveynin ilk vazifesi onları ta'lim ve terbiye ederek işbu alem-i cidalda nâil-i zafer olacak ve muntazam bir aile teşkil edebilecek bir hale getirmekten ibaret iken bizde ebeveyn ale'l-ekser çocuklarının tahsil ve terbiyesini bi'l-küllîye ihmal ederek mücerred mürüvvetlerini görmek veya nâil-i miras kılınmak maksadıyla onları daha beşikte iken nişanlayagelmişlerdir. Netice biçareler dünyalarını görmeksizin tezvic ve âtiyen felaketlerine düğünlerle vaz'-ı esas edilmiştir. Hiçbir mekteb yüzü görmeyen ve lisânını okuyup yazmaktan kat'-ı nazar, emr-i dine dâir bir kelimeye bile muttalî olmayan bu türlü çocukların teşkil edegeldikleri ailelerden çoğu cenin-i mürde-zâd gibi zifâflarının daha ilk aylarında infisâha mahkûm olmuştur. Memleketimizde ailelerin temelsizliğini mücib olan esbâbdan biri de budur. Bu türlü nikâhlardan mütevellid dâvâların derecesini anlamak için kütüb-i fihriyyede sağirenin eb ile ced tarafından tezvici ve eb ile cedden maada evliya tarafından tezvici ve ikinci sûrette sinn-i bulûğa vasıl olan sağır ve sağirenin hıyar-ı bulûğunu keyfiyyet-i isti'mali hakkındaki evbâb ve füsule nazar etmek ve mehâkim-i şer'iyenin sicillâtını tedkik eylemek kâfidir. Halbuki İbn-i Şübrüme ve Ebû Bekri'l-Esam (r.a.) hazeratı sığâr üzerine velâyet ancak onların menfaati maksadına mübtenâ olub kabûl-i teberruat gibi ihtiyac olmayan yerlerde velayet dahi sabit olmayacağına ve onları tezvic etmekte gerek tab'an, gerek neseb gibi şer'an bir faide mütesavver olmadığı cihetle onların nikâha ihtiyaçları

bulunmadığına nazaran sağırların kable'l-buluğ hiç kimse tarafından tezvici caiz olmadığına kail olmuşlar ve ale'l-husus nikâh muvakkat bir şey olmayıp mâ-dâme'l-hayat (hayat boyunca) devam eden bir akit olduğunu ve eğer velilerin onlar hakkında icra ettikleri akd-i nikâh muteber olsa ahkâm ve âsarı (vazife, yük) bulûğdan sonra onların harekâtını tahdid edecek bir muamelede bulunmağa hiç kimsenin salahiyyeti olmadığını ilave eylemişlerdir. Müşârun ileyhimanın işbu mütalaâtını asırlardan beri devam eden felâketli tecrübeler te'yid ettiğinden onların re'yi kabul edilerek yedinci madde o yolda tanzim edilmiştir."¹⁴²

Küçüklerin evlendirilmesine yönelik olarak HAK'a karşı yapılan en önemli eleştirilerden bir tanesi Sadreddin Efendi'ye aittir. Sadreddin Efendi, küçüklerin evlendirilmesiyle alakalı olan maddenin delili olan görüşün (İbn Şübrüme ve Ebubekir el-Esam'ın görüşü), bu görüş sahiplerine aidiyetinin problemliliğini ifade etmektedir. Bu görüş söz konusu fakihlere ait olsa dahi hakkında nass ve icma bulunan bir meselede içtihadın söz konusu olamayacağını da belirtmektedir. Küçüklerin evlendirilmesi mevzusunun Osmanlıda nadiren gerçekleştiği, Müslüman ailelerinde bu durumun çok daha nadir olduğu, İslâm düşmanlarının uydurma ve iftiralarından dolayı sanki çok sık meydana geliyormuş gibi bir algı oluşturulduğuna dikkat çekilmiştir. Sadreddin Efendi, HAK'ta yer alan; "küçüklerin evlendirilmesinin çok zararlı olduğu, bu durumun; fıkıh kitaplarındaki hükümlerden ve şer'iyye sicillerinden anlaşıldığı" iddialarına şiddetle itiraz etmiştir. Hatta komisyonun, şer'iyye sicillerine ilişkin yanlış değerlendirmede bulunmalarını; mahkemelerin durumları hakkında detaylı bilgisi olan ve yargı görevi yapmış birisinin HAK komisyonunda yer almaması ile ilişkilendirmiştir. Çünkü şer'iyye sicillerinde bu tür davalar son derece az sayıdadır. Yirmi, otuz sene yargı görevinde bulunan kadıların birçoğu bu tür davalara ömürleri boyunca en fazla bir, iki sefer denk gelmektedir. Küçük yaşta evliliklerin, genellikle yetim ve kimsesizler için söz konusu olduğu ve bunun da bu gibi kimselerin menfaatine olduğu görüşünü savunmuştur. Ayrıca babası vefat etmiş birisinin mücbir olmayan velisi tarafından evlendirildiğinde de zaten bulûğ muhayyerliği hakkı bulunmaktadır. Sadreddin Efendi'ye göre; tüm bu durumlar dikkate alındığında çok nadir görülen küçük yaşta evliliklerin yasaklanması, kimsesiz olan yetimlere zarar vermektense başka bir işe yaramayacak ve küçükken evlendirilmeleri maslahatlarına olan birçok yetimin menfaatinin önüne geçecektir. Sadreddin Efendi'ye göre bu durum ayrıca fuhuş ve zinanın önünü açacaktır. Tüm bu sebeplerden dolayı Sadreddin Efendi'ye göre; kararnamede zaruret durumunda akıl hastalarının evlendirilmelerine izin verildiği gibi istisnai olarak küçük çocukların da belirli durumlarda velisi tarafından evlendirilmesine yönelik bir madde hazırlanmalı idi.¹⁴³

Osmanlıda küçük çocukların icbar velayeti ile evlendirilmesinin yaygın olup olmadığı hususunda bir yargıda bulunmak için çok sayıda kaydın değerlendirilmesi gerekmektedir. 1750-1755 yılları arasını kapsayan

¹⁴² Orhan Çeker, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2016, s. 76, 77.

¹⁴³ Ahmet Yasin Küçüktiryaki, "Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 39-41; Korkmaz, s. 465.

dört adet şer'iyye sicili kayıtlarındaki nikahları inceleyen bir araştırmaya göre Trabzon şer'iyye sicillerinden olan bu 4 deftere göre toplam 939 nikah tespit edilmiştir. Bu nikahlardan yalnızca 3 tanesinde ergenliğe girmemiş çocukların evlendirildiği ifade edilmektedir.¹⁴⁴ Bu çalışma dikkate alındığında Osmanlı'da buluştan önceki zamanlarda yapılan evliliklerin asıl olmadığı ve bu durumun çok nadiren meydana geldiği ifade edilebilir.¹⁴⁵ Ayrıca Sadreddin Efendi'nin HAK'a yaptığı eleştiriler de dikkate alındığında küçük yaşta evliliğin Osmanlı Devleti'nde nadir görülen bir durum olduğu ve genellikle de yetim kızların menfaati için başvuru olan bir yöntem olduğu ifade edilebilir.¹⁴⁶

HAK'ta yer alan bu ifadelerin tamamına katılmamız mümkün değildir. Çünkü Cumhuriyet'in ittifakının bulunduğu, Osmanlı Devleti'nde de HAK'a kadar cari olan ve çok sık gerçekleşmeyen bir uygulamayı, aile düzeninin bozulmasının, ailenin temelsizliğinin sebepleri arasında görmek makul değildir. Ayrıca buluş muhayyerliği hakkının söz konusu olması ile küçük yaşlardaki evlilikler dolayısıyla meydana gelme ihtimali bulunan zararların bertaraf edilebileceğine temas edilmemesi, bu hususun derinlemesine değerlendirilmediğini göstermektedir. Kararnamede; mahkeme kayıtlarının, buluş muhayyerliği ile alakalı davaların ne derece kötü etkilere sebep olduğunu gösterdiği, ifade edilmektedir. Ancak, incelediğimiz mahkeme kayıtlarında, sayısal olarak ifade edilen derecede bir zarara sebebiyet dikkat çekmemektedir. Katılmadığımız husus küçük yaşta evliliğin yasaklanması değildir. Bilakis İslâm devletlerinde maslahat gereği devlet başkanının bu konuda şeriata uygun bir tasarrufta bulunması gerekebilmektedir. Bulunulan coğrafya, kültür ve benzeri hususlar dikkate alınarak, şeriata aykırı olmayacak şekilde düzenlemede bulunulması gereklidir. Ancak HAK'ta söz konusu durumun; aile düzeninin bozulmasının temel sebeplerinden biri olarak görülmesi gerçekçi bir değerlendirme gibi görünmemektedir. Ayrıca istisnai olarak belirli durumlarda küçük yaşta evliliğe izin verilmesi, akıl hastalarının evlendirilmesi hususundaki istisnai yetki ile uyum oluşturabilirdi.

3. Osmanlı Devleti Mahkeme Kayıtlarında Buluş Muhayyerliği

Osmanlı Devleti mahkeme kayıtlarını içeren kadı sicillerinde buluş muhayyerliğine yönelik önemli bilgiler bulunmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda şu kadı sicillerinde yer alan kayıtlardan bazıları incelenmiş ve örneklere yer verilmiştir: İstanbul, Adana, Diyarbakır, Antep, Konya, Kütahya, Bitlis, Adıyaman, Giresun ve Nablus kadı sicilleri.

Her ne kadar baba ve dedenin, küçük çocuğu evlendirmesi durumunda çocuk için muhayyerlik hakkı söz konusu değilse de Osmanlı uygulamasında bu duruma muhalif bir mahkeme kaydı dikkat çekmektedir.

¹⁴⁴ Merve Karaçay Türkal, "Trabzon Şer'iyye Sicillerindeki Nikah Kayıtları (1759-1755)", OTAM, S. 48, 2020, s. 147-176.

¹⁴⁵ Korkmaz, s. 464.

¹⁴⁶ Küçüktiryaki, s. 39-41.

Adana şer'iyye sicillerinde yer alan bir belgeye¹⁴⁷ göre küçük bir kız, babası tarafından bir erkek ile evlendirilmiştir. Kocanın yaşına dair bilgi verilmese de bu kişinin de babası tarafından evlendirildiği ve her iki tarafın da akde onay vermesinden bahsedildiğinden dolayı, evlenen erkeğin de buluşa ermemiş bir çocuk olduğu yorumunda bulunulabilir. Bu iki çocuk evlendikten sonra "ba'de'l-bülûğ nikâh-ı mezkûru her birimiz muciz olup" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, hem kızın hem de erkeğin buluşdan sonra akde icazet verdiğini göstermektedir. Hanefi mezhebine göre baba tarafından evlendirilen küçük çocukların muhayyerlik hakkının bulunmadığı, Osmanlıda da bu görüşün cari olduğu dikkate alınırsa bu hususta iki ihtimal akla gelmektedir. Birinci ihtimale ve kuvvetli olan ihtimale göre bu ifade kapsam dışı kullanılmış veya sehven kayda geçirilmiştir. İkinci ihtimale göre ise zaman zaman Osmanlıda Hanefi mezhebi görüşü dışına çıkılarak babanın gerçekleştirdiği nikah akitlerinde de çocuklara muhayyerlik hakkı tanınmıştır. İkinci ihtimal diğer sicil kayıtları dikkate alındığında tercihe şayan görülmemektedir.

Diyarbakır şer'iyye sicilinde yer alan bir kayıtta¹⁴⁸, Bersin isimli baliğ olmayan erkek çocuk, Ömer ve Ömer'in kız kardeşine dava açmıştır. İlgili kayda göre; Bersin'in babası Mehmet, Bersin'in kız kardeşini Ömer'e nikahlamıştır. Buna karşılık Ömer de henüz baliğ olmayan kız kardeşi Hamo'yu, Bersin'e nikahlamıştır. Bersin'in babası da veli olarak bu akdi onaylamıştır. Daha sonra Ömer'in karısı vefat etmiştir. Bersin de Hamo'da henüz küçük olduğu için evlilik hayatı yaşamamışlardır. Hamo ilk olarak Bersin'in babası Mehmet'in evinde kalmış, Mehmet ölünce Hamo, abisi olan Ömer'in yanına taşınmıştır. Bu arada baliğ olan Bersin, karısı Hamo'yu, Ömer'den talep etmiştir. Kendisi baliğ olduğu için karısının artık kendi yanında kalması gerektiğini ifade etmiştir. Hamo ise buluş muhayyerliği hakkını kullanarak akdi feshettiğini ifade etmiştir. Söz konusu olayda hem kızın hem de erkeğin baliğ olmaması dikkat çekicidir. Bu durumda babası tarafından evlendirilen Bersin'in muhayyerlik hakkı bulunmazken ana baba bir abisi tarafından evlendirilen Hamo'nun buluş muhayyerliği hakkı bulunmaktadır. Hamo, baliğ olduğu anda nikah akdini feshettiğini ve bu durumu iki şahit getirerek garanti altına aldığını ifade etmiştir. Şahitler bu durumu mahkemede ikrar etmişlerdir. Diğer mahkeme kayıtlarından farklı olarak kadı, doğrudan hüküm vermemiş ve bu olay hakkında fetva talep etmiştir. Fetva olarak ne açıklandığına dair bilgi verilmemiştir. Ancak buluş muhayyerliğine ilişkin fıkıh kaideleri gereği nikah akdinin feshine karar verilmesi gerekmektedir.

Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicilde yer alan bir kayıt¹⁴⁹, buluş muhayyerliğinde evlilik akdini yapan taraf bakımından diğer mahkeme kayıtlarına nazaran farklılık ve davacı-davalı çekişmesi açısından çeşitlilik

¹⁴⁷ Adana Şer'iyye sicilleri, 136 Numaralı Defter, Korkmaz, s. 458.

¹⁴⁸ Diyarbakır Şer'iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3803 Numaralı Sicil (1263-1264/1847-1848), ed. Ahmet Zeki İzgöer, Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Diyarbakır, 2021, C. 13, Hüküm No: 272, s. 562.

¹⁴⁹ İstanbul Kadı Sicilleri 73 Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (1162-1163/1749-1750), ed. Coşkun Yılmaz, Kültür AŞ, İstanbul, 2019, Hüküm No: 391, C. 73, s. 328.

içermektedir. Söz konusu kayıтта, Fâtıma isimli kız, henüz baliğ olmadan önce cedd-i fasidi yani annesinin babası (anne tarafından dede) tarafından evlendirildiğini ifade etmektedir. 4 mezhep içerisinde yalnızca Hanefi mezhebinde baba ve dede dışındaki kişilerin icbari evlendirme velayeti hakkı bulunmaktadır. Hanefi mezhebinde de İmameyn'e göre yalnızca asabe bu hakka sahiptir. Ebu Hanife'ye göre ise bu kişilerin sayısı daha fazladır ve zevi'l-erham da bu gruba dahildir. Söz konusu kayıтта Ebu Hanife'nin görüşü üzere zevi'l-erhamdan bir kişinin icbar velayeti hakkını kullandığı görülmektedir. Taraflar arasında halvet-i sahiha ve zifaf gerçekleşmemiştir. Fâtıma, âdet olduğu anda nikah akdini feshettiğini ifade etmiştir. Diğer mahkeme kayıtlarından farklı olarak bu kayıтта, davalı koca, davacıya itiraz etmemiş ve doğrudan davacının ifadelerini tasdik etmiştir. Taraflar arasında çekişme bulunmadığından dolayı mahkeme akdin feshini kayıt altına almıştır.

Buluğ muhayyerliğinde bakire kızın bu hakkının fevri olduğu daha önce ifade edilmişti. Bu sebeple söz konusu şahsın, baliğ olduğu anda, araya fasıla girmeksizin, baliğ olduğunu ve fesih hakkını kullanarak nikah akdini sona erdirdiğini şahitler huzurunda belirtmesi gerekmektedir. Adana Şer'iyye sicilinde yer alan bir kayıt¹⁵⁰ bu hususa verilen önemi açıkça göstermektedir. Annesi tarafından küçük yaşta evlendirilen kız çocuğu, buluğa erdiği anda o mekandan ayrılmadan nefisini ihtiyar ettiğini, akdi feshetmek istediğini, şahitler huzurunda ifade ettiğini söylemiştir. Ancak mahkemeden bu konuda talep edilen şahitleri getirememiştir. Bu duruma şahit getiremediği için mahkeme, evlilik akdinin feshine karar vermemiştir. Aynteb Mahkemesinde yer alan bir kayıтта¹⁵¹ ise buluğdan önce evlendirilen kız çocuğunun, baliğ olduktan sonra bu hakkı hemen kullanmaması ve sükût etmesi sebebiyle muhayyerlik hakkını kaybettiği yönünde hüküm verilmiştir.

Buluğ muhayyerliği hakkının kullanılması sonucu mahkemede hakimın fesih kararı verebilmesi için davalının mahkemede hazır bulunması şarttır. Davalı kocanın gaip olması dolayısıyla hakimın fesih kararını tehir ettiği açıkça ifade edilmese de fesih kararının açıklanmadığı mahkeme kayıtları bu duruma işaret etmektedir.¹⁵² Mahkeme kayıtlarında davalının mahkemeye gelip iddiaları inkar etmesi sonucunda davacının beyyine ile durumu ispat etmesi sebebiyle MAA'nın 1830. maddesi gereğince davalının gıyabında fesih kararı verdiği de kayıtlar da mevcuttur.¹⁵³

¹⁵⁰ Adana Şer'iyye Sicilleri, 126 Numaralı Defter, Korkmaz, s. 463.

¹⁵¹ Çiğdem Yılmaz, "122 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1177-1178/M.1763-1764)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kilis, 2016, s. 232, 233.

¹⁵² Ayşe Güngören, "12 Numaralı Konya Şer'iyye Sicili (1074-1075/1663-1664) Değerlendirme ve Transkripsiyon", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020, s. 289.

¹⁵³ Hamza Kardaş, "333 Numaralı Bitlis Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu (H. 1295-1300/M. 1878-1882)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van, 2010, s. 131, 132.

Osmanlı mahkeme kayıtlarında küçük yaşta evliliklerin genellikle kız çocukları hakkında söz konusu olduğu görülmektedir.¹⁵⁴ Bu sebeple buluş muhayyerliğinde de kız çocuklarının bu hakkı kullanma sıklığı erkek çocuklara nazaran daha fazladır. Nadiren de olsa hem kız hem de erkek çocuğun henüz buluşa ermeden birbirleri ile evlendirildikleri mahkeme kayıtları da bulunmaktadır. Bu çocukların henüz balığ olmadıkları; sağır ve sağire ifadelerinden anlaşılmaktadır.¹⁵⁵

Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil'de yer alan bir kayıt¹⁵⁶, buluş muhayyerliğinde ispat vasıtaları hususunda diğer mahkeme kayıtlarına ve fıkıh kaidelerine nazaran farklılık taşınması bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu kayda göre, İsmihan isimli kadın, henüz balığ değilken annesi tarafından evlendirilmiştir. Balığ olduğu anda buluş muhayyerliği hakkını kullanarak evlilik akdini feshettiğini ifade etmiştir. Bu durumda genel olarak öncelikle davalı olan kocaya durum sorulur. Onun inkarı durumunda ise davacıdan balığ olduğu anda derhal bu hakkı kullanarak akdi feshettiğine dair şahit getirmesi talep edilir. Ancak söz konusu kayıta bu sürece dair bilgi verilmeyerek doğrudan, davacıya yemin teklif edildiği bilgisi yer almaktadır. Davacının yemini ile beraber nikah akdinin feshine karar verilmiştir. Buluş muhayyerliğine ilişkin genel ispat kurallarının işletilmemesi, söz konusu kayıta bazı bilgilere yer verilmediği veya istisnai bir durumun söz konusu olduğuna işaret etmektedir.¹⁵⁷

Nablus şer'iyye sicilinde yer alan 1911 tarihli bir kayıta¹⁵⁸ buluş muhayyerliğinde ispat vasıtaları ve bu hakkın ne zaman sona ereceğine dair önemli bilgiler yer almaktadır. Söz konusu kayıta, Cemile isimli sağire kızın, babasının ölümü üzerine amcası tarafından sağır oğlu ile evlendirildiği bilgisi yer almaktadır. Cemile, ilk kez âdet olduğu anda, etrafında bulunan kişileri bu duruma şahit tutarak; "âdet oldum, kendimi seçtim, nikahımı feshettim" demiştir. Mahkemenin bu durumu amcaya sorması üzerine, amca durumu reddetmiş ve kızın balığ olmadığını ifade etmiştir. Bu sebeple ilk olarak müftüden fetva istenmiştir. Müftü; 9-15 yaş aralığının kız çocuklarında buluş yaş aralığı olduğunu ve bu aralıkta bulunan kızın, fiziki olgunluğuna göre karar verileceğini ifade etmiştir. Cemile'nin 14 yaşında olması ve fiziki olarak olgun olması sebebiyle buluşa erdiğine karar verilmiştir. Daha sonra kadı, bu duruma şahit getirmesini istemiştir. Şahitler; Cemilenin âdet olduğu ifade ederek hemen o anda evlilik akdini feshettiğine

¹⁵⁴ Akyılmaz, s. 157, 158.

¹⁵⁵ İbrahim Arslan, "166 Numaralı (H. 980/M. 1572/1573) Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kilis, 2012, s. 164, 165; Abdullah Bal, "1426 No'lu (Hicri 1312 / Miladi 1895) Giresun Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2014, s. 68.

¹⁵⁶ İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), ed. Coşkun Yılmaz, İSAM, İstanbul, 2012, Hüküm No: 32, C. 40, s. 69.

¹⁵⁷ Başka bir delil aranmaksızın yalnızca yemine başvuruyla buluş muhayyerliğinin kabulü ve nikah akdinin feshine hükmedilen mahkeme kayıtları için bkz. Koç, s. 224-226.

¹⁵⁸ Yazbak, s. 405, 406.

şahitlik etmiştir. Son olarak kadı, Cemile'ye buluğa erdiği anda evlilik akdini feshettiğine dair yemin teklif etmiştir. Cemile'nin yemin etmesi üzerine mahkeme, evliliğin feshine karar vermiştir.

Kütahya Mahkemesinde yer alan bir kayıt¹⁵⁹, şahit dışında bir delil ile de buluğ muhayyerliği kapsamında nikah akdini feshedildiğini göstermektedir. İlgili kayda göre Sıddıka isimli kız baliğ olmadan annesi tarafından Ömer ile evlendirilmiştir. Sıddıka baliğ olunca mahkemeye başvurmuş ve nikahın feshini talep etmiştir. İddialar Ömer'e sorulduğunda Ömer sükût ermiştir. Mahkeme bu sükûtu davacının iddialarını kabul ve durumu ikrar olarak değerlendirmiş ve başka bir delil talep etmeksizin nikah akdinin feshine karar vermiştir.

Galata Mahkemesi 90 Numaralı sicilde yer alan bir kayıt¹⁶⁰, buluğ muhayyerliğinde mehrin durumuna dair bilgiler ihtiva etmektedir. Söz konusu kayda göre küçük yaşta annesi¹⁶¹ tarafından evlendirilen Rabia, buluğa erdiği anda muhayyerlik hakkını kullanarak evlilik akdini mahkeme huzurunda feshettiğini ifade etmiştir. Rabia, annesi tarafından evlendirildiği için bu hakkı kullanabilmektedir. Kocası ile arasında zıfaf veya halvet-i sahiha olmadığı için mehre hak kazanamaması gerekmektedir. Ancak mahkeme kaydına göre Rabia mehir davasından kocasını ibra ettiğini ifade etmiştir. Bu durum belki, kural olarak mehir alamayacak olsa da farklı hususlar dolayısıyla ileride meydana gelebilecek olan mehir davasından kocasını ibra şeklinde anlaşılabilir. Mahkeme kaydında hak kazandığı mehirten ibra ettiğine dair bir bilgi bulunmadığından dolayı buluğ muhayyerliği durumunda mehre ilişkin fıkıh kuralına açık bir aykırılığın söz konusu olduğu kesin değildir.

Ayntab mahkemesinde yer alan bir kayıttaki¹⁶² Hatice isimli kadın henüz baliğ değilken Ahmed ile evlendirilmiştir. Baliğ olunca nikah akdini feshettirmek için mahkemeye başvurmuştur. Hatice, şahitlerle iddiasını ispat ettikten sonra mahkeme, nikah akdinin feshine karar vermiştir. Mahkeme kaydının ilk kısmında beş kuruş önceden alınan mehir (mehr-i muaccel), on beş kuruş ise mehr-i müeccel olarak ifade edilmiştir. Ancak daha sonra tüm mehrin on beş kuruş olduğu zikredilmiştir. Müeccel olan bu on beş kuruş Hatice'ye, nikah akdi feshedilmeden önce teslim edilmiştir. Mahkeme nikah akdinin feshine karar verdiği için Hatice'ye teslim edilen on beş kuruşun

¹⁵⁹ Ekrem Güngör, "1 Numaralı Kütahya Şer'iyye Sicili (II. Bölüm) Transkripsiyonu ve Kritiği", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2006, s. 128, 129.

¹⁶⁰ Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, Hüküm No: 29, C. 40, s. 67.

¹⁶¹ Genellikle yakınlıkları dolayısıyla asabeden akrabaların çocukları küçük yaşta evlendirdikleri düşünülse de Osmanlı mahkeme kayıtlarında anne tarafından küçük yaşta evlendirilen çocukların da çok sayıda olduğu dikkat çekmektedir. Hatta bir sicil kaydına göre diğer akrabaların bulunmaması sebebiyle dayının dahi küçük yaştaki yeğenini evlendirdiği görülmektedir. İstanbul Kadı Sicilleri 95 Bab Mahkemesi 397 Numaralı Sicil (1255-1256/1839-1840), ed. Coşkun Yılmaz, Kültür AŞ, İstanbul, 2019, Hüküm No: 149, C. 95, s. 137.

¹⁶² Zemzem Yücetürk, "98/3 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili H. 1155 (M. 1742-1743) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2009, s. 171, 172.

Ahmed'e iadesine karar vermiştir. Mehrin iadesi, taraflar arasında halvet-i sahiha ve zıfah olmadığına da işaret etmektedir.

Adıyaman mahkemesinde yer alan bir kayıta¹⁶³ ise henüz baliğ olmadan evlendirilen bir kızın yaş ve cüsse olarak baliğ olmaya elverişli olduğu ifade edilmektedir. Bu kız ile kocası cima etmiştir. Daha sonra kız, baliğ olduğunda mahkemeye başvurmuş ve buluş muhayyerliği sebebiyle nikah akdinin feshini talep etmiştir. Ayrıca kocası ile aralarında cima gerçekleştiğinden dolayı iddet nafakası ve daha önce belirlenmiş olan mehirini de talep etmiştir. Mahkeme nikah akdini feshetmiş ve mehrin ödenmesine karar vermiştir. Ancak iddet nafakası talebinin cevabına ilişkin bir bilgi mahkeme kaydında yer almaktadır. Ancak taraflar arasında cima gerçekleştiği için İslâm hukuku kuralına uygun olarak iddet nafakasına da hükmedilmesi gerekmektedir.

Jennings, buluş muhayyerliğine ilişkin sicil kayıtlarına da yer verdiği makalesinde bu kayıtlardan yararlanarak birtakım çıkarımlarda bulunmuştur. Ancak bu çıkarımlarda zaman zaman isabet etmediği anlaşılmaktadır. Jennings, baba ve dedeyi ayırt etmeksizin sanki tüm velilerin buluşa ermemiş küçük çocukları evlendirdiğinde, bu çocuklar buluşa erdikten sonra nikah akdini feshedebildiklerini ifade etmiştir. Ancak kendisinin, dipnotta "Hidaye" isimli esere yaptığı atıfta da görüldüğü üzere baba veya dede tarafından gerçekleştirilen evlilik buluşundan sonra doğrudan feshedilemez.¹⁶⁴

Kadı sicillerinde buluş muhayyerliğine ilişkin olarak dikkat çekici hususlardan bir tanesi de özellikle kız çocuklarının, âdet oldukları anda hem bu durumu hem de nikah akdini feshettikleri bilgisini kesinleştirmek için iki erkek şahit çağırılmalarıdır. Genel kural olarak Hanefi mezhebinde hukuk davalarının ispatı için iki erkek veya bir erkek ve iki kadının şahitliği yeterlidir.¹⁶⁵ Ancak buluş muhayyerliği gibi kadınların utanabileceği bir hususta, incelediğimiz tüm kayıtlarda iki erkek şahidin şahit olarak çağırılması oldukça dikkat çekicidir.

4. Osmanlı Devleti Sakk Kitaplarında Buluş Muhayyerliği

Sakk: Şer'i mahkemeler tarafından verilen hüccet, ilam, temessük ve diğer şer'i muamelelerin yazılış usulüdür.¹⁶⁶ Mahkemelerde kayda

¹⁶³ İbrahim Kanadıkırık, "260 Numaralı Hısn-ı Mansur (Adıyaman) Kadı Sicilinin 1.-122. Sahifelerinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kahramanmaraş, 2005, s. 42, 43.

¹⁶⁴ C. Jennings Ronald, "Woman in Early 17 th Century Ottoman Judicial Records – The Sharia Court of Anatolian Kayseri", Journal of the Economic and Social History of the Orient, C. 18, S. 1, 1975, s. 76-80. Bu konuda diğer eleştiriler için bkz. Aydın, 1985, s. 96, 97.

¹⁶⁵ Melikşah Aydın, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 238.

¹⁶⁶ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014, s. 120.

geçirilecek belgelerin öncelikle müsveddesi katip tarafından yazılırdı. Bu müsveddeler hakim tarafından onaylanır ve ardından temize çekilirdi. Bu müsveddeler; katip, naib veya kadılar tarafından toplanırdı. Bu müsveddeleri toplayan kimselerin bir kısmı, daha sonra bunlar arasından seçtikleri belgeleri temize çekip belli bir tertiple bir araya getirmek suretiyle sakk mecmualarını meydana gelmiştir.¹⁶⁷ Sakk mecmuaları kadıların sicil kayıtlarını düzenli bir yeknesak bir şekilde yapmalarını sağladığı gibi Osmanlı'da ilgili konudaki uygulama hakkında bilgi vermesi açısından da önem arz etmektedir.

Sakk kitaplarında da buluş muhayyerliğine ilişkin önemli bilgiler yer almaktadır. Bazı sakk kitaplarında buluş muhayyerliğine ilişkin ayrı başlık açılması da bu yorumu kuvvetlendirmektedir. Çalışmamızda 4 adet sakk kitabı taranmış ve bu kitaplarda buluş muhayyerliğine ilişkin olan kayıtlar incelenmiştir. Bu kitaplar şunlardır: Tuhfetü's-sukuk, Camiu envari's-sukuk, Bedayiu's-sukuk ve Dürrü's-sukuk.

Tuhfetü's-sukuk isimli sakk kitabında yer alan bir kayda¹⁶⁸ göre; Saliha isimli kadın, ana baba bir amcası tarafından, kendisi gibi henüz buluşa ermemiş bir erkek çocukla evlendirilmiştir. Buluş gördüğünde hemen akdi feshetme talebinde bulunan ve bu durumu şahitler önünde ifade eden Saliha'nın talebi mahkeme tarafından kabul görmüştür. Tarafların nikah akitleri feshedilmiştir. Aynı eserde geçen diğer bir kayıta¹⁶⁹ ise annesi tarafından henüz buluşa ermeden evlendirilen bir kızın, buluşa erdiği anda muhayyerlik hakkını kullanarak nikah akdini feshettiği ifade edilmektedir. Diğer bir kayıta¹⁷⁰ ise amcası tarafından evlendirilen kız çocuğunun, buluşa ermesiyle beraber bu hakkını kullanarak mahkemeye başvurduğu ifade edilmektedir.

Camiu envari's-sukuk isimli sakk kitabında yer alan bir kayda¹⁷¹ göre; Nesibe isimli bir kızı, annesi küçük yaşta evlendirmişti. Tarafların arasında henüz halvet-i sahiha gerçekleşmemiştir. Daha sonra âdet olup balığa olan Nesibe, buluş muhayyerliği hakkını kullanarak nikah akdini feshetmek için mahkemeye başvurmuştur. Hakim, durumu kocaya sorduğunda koca, evlilik akdini kabul ancak diğer hususları inkar etmiştir. Bu sebeple hakim, Nesibeden beyyine talep etmiştir. Nesibe bu konuda iki erkek şahit getirmiştir. Şahitler; Nesibenin âdet olduğu anda kendilerine bu duruma haber ederek, muhayyerlik hakkını kullandığına ve nikah akdini feshettiğine şahitlik etmişlerdir. Bu sebeple mahkeme, nikah akdinin feshine karar vermiştir. Taraflar arasında halvet-i sahiha gerçekleşmediği için Nesibe'nin,

¹⁶⁷ Süleyman Kaya, "Mahkeme Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 382.

¹⁶⁸ Debbağzade Numan Efendi, Tuhfetü's-sukuk, Dârü't-Tıbâati'l-Âmire, İstanbul, 1248, s. 20, 21.

¹⁶⁹ Debbağzade, s. 21, 22.

¹⁷⁰ Debbağzade, s. 22, 23.

¹⁷¹ Yusuf Ziyaeddin b. Hac Yakub b. Ali el-İstanbuli, Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi'ş-şukuk, (Sakk-i Cedid), Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul, 1329, s. 40-42.

iddet beklemesine gerek olmaksızın dilediği kişi ile evlenebileceğine karar verilmiştir.

Camiu envari's-sukukda geçen bir kayda¹⁷² göre; Hatice isimli kızı, erkek kardeşi küçük yaşta yirmi kuruş mehr-i müccel ile evlendirmiştir. Hatice, kocası ile cima etmiştir. Daha sonra âdet gören Hatice, buluş muhayyerliği hakkını kullanarak nikah akdini feshetmiş ve bu hususta karar vermesi için mahkemeye müracaat etmiştir. Durum, davalı kocaya sorulduğu koca; evliliği, cimayı ve mehri ikrar ile kabul etmiş ancak muhayyerliği inkar etmiştir. Davalının inkar ettiği hususlarda Hatice'den beyyine talep edilmiştir. Hatice iki erkek şahit getirmiştir. Şahitler; kızın baliğ olduğu anda kendilerini çağırdığını ve muhayyerlik hakkını kullanarak kocasından ayrılmayı talep ettiğini ifade etmişlerdir. Bu sebeple mahkeme, nikah akdinin feshine, mehr-i müccelin kadına teslimine ve iddet süresi boyunca nafakaya karar vermiştir. Yukarıdaki kayıttan farklı olarak bu kayıta; taraflar arasında cima gerçekleşmiştir. Bu sebeple kadın hem mehre hem de iddet süresi içerisinde nafakaya hak kazanmıştır. Taraflar arasında halvet-i sahiha veya cima gerçekleşmediğinde ise kadın mehre ve iddet beklemeyeceği için iddet nafakasına hak kazanamayacaktır.

Camiu envari's-sukukda geçen bir diğer kayda¹⁷³ göre; Aişe küçük yaşta iken annesi tarafından evlendirilmiştir. Kocası ile aralarında cima gerçekleşmiştir. Daha sonra âdet olan Aişe muhayyerlik hakkını kullanarak, nikah akdini fesih için mahkemeye başvurmuştur. Diğer kayıtlardan farklı olarak bu örnekte Aişe'den beyyine talep edilmemiştir. Doğrudan yemin teklif edilmiştir. Aişe'nin yemini ile beraber nikah akdinin feshine karar verilmiştir. Mahkeme kayıtlarında ve sakk kitaplarındaki örneklerde zaman zaman yalnızca yemine başvurulduğu görülmektedir. Buluş muhayyerliğinde temel ispat vasıtası olan şahide başvurmadan, yemin teklif edilmesi bu konuda zaman zaman istisnai bir yönteme başvurulduğunu göstermektedir.

Dürrü's-sukukda geçen bir kayda¹⁷⁴ göre; Saliha, velisi olan amcası Muhammed Said Efendi tarafından henüz baliğa değil iken, Muhammed Said Efendi'nin baliğ olmayan oğlu Abdurrahim ile evlendirilmiştir. Daha önceki kayıtlardan farklı olarak burada, hem kız hem de erkeğin henüz baliğ olmadığı ve her ikisinin de aynı veli tarafından nikah akitlerinin yapıldığı dikkat çekmektedir. Saliha, nikah akdini öğrendiği günden beri buluşa ermeyi beklediğini ve buluşa erdiği anda da muhayyerlik hakkını kullanarak nikah akdini feshettiğini ifade etmiştir. Bu hususta mahkemeden kesin karar

¹⁷² Yusuf Ziyaeddin, s. 43, 44. Benzer kayıt için bkz. Çavuşzade Mehmet Aziz, Dürrü's-Sukuk, Dârü't-Tıbâati'l-Âmire, İstanbul, 1277, C. 1, s. 38.

¹⁷³ Yusuf Ziyaeddin, s. 44, 45. Bu konuda benzer bir ispat yöntemi de Bedayiu's-sukuk isimli sakk kitabında yer almaktadır. Bu eserde de küçük yaşta evlendirilen bir kız çocuğunun buluşa erdiğini ifade etmesi, kocasının ise evliliği kabul etmesine rağmen muhayyerliği ve feshi inkarı söz konusu olmuştur. Hakim ise kızın yemini ile beraber nikah akdinin feshine karar vermiştir. Mehmed Sadık b. Mustafa Şanizade, Bedayiu's-sukuk (Sakk-i Şanizade), Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevî's-şukuk (Sakk-i Cedid) Hamişinde, Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul, 1329, s. 36, 37.

¹⁷⁴ Çavuşzade, C. 1, s. 37, 38

talep etmektedir. Söz konusu durumlar amca Muhammed Said Efendi'ye sorulduğunda buluş muhayyerliği hariç diğer hususları ikrar ile kabul etmiş, ancak muhayyerliği inkar etmiştir. Mahkeme ise Saliha'dan beyyine talep etmiştir. Saliha, baliğa olduğu anda kendilerini şahit olarak evine çağırıldığı iki Müslüman erkeğin şahit olduklarını ifade etmiştir. Mahkeme şahitlik dolayısıyla nikah akdinin feshine karar vermiştir.

Dürrü's-sukukda geçen bir kayda¹⁷⁵ göre; Habibe, amcası tarafından küçük yaşta evlendirilmiştir. Baliğ olduğu anda, muhayyerlik hakkını kullanmış ve nikah akdini feshetmiştir. Bu durumu kesinleştirmek için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme beyyine talep ettiğinde iki Müslüman erkek şahit dinletilmiştir. Diğer kayıtlara göre mahkemenin bu durumda nikah akdini feshetmesi gerekecektir. Ancak Habibe'nin evlendirildiği kocası gaib olduğu için mahkeme, koca mahkemede hazır edilene kadar nikah akdinin feshini ertelemiştir. Bu sebeple mahkeme kararı gerçekleşene kadar Habibe'nin başka bir kişi ile evlenmemesine karar verilmiştir. Koca'nın itirazları olabileceği dolayısıyla gıyabında nikah akdi feshedilmemiştir. Nikah akdi feshedilene kadar ise geçerli bir evlilik akdi devam edecektir.

Dürrü's-sukukda geçen bir kayda¹⁷⁶ göre; Şerife Fatma, babası tarafından henüz baliğa değilken Abdullah ile evlendirilmiştir. Şerife Fatma, baliğ olduğu anda nikah akdini feshetmek için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, baba tarafında gerçekleştirilen nikah akdinde buluş muhayyerliğinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle akdi feshetmemiştir.

SONUÇ

Buluş muhayyerliği, küçük yaştaki çocukların ve akıl hastalarının evlendirilmesinde çok sayıda kişiyi yetkili sayan Hanefi mezhebinde, bu durum sonucunda meydana gelme ihtimali olan zararları ortadan kaldırmaktadır. Genellikle şefkatleri baba ve dede kadar olmayan diğer akrabaların evlendirmesi durumunda buluş muhayyerliği hakkı vaki olmaktadır. Baba ve dedenin evlendirmesi durumunda ise bu hak söz konusu olmaz. Diğer mezheplerde yalnızca baba veya dedeye icbari velayet ile küçük çocuğu evlendirme hakkı verildiği için buluş muhayyerliği, yalnızca Hanefi mezhebine has bir nitelik taşımaktadır.

Baba ve dedenin bulunmaması veya bir sebeple velayet hakkını kaybetmesi durumunda baba ve dede dışında bir kişi tarafından evlendirilen kız çocukları, erkek çocukları ve akıl hastalarının buluş ve ifakat muhayyerliği söz konusu olmaktadır. Bu muhayyerlik hakkı sayesinde buluşa eren çocuğun, akdi fesih hakkı bulunmamaktadır. Evlilik akdi ile buluş arasındaki süreçte ise velisinin yanında kalabilme hakkı söz konusu olmaktadır. Bu sebeple baba ve dede dışındaki kişilerin, çocukları küçük yaşta evlendirmeleri durumunda çocuklar açısından telafisi olmayan bir zararın meydana geldiğini söyleyemeyiz. Baba veya dede tarafından gerçekleştirilen evlilik durumunda ise bu kişilerin kötü tercih ve fasıklık ile tanınan kişiler olmaması koşulu bulunmaktadır. Ayrıca bu hususta

¹⁷⁵ Çavuşzade, C. 1, s. 38, 39.

¹⁷⁶ Çavuşzade, C. 1, s. 39.

İmameyn'e göre baba veya dede bu şekilde tanınan kişi olmasa dahi gahn-i fahiş derecesinde bir aldanma ile misil mehirden aşağı mehir ile evlilik durumunda veya denklik ilkesine uygun olmayan bir evlilik durumunda, akit doğrudan geçeriz hale gelmektedir. Bu sebeple baba ve dedenin, çocuğa zarar verecek bir uygulamada bulunması da bir bakıma önlenmiş olmaktadır.

Veliler, küçük yaşta evlilik ile çocuğun dengi olan, güzel ahlak sahibi, muttaki, cömert ve benzeri güzel özelliklere sahip kişiler ile kızını veya oğlunu evlendirmeye imkanına sahip olabilmektedir. Bu imkan her zaman için karşılığına çıkmayacağından dolayı, asıl olarak velayet altındaki çocuğun yararına olan bir evlilik akdi gündeme gelmektedir. Buluğdan önce yapılacak olan evlilik doğrudan tavsiye edilirse dahi Cumhur'un caiz olduğu hususunda ittifak ettiği bir meseledir. Bu evliliklerin yalnızca akit kapsamında olduğu ve en erken, tarafların her ikisinin de buluğa ermesi ve gerekli olgunluğa erişmesinden sonra nikah akdinin tam manası ile uygulanacağını unutmamak gerekir. Günümüz şartlarında bu yetkinin suistimal edilmesi, küçük çocukların ve akıl hastalarının bu sebeple zarara uğraması ihtimali artmıştır. Söz konusu uygulamada örf, coğrafya ve kültürel yapıyı da görmezden gelmemek gerekmektedir. Bu sebeple günümüz şartlarında, İslâm hukukunun uygulandığı devletler (Allahu Teala'nın emir ve yasaklarına dikkat edilen, şeriatın hüküm süreceği devletler) açısından devlet başkanı tarafından evlilik alt yaşı için bir sınırın takdir edilmesi makul olabilir. Küçük yaşta evlilik akdi kurulması hususu, İslâm ahkâmının kendi ahlak ve hukuk sistemi içerisinde değerlendirilmelidir. Başka bir ahlak yapısı ve hukuk sistemi içerisinde İslâm hukukuna ait bir meseleyi değerlendirmenin ne derece gerekli ve tutarlı olacağı hususunda yorumda bulunmak gerçekçi olmayacaktır.

Buluğ muhayyerliği konusu, önemine binaen fetva kitaplarında detaylı olarak mevzu edilmiştir. Buluğ muhayyerliğine ilişkin olarak Osmanlı dönemi fetva kitaplarında, Hanefi mezhebi ve özellikle de doğrudan Ebu Hanife'nin görüşüne uygun bir yaklaşımın benimsendiği anlaşılmaktadır. Osmanlı şer'iyye sicillerinde de buluğ muhayyerliğine ilişkin kayıtlar mevcuttur. Bu sicil kayıtlarında da birkaç istisna dışında Ebu Hanife'nin görüşüne uygun kararlar verildiği görülmektedir. Sakk kitaplarında her konu yer almamasına rağmen buluğ muhayyerliği konusu hemen hemen bütün sakk kitaplarında yer almıştır. Bu durum, buluğ muhayyerliğinin önemini göstermesi açısından değerlidir. Osmanlı kanunnamelerinde aile hukukuna ilişkin mevzular, tanzimatın son zamanlarına kadar klasik Hanefi fıkıh kitapları ile giderilmekteydi. HAK'a kadar bu durum devam etmiştir. Bu sebeple 1917 tarihine kadar buluğ muhayyerliği konusunda Hanefi görüşünün hakim olduğu ifade edilebilir. Ancak HAK ile beraber küçük çocukların evlendirilmesi yasaklandığı için bu kararnamede buluğ muhayyerliğine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

KAYNAKLAR

Abdülvehhab H, Ahkâmu'l-ahvâli's-şahsiyye fi's-şeri'ati'l-İslâmiyye, Dâru'l-Kütübi'l-Mısriyye, Kahire, 1357/1938.

Akyılmaz G, "Osmanlı Hukukunda Çocuk Evlilikleri", II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, C. 1, 2019, s. 149-175.

Ali Haydar, Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, çev. Raşit Gündoğdu - Osman Erdem, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2017.

Apaydın Y, "Lüzum", DİA, C. 27, s. 260-262.

Apaydın Y, "Muhayyerlik", DİA, C. 31, s. 25-30.

Apaydın Y, "Velâyet", DİA, C. 43, s. 15-19.

Araz Y, "17. ve 18. Yüzyılda İstanbul ve Anadolu'da Çocuk Evlilikleri ve Erişkinlik Olgusu Üzerine Bir Değerlendirme", Kadın / Women 2000 - Journal for Women's Studies, C. 13, S. 2, 2012, s. 99-121.

Arslan İ, "166 Numaralı (H. 980/M. 1572/1573) Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kilis, 2012.

Atar F, "Nikah", DİA, C. 33, s. 112-117.

Avcı M, Türk Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Aydın M A, "Mehir", DİA, C. 28, s. 389-391.

Aydın M A, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.

Aydın M T, "İslâm Hukukunda Evlilik-Velayet İlişkisi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2004.

Aydın M, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, Onikilevha, İstanbul, 2021.

Bal A, "1426 No'lu (Hicri 1312 / Miladi 1895) Giresun Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2014.

Bilmen Ö N, Fıkıh İlmi ve İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2016.

Bilmen Ö N, Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988.

Ceride-i İlmiyye Fetvaları, haz. İsmail Cebeci, Klasik Yayınları, İstanbul, 2009.

el-Ceziri A, Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, çev. Mehmet Keskin, Çağrı yayınları, İstanbul, 1992.

Cin H, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.

Coşan F, “Nikah Akdinin Bağlayıcılığı ve Muhayyerlikler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020.

Çavuşzade Mehmet Aziz, Dürrü’s-Sukuk, Dârü’t-Tıbbâati’l-Âmire, İstanbul, 1277.

Çeker O, İslâm Hukukunda Akidler, AHI Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Çeker O, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2016.

Danışman M A, “İslâm Hukukuna Göre Evlilikte Velayet ve Kapsamı”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 8, 2006, s. 239-258.

Debbağzade Numan Efendi, Tuhfetu’s-sukuk, Dârü’t-Tıbbâati’l-Âmire, İstanbul, 1248.

Dirlik M, “Seçimlik Bir Hak Olarak Buluğ Muhayyerliği”, Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2019, s. 61-96.

Diyarbakir Şer’iyye Sicilleri Amid Mahkemesi 3803 Numaralı Sicil (1263-1264/1847-1848), ed. Ahmet Zeki İzgöer, Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Diyarbakır, 2021.

Döndüren H, Delilleriyle İslâm Hukuku, Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras, İslâm Hukuku Külliyyatı Yayınları, Konya, 1977.

Ebu Zehra M, el-Ahvâlü’ş-şahsiyye, Dârü’l-Fikri’l-Arabî, Kahire, 1436/2015.

Fetâvâyi Hindiyeye, çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1987.

Genç M, “İslâm Hukukunda Evlendirme Velayeti”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2002.

Güngör E, “1 Numaralı Kütahya Şer’iyye Sicili (II. Bölüm) Transkripsiyonu ve Kitiği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2006.

Güngören A, “12 Numaralı Konya Şer’iyye Sicili (1074-1075/1663-1664) Değerlendirme ve Transkripsiyon”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020.

el-Halebi, Mülteka’l-Ebhur (Mecmau’l-Enhur Şerhiyle), Tahkik: Halil İmran Mansur, Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1998.

Hammad N, İktisadi Fıkıh Terimleri, çev. Recep Ulusoy, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.

İbn Abidin, Reddül-Muhtar Ale’d-Dürri’l-Muhtar, çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1983.

İbn Nüceym, el-Bahru’r-Raik Şerhu Kenzü’d-Dekaik, Tekmiletü’l-Bahru’r-Raik, Tekmile: Muhammed b. Hüseyin b. Ali et-Turi, Daru’l-Kutubi’l-İslâmi, ty.

İbn Rüşd, Bidayetü’l-Müctehid ve Nihayetü’l-Muktesid, Daru’l-Hadis, Kahire, 1425/2004.

İbnü’l-Hümam / Kadızade, Fethü’l-Kadir ale’l-Hidaye, Netaicü’l-efkar fi keşfi’r-rumuz ve’l-esrar (Tekmiletü’l-Fethu’l-Kadir), Daru’l-Fıkr, Lübnan, 1389/1970.

İstanbul Kadı Sicilleri 55 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 127 Numaralı Sicil (1090-1091/1679-1680), ed. Coşkun Yılmaz, Kültür AŞ, İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 73 Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (1162-1163/1749-1750), ed. Coşkun Yılmaz, Kültür AŞ, İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri 95 Bab Mahkemesi 397 Numaralı Sicil (1255-1256/1839-1840), ed. Coşkun Yılmaz, Kültür AŞ, İstanbul, 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663), ed. Coşkun Yılmaz, İSAM, İstanbul, 2012.

Kahveci N, İslâm Aile Hukuku, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014.

Kanadıkırık İ, “260 Numaralı Hısn-ı Mansur (Adıyaman) Kadı Sicilinin 1.-122. Sahifelerinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kahramanmaraş, 2005.

Karaçay T M, “Trabzon Şer'iyye Sicillerindeki Nikah Kayıtları (1759-1755)”, OTAM, S. 48, 2020, s. 147-176.

Karaman H, “Akit”, DİA, C. 2, s. 251-256.

Karaman H, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Kardaş H, “333 Numaralı Bitlis Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu (H. 1295-1300/M. 1878-1882)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van, 2010.

el-Kâsâni, Bedaiu's-şanai' fi tertibi's-şerâi', Daru'l-Kütubi'l-İlmiyye, 1406/1986.

Kaya K, “Mahkeme Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 279-416.

Kelebek M, İslâm Aile Hukukunda Velayet, Ravza Yayınları, İstanbul, 2015.

Koç M, İslâm Aile Hukukunda Nikah Akdinin Feshi (Osmanlı Dönemi Uygulaması), İlahiyat Kitap, Ankara, 2022.

Korkmaz Ö, “Osmanlı Uygulamaları Işığında Küçüklerin Evlendirilmesi ve Veli İzinsiz Nikah”, Bilimname, S. 37, 2019, s. 453-475.

Küçüktiryaki A Y, “Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Manastırlı İsmail Hakkı, Vesailü'l-Felah Fi Mesaili'n-Nikah, İstanbul, 1313/1895.

Mehmed Surûrî, Ahkâmü'n-nikah, Matbaa-i Hukukiye, 1329.

el-Merginani, el-Hidaye fi Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi, Tahkik: Tellal Yusuf, Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut, ty.

Mevdudi, İslâm'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları), çev. Memiş Tekin, Esra Yayınları, Konya, 1994.

el-Mevsili, el-İhtiyar li-Ta'lili'l-muhtar, Tahkik: Mahmud Ebu Dakika, Matbuatu'l-Halebi, Daru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1356/1937.

Mohammadullah O, “Mezheplere Göre Evlenmede Kadının Velayeti”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmeddin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2021.

Molla Hüsrev, Düreru'l-Hukkâm fi Şerhi Gureru'l-Ahkâm, çev. Arif Erkan, Eser Neşriyat ve Dağıtım, İstanbul, 1980.

Neticetü'l-fetâvâ (Şeyhülislam Fetvaları), der. es-Seyyid Ahmed Elendi - es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedüsi, haz. Süleyman Kaya vd., Klasik Yayınevi, İstanbul, 2014.

Uzunçarşılı İ H, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014.

Ronald C J, "Woman in Early 17 th Century Ottoman Judicial Records – The Sharia Court of Anatolian Kayseri", Journal of the Economic and Social History of the Orient, C. 18, S. 1, 1975, s. 53-114.

es-Serahsi, Mebsud, Daru'l-Maruf, Beyrut, 1414/1993.

Seydişehri M A, Kitab-ı Nikah ve Talak, Matbaa-i Hayriyye, Dersaadet, 1326-1328.

Seyyid S, Fıkhü's-sünne, Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1977.

Şaban Z, İslâm'da Evlenme ve Boşanma, çev. Ali Kerrar Ulu, Dilek Matbaası, İstanbul, 1969.

Şahin H, "Akidlerde Muhayyerlik Teorisi", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2016.

Şahin H, "Nikahta Rıza ve Cebir", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Şanizade, Bedayiu's-sukuk (Sakk-i Şanizade), Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi's-şukuk (Sakk-i Cedid) Hamişinde, Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul, 1329.

Şener M, "İslâm Hukukunda Velayet (I)", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, İzmir, 1985, s. 203-221.

Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi, haz. H. Necâti Demirtaş, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul, 2014.

Şeyhülislam Ebussuûd Efendi, Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı-Fetâvâ-yı Ebussu'ud Efendi, haz. M. Ertuğrul Düzdağ, Kapı Yayınları, İstanbul, 2012.

Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009.

Şeyhülislam Menteşzade Abdürrahim Efendi, Fetâvâ-yı Abdürrahim, Darü't-Tıbaatü'l-Âmire, 1243.

Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü'l- Fetâvâ, haz. Süleyman Kaya, vd., Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.

Yaman A, İslâm Aile Hukuku, İFAV, İstanbul, 2017.

Yazbak M, "Minor Marriages and Khiyar al-Bulugh in Ottoman Palestine: A Note on Woman's Strategies in a Patriarchal Society", Islamic Law and Society, C. 9, S. 3, 2002, s. 386-409.

Yazır E H, Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu, Haz. Sıtkı Gülle, Eser Neşriyat, İstanbul, 1997.

Yenidoğan A, "İslâm Hukukunda Küçüklerin Evlendirilmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009.

Yıldırım C, Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, Kervan Yayınevi, Konya 2017.

Yılmaz Ç, “122 Numaralı Gaziantep Şer`iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1177-1178/M.1763-1764)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kilis, 2016.

Yusuf Ziyaeddin, Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi's-şukuk, (Sakk-i Cedid), Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul, 1329.

Yüçetürk Z, “98/3 Numaralı Gaziantep Şer`iyye Sicili H. 1155 (M. 1742-1743) Transkripsiyon ve Değerlendirme”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2009.

Zeydan A, el-Mufassal Mezheplere Göre Bütün Yönleriyle Kadın ve Aile Fıkhı Ansiklopedisi, ed. Faruk Beşer, Asalet Yayınevi, İstanbul, 2019.

ez-Zuhayli V, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, çev. Nureddin Yıldız vd., Risale Yayınevi, İstanbul, 1994.

AVRUPA BİRLİĞİ GÖÇ YÖNETİMİNDE İNSAN HAKLARI İHLALİ OLARAK FRONTEX UYGULAMALARI

Frontex Practices as a Human Rights Violation in European Union Migration Management

Dr. Zehra HOPYAR*

Öz: Göçe güvenlik perspektifinden yaklaşılması sığınmacıların terörle ilişkilendirilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda Avrupa Birliği de iç sınırlarda serbest dolaşımın olduğu dış sınırların duvarlarının düzensiz göçmenlere yükseltildiği bir sistem kurma yoluna gitmiştir. Buna yönelik çok sayıda antlaşma imzalanmış, programlar oluşturulmuş ve aşamalı bir biçimde Frontex'in kurulma sürecine gelinmiştir. Avrupa Birliği'nin dış sınırlarının güvenliğinden sorumlu kurum haline getirilen ve yıllar içinde giderek güçlenen Frontex hava, deniz ve karadan yürüttüğü operasyonlar sırasında insan hakları ihlallerine neden olmaktadır. Bu insan hakları ihlalleri geri itme ve geri göndermenin içinde bulunduğu insan onuruna yakışmayan ve temel hakları hiçe sayan uygulamalardır. Çalışmada Frontex tarafından yürütülen sınır güvenlik politikalarının doğurduğu insan hakları ihlalleri ortaya konularak neden sonuç ilişkisi içinde anlaşılmasına çalışılmaktadır. Çalışmada internet yoluyla gerçekleştirilen veri analiz türlerinden olan ikincil araştırma benimsenmiştir. Son yıllardaki gelişmeler neticesinde özellikle Yunanistan sınırındaki geri itmeler, Libya'ya geri göndermelerin yoğun biçimde yaşandığı bu uygulamaların bir kısmı Frontex tarafından gerçekleştirilirken bir kısmı da üye ülkelerin eylemlerine göz yumma ve destek olma şeklinde gerçekleştirildiği sonuçlarıyla karşılaşılmıştır. Çalışmanın bir başka sonucu da somut kanıtlara rağmen Frontex'in denetlenmemesinden dolayı yaşananların devam edeceğine yönelik yaygın kanıdır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, İnsan Hakları, Frontex, Sığınma, Göç Yönetimi

Abstract: Approaching migration from a security perspective has caused asylum seekers to be associated with terrorism. In this context, the European Union has tried to establish a system in which there is free movement at internal borders and the walls of external borders are raised for irregular migrants. Numerous agreements have been signed, programmes have been established and Frontex has been gradually established. Frontex, which has become the institution responsible for the security of the external borders of the European Union and has become increasingly powerful over the years, causes human rights violations during its operations by air, sea and land. These human rights violations include pushback and refoulement, which are practices that are unworthy of human dignity and disregard fundamental rights. In this study, the human rights violations caused by the border security policies carried out by Frontex are analysed in terms of cause and effect. In the study, secondary research, which is one of the types of data analysis conducted via the internet, was adopted. As a result of the developments in recent years, it has been concluded that pushbacks and repatriations to Libya, especially at the Greek border, have been intensively experienced, some of these practices have been carried out by Frontex, while some of them have been carried out by member states in the form of condoning and supporting their actions. Another result of the study is the widespread belief that the incidents will continue due to the lack of supervision of Frontex despite concrete evidence.

Keywords: European Union, Human Rights, Frontex, Asylum, Migration Management

* Sakarya Üniversitesi Diaspora Araştırmaları Merkezi, zehrahopyar@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2028-9812.

Makale Geliş Tarihi: 10.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 03.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1473002

Giriş

Uluslararası göçlerin yoğunluğunun ve etkilerinin artması, günümüz toplumları ve devletleri için göç konusunu önemli hale getirmektedir. Göçmenlerin Avrupa ülkelerinin siyasi ve toplumsal yaşamında yer almasında farklı aktörler bulunmakta ve politika üretilmektedir. Göçmenlerin yeni konumlarının nasıl inşa edildiği ve bunun onlar üzerindeki etkileri meselenin önemli bir diğer kısmına işaret etmektedir. Göç yeni bir olgu olmamakla birlikte göçün güvenlikleştirilmesi ve siyasallaşması bugünlere aittir. Avrupa'nın göç sürecini yürütmesinde, 'güvenlikleştirirken politikalarını mesrulaştırma' yaklaşımı ağırlıktadır.

Göç meselesinin başlangıcının kolektif tarihle uyumlu bir biçimde Afrika'dan başladığı düşünülmektedir.¹ Küresel göç hareketliliklerinin ise beş dalgadan oluştuğu ifade edilmektedir:² İlk dalgayı Avrupa ülkelerinin sömürgeci girişimleriyle başlayan ve Birinci Dünya Savaşı bitene kadar devam eden süreçteki göçler oluşturmaktadır. İlk dalga ile aynı dönemde fakat farklı yönlere gerçekleşen ikinci dalga ise Avrupalıların sömürgelere göçüdür. Birinci Dünya Savaşı'nın ardından imparatorlukların dağılarak yeni devletlerin ortaya çıktığı dönemde yaşanan göç hareketleri üçüncü dalgayı oluşturmaktadır. Dördüncü dalgada ise II. Dünya Savaşı'ndan sonra sömürgecilik sona ermesiyle sömürge ülkelerinden yaşanan göçler bulunmaktadır. Son olarak ise işgücü göçleri yaşanmıştır. Bunları takiben 1989'da Berlin Duvarı'nın yıkılmasının ardından Doğu Almanya'dan Batı Almanya'ya gerçekleşen göçler, 1991'de Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla eski Sovyet vatandaşlarının yeni yurt arayışları neticesindeki göçler, 1991 Körfez Krizi sonucunda milyonlarca kişinin bulunduğu ülkelerden ayrılmasıyla ortaya çıkan göçler ve 2000'li yıllarla beraber artan düzensiz göçler, niteliklilerin göçü ve emeklilerin göçü gerçekleşmiştir.

Yaklaşık son yirmi yılda belirgin biçimde hissedilen iki gelişme pek çok ülkenin sınırlarını kontrol etme biçimini şekillendirmiştir. Bunlar küreselleşmenin sürekli hızlanması ve artan güvenlik endişeleridir. Hızlanan küreselleşme ile iletişim kanalları hareketlilikleri artırmıştır. Bununla birlikte küresel rekabetin artmasıyla ekonomik büyümeye katkı sunabilecek göçmenleri çekmeye yönelik politikalar izlenmiştir. Aynı zamanda küreselleşme çağındaki hükümetlerin ekonomik krizlerin etkilerini dışsallaştırma adına sıklıkla başvurduğu yöntemlerin başında göçmenlerin kullanılması gelmektedir. Küreselleşme ile güvenliğe dair kaygılar göç meselesini pek çok ülkenin siyasi gündeminde üst sıralara taşımıştır. Göç alan ülkeler turistler, iş insanları gibi bazı göçmen gruplar ve ziyaretçiler için kapılarını açık tutarken, yerlileri işlerinden edeceği veya güvenlik riski oluşturacağı düşünülenler için sınırlarını güçlendirmişlerdir. Sınır kontrolünde daha fazla hassasiyet arayışında olan devletler yeni teknolojileri

¹ Ian Goldin/ Geoffrey Cameron/ Meera Balarajan, *Exceptional People: How Migration Shaped Our World and will Define Our Future*, Princeton University Press, New Jersey, 2011, s. 11.

² Nermin Abadan Unat, *Bitmeyen Göç: Konuk İşçilikten Ulusötesi Yurttaşlığa*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 75-78.

benimsemiş, sorumluluklarını devlet dışı aktörlere kaydırmış ve çok taraflı ve ikili anlaşmalar geliştirmiştir.³

Ekonomik bütünleşmeyi sağlayan Avrupa ülkeleri siyasi entegrasyona yönelerek iç sınırların kaldırılması ve ortak bir göç ve sığınma politikası oluşturulması yönünde bir dizi antlaşma imzalamıştır. Bunların neticesinde 2004 yılında Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (Frontex) kurulmuş, kendi içinde entegre ama dış sınırların kapalı olduğu bir yapının oluşturulmasında rol oynamasına imkân tanınmıştır.

Zaman içinde artan göç hareketleri Frontex'in görev ve yetki alanının genişlemesi ve dolayısıyla bütçesinin artmasıyla sonuçlanmıştır. Frontex'in düzensiz göçün durdurulması veya engellenmesine yönelik sıklıkla başvurduğu geri itme ve geri gönderme uygulamaları, bunlardan doğan insanlık dışı muamelelerin de artması uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlalleriyle neticelenmektedir. Bu ihlallere insan hakları örgütleri, sivil toplum kuruluşları ve medya aracılığıyla tanıklık edilmektedir.

Çalışmada Avrupa Birliği'nin ortak göç politikasını oluşturmak amacıyla imzalanan antlaşmalar ile düzenlenen programlar ve bunlardan hareketle uygulamaların zaman içinde yaşadığı değişim ve aşamalardan ilk olarak bahsedilmektedir. Sonra Frontex'in kuruluşu, yapısı, görev ve yetkilerine değinilmektedir. Son olarak Frontex'in uluslararası hukuka aykırı biçimde yarattığı hak ihlalleri örneklerle açıklanmaya çalışılmaktadır.

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ORTAK GÖÇ POLİTİKASININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da sanayileşme ve ekonomik gelişim süreci başlamıştır. Sanayideki iş gücü ihtiyacını göçmen işçilerle çözen Avrupa ülkeleri gelişmekte olan ülkelerden kişileri kabul etmiştir. Yetmişli yıllara kadar devam eden göç, Petrol Krizi'nin yarattığı ekonomik durgunluktan nasibini almış, hükümetler engelleyici önlemlere başvurmuştur. Fakat bu önlemlere rağmen Avrupa'ya göç yasal ve yasal olmayan yollarla sürmüştür. Seksenli yıllarla beraber göçün engellenmesinin altında yatan neden ekonomik olmanın ötesine geçerek toplumsal ve politik bir gerekçeye doğru evrilmeye başlamıştır. Doksanlı yıllarda Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Doğu Bloku'nun çökmesi Avrupa'ya yönelen yeni bir göç hareketini başlatmıştır. 11 Eylül olayları ise göçü terörle ilişkilendirerek kavranmasına neden olmuş, göçmenler Avrupa devletleri ve toplumları için önemli bir tehdit unsuru haline gelmiştir. Bu doğrultuda göç hareketlerini kontrol altına almak amacıyla ortak bir politika ve sistem oluşturma gayreti başlamıştır. Schengen Antlaşması ile başlayan günümüzde de hala devam eden bu gayret süreci çeşitli aşamalardan oluşmaktadır.

³ Goldin ve diğerleri, 2011, s. 153.

A.KÜRESEL ANTLAŞMALAR

1.Cenevre Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı sonunda tüm dünyayı etkileyen göç hareketleri uluslararası düzenlemelere duyulan ihtiyacı artırmıştır. 1948 yılında yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan "Herkes gördüğü zulüm karşısında sığınmadan yararlanma hakkına sahiptir" (Madde 14) ifade sığınmanın bir hak olarak kabul görülmesini mümkün kılarak bu düzenlemelerin temelini oluşturmaktadır. Ancak bireylere ilticayı bir hak olarak tanıyan bu madde devletlere sorumluluk yüklememektedir. Bir başka deyişle bu madde ile kişilerin iltica talepleri hak kapsamına alınırken sığınma talebinde bulunulan ülkelerin inisiyatifine terk edilmiştir. Hiçbir yaptırım içermemesine rağmen kendinden sonraki metinlere kaynaklık ederek hukuki bağlayıcılığı olan uluslararası anlaşmalara duyulan ihtiyacı ortaya koymuştur.⁴

1951 yılında imzalanan Cenevre Sözleşmesi ile mülteci kavramı, hakları ve sorumlulukları tanımlanmış, uluslararası korumanın yaygın hale getirilmesi amaçlanmıştır. Buna göre '1951'den önce' ve 'Avrupa'da' gerçekleşmiş olaylar sonucunda ülkesini terk etmek zorunda kalmış kişiler mülteci olarak tanımlanmıştır. Bu durum anlaşmanın 'zaman' ve 'yer' bakımından iki kısıtlama öngördüğüne işaret etmektedir.⁵ Bu kısıtlamalar 1951'den sonra Avrupa dışında gördüğü zulüm nedeniyle ülkesini terk etmek zorunda kalanları mülteci tanımının dışında bıraktığından artarak devam eden göç hareketlerine yönelik ihtiyaca cevap vermede yetersiz kalmıştır.

2.New York Protokolü

1967 New York protokolü veya Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Protokol olarak adlandırılan bu sözleşme ile Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan 'yer' ve 'zaman' sınırlaması sonlandırılmıştır. Metinde zaman kısıtlamasına tekabül eden "1951 öncesinde meydana gelmiş olaylar" ve yer kısıtlamasına karşılık gelen "Avrupa'dan gelen sığınmacılar" ifadeleri kaldırılmıştır. Bu protokol ile 1951 sonrasında meydana gelmiş olaylar nedeniyle Avrupa dışından gelenler de mülteci statüsü çerçevesinde değerlendirilmeye başlanmıştır.

⁴ Zehra Hopyar, "Türkiye'de Suriyelilere Yönelik Uygulanan Entegrasyon Politikaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Sosyoloji, Sakarya, 2017, s.41-42.

⁵ Türkiye de Cenevre Sözleşmesi'ni 1961 yılında kabul etmiş, yer ve zaman kısıtlamalarını onaylamıştır. Bu doğrultuda 1951'den önce Avrupa'da olan olaylar nedeniyle iltica talebinde bulunanlar için mülteci statüsünü tanıyacağını belirtmiştir. 1967 Protokolü ile Türkiye zaman kısıtlılığına son verirken yer kısıtlılığını sürdürmektedir. Başka bir ifadeyle yalnızca Avrupa'dan gelenleri mülteci olarak kabul etmekte yani coğrafi çekince koyarak bu protokolü kabul etmektedir. 2014 yılında yürürlüğe giren Yabancılar Uluslararası Koruma Kanunu ile Avrupa dışından gelenler şartlı mülteci (eski ismiyle sığınmacı) olarak adlandırılmıştır.

B. BÖLGESEL ANTLAŞMALAR, ZİRVELER VE PROGRAMLAR

I.Schengen Antlaşması

Avrupa'daki endüstriyel büyüme neticesinde ortaya çıkan işgücü ihtiyacı gelişmekte olan ülkelerden gelen misafir işçilerle karşılanmış ve bu sayede Avrupa'ya doğru büyük bir emek göçü yaşanmıştır. Fakat zamanla göçmen sayısının sürekli artışı ile Avrupa ve küresel ölçekteki ekonomik ve siyasi krizler göçün durdurulmasına yönelik adımlar atılmasına neden olmuştur. İç sınırların kaldırılarak ortak göç politikaların oluşturulmasına yönelik adımların atılması gerekliliğinin dile getirilmesiyle önemli gelişmelerin başında Schengen Antlaşması gelmektedir.

1985 yılında Avrupa Topluluğu ülkelerinden Fransa, Batı Almanya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg tarafından imzalanarak bu devletlerin ortak sınırlarındaki kontrollerin kaldırılmasını hedefleyen antlaşmadır.⁶ Fakat Schengen Uygulama Sözleşmesi 1990'da imzalanırken uygulamaya geçmesi 1995 yılına bulmuştur. Ayrıca bu süreçte İtalya, İspanya, Portekiz, Yunanistan, Avusturya, İsveç, Finlandiya, Danimarka ile birlik ülkesi olmayan Monako, İzlanda ve Norveç bazı ülkeler Schengen Antlaşmasını imzalamışlardır.⁷ Schengen Uygulama Sözleşmesi ile sözleşmeye taraf olan ülkelerin sınır kontrollerini kaldırarak serbest dolaşımın mümkün kılınması ve ortak bir dış sınır oluşturulması hedeflenmiştir. Dış sınırlara yönelik vize rejimi, polis, gümrük, adalet, terörizm gibi konularda ortak bir anlayış çerçevesinde bir tutum belirlemeye dair kurallar söz konusu olmuştur.⁸ Antlaşma doğrultusunda Schengen Bilgi Sistemi adıyla bir veri tabanı kurularak sınır ve polis kontrolleri, suçların önlenmesi, suçluların yargılanması, vize ve oturma izinlerinin verilmesi gibi konularla ilgili verilerin toplanması ve paylaşılması mümkün olmuştur.⁹ Bu veri tabanı uygulaması iç sınırları yok olsa da dış sınırları keskinleşen adeta kaleye dönüşen 'Kale Avrupası' adlandırmasına neden olmuştur.¹⁰

Görüldüğü gibi oluşturulan Schengen alanı ile göç hareketlerine yönelik kontrol mekanizmalarının hâkim olduğu ortak bir dış sınır oluşturulmuştur. Schengen sistemi ortak bir göç ve mülteci politikasının eksikliğinin giderilmesine yönelik ilk adımlardan biridir. Lakin Avrupa'nın dış sınırlarını korumak amacıyla birlik üyesi ülkelerin uyguladığı sert uygulamaların çoğu zaman gayri insani olması ve düzensiz göçmenlerin

⁶ Avrupa Komisyonu, Schengen Agreement and Convention, (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/schengen-agreement-and-convention.html>), (s.e.t.: 10.01.2024).

⁷ N. Aslı Şirin Öner, "Çabalar Sonuç Verecek mi? Avrupa Birliği'nin Ortak Bir Göç ve Sığınma Politikası Oluşturma Girişimleri", Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar. S. Gülfer İhlamur-Öner ve N. Aslı Şirin Öner (der.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 544.

⁸ Öner, 2015, s. 544.

⁹ Öner, 2015, s. 544.

¹⁰ Ayhan Kaya/ Aslı Aydın, Avrupa Birliği Hakkında Merak Ettikleriniz, Hiperlink yayınları, İstanbul, s. 106.

kriminalize edilmesi gibi nedenlerle Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile insan hakları bağlamında eleştirilmektedir. Bu antlaşma iç sınırların kaldırıldığı bir alanın varlığına rağmen dış sınırlara yönelik yüksek duvarların örülmeye başlandığı bir sürece tekabül etmektedir.

2.Maastricht Antlaşması

Avrupa Birliği'nin ortak göç politikası oluşturma çabasının önemli bir aşaması bu antlaşma ile sağlanmıştır. Schengen Antlaşması ile iç sınırların kaldırılması ve Avrupa Tek Senedi ile ortak bir pazar amacının varlığı bu anlaşmanın imzalanma sürecini hızlandırmıştır.¹¹ 1992 yılında Avrupa Topluluğu tarafından imzalanan Maastricht Antlaşması ile topluluk birliğe dönüşmüştür. Antlaşmada birliğin hedefleri, iç sınırların kalktığı, ekonomik ve sosyal bütünleşmenin güçlendirildiği; ortak bir savunma politikasının yürürlüğe konulması; birlik vatandaşlığı kurularak üye devletlerin uyruklarının haklarının ve çıkarlarının korunması; yargı ve içişleri alanında güçlü bir iş birliğinin sağlanmasıdır.¹²

Üye ülkelerin ilticaya yönelik usullerin ihlalinin önlenmesi, iltica talebinde bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının sayısının azaltılması, düzensiz göçle mücadele edilmesi gibi göç politikalarına yönelik konular antlaşmada odaklanılan önemli başlıklar arasında yer almıştır.¹³ Üye devletlerin kolluk kuvvetlerince yürütülen operasyonlarının ve kamu düzenini korumak için gerekli gördüğü tedbirlerin sorgulama veya denetleme yetkisinden bağımsız kılınmıştır.¹⁴ Bu da temel haklardan olan sığınma hakkının güvenlik gerekçesiyle sınırlamalara maruz kalabileceğinin önünü açmaktadır.

Bu antlaşmada önemli olan bir başka mesele de 'Avrupa Birliği vatandaşlığıdır.' Buna göre birlik üyesi ülkelerin vatandaşları Avrupa Birliği vatandaşı olarak kabul edilecektir. Bununla üye bir devletin vatandaşları diğer üye devletin sınırları içinde serbest dolaşım ve ikamet hakkı elde etmiştir. Avrupa Birliği vatandaşlığına getirilen en büyük eleştirilerin başında birlik topraklarında yaşayan ama Avrupa Birliği vatandaşı olmayanları kapsamamasına yöneliktir.¹⁵ Görüldüğü gibi Maastricht Antlaşması ile oluşturulan Avrupa Birliği vatandaşlığı ile üye devletlerin vatandaşlarının serbestçe dolaşımı mümkün kılınmasına rağmen üçüncü

¹¹ Mertcan Turan, Avrupa Birliği Güvenlik Odaklı Göç Politikalarının İnsan Haklarına Etkisi: Frontex'in Operasyonları ve Yapısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Uluslararası İlişkiler, Kocaeli, 2021, s.30.

¹² İktisadi Kalkınma Vakfı, Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma Maastricht Antlaşması, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 4.

¹³ Melis Başaran, Frontex'in Kullandığı Müdahale Biçimlerinin Uluslararası Hukuktaki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Uluslararası İlişkiler, Antalya, 2022, s.6.

¹⁴ AB Başkanlığı, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, 2011.

¹⁵ Öner, 2015, s. 548-549.

ülke vatandaşlarının iltica taleplerine yönelik uygulamalarda detaylı bir düzenlemeye gidilmemiştir.

3. Amsterdam Antlaşması

Sınırların yeniden ele alındığı Schengen Antlaşması ile başlayan süreç Maastricht Antlaşması'ndaki değişikliklerle Avrupa Birliği'ne dönüşmüş ve ihtiyaç duyulan diğer aşamaları gündeme getirmiştir. 1999'da yürürlüğe giren antlaşmada güvenlik, özgürlük, adalet ve göç alanlarında iş birliği içinde olma, Schengen müktesebatının Amsterdam Antlaşması'na dahil edilmesi, sürdürülebilir kalkınma hedefleri, kriz yönetim kapasitesinin geliştirilmesi başlıca konular arasındadır.¹⁶

Ortak sığınma politikası oluşturma çabası açısından Amsterdam Antlaşması'nın getirdiği yeniliklerden biri göç ve sığınma ile ilgili uygulamaların ve politikaların ayrı bir maddede (63. Madde) düzenlenmiş olmasıdır. Göç ve göçmen politikaları, iltica talebinde bulunanlar, birlik üyesi bir ülkede yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının diğer üye ülkelerden ikamet izni alabilmelerinin önünün açılmasına yönelik düzenlemelere bu maddede yer verilmiştir.¹⁷ Ayrıca yine bu antlaşma ile Schengen Antlaşması Avrupa Birliği müktesebatının parçası haline getirilmiş ve bu sayede birlik üyesi ülkeler sınır kontrollerinin sorumluluğunu birliğe devretmişlerdir.¹⁸ Amsterdam antlaşmasının getirdiği bir başka değişiklik ise birliğe tanınan yetkilerin sınırları içinde, ayrımcılıkla mücadele etmek için uygun girişimlerde bulunma yetkisinin tanınmış olmasıdır.¹⁹

4. Tampere Zirvesi

1999 yılında toplanılan Tampere Zirvesi sonunda AB düzeyinde ortak bir göç politikası oluşturarak güvenlik, adalet ve özgürlük alanları oluşturulmuştur. Organize suçların sonlandırılması, mülteci veya geçici koruma statüsü tanınmasına yönelik ortak bir kurallar bütünü oluşturulması, adalete erişimin güçlendirilmesi, uzun süre ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının haklarının artırılması hususlarını içeren bazı maddeler²⁰ üzerinde uzlaşmıştır.²¹ Görüldüğü gibi Tampere programı ile

¹⁶ Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=EN>, 1997, (s.e.t.: 13.01.2024).

¹⁷ Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=EN>, 1997, (s.e.t.: 13.01.2024).

¹⁸ Öner, 2015, s. 550.

¹⁹ Burak Tangör, "AB Temel Haklar Politikası ve Eleştirileri. İnsan hakları Yılığ", 35, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihy/issue/62004/928159>, s. 115-139.

²⁰ Bu maddeler şu şekildedir: Kaynak ülkelerle iş birliği, ortak bir Avrupa sığınma sistemi, üçüncü ülke vatandaşlarına adil muamele, göç akınlarının yönetimi, Avrupa'da hukuka daha etkin erişim, yargısal kararların karşılıklı olarak tanınması,

Avrupa sığınma sistemi, düzenli göç ve göçmenlerin entegrasyonu, düzensiz göç ile mücadele, kaynak ve transit ülkelerle iş birliğini içeren ortak bir göç ve sığınma politikası öngörülmüştür.²² Bir başka deyişle Tampere döneminde ortak bir sığınma sistemi, birliğin dış sınırlarının korunması, yasal olmayan girişlere izin verilmemesi, iltica talebinde bulunanlara yönelik tanınan koruma türlerinde uzlaşma gibi konuları içeren yasal bir çerçevede mutabık kalınması amaçlanmıştır.²³

Üzerinde uzlaşmış bir sığınma sistemi oluşturma sürecindeki bir aşama olan Tampere Zirvesi sığınmacı hakları ve geri göndermeme ilkesine vurgu yapması açısından da önemli bulunmaktadır.²⁴ Tampere Zirvesi'nin bir taraftan başta Cenevre Sözleşmesi olmak üzere tüm insan hakları metinlerini yok saymadan ama düzensiz göçe karşılık sınırların daha netleştirilerek ortak bir sığınma sistemi oluşturma çabası içinde olduğu söylenebilir. Göçü siyasallaştırma, sivil toplum kuruluşlarının sürecin dışında bırakılması gibi nedenlerle demokratik olmaması bağlamında eleştirilmektedir.²⁵

5.Lahey Programı

2004 tarihinde kabul edilen Lahey programı Tampere Zirvesi'nin devamı niteliğinde olup, ortak güvenlik, özgürlük, adalet hedeflerinin geliştirilmesine yönelik bir adım olarak görülmektedir. Bu programda “sığınma, göç ve sınır politikaları, ortak sığınma sisteminin inşa edilmesi, düzenli göçün AB'ye katkıları ve kayıtdışı istihdamla mücadele edilmesi, menşe ve transit ülkelerle ortaklık, geri dönüş ve geri kabul politikalarının belirlenmesi, sınır kontrollerinin artırılması, düzensiz göçle mücadele edilmesi, biyometrik ve enformasyon veri sistemlerinin kurulması, vize politikasının tespit edilmesi ve bilgi alışverişinin iyileştirilmesi” gibi hedefler belirlenmiştir.²⁶ 2005 yılında Avrupa Birliği Konseyi tarafından Göçe Dair

AB üyesi ülkelerin hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması, suçun önlenmesi, suç karşı iş birliğinin güçlendirilmesi, kara para aklanmasını önlemeye yönelik özel eylemlerde bulunulması.

²¹ European Parliament, Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions, https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm, 1999, (s.e.t.: 13.01.2024).

²² Orhan Koçak/ R. Demet Gündüz, “Avrupa Birliği Göç Politikaları ve Göçmenlerin Sosyal Olarak İçerilmelerine Etkisi”, C. 6, S.12, 2016, Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, , s.75.

²³ Nail Öztaş/ Selman Salim Keşgin, Uluslararası İnsan Hareketliliklerinin Yönetimi ve Göç Politikaları, VI. Kamu Politikaları Çalıştayı, Sakarya, 2015, s.64.

²⁴ Zerrin Savaşan, “AB'de Sığınma Hakkı: Ortak Sığınma Sistemi Oluşturma Amacı Ve Devam Eden Kısıtlamalar”, 2009, İnsan Hakları Yılı, s. 27.

²⁵ Tony Bunyan, The Story of Tampere An Undemocratic Process Excluding Civil Society, Statewatch Briefing, (2003), <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2008/aug/tampere.pdf>,

²⁶ Adem, Akgün, Avrupa Birliği'nin Değişen Göç Politikalarının Sığınma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Küresel Yaklaşım kabul edilmiş ve bu doğrultuda Avrupa Birliği'nin kaynak ülkelere ekonomik destekte bulunarak iş birliği içinde olması, güvenli üçüncü ülke ve geri kabul antlaşmalarının desteklenmesine değinilmiştir.²⁷ Ayrıca bu dönemde birliğin dış sınırlarının korunması ve operasyonel faaliyetlerin yürütülmesi ile ilgili yetkilendirilmiş Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı (Frontex) kurulmuştur.²⁸

6.Lizbon Antlaşması

2009'da yürürlüğe giren antlaşmada Maastricht Antlaşması ile inşa edilmiş üç sütunlu yapı değiştirilerek iki sütunlu yeni bir yapı oluşturulmuştur. Buna göre Avrupa Birliği Antlaşması'nda AB yapı ve örgütlenmesi, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmasında ise birliğin işleyişi, kurumlarının görev ve yetkileri gibi hükümlere yer verilmiştir.²⁹ Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın özgürlük, güvenlik, adalet başlığında göç ve sığınma konularına değinilmiş, yetkilerin Avrupa birliği kurumları ile üye devletler arasında paylaşılması ifade edilmiştir. Antlaşmanın getirdiği diğer yenilikler dış sınırlar ile iç güvenliğin bütünleştirilmiş yönetimi, iltica taleplerine yönelik tanınan koruma türlerinin (mülteci, ikincil koruma, geçici koruma) geliştirilmesidir.³⁰

Lizbon antlaşması'da yaşanan değişimler eleştirilere yönelik temel hakları referans alan bir gelişim gösterme çabası olarak okunabilmekle birlikte yaşanan hak ihlallerine çare olamamıştır.

7.Stockholm Programı

Programda sınır yönetimini koruyan ve geliştiren amaçlar tekrarlanmıştır. Programda belirlenen altı konu başlığı şu şekildedir: "Adalet ve hukuk Avrupası, sığınma ve göç alanında sorumlulukla birlikte ortaklık ve dayanışma, Avrupa Birliği'nin dış politikasında özgürlük, güvenlik ve adalet alanının geçerli olması, terörizm, organize suç ve diğer tehditlerle mücadele, vatandaşlık ve temel hakların teşvik edilmesi, Avrupa Birliği sınır yönetimi ve vize politikalarıdır."³¹ Dayanışma ilkesinin artırılması gerekliliğinin altının çizildiği metinde dış sınırlara yönelik kontrollerin artırılması için Frontex ile iş birliği içinde olunması, göç, güvenlik, gümrük konularına dair başlıklarda 'rasyonelleşme' kavramına işaret edildiği görülmektedir.³² Buradaki

İnsan Hakları Anabilim Dalı, İstanbul 2016, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, s.89.

²⁷ Akgün, 2016, s.89.

²⁸ Öner, 2015, s. 553.

²⁹ Öner, 2015, s. 558.

³⁰ Öner, 2015, s. 558.

³¹ Stockholm Programme, [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009IP0090\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009IP0090(01)&from=EN), 2009, (s.e.t.: 13.01.2024).

³² Pelin Sönmez, Avrupa Birliği'nde Yeni Dönem Post kolonyal İlişkiler ve Göç Politikaları Diyaloğu. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014

rasyonelleşmeden kasıt nitelikli iş gücüne duyulan ihtiyacı düşündürmektedir.

Bu süreçte Avrupa Birliği'nin sınırlarına yönelen düzensiz göç hareketlerindeki artış ve Frontex'in birliğin önemli organlarından biri haline gelmesi temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine neden olmuştur. Göçün güvenlikle ilişkilendirilerek ele alınması, temel hakların ihlali ve Avrupa'ya gelmek isteyenlerin Avrupa'nın dışında bırakılmasına yönelik uygulamalara başvurulmasıyla sonuçlanmıştır.

8.Dublin Tüzüğü (I-II-III)

Avrupa ülkelerinin iltica hakkındaki yasal çerçevesinin önemli bir aşamasını oluşturmaktadır. Bu sözleşme ile sığınma başvurularını incelemekle görevli ülkenin belirlenmesine yönelik adım atılmıştır. Buna göre 'başvuru sahibinin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne göre daha önceden mülteci statüsünü kazanmış olan aile üyelerinin olduğu üye devlet, başvuru sahibine oturma izni veren veya vize vermiş olan üye devlet, bir üye devlette yaşamakta olan ve altı aydan fazla önceden başvuru yapmadıkça başvuru sahibinin yasadışı yolla girdiği ilk üye devlet, vize talep edilmeyen üçüncü ülke vatandaşı olmadıkça başvuru sahibinin girişini kontrol etmekten sorumlu olan üye devlet, başvuru sahibinin transit havayolu ile geçiş yaptığı üye devlet, başvurunun yapıldığı üye devlet' sığınma başvurusunu incelemekle yükümlü devlettir.³³ Dublin Antlaşması ile Avrupa ülkelerine yapılan iltica başvurularının üye ülkelerce ayrı ayrı değerlendirilmesine gerek kalmadan topluluk tarafından belirlenen bir üye ülke tarafından değerlendirilmesine karar verilmiştir.³⁴ Bu sayede bir kişinin üye ülkelerin tamamında iltica başvurusunda bulunarak sığınma sistemini kötüye kullanmasının önüne geçilmiş olacaktır.³⁵ Lakin sığınma sistemi hem antlaşmada belirtildiği gibi yürütülmemiş hem de dayanışmadan uzak olduğu gerekçesiyle memnuniyetsizliklerle karşılaşmıştır.

Kendinden önceki Dublin Antlaşması'nda olduğu gibi Dublin II'de de temelde sığınma talebini değerlendirme sorumluluğu olan ülkenin belirlenmesini ele almıştır. Dublin Antlaşmasının uygulanması esnasında ortaya çıkan sorunların göz önüne alınarak iltica başvurusunda bulunan kişilerin parmak izlerinin karşılaştırılması amacıyla Avrupa Birliği Parmak İzi Veri tabanının (Avrupa Daktiloskopi-EURODAC) oluşturulması konusunda karara varılmıştır. 14 yaşından büyük tüm sığınmacıların parmak izinin kayıtlı olduğu bu sistem ile hem yasal olmayan yollarla bir üye devlete giriş yapmış bireylerin tespiti hem de Dublin I'in uygulanmasını zorlaştıran kişinin iltica talebinde bulunduğu ilk ülkenin belirlenmesi mümkün olacaktır. Dublin Yönetmeliğince hem bireyin sığınma hakkını dilediği ülkeden yana

³³ Enver Bozkurt/ Mehmet Özcan, Avrupa Birliği Temel Mevzuatı, Asil Yayınları, Ankara, 2008.

³⁴ Andrew Geddes, International Migration and State Sovereignty in an Integrating Europe. International Migration, 39(6), 2001, s.24.

³⁵ Cansu Güleç, "Avrupa Birliği'nin Göç Politikaları ve Türkiye'ye Yansımaları", 2(2), 2015, TESAM Akademi Dergisi, s.85.

kullanması engellenmekte hem de üye devletler arasında eşit olmayan sorumluluk ve görev paylaşımına gidildiği görülmektedir. Bu eşitsizlik sınır ülkelerinin yükünü artırırken zaman zaman ülkeler arası huzursuzluklara da yol açmaktadır.

Dublin II'yi yeniden biçimlendirmek amacıyla hazırlanan Dublin III, sığınmacıların hakları, üye devletlerin yükümlülükleri, uluslararası hukuk kuralları ile uluslararası mahkeme kararları özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları dikkate alınarak Dublin III oluşturulmuştur.³⁶ Dublin III sisteminde üye devlete uluslararası koruma başvurusu yapılır yapılmaz sığınma başvurusundan sorumlu üye devletin belirlenme süreci başlayacaktır. Dublin III'ün yeniliklerinden biri her üye devletin bir üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız bir kişi tarafından kendisine yapılan sığınma başvurusunu kendi sorumluluğunda olmasa bile incelemeye karar verebilmesidir.³⁷ “Uluslararası koruma başvurusunun yapıldığı ve sorumlu üye devleti belirleme sürecini yürüten üye devletin karar almadan önce özellikle kültürel mülahazalara dayanan insani gerekçelerle başka bir üye devletten sığınmacının kabul edilmesine ilişkin talepte bulunabilmektedir”.³⁸

Sonuç olarak Dublin tüzükleri üç ana konuya odaklanmaktadır: İlki sığınmacıların Avrupa Birliği'ndeki iltica başvurularında tek hakları olduğu ve reddedilmesi durumunda üye devletlerin tamamının karşılıklı karar alması gerekmektedir. İkinci olarak sığınma başvurusunu incelemekle sorumlu üye devlet Dublin sistemindeki kriterler uyarınca belirlenmektedir. Sığınmacıların başvuruyu incelemekten sorumlu üye devlete transfer edilebilmesi de sonucudur.³⁹

Avrupa Birliği'nin ortak sığınma politikası oluşturma ve düzensiz göçü sınırları dışında bırakma gayretine işaret eden tüm bu hukuki çerçeve başarılı olamamış, uzlaşma çabası sürmektedir. Avrupa Birliği'nin bu politikalarının neticelerini gelinen noktada Avrupa'nın sınır ülkeleri ve sığınmacılar yaşamaktadır. Sınır ülkelerinin artan sorumlulukları süreci yönetmelerindeki yapıcılığa zarar vermekte, politikalarının sertleşmesine neden olabilmektedir. Bu da her geçen gün insan hakları hukukundan uzaklaşarak hak ihlallerinin derinleşmesiyle sonuçlanmaktadır.

³⁶ Kutluhan Bozkurt, AB Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku, Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 137.

³⁷ Türkan Melis Parlak, Avrupa Birliği Mülteci Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri, Özyeğin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, 2021, İstanbul, s.41.

³⁸ Parlak, 2021, s. 42.

³⁹ C. Garcés-Mascareñas, “Why Dublin “Doesn't Work””, Notes Internacionales CIDOB, 135, 2015, s. 2.

II.FRONTEx: AVRUPA SINIR VE SAHİL GÜVENLİK AJANSI

A.KURULUŞU, YAPISI VE GÖREVLERİ

Amsterdam Antlaşması'nda birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakkını sürdürerek 'güvenli' bir alan ifadelerine yer verilmişti. Bu doğrultuda önceki düzenlemelerde yer alan 'adalet ve içişlerinde iş birliği' başlığı Amsterdam Antlaşması'nda 'özgürlük, güvenlik, adalet alanı' olarak nitelendirilerek bu güvenli alan meselesi ön plana çıkarılmıştır. Bu güvenli alanla kasıt düzensiz göçle mücadelenin olduğu, dış sınırların kontrol altında tutulduğu, suçla mücadele edildiği bir resimdir. Sonrasında da devam eden çok sayıda antlaşma, zirve, program neticesinde birlik üyesi devletlerin dış sınırlarındaki iş birliğin yönetilmesi için Avrupa Sınır ve Sahil Güvenlik Ajansı'nın kurulmasına karar verilmiş, 2004 yılında resmi olarak Frontex kurulmuştur.

Frontex'in kurulduğunu gösteren tüzüğün ilk maddesinde Avrupa Birliği içinde kişilerin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla yüksek seviyede kontrol ve gözetim içeren entegre bir yönetimin kurulması şeklinde Frontex'in amacı belirtilmiştir.⁴⁰ Başlangıçta bu doğrultuda dış sınırların denetimine yönelik operasyonel faaliyetlerin sürdürülmesi, geri dönüşe yönelik faaliyetlerde bulunulması, risk analizlerinin sunulması olsa da zamanla yetkileri artmıştır. Şüphesiz Avrupa'nın artan 'göç fobisi' bunun ilk nedenidir.

Frontex'in yönetim kurulunda üye ülkelerden birer temsilci ve Avrupa Komisyonu'ndan iki uzman temsilci bulunmaktadır. Bu yönetim kurulunun yanında icra direktörü, icra direktör yardımcıları, temel haklar görevlisi ve danışma forumu ajansın idari yapısının unsurlarıdır. İcra direktörü Frontex'in yasal temsilcisidir. Avrupa Birliği kurumları ve yönetim kurulunun yetkileri dışında tamamen bağımsız olan icra direktörü hiçbir organ veya devletten talimat istememekte ve almamaktadır.⁴¹ Yönetim kurulu tarafından kabul edilenleri yasal sınırlara göre hazırlanıp uygulanmasından sorumlu kişi icra direktörüdür. Yine üye devletlerin önerilerinin değerlendirilmesi, faaliyetlerin koordine edilmesi, onaylanması, uygulanması, operasyonların uluslararası hukuki metinlere uygunluğunun değerlendirilmesi, teknik ekipmanların belirlenmesi gibi çoğu şey icra direktörünün temel görevleridir.⁴²

⁴⁰ Official Journal of the European Union, COUNCIL REGULATION (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R2007&from=EN>, 2004, (s.e.t.: 15.01.2024).

⁴¹ Başaran, 2022, s.55.

⁴² Official Journal of the European Union, Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and Repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R1896&from=EN>, 2019, (s.e.t.: 15.01.2024).

Kurumun tüzüğünde 2019 yılında yapılan değişiklik çerçevesinde Temel Haklar Görevlisi'nin yetkileri genişletilmiştir: "Görevlinin kendi personelini kendisinin seçmesi ve seçilen personelin yalnızca kendisine rapor vermesi, ajansın tüm faaliyetlerinde temel haklara saygı ile ilgili tüm bilgi ve belgelere erişim yetkisinin bulunması, üçüncü ülkeler de dahil olmak üzere herhangi bir ortak operasyon, pilot proje, geri dönüş operasyonu veya geri dönüş müdahalesine yerinde ziyaretler yapması".⁴³

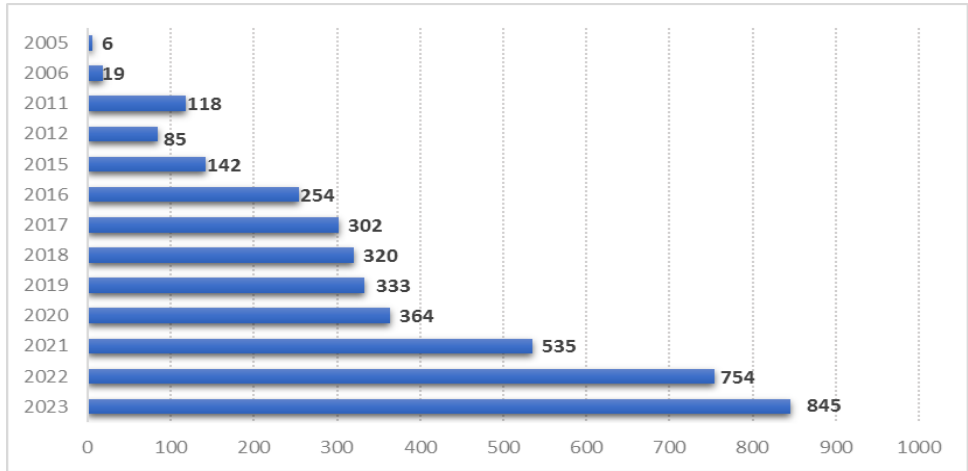
Görüldüğü gibi dış sınırların yönetiminin sağlanması ve üye devletlerin iş birliğinin koordine edilmesi Frontex'in başlıca sorumluluk alanıdır.

B.BÜTÇESİ VE KAYNAKLARI

Başlangıçta Avrupa Birliği bütçesinden, birlik üyelerinden ve Schengen Bölgesi'ne üye ülkelerinden gelen katkı payları Frontex'in bütçesini oluşturmuştur. İlk yıllarda bütçe kısıtlılığından bütçe giderleri personel giderleri, idari giderler ve operasyon harcamaları başlıklarıyla sınırlı tutulmuştur.⁴⁴

Zamanla artan düzensiz göç hareketlilikleri sınırların güvenliğine yönelik müdahalelerin çeşitlenmesine ve çoğalmasına sebep olurken bu durum ajansın bütçesinin düzenli biçimde artmasıyla sonuçlanmıştır.

Grafik: Frontex'in 2005'ten 2023'e Kadar Avrupa Birliği'ndeki Yıllık Bütçesi (milyon euro)



Kaynak: Statista

Yukarıdaki grafikte de görüldüğü gibi bütçesi düzenli bir büyüme gösteren Frontex ilk yıl 2005'te 6 milyon Euro bütçeye ve 57 personele sahiptir. Bir sonraki yıl 9 milyon Euro'ya yükselen Frontex bütçesi 2015

⁴³ Official Journal of the European Union, 2019.

⁴⁴ Official Journal of the European Union, 2004.

yılındaki ‘mülteci krizi’ nin yarattığı ‘sınır güvenliği’ kaygılarıyla 142 milyon Euro olmuş ve her geçen yıl daha fazla personel ve bütçe tahsis edilmeye başlanmıştır. Bu bütçedeki en büyük gider kalemi ise operasyonel faaliyetlere aittir.⁴⁵ Küresel ölçekteki zorunlu göçü artıran nedenler sürdükçe Frontex’in hem bütçesindeki artış hem de sınır yönetimindeki payı giderek artacaktır.

III.FRONTEx’İN OPERASYONLARI VE İNSAN HAKLARI

Avrupa Birliği’nin dış sınırlarının güvenliğini sağlamakla yükümlü Frontex, üye devletlerle iş birliği içinde operasyonlar düzenlemektedir. Üye devletlerle gerçekleştirilen bu operasyonlar deniz, hava ve kara yollarından sürdürülmektedir.

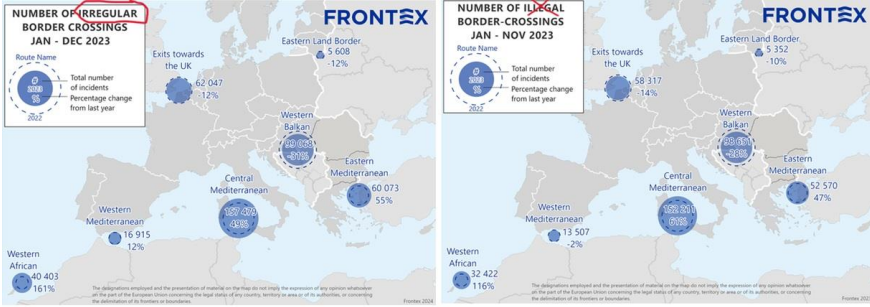
Denizdeki operasyonlar deniz yoluyla Avrupa Birliği sınırlarına ulaşmak isteyen düzensiz göçmenlerin tespit edilmesi, göçmen kaçakçılığının engellenmesi, üye devletlerle iş birliğinin artırılması amaçlarıyla gerçekleştirilmektedir. Göçmenleri taşıyan teknelere yönelik müdahale etme yetkisi de tanınmıştır. Hava operasyonları diğer alanlara göre yoğunluğu daha az olan ve daha çok sahte vize ve pasaport işlemleri, takibi gibi süreçlerden oluşmaktadır. Üye devletlerin kara sınırında gerçekleşen operasyonlarda hem gümrük iş birliği hem de düzensiz göç ve sınır ötesi suçlarla mücadele edilmektedir.

Avrupa’ya yönelen göç hareketleri belli başlı rotalar üzerinden gerçekleşmektedir. Aşağıdaki haritada da görülebildiği gibi bunlar Batı Akdeniz, Orta Akdeniz, Doğu Akdeniz, Batı Afrika, Batı Balkan ve Doğu Sınırları rotalarıdır. Dönemsel olarak bazı rotalar diğerlerinden daha yoğun olmaktadır. Bunların içinde Yunanistan sınırına karşılık gelen Doğu Akdeniz rotası düzensiz göçmenlerce en fazla tercih edilenidir.

Frontex’in uygulamaları çoğu insan hakları kuruluşları, uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşlarınca eleştirilmekte, sözü geçen hukuki metinlerle uyum olmayan, Frontex’in özgürlük, güvenlik, adalet vurgularıyla örtüşmeyen faaliyetlerin aktörü haline geldiği düşünülmektedir. Başlıca uygulamalarından olan sınır kontrolü için kullanılan teknolojiler tıp ve elektronik alanındaki gelişmelerden faydalanılarak oluşturulmuştur. Biyometrik verilerle ülkeler tarafından belirlenen risk faktörleri de eklenerek “makbul göçmenlerin” kabulü sağlanmaktadır. Ükelere göre değişiklik göstermekle beraber başlıca risk kategorileri uyruk, yaş, cinsiyet, aile üyeleri, meslek, önceki gelir durumu ve mal varlığıdır.⁴⁶ 2023 yılının Aralık ayında European Council on Refugees and Exiles (ECRE) tarafından Frontex’in yayınlarında doğru bir dil kullanımı tercih etmediği, Cenevre Sözleşmesi’nde kimsenin ‘illegal’ (yasadışı) olmayacağı, herkesin sığınma hakkına sahip olduğu dile getirilmiş ve eleştirilmiştir. Bu eleştirinin ardından Frontex aşağıdaki haritada görüldüğü gibi illegal ifadesi yerine doğrusu olan ‘irregüler’ (düzensiz) kavramını kullanmıştır.

⁴⁵ Frontex, Budget 2023, <https://prd.frontex.europa.eu/document/voted-budget-2023/>, 2023, (s.e.t.: 15.01.2024).

⁴⁶ Goldin ve diğerleri, 2011, s. 154.



Kaynak: European Council of Refugees and Exiles (ECRE), <https://twitter.com/ecre/status/1747281183669440609?s=20>, 12.12.2023

A. GERİ İTME UYGULAMALARI

Geri itme kişilerin ayrılmaya çalıştıkları ülkeye veya geri dönüşlerine imkân tanınmadan açık denizlere zorla gönderilmeleri anlamına gelmektedir. Sığınmacıların kolluk kuvvetleri tarafından fiziksel olarak gönderilmeleri doğrudan geri itme, kolluk kuvvetleri ve sığınmacıların denizdeki karşılaşmalarında ilerlemelerine izin verilmeyerek botlarının etrafında daireler çizip geri gitmeye zorlanmaları da dolaylı geri itmedir.⁴⁷ Geri itme uygulamaları sığınmacılara sıkça uygulanmakta ve çok sayıda insanın hayatını kaybetmesiyle sonuçlanmaktadır.

İnsan hakları örgütleri ve sivil toplum kuruluşu raporlarına ve medyaya yansıyan haberlerde çok sayıda bu geri itme örnekleriyle karşılaşmaktadır. 2020 yılında bir sivil toplum kuruluşu tarafından yayınlanan rapora göre pandemi sürecinde Avrupa Birliği üyesi ülkelerin en az 40.000 kişiye geri itme yöntemiyle yasal olmayan operasyon düzenlediği iddia edilmiştir.⁴⁸ İtalya'nın önde gelen insan hakları ve göç uzmanlarından, Palermo Üniversitesi'nde iltica hukuku profesörü Fulvio Vassallo Paleologo, son raporların Avrupa'ya ulaşmaya çalışan göçmenlerin ölümlerinde bir artış olduğunu ve aynı zamanda AB ülkelerinin Libya gibi AB üyesi olmayan ülkelerle işbirliğinin arttığını ve bunun da birçok kurtarma operasyonunun başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Batı Balkanlar'daki yasadışı geri itmeleri belgeleyen 13 STK'dan oluşan bir koalisyon olan Sınır Şiddetini İzleme Ağı tarafından yayınlanan yıllık rapora göre, 2020 yılında Hırvatistan'daki verilere göre kişilerin tamamına yakınına istismar ve orantısız güç uygulanmıştır.⁴⁹ Yunan makamları tarafından

⁴⁷ Ali Bilgiç, Push-back and the violence of Frontex. <https://civilsocietyfutures.org/push-back-violence-frontex/>, 2017

⁴⁸ Lorenzo Tondo, Revealed: 2,000 refugee deaths linked to illegal EU pushbacks, The Guardian, <https://www.theguardian.com/global-development/2021/may/05/revealed-2000-refugee-deaths-linked-to-eu-pushbacks>, 2021, (s.e.t.: 08.01.2024).

⁴⁹ Annual Torture Report 2020, Border Violence Monitoring Network, <https://borderviolence.eu/app/uploads/Annual-Torture-Report-2020-BVMN.pdf>

gerçekleştirilen geri itmelerin % 89'u, işkence veya insanlık dışı muamele anlamına geldiğini iddia ettiğimiz bir veya daha fazla şiddet ve istismar biçimi içermektedir. Buna göre işkence veya insanlık dışı muameleye maruz bırakılan geri itilen kişilerin % 52'si çocuk ve gençlerden oluşmaktadır. Kişilerin çırılçıplak soyularak bir odada alıkonulduğu, kamyonlarla taşındığı, şiddet uygulandığı gibi insanlık dışı pek çok uygulamadan söz edilmektedir.

Bellingcat, Lighthouse Reports, Der Spiegel, ARD ve TV Asahi tarafından yürütülen bir araştırma, Frontex'e bağlı gemilerin, Yunan suları üzerinden Avrupa Birliği'ne girmeye çalışan mülteci ve göçmenleri uzaklaştırmaya yönelik deniz "geri itme" operasyonlarında suç ortağı olduğunu ortaya koydu.⁵⁰ Frontex varlıklarının Ege Denizi'ndeki Yunan-Türk deniz sınırında 2020 yılında Mart ve Ağustos aylarındaki altı geri itme vakasında yer aldığı belirtilmiştir. Yunan sahil güvenlikleri tarafından durdurulan sığınmacı botları geri itilirken Frontex'in gözetleme uçağının orada olduğu veya gemisinin olay alanının çok yakınında bulunduğu kanıtlanmış olmasına rağmen Frontex tarafından reddedilmiştir.

B. GERİ GÖNDERMEME İLKESİNİN İHLALİNE YÖNELİK UYGULAMALAR

Geri gönderme, kişinin temel haklarının ihlal edileceği bir yere gönderilmemesidir. Uluslararası hukukça geri gönderilme yasaklanmıştır.⁵¹ Cenevre Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı gibi tüm temel metinlerde doğrudan veya dolaylı geri göndermeme ilkesine vurgu vardır. Frontex ve diğer güvenlikle ilişkili kurumlar tarafından açıklanan sınırlarda tespit edilen düzensiz göçmen sayıları, girişi engellenen ve ülkesine veya üçüncü bir ülkeye geri gönderilen kişilerdir. Sadece sayısal bir veri olarak sunulması bu kişilerin temel haklarından nasıl ve ne şekilde mahrum bırakıldığı gerçeğini gölgelendirmektedir.

Son yıllarda geri gönderilmelerin en yoğun yaşandığı orta Akdeniz'de Avrupa'ya gitmeye çalışan sığınmacılar yakalanarak Libya'ya geri gönderilmektedir. The Guardian'ın haberine göre 2017'den bu yana Libya'nın göç yönetimine destek verilmeye başlanarak, Avrupa'ya gitmek isteyen sığınmacıların durdurulmasında rol alması sağlanmıştır. İtalya gemi desteği sağlarken Avrupa Birliği de görevlileri temin edip, eğitimlerini ve maaşlarını yönetmiştir. Libya'nın güvenli bir ülke olmadığı kabul edilmesine rağmen Akdeniz'deki göç yolunun kontrol edilmesi için Libya'ya Avrupa Birliği hava kuvvetlerinin destek olduğu ifade edilmiştir.⁵² Bu durum hem

⁵⁰ Nick Waters, Emmanuel Freudenthal, Logan, Williams , Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks. <https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-europeanborder-force-complicit-in-illegal-pushbacks/>, 2020, (s.e.t.: 08.01.2024).

⁵¹ Neslihan Güner, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü", Göç Araştırmaları Dergisi, s. 217-218.

⁵² Daniel Howden, Apostolis Fotiadis and Zach Campbell, Revealed: the great European refugee scandal,

uluslararası deniz hukukunun ihlal edilmesi hem de güvenli olmayan bir ülkeye kişilerin rızası dışında gönderilmesi ve olumsuz koşullarda kötü muameleyle maruz bırakılarak yaşamlarına göz yumulmasıdır.

Birleşmiş Milletler'in açıklamasına göre 2022 yılının ilk dört ayında Libya üzerinden yasal olmayan yollarla göç etmeye çalışan 4461 kişi Libya'ya geri gönderilmiştir. 2021'de ise 32425 kişinin denizden kurtarıldıktan sonra Libya'ya gönderildiği, 662 kişinin öldüğü, 891 kişinin kaybolduğu ifade edilmiştir.⁵³

C. İNSAN ONURUNA AYKIRI MUAMELE

Uluslararası hukuk tarafından insanlık dışı muamele hiçbir bağlamda kabul edilmemektedir. Sınırlarda, geri gönderme merkezlerinde, gözetleme merkezlerinde, geri gönderilen ülkelerde insan onuruna aykırı her türlü kötü muameleyi içeren eylemlerle karşılaşmaktadır.

Human Rights Watch, 2016 yılından bu yana Hırvatistan'ın sığınmacıları toplu halde sınır dışı ettiğini ve sınırlarda çoğu zaman kötü muamele içeren geri itmeler yaptığını belgelemiştir.⁵⁴ Sınır görevlileri güç ve şiddet kullanarak içinde kadın ve çocukların da bulunduğu insanları yumruklamış ve tekmelemiştir. Bir başka insan onuruna aykırı muamele olarak sınır görevlileri sığınmacıları uzak sınır bölgelerinde terk ederek onları tehlikeli bir yolculuğun içine bırakmaktadır.

Sea-Watch, Mediterranean Saving Humans, Iuventa10, Baobab Experience ve Alarm Phone'dan oluşan aktivist gruplar ile kurtarma gemilerinin kaptanları Frontex'in fonlarının kesilmesi ve eylemlerinin durdurulması yönünde çağrıda bulunmuştur.⁵⁵

Human Rights Watch, Frontex'in denetim mekanizmalarının AB'nin dış sınırlarında yaşanan ciddi insan hakları ihlallerine karşı insanları koruyamadığı gibi aynı zamanda sınır devletlerinin her türlü hak ihlali içeren insanlık dışı uygulamalarına da göz yumduğunu raporlarında belirtmiştir.⁵⁶

<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/12/revealed-the-great-european-refugee-scandal>, 2020, (s.e.t.: 08.01.2024).

⁵³ Ekrem Biçeroğlu, Uluslararası Göç Örgütü: Yaklaşık 4 bin düzensiz Göçmen Libya'ya geri Gönderildi, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/uluslararasi-goc-orgutu-yaklasik-4-bin-duzensiz-gocmen-libyaya-geri-gonderildi/2580041#>, 2022, (s.e.t.: 07.01.2024).

⁵⁴ Human Rights Watch, Croatia: Migrants Pushed Back to Bosnia and Herzegovina: Violence, Abuse; Denied Opportunity to Apply for Asylum, <https://www.hrw.org/news/2018/12/11/croatia-migrants-pushed-back-bosnia-and-herzegovina>, 2018, (s.e.t.: 07.01.2024).

⁵⁵ AI in border control and surveillance: Current and future implications, <https://abolishfrontex.org/blog/2023/11/18/ai-in-border-control-and-surveillance-current-and-future-implications/>, (s.e.t.: 07.01.2024).

⁵⁶ Human Rights Watch, Frontex Failing to Protect People at EU Borders: Stronger Safeguards Vital as Border Agency Expands,

Ayrıca Avrupa'nın sınır gözetim mimarisi de sığınmacıların tespit edilmesi ve geri gönderilmesi amacıyla sürekli genişlemektedir. Sınırlardan geçenler ise veri tabanlarına kaydedilmekte mahremiyetleri ihlal edilmekte ve veri koruma ihlalleri konusunda güven sorunu yaşanmaktadır. Yine iltica erişiminin geçici olarak askıya alınması, sığınmacıların düzensiz sınır geçişleri nedeniyle kovuşturulması gibi doğrudan fiziksel şiddet içermeyen ama kişilerin haklarının gasp edilmesine neden olan eylemler de bulunmaktadır.

SONUÇ

Avrupa Birliği dış sınırlarının korunmasından sorumlu ve üye devletlerle iş birliği içinde çalışmalarını sürdüren Frontex, daha çok düzensiz göçün engellenmesi veya durdurulmasına yönelik faaliyetler yürütmektedir. Kurulduğu yıl olan 2004'ten bu yana bütçesinin sürekli arttığı ve dolayısıyla genişleyen bir yetki alanından söz edilmektedir. Kendi yürüttüğü operasyonlar ve üye devletlerle iş birliği içinde hareket etmesinin yanısıra üçüncü ülkelerle yaptığı antlaşmalarla göçün önlenmesine dair faaliyetler sürdürmektedir. Özellikle Avrupa'ya geçişlerin büyük oranda arttığı 2015'ten itibaren Frontex'in yetki ve etki alanı belirgin biçimde artmıştır.

Geri itme, geri gönderme, şiddet, kötü muamele, olumsuz koşullarda yaşamaya mecbur bırakılma, gözetleme merkezlerinde tutulma gibi gayriinsani pek çok uygulama hem Frontex tarafından uygulanabilmekte hem de üye devletlerin uygulamalarına göz yumma halleri söz konusu olmaktadır.

Son yıllarda Frontex'in en fazla adından söz ettirdiği uygulamalar Yunanistan sınırındaki geri itmeler ve Libya ile yapılan anlaşmalarla sığınmacıların engellenmesi veya oraya gönderilmesidir. Geri itmelerde doğrudan fiziksel olarak sığınmacı botları itilebildiği gibi dolaylı biçimde botun etrafında daireler çizerek ve ilerlemesi engellenerek geri dönmeye zorlanması söz konusudur. Denize açılmaya uygun olmayan, taşıma kapasitesinin üzerine çıkılmış sığınmacı botları çoğu zaman bu geri itmelere dayanmamakta ve batmaktadır. Geldikleri ülkeye geri gönderilmeleri durumunda çoğu zaman kişilerin tüm kişisel eşyalarına el konularak gayriinsani koşullardaki merkezlerde uzunca süre tutulabilmektedir. Sınır dışı uygulamalarda bazen sınırın çok uzağında bir yere bırakılan sığınmacılar kötü hava koşullarıyla mücadele içinde insanlık dışı muameleyle baş başa kalarak örneğin soğuk havada bir nehir geçmek zorunda bırakılabilmektedir.

Devletlerin sınır ötesi hareketleri kontrol etme kapasitesinin sınırlarını gösteren düzensiz göçlerdir. Güçlendirilmiş sınır hareketlerinin gerekçesi olarak gösterilen düzensiz göçün "güvenlik" ile ilişkilendirilmesi göç hareketliliklerini durduraktan öte yasal statünün sağladığı güvencelerden yoksun "gölge ekonomilerde" ciddi bir emek sömürsü içinde mücadele

[https://www.hrw.org/news/2021/06/23/frontex-failing-protect-people-eu-borders,2021,\(s.e.t.:08.01.2024\)](https://www.hrw.org/news/2021/06/23/frontex-failing-protect-people-eu-borders,2021,(s.e.t.:08.01.2024))

etmektedir. Sınır ötesi hareketlilik zamansız bir sosyal süreçtir ve günümüzdeki ivmesi küreselleşme ve ekonomik büyümenin hem nedeni hem de sonucudur.⁵⁷

Bu yüzyılda kamuoyunun göçe bakışı küreselleşmenin zorunluluklarından, 11 Eylül'ün sembolize ettiği güvensizlikten ve ulusal kimliklere meydan okuyan kültürel farklılıklardan etkilenmesine rağmen göç, önümüzdeki on yıllarda daha da yoğunlaşacak olan doğal ve önlenemez bir güçtür.⁵⁸

Göçü güvenlik perspektifinden okuyan Avrupa Birliği bu anlayışını sürdürdüğü sürece hem geri gönderme ilkesini ihlal etmekte hem de üçüncü ülkelere gönderilen kişilerin hak ihlalleriyle karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Bu tüm uluslararası hukuki metinlerin yok sayılması, göz ardı edilmesi ve hak ihlallerinin normalleşmesiyle sonuçlanmaktadır.

⁵⁷ Goldin ve diğerleri, 2011, s. 160.

⁵⁸ Goldin ve diğerleri, 2011, s. 161.

KAYNAKÇA

Abadan U N, Bitmeyen Göç: Konuk İşçilikten Ulusötesi Yurttaşlığa, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

AB Başkanlığı, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, 2011, (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>), (s.e.t.: 27.12.2023).

Akgün A, Avrupa Birliği'nin Değişen Göç Politikalarının Sığınma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Anabilim Dalı, İstanbul 2016, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi.

Annual Torture Report 2020, Border Violence Monitoring Network, (<https://borderviolence.eu/app/uploads/Annual-Torture-Report-2020-BVMN.pdf>), (s.e.t.: 10.01.2024).

Annual Torture Report 2020, Border Violence Monitoring Network, (<https://borderviolence.eu/app/uploads/Annual-Torture-Report-2020-BVMN.pdf>), (s.e.t.:11.01.2024).

Avrupa Komisyonu, Schengen Agreement and Convention, (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/schengen-agreement-and-convention.html>), (s.e.t.: 10.01.2024).

Başaran M, Frontex'in Kullandığı Müdahale Biçimlerinin Uluslararası Hukuktaki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Uluslararası İlişkiler, Antalya, 2022.

Bilgiç A, Push-back and the violence of Frontex, 2017, (<https://civilsocietyfutures.org/push-back-violence-frontex/>), (s.e.t.: 11.01.2014).

Bozkurt E/ Özcan M, Avrupa Birliği Temel Mevzuatı, Asil Yayınları, Ankara, 2008.

Bozkurt K, AB Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku, Mülteci Statüsü ve Sığınma, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2018.

Bunyan T, The Story of Tampere An Undemocratic Process Excluding Civil Society, Statewatch Briefing, 2003, (<https://www.statewatch.org/media/documents/news/2008/aug/tampere.pdf>), (s.e.t.: 03.01.2024).

European Parliament, Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions, 1999, (https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm), (s.e.t.: 07.01.2024).

Frontex, Budget 2023, 2023, (<https://prd.frontex.europa.eu/document/voted-budget-2023/>), (s.e.t.: 04.01.2024).

Garcés-Mascareñas C, "Why Dublin "Doesn't Work"", Notes Internacionals CIDOB, 135, 2015.

Geddes A, International Migration and State Sovereignty in an Integrating Europe. International Migration, 39(6), 2001.

Güleç C, Avrupa Birliği'nin Göç Politikaları ve Türkiye'ye Yansımaları, TESAM Akademi Dergisi, 2(2), 2015, ss. 81-100.

Golden I, Cameron, G. Ve Balarajan, M., Exceptional People: How Migration Shaped Our World and will Define Our Future, Princeton University Press, New Jersey, 2011.

Güner N, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü." Göç Araştırmaları Dergisi, s. 217-218.

Hopyar Z, Türkiye'de Suriyelilere Yönelik Uygulanan Entegrasyon Politikaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Sosyoloji, Sakarya, 2017.

İktisadi Kalkınma Vakfı, Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma Maastricht Antlaşması, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007.

Kaya A / Aydın A, Avrupa Birliği Hakkında Merak Ettikleriniz, Hiperlink yayınları, İstanbul.

Koçak O / Gündüz R D, "Avrupa Birliği Göç Politikaları ve Göçmenlerin Sosyal Olarak İçerilmelerine Etkisi", Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S.12, 2016, ss. 66-91.

Official Journal of the European Union, COUNCIL REGULATION (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, 2004, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R2007&from=EN>), (s.e.t.: 04.01.2024).

Official Journal of the European Union, Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and Repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624, 2019, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R1896&from=EN>), (s.e.t.: 04.01.2024).

Öztaş N / Kesgin S S, Uluslararası İnsan Hareketliliklerinin Yönetimi ve Göç Politikaları, VI. Kamu Politikaları Çalıştayı, Sakarya, 2015.

Parlak T M, Avrupa Birliği Mülteci Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri, Özyeğin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021, İstanbul.

Savaşan Z, "AB'de Sığınma Hakkı: Ortak Sığınma Sistemi Oluşturma Amacı Ve Devam Eden Kısıtlamalar", İnsan Hakları Yıllığı, s. 27, 2009, ss.13-34.

Sönmez P, Avrupa Birliği'nde Yeni Dönem Post kolonyal İlişkiler ve Göç Politikaları Diyalogu. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.

Stockholm Programme,2009, ([https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009IP0090\(01\)&from=EN](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009IP0090(01)&from=EN)), (s.e.t.: 26.12.2023).

Şirin Öner N A, "Çabalar Sonuç Verecek mi? Avrupa Birliği'nin Ortak Bir Göç ve Sığınma Politikası Oluşturma Girişimleri", Küreselleşme Çağında

Göç: Kavramlar, Tartışmalar. S. Gülfer Ihlamur-Öner ve N. Aslı Şirin Öner (der.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 539-561.

Tangör B, AB Temel Haklar Politikası ve Eleştirileri. İnsan hakları Yıllığı, 35, 2017, s. 115-139.

Tondo L, Revealed: 2,000 refugee deaths linked to illegal EU pushbacks, The Guardian, 2021, (<https://www.theguardian.com/global-development/2021/may/05/revealed-2000-refugee-deaths-linked-to-eu-pushbacks>), (s.e.t.: 11.01.2024).

Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 1997, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=EN>), (s.e.t.: 04.01.2024).

Turan M, Avrupa Birliği Güvenlik Odaklı Göç Politikalarının İnsan Haklarına Etkisi: Frontex'in Operasyonları ve Yapısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Uluslararası İlişkiler, Kocaeli, 2021.

Waters N, Freudenthal, W., Williams, L., Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks., 2020, (<https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-europeanborder-force-licit-in-illegal-pushbacks/>), (s.e.t.: 09.01.2024).

ANAYASAYA UYGUNLUK BAKIMINDAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNDE ÖNLEYİCİ DENETİM*

Preventive Review of Constitutional Amendments in terms of Constitutionality

Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR**

Öz: Anayasa mahkemeleri normları, yürürlüğe girmeden önce ya da yürürlüğe girdikten sonra denetleyebilir. Denetim anı açısından yapılan bu ayırım önleyici denetim (a priori) ve düzeltici (a posteriori) denetim şeklinde adlandırılmıştır. Anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde genellikle düzeltici denetim sistemi uygulanır. Nadiren de olsa Anayasa Mahkemelerini bu sürece normlar henüz yürürlüğe girmeden dahil eden yani önleyici denetim sistemini benimseyen ülkeler de mevcuttur. Azerbaycan, Romanya, Ukrayna, Kırgızistan, Moldova ve Kazakistan'ın yargı sisteminde, anayasa değişikliklerinin denetimi önleyici denetim yoluyla gerçekleştirilir. Önleyici denetimin tipik uygulaması olan Fransa'da ise anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda bir düzenleme yoktur. Anayasa değişikliklerinin denetiminde önleyici denetim sistemini benimseyen söz konusu ülkelerin anayasal düzenlemeleri ve uygulamaları konusunda özel olarak kaleme alınan bir çalışma olmadığı tespit edilmiştir. Çalışmanın amacı özellikle bu ülkeleri sistematik olarak incelemektir. Bunun yanında, karşılaştırmalı yapılan incelemelerin çoğunda olduğu gibi Türkiye'de önleyici denetim modelinin anayasa değişikliklerinin var olan yargısal denetimi açısından değerlendirilecektir. Sonuç kısmında ise önleyici denetimin anayasa değişiklikleri için uygulanmasının olumlu ve olumsuz bazı sonuçlarına değinilecek ve birtakım öneriler getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Değişiklikleri, Anayasaya Uygunluk Denetimi, Yargısal Denetim, Önleyici Denetim, A Priori Denetim

Abstract: Constitutional courts can review norms before or after they enter into force. This distinction made in terms of the moment of audit is called preventive review and repressive review. In judicial review of constitutional amendments, the repressive review system is generally applied. Although rare, there are also countries that involve the Constitutional Courts in this process before the norms come into force, that is, they adopt the preventive review system. In the judicial system of Azerbaijan, Romania, Ukraine, Kyrgyzstan, Moldova and Kazakhstan, the control of constitutional amendments is carried out through preventive review. In France, where preventive review is a typical practice, there is no regulation on the control of constitutional amendments. It has been determined that there is no study written specifically on the constitutional arrangements and practices of the countries in question that have adopted the system of preventive review in the review of constitutional amendments. The aim of the study is to systematically analyze these countries in particular. In addition, as in most of the comparative studies, the model of preventive review in Turkey will be evaluated in terms of the current judicial review of constitutional amendments. In the conclusion, some positive and negative consequences of the application of preventive review for constitutional amendments will be mentioned and some suggestions will be made.

Keywords: Constitutional Amendments, Review of Constitutionality, Judicial Review, Preventive Review, A Priori Review

* Bu makale, 2023 yılında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında hazırlanan "Anayasa Değişikliklerinin Esas Yönünden Denetimi" başlıklı tezden üretilmiştir.

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, gizemguner48@gmail.com, ORCID:0000-0001-9217-6801

Makale Geliş Tarihi: 15.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484018

GİRİŞ

Dünyadaki anayasaların hemen hemen hepsinde anayasa değişikliklerinin kabulüne ilişkin bir prosedür belirlenmiştir.¹ Dolayısıyla ülkelerin yüksek mahkemeleri veya anayasa mahkemeleri, anayasa değişikliklerinin usulen geçerliliğini sorgulama yetkisine sahip olabilirler. Diğer yandan ülke anayasaları açıkça veya zımni olarak anayasa değişikliklerinin içeriğine ilişkin olarak da bazı sınırlamalar getirebilirler. İşte bu noktada da yetkili organların bir anayasa değişikliğinin içerik (esas) bakımından anayasaya uygunluğuna karar vermesi gerekebilir.

Uygulamaya bakıldığında birçok ülkede anayasa değişikliklerini denetlemeye yönelik girişimler olduğu görülmektedir. Ülkeler bu konuda hem yetkili organlar hem de onların yargı yetkilerine yönelik farklı görüşler benimsemektedir.² Hatta bazı ülkeler, anayasalarda bu konuya ilişkin bir yetki verilmemiş olsa da anayasa mahkemelerinin yetkili olduklarını; bir anayasa değişikliğinin esas veya şekil bakımından anayasaya aykırı olup olmadığına yönelik kararlar alabilmektedir.³

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin anayasa mahkemeleri tarafından denetlenmesi konusunda açık bir hüküm bulunduran ülkelerde denetim, tıpkı diğer anayasa normlarında olduğu gibi zaman bakımından bir ayrıma tutulmuştur. Anayasa yargısı organları tarafından yapılan denetimin zamanı bakımından denetim sistemleri “önleyici (ön, önceden⁴, a priori)” ve

¹ Yaklaşık on beş yıl önce yapılan bir çalışmada bile dünya anayasalarının %96’sında anayasayı değiştirme usulü düzenlendiği tespit edilmiştir. Constitutionmaking.Org, Option Reports/ Constitutional Amendment, 22 May 2008.

(https://comparativeconstitutionsproject.org/files/cm_archives/constitutional_amendment.pdf?6c8912, s.e.t. 01.02.2024). Türkiye’de anayasa değişikliği usulünün incelendiği kapsamlı bir çalışma için bkz. Ömer Keskinsoy, “Anayasada Değişiklik Yapma Usulü”, C.12, S.2, 2010, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s.143-170.

² Örneğin 1961 ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları, 1980 Şili Anayasası, 1996 Güney Afrika Anayasası, 1995 Bosna-Hersek Anayasası, 1991 Romanya Anayasası anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin hüküm barındırırken; 1920 Avusturya Anayasası, 1958 Fransız Anayasası, 1949 Alman Anayasası, 1949 Macaristan Anayasası, 1950 Hindistan Anayasası (1976’dan önce), 1937 İrlanda Anayasası, 1991 Slovenya Anayasası, 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1971 öncesi) ve 1787 Amerikan Anayasası’nda böyle bir düzenleme yoktur. Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments, Ekin Press, Bursa, 2008, s. 3-10.

³ Hindistan Anayasası’nda 1976 yılında yapılan değişiklikle (42. Değişiklik), anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda sadece Anayasa Mahkemesi’nin değil; hiçbir mahkemenin bu denetimi gerçekleştirmeye yetkili olmadığı düzenlemesi getirilmiştir. Anayasa değişikliklerinin yargı organları tarafından denetlenmesi konusunda açık bir yetkiye yer vermese de, Yüksek Mahkemelerin bu yetkiyi kendinde görerek denetim yapan diğer ülkelere örnek olarak Avusturya, Fransa (1958 Anayasası), Almanya, Macaristan, İrlanda, ABD, İtalya ve Türkiye (1961 Anayasası’nda 1971 değişikliğinden önce) gösterilebilir.

⁴ Bu yolu “önceden denetim” olarak adlandıran yazarlar için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s.44; Onur Sır, Hukuk Devleti

“düzeltici (sonradan,⁵ giderici,⁶ bastırıcı,⁷ a posteriori) denetim” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸ Genel olarak normların ve özelinde anayasa değişikliklerinin denetiminde uygulanan sistem düzeltici denetim sistemi olsa da;⁹ nadiren bu iki sistemi birleştirip uygulayan ya da bu sistemleri reddedip denetim yapmayan ülkeler de mevcuttur. Önleyici denetim ise, anayasa değişiklikleri için nadiren uygulanan bir yöntemdir.

Çalışmada anayasa değişikliklerinin denetiminde önleyici denetim sistemini benimsediği tespit edilen Azerbaycan, Romanya, Ukrayna, Kırgızistan, Moldova ve Kazakistan örnekleri ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle konuya ilişkin teorik açıklamalar yapmak için anayasa değişikliklerinin denetiminde zaman bakımından yapılan ayrıma yer verilecek ve önleyici-düzeltilici denetim kavramları kısaca açıklanacaktır. Ardından çalışmanın ana temasını oluşturan önleyici denetimin anayasa değişikliklerinin yanında hangi hukuki işlemler için uygulandığından bahsedilecektir. Anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde önleyici denetim modelini benimseyen ülke sayısı oldukça azdır. Bu çalışmada söz konusu ülkelerin anayasalarında anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin bir düzenleme olup olmadığı, yetkili organlarına bu konuya ilişkin yetki verilip verilmediği ve daha önce herhangi bir anayasa değişikliği/tasarısını bu kapsamda denetleyip denetlemedikleri sistematik bir şekilde ele alınacaktır. Son olarak Türkiye’de anayasa değişikliklerinin denetiminde önleyici denetim sistemi mevcut anayasallık denetimi göz önünde bulundurarak değerlendirilecektir.

Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.272; Şeref İba/Abbas Kılıç, Anayasa Yargısı Dersleri, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s.65.

⁵ Kaboğlu bu yolu “sonradan denetim” olarak adlandırmaktadır. Kaboğlu, 1994, s.44. Aynı yönde bkz. İba/Kılıç, s.67.

⁶ Bu yolu “giderici denetim” olarak adlandıran yazarlar için bkz. Hasan Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 56; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2012, s. 252

⁷ Özbudun, bir eserinde bu denetimi “bastırıcı denetim” şeklinde adlandırmıştır. Ergun Özbudun, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993, s.160. Ancak sonraki temel eserlerinde bu denetimi “düzeltici denetim” şeklinde ifade etmiştir. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.370.

⁸ Kaboğlu, 1994, s.41 vd; Jan-Erik Lane, Constitutions and Political Theory, Manchester University Press, 1996, s.154; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.46-48; Tunç, 1997, s.56-59; Özbudun, 2017, s.370; Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.800-815.

⁹ Sayısal açıdan dünya genelinde düzeltici denetim çok daha yaygın olarak benimsenmiş olsa da önleyici denetimi farklı hukuk normları için uygulayan ülkeler mevcuttur. Önleyici ve düzeltici denetim ülke uygulamalarına ilişkin faydalı bir tablo için bkz. Anayurt, 2023, s.807.

I. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ZAMAN BAKIMINDAN YAPILAN AYRIM: ÖNLEYİCİ VE DÜZELTİCİ DENETİM

Anayasa mahkemeleri, denetime tabi tuttukları normu, yürürlüğe girmeden önce veya yürürlüğe girdikten sonra anayasaya uygunluk yönünden denetledikleri için, denetim anı açısından önleyici ve düzeltici denetim şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Bu iki yöntemi ayrı ayrı uygulayan ülkelerin yanı sıra, her iki yöntemi de çeşitli şekillerde birleştiren uygulamalar da mevcuttur. Örneğin Almanya, Avusturya, Benin, Bolivya, Bulgaristan, Cezayir, Çad, Gabon, Güney Kıbrıs, Hırvatistan, İspanya, İtalya, İrlanda, Kolombiya, Kongo Cumhuriyeti, Kosta Rika, Letonya, Macaristan, Nijer, Polonya, Portekiz ve Romanya anayasalarında hem önleyici hem de düzenleyici denetime yer verilmiş ve tarihlerinde bu iki yöntem birleştirilerek uygulanmıştır.¹⁰ Ancak belirlemekte fayda var ki belirtilen ülkelerdeki bu uygulamalar anayasa değişiklikleri için söz konusu olmamıştır.

A. ÖNLEYİCİ (A PRIORI) DENETİM

I. GENEL OLARAK

Önleyici denetim henüz yürürlüğe girmemiş olan hukuk normlarının üzerinde yapılan denetimdir. Bu sistemi benimseyen ülkelerde anayasaya uygunluk denetimi, yasanın veya denetime tabi olan diğer hukuk normlarının yürürlüğe girmesinden önce yapılmaktadır.¹¹

Önleyici denetimde hukuk normu, yürürlüğü öncesi denetlendiği için, anayasaya aykırılığı tespit edilirse yürürlük kazanamaz. Anayasaya aykırı bulunmaması durumunda ise kesinleşir ve yürürlük kazandıktan sonra artık o kuralın anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Önleyici denetim bu özelliği hem en güçlü hem de en zayıf yönünü oluşturur. Denetimin net ve keskin bir güvenlik sağlaması güçlü tarafını göstermektedir.¹² Böylece yürürlüğe giren hukuk normu ile ilgili güven içinde işlem yapma imkânı söz konusu olacaktır. Buna karşılık hukuk normlarının bazıları yürürlüğe girmeden tespit edilmesi mümkün olmayan aykırılıklar içerebilir. Bunlar ancak uygulama ile ortaya çıkabilir.¹³ Dolayısıyla önleyici denetimin tek başına

¹⁰ Özbudun, 1993, s.161-165; Kaboğlu, 1994, s.44; Aliefendioğlu, s.47; Tunç, 1997, s.57; Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.56; Anayurt, 2023, s.802.

¹¹ Önleyici denetime ilişkin Türk literatüründeki en güncel kaynaklar için bkz. Ceren Yıldız, Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018; Yavuz Selim Değerli, Anayasa Yargısında Ön-Denetim ve Türk Anayasa Yargısı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

¹² Metin Kıratlı, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), AÜSBF Yayınları No.212-194, 1996, s.25; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s.747. Aynı yönde bkz. İsmail Köküsarı/Ömer Gedik, Türk Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024, s.46.

¹³ Kıratlı, s.26; Gözler, 2011, s.747.

uygulanması halinde; yayınlanmış bir hukuk normu ile ilgili anayasaya uygunluk karinesi devreye girecek ve bu durumda yapılacak bir şey kalmayacaktır.

Çalışmanın ana temasını oluşturan anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde, bu denetimin kapsamının belirlenmesi de önem taşır. Daha çok düzeltici denetim yolunda söz konusu olsa da önleyici denetimi uygulamasında da anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu şekil ya da esas bakımından denetlenebilmektedir. Esasen Anayasaya uygunluk denetiminde şekil (şekli)-esas (maddi) bakımından yapılan ayırım, anayasaya aykırılık gerekçelerini sınıflandırma amacıyla yapılmaktadır.¹⁴ En basit şekliyle şekil denetiminde, bir işlemin dış unsurlarına, esas bakımından denetimde ise işlemin içeriğine ilişkin bir aykırılık olup olmadığı denetlenmektedir. Anayasa değişikliklerinde hem şekil hem de esas bakımından önleyici denetim yolunu uygulayan ülkelere ilişkin açıklamalara çalışmanın ilerleyen kısımlarında yer verilecektir.

2. FRANSIZ ANAYASA KONSEYİ TARAFINDAN YAPILAN DENETİM

Çalışmanın ana konusu anayasa değişikliklerinde önleyici denetim uygulaması olsa da bu denetim yolunu incelerken Fransa'ya ayrıca yer verilmesi gerektiği düşünülmüştür. Zira günümüzde önleyici denetimin en tipik örneği Fransız Anayasa Konseyi'nin yaptığı denetimdir.¹⁵

1958 Fransız Anayasası'nın 61. maddesine göre, kanunlar, referanduma sunulacak kanunlar ve yasama meclisleri içtüzükleri uygulamaya konulmadan önce, zorunlu olarak Anayasa Konseyi tarafından anayasa uygunluk açısından denetlenirler. Yine Cumhurbaşkanı, Başbakan Milli Meclis ve Senato Başkanları ve 60 milletvekili veya 60 senatör de bir kanunu yayımlanmasından önce Anayasa Konseyine gönderebilirler. Bununla birlikte Anayasa'da 2008 yılında yapılan değişiklikle, anayasaya uygunluk denetiminde düzeltici nitelikte somut norm denetimi de getirilmiştir.¹⁶ Bu değişiklik 1 Mart 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu tarihten itibaren, "a priori denetim" Fransa'da tek başına uygulanan bir yöntem olma özelliğini kaybetmiştir.

Fransa'da önleyici ve düzeltici denetime ilişkin düzenlemeler içerisinde anayasa değişikliklerine yer verilmemiştir. Bununla birlikte Fransa'da, anayasa değişikliklerinin Anayasa Konseyi de dahil olmak üzere

¹⁴ Feyzioğlu'na göre bu ayırım, zannedildiği kadar derin bir ayırım değildir. Yazara göre, iki tür anayasaya aykırılık da aynı esasa bağlanabilir. Yani "maddi" adı verilen aykırılık, son tahlilde bir "şekli" aykırılıktan ibarettir. Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayınları no:19-1, Ankara, 1951, s.31.

¹⁵ Özbudun, 1993, s.160.

¹⁶ 1958 Fransız Anayasası 61. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Referandum sonucunda Fransız halkı tarafından kabul edilen ve ulusal iradenin doğrudan ifadesini oluşturan yasalar istisna olmak üzere sadece Parlamento tarafından kabul edilen yasalar anayasaya uygunluk denetimine tabidir".

hiçbir mahkeme tarafından denetlenmeyeceği ağırlıkla savunulan görüştür. Yine de anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetimine ilişkin Fransız Anayasa Konseyi'ne üç başvuru yapılmıştır.¹⁷

Fransız Anayasa Konseyi anayasa değişikliklerini denetlemeyeceğini ilk kez 6 Kasım 1962 tarihli norm denetimine ilişkin bir kararında dile getirmiştir. Bu kararda başvurunun konusu, Anayasa'nın 11. Maddesine¹⁸ dayanarak referanduma sunulan ve usuli açıdan ciddi problemler barındıran anayasa değişikliğidir. Söz konusu anayasa değişikliği, Anayasa'nın değiştirilmesi usulünü düzenleyen 89. madde hükmü¹⁹ işleme konulmadan yapılmış; bunun yerine referanduma sunulacak metnin iki Mecliste önceden görüşülmesini gerektirmeyen ancak anayasa değişikliğinde kullanılması oldukça tartışmalı olan 11. madde uygulanmıştır. Açılan dava sonucu verilen 62-20 sayılı kararda ise Konsey, referandum yoluyla kabul edilen bu anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi olmadığını ifade etmiştir. Kararda Fransız Anayasası'nın 61. maddesine dayanarak, Konsey'in yargı yetkisinin Parlamento tarafından kabul edilen yasalarla sınırlı olduğu ve anayasa değişikliklerinin bu yetkiye dahil olmadığı belirtilmiştir. Böylece usuli açıdan oldukça problemli bir anayasa değişikliği denetlenmemiştir.

Fransız Anayasası'nda Maastricht Anlaşması'nın onaylanmasına izin veren yasa ilgili de Konsey'e bir başvuru olmuştur. 1992 yılında yapılan bu başvuru, esasında dolaylı bir şekilde anayasa değişikliğinin denetlenmesi isteğini de içermektedir.²⁰ Konsey'in 9 Nisan 1992 tarih ve 92-308 sayılı kararına (*Maastricht I*)²¹ uygun olarak Kongre,²² bu Antlaşmanın onaylanmasını sağlamak için 25 Haziran 1992 tarih ve 92-554 sayılı kanunla Anayasayı değiştirmiştir. Bazı senatörler yapılan anayasa değişikliğine rağmen Antlaşmanın hala Anayasaya aykırı olduğunu öne sürerek Anayasa Konseyine başvurmuşlardır. Başvurunun sebebi, Anayasa'nın "Anayasa Değişiklikleri" başlıklı 89. maddesinin son fıkrasında yer alan ve her türlü

¹⁷ Gizem Güner Yaşar, *Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.139.

¹⁸ 1958 Fransız Anayasası'nın 11. maddesi, Meclislerin ortak önerisi veya hükümetin önerisi üzerine Cumhurbaşkanına belli nitelikteki kanunları referanduma sunma hakkı vermektedir. Bu kanunlar şunlardır: Kamu otoritelerinin yapısını ilgilendiren her türlü kanun tasarısı, Fransız Topluluğuna ilişkin bir antlaşmanın onaylanmasına ait kanunlar ve Anayasaya aykırı olmayan ama ulusal kurumların işleyişi üzerinde etkili olan uluslararası bir antlaşmanın onaylanması ile ilgili kanunlar. Musa Sağlam, "Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti", C.1 S.1, 2005, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.114, dipnot 17.

¹⁹ 1958 Fransız Anayasası'nın 89. maddesine göre "*Kongrenin yaptığı bu toplantı, Cumhurbaşkanının iki meclis tarafından ayrı ayrı kabul edilen değişiklik tasarısını referanduma sunmak yerine, Meclislerin yapacağı bir toplantıda kabulü yöntemini benimsemesi halinde gerçekleşir. Anayasa değişikliği tasarısının onaylanması ise Kongrede kullanılan oyların beşte üçünün çoğunluğu ile mümkün olacaktır*".

²⁰ Sağlam, 2005, s.114.

²¹ Fransa Anayasa Konseyi. Desicion 92-308 DC, 9 April 1992. (*Maastricht I*).

²² 1958 tarihli Fransız Anayasası'na göre Kongre, Parlamentonun iki kanadını temsil eden Ulusal Meclis ve Senatonun bir araya gelmesini ifade etmektedir.

saldırının yasak olduğu Cumhuriyet ilkesi ile ulusal egemenlik arasında oldukça sıkı bir bağ olması; bu yüzden özellikle anlaşmanın ulusal egemenlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmeleridir.²³ Fransız Anayasa Konseyi ise şu şekilde bir cevabı uygun görmüştür: (2 Eylül 1992 tarih ve 92-312 sayılı “Maastricht II Kararı”):

“Kurucu iktidar egemendir. Ancak onun egemen olma niteliği bir yandan Anayasanın 7.,²⁴ 16., ve 89/4.²⁵ maddelerinden; diğer yandan Cumhuriyet olan hükümet şeklinin herhangi anayasa değişikliğine konu olamayacağını içeren 89/5. maddesinde belirtilen kayıtlar çerçevesinde söz konusudur.”²⁶

İlgili başvuru konusu her ne kadar bir anayasa değişikliği olmasa da değiştirilemez maddelere ilişkin yapılan bu tespitler, daha sonra yapılacak başvurularda, anayasa değişikliklerinin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığını bakımından değerlendirilebileceğinin sinyallerini verdiğini düşündürmüştür.²⁷

Bu iki kararla Anayasa Konseyi, anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetim yetkisi olmadığını yinelemiştir. Ancak bu konudaki en net tavır Anayasa Konseyi’nin 2003 yılında verdiği kararda görülmektedir. Konsey’in 26 Mart 2003 tarih ve 2003-469 sayılı norm denetimine ilişkin kararında,²⁸ Anayasa’nın 61. maddesinin, Konseye organik kanunların ve olağan kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme misyonu verdiği belirtilmiş; ne Anayasanın 61. ve 89. maddelerinin ne de bir anayasanın diğer maddesinin Konsey’e anayasa değişiklikleri üzerine karar verme yetkisi verdiği ifade edilmiştir.²⁹ Konsey bu kararında, özellikle kendi yetkilerinin açıkça belirlendiği 61. maddeyi katı bir şekilde yorumlayarak neden anayasa değişikliklerini denetlemediğini açıkça dile getirmiş ve bu konudaki başvuruların yolunu adeta kapatmıştır.

B. DÜZELTİCİ (A POSTERIORI) DENETİM

Düzeltilici denetim, bir hukuk normunun yürürlük kazanmasından sonra yapılan anayasallık denetimidir.³⁰ Günümüzde anayasa mahkemeleri tarafından yapılan denetimin çok büyük bir kısmı, düzeltilici denetim

²³ Sağlam, 2005, s.116.

²⁴ 1958 Fransız Anayasası’nın 7. maddesinin konuya ilişkin son fıkrasına göre: “Anayasa değişikliklerine ilişkin esasların yer aldığı 89. maddenin, cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması ve Anayasa Konseyi’nin cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyecek olduğuna karar verdiği tarihten itibaren yeni cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya dek geçecek süre boyunca uygulanamayacaktır”.

²⁵ 1958 Fransız Anayasası’nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası, anayasa değişikliği yapılmasının mümkün olmadığı durumlardan bahsetmektedir. Buna göre: “Ülkenin bütünlüğüne zarar verecek hiçbir değişiklik usulüne girilemez ve böyle bir usul sürdürülemez”.

²⁶ Fransa Anayasa Konseyi. Desicion 92-312 DC, 2 September 1992. (Maastricht II).

²⁷ Yıldız, 2018, s. 156.

²⁸ Fransa Anayasa Konseyi. Desicion 2003-469 DC, 26 March 2003.

²⁹ Sağlam, 2005, s. 115; Gözler, 2008, s. 14.

³⁰ Gözler, 2011, s. 748.

şeklinde sürdürülmektedir. Bu denetim türü, bir hukuk normunun yürürlüğe girmesinden sonraki bir evrede farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Birincisi yürürlüğe girmiş bir normun, bir kişiye bir mahkemede görülmekte olan bir davada uygulanması beklenmeden, anayasada öngörülen yetkililer tarafından Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan dava açılması ile olmaktadır. Bu yol “soyut norm denetimi”, “iptal davası” ya da “dava yolu” olarak adlandırılmaktadır.³¹

Türk Anayasa Mahkemesi soyut norm denetiminin amacını şöyle açıklamıştır: “...Anayasa, Anayasa'ya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyimle ayıklanması için 'iptal davası' müessesesi kurmuştur...”.³² Tabir yerindeyse “ayıklama” amacıyla uygulanan bu denetim yönteminde anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir norma ilişkin olarak, sorunu çözmekle görevli ve yetkili yargı organına dava açılmaktadır. Anayasaya da kanunların yetkilendirdiği kişi ya da kuruluşların sınırlı olarak sayıldığı ve özel bir başvuru süresinin olduğu bu denetim sonucunda alınan kararlar, kişiler ve kurumlar için bağlayıcılığı bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Nadir de olsa önleyici denetim yolu olarak karşımıza çıkabilen soyut norm denetimi, çoğunlukla düzeltici denetim yolu ile merkezi bir organ tarafından yapılmaktadır.³³ Bir normun anayasaya aykırılığı iddiası sonucunda yapılan soyut norm denetimini uygulayan ülkelere örnek olarak Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, İtalya, Polonya, Portekiz, Romanya ve Türkiye verilebilir.³⁴

Düzeltilici denetimin uygulandığı bir diğer yol “somut norm denetimi”dir.³⁵ “İtiraz yolu” olarak da adlandırılan bu yol, bir mahkemede görülmekte olan bir davada uygulanan ve anayasaya aykırı olduğu düşünülen bir hükmü, davaya bakmakta olan mahkeme tarafından, anayasa mahkemesinin önüne getirilmesiyle işletilmektedir.³⁶ Bu denetim yolunda, dar bir çevreden ziyade bireylerin de bu yola başvurma ve denetimi harekete geçirme imkanları vardır. Son olarak belirtmek gerekir ki her iki düzeltici denetim yolunda da önleyici denetimden farklı olarak kısa sürelerde denetimi sonuçlandırma şartı yoktur.³⁷

Yürürlükteki bir kanuna karşı merkezi bir yargı organına başvurmanın bir diğer yolu ise “anayasa şikayeti”dir. Bazı ülkeler tarafından benimsenen bu yöntemde, anayasal haklarının ihlal edildiğini düşünen herkes, idari ve yargısal tüm başvuru yollarını tükettikten sonra, sözü geçen ihlalin hala

³¹ Aliefendioğlu, 1996, s. 47; Tunç, 1997, s.86; Merih Öden, Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.127 vd.

³² AYM, E:1971/3, K:1971/17, T:11.2.1971, RG. 06.08.1971, S.13918.

³³ Kaboğlu, 1994, s. 50; İba/Kılıç, s.81-82; Öden, s.127.

³⁴ Kaboğlu, 1994, ss.51-57; Erdal Onar, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara, 2003, s.123.

³⁵ Kıratlı, s.27-37; Onar, 2023, s.148 vd.

³⁶ Kıratlı, s.35; İba/Kılıç, s.93-94.

³⁷ Gözler, 2011, s.747.

giderilmediğini düşünürse, konuyu anayasa mahkemesi önüne getirebilmektedir. Eğer anayasal hakkın ihlali, bir kanunun uygulanması sonucunda gerçekleşiyorsa, böyle bir başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi o kanunu iptal edecektir. Dolayısıyla *a posteriori* nitelik taşıyan anayasa şikâyeti, bireye doğrudan Anayasa Mahkemesi'ni harekete geçirme imkânı tanımasıyla, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli yere sahiptir.³⁸ Almanya, Avusturya, İspanya, Çekya, Macaristan, Polonya ve Slovakya'da bireyler için bu tür bir başvuru imkânı tanınmaktadır.³⁹

II. ÖNLEYİCİ DENETİMİN KONUSUNU OLUŞTURAN HUKUKİ İŞLEMLER

Anayasaya uygunluk denetiminin konusunu oluşturan kanun, içtüzük, uluslararası anlaşmalar ve anayasa değişikliklerinin zaman bakımından yapılan ayırında farklı uygulamalara tabi tutuldukları görülmektedir. Bazı ülkelerde önleyici denetim sistemi tek başına uygulanırken, bazılarında düzeltici denetim sistemi ile birlikte uygulanmaktadır.

Hukuki işlemlerin başında gelen kanunların yargısal denetimi konusunda farklı ülke uygulamaları söz konusudur. Örneğin önleyici denetimin tipik uygulaması olarak adlandırılan Fransa uygulamasında kanunlar önleyici denetime tabidir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Fransa'da 2008 Anayasa değişikliği ile düzeltici norm denetiminin kabul edilmesi ile, kanunlar açısından önleyici norm denetimini tek başına bir denetim yolu olmaktan çıkarmıştır.⁴⁰ Almanya'da ise genel olarak kanunların yargısal denetiminde düzeltici denetim yolu benimsense de uluslararası anlaşmaları uygun bulma kanunları için istisnai olarak önleyici denetim yapılmaktadır.⁴¹

³⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.304-305; İba/Kılıç, s.106.

³⁹ Anayasa şikâyeti üzerine eserler için bkz. Zafer Gören, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa şikâyeti)", S.11, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1994; Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1998; Yavuz Sabuncu/ Selin Esen Arnwine, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli "Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", S.21, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2004; Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye uygulamasında Olası Sorunlar", Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Hazırlayanlar). *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, Metis Yayınları, İstanbul, 2012; Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

⁴⁰ Fransa'da uygulanan anayasaya uygunluk denetimindeki değişikliklerle ilgili bkz. K. Burak Öztürk, "Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan- Cilt II, (Editörler: Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat, Ali Erdem Doğanoglu), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2013, ss.1189-1226; Ebru Karaman, "Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi", C.1, S.2, 2015, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.65-88.

⁴¹ Kanunların yargısal denetiminde önleyici denetim sistemini benimseyen diğer ülke uygulamalarını incelemek için bkz. Yıldız, s.104-131.

Meclis içtüzükleri birkaç ülke haricinde anayasa uygunluk denetimine tabi tutulmamaktadır.⁴² Yalnızca Fransa'da Meclis İçtüzükleri uygulanmadan önce tıpkı kanunlarda olduğu gibi Anayasa Konseyine sunulmak zorundadır.⁴³

Uluslararası anlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetiminde önleyici denetim sistemini benimseyen ülkelerde, uluslararası anlaşmalar onaylanmadan önce Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmakta ve yapılan denetim sonucunda anayasaya aykırı olduğu tespit edilen anlaşmaların onaylanması mümkün olmamaktadır. Özellikle anlaşmaya taraf olan ülkelerin uluslararası sorumlulukları, uluslararası anlaşmalar bakımından önleyici denetime başvurulmasını teşvik etmektedir. Uluslararası anlaşmaların anayasaya uygunluk denetiminde önleyici denetiminin Doğu, Batı ve Güney Avrupa ülkelerinin⁴⁴ yanı sıra Arap Baharının yaşandığı bazı ülkelerde⁴⁵ de uygulandığı görülmektedir.

Çalışmanın ana temasını oluşturan anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde, daha çok düzeltici denetim yolu tercih edilse de, nadiren önleyici denetim yolunu uygulayan ülkeler mevcuttur. Bu denetimin kapsamı da tıpkı düzeltici denetim modelinde olduğu gibi⁴⁶ şekil ve esas bakımından olabilmektedir. Ülke anayasalarında bu denetim modelinin nasıl yer aldığı ve kapsamına ilişkin içeriğe bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

III. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖNLEYİCİ DENETİM MODELİNİ UYGULAYAN ÜLKELER

Bazı ülke anayasalarında, anayasa değişikliklerinin parlamento tarafından kabulünden önce Anayasa Mahkemeleri tarafından denetleneceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu uygulama çok sık olmamakla birlikte, yine de bazı anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin parlamento tarafından kabulünden önce zorunlu

⁴² Macaristan ve Almanya'da meclis içtüzükleri düzeltici denetim yolu ile denetlenmektedir. Yıldız, s. 132.

⁴³ Tunç, s.60.

⁴⁴ Uluslararası anlaşmalar için Fransa başta olmak üzere, Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Macaristan, Polonya, Çekya, Slovakya, Rusya, Gürcistan, Portekiz, İspanya ve Arnavutluk önleyici denetim yöntemini uygulamaktadır. Yıldız, s.132-151.

⁴⁵ Cezayir, Fas ve Tunus Anayasalarında, uluslararası anlaşmaların anayasaya uygunluk denetimi *a priori* olarak gerçekleştirilmektedir. Sezgin Baş, Arap Baharı Sonrası Anayasacılık, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 450-451.

⁴⁶ Anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil bakımından denetlenebileceğini savunan, esas bakımından denetimi reddeden ülkelere örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, İrlanda ve Macaristan gösterilebilir. Güner Yaşar, s.168-174; Ali Rıza Çoban, Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetim Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.259-262. Anayasa değişikliklerini esas (içerik) bakımından denetime tabi tutan ülkelere örnek olarak başta Hindistan olmak üzere Almanya, İtalya, Güney Afrika Cumhuriyeti, Kenya, Kolombiya, Brezilya, Slovakya gösterilebilir. Bu ülkelerin uygulamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Güner Yaşar, ss.174-210.

denetimini öngören uygulamalar mevcuttur. Anayasa Mahkemelerinin zorunlu olarak görüş bildirmesine ilişkin bu düzenlemelerde adeta “*mecburi müdahillliği*” söz konusudur.

Çalışmada, anayasa değişikliklerinin denetiminde önleyici denetim modelini benimsediğini tespit ettiğimiz Azerbaycan, Romanya, Ukrayna, Kırgızistan, Moldova ve Kazakistan örneklerine yer verilecektir. Bu ülkeleri incelerken, önleyici denetim sisteminin anayasalarda düzenlenip düzenlenmediği, yetkili organlarına bu konuya ilişkin bir yetki verilip verilmediği ve daha önce herhangi bir anayasa değişikliği önerisini bu kapsamda denetleyip denetlemediği sorgulanarak sistematik bir şekilde sunulacaktır. Anayasa Mahkemelerinin değişikliklerin anayasaya aykırı olup olmadığı hakkındaki görüşlerinin bağlayıcılığı da ülkeden ülkeye değişmektedir. İncelenen ülkelerde mahkemelerin bu konudaki görüşlerinin bağlayıcılığına da değinilecektir.

A. AZERBAJYCAN

1995 tarihli Azerbaycan Anayasası'nın 153. maddesine⁴⁷ göre, “*Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası metninde değişiklik yapılması için Azerbaycan Cumhuriyeti Milli Meclisi veya Azerbaycan Cumhuriyeti Başkanı, önceden Anayasa Mahkemesinin görüşünü alarak teklifte bulunabilir*”. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin, bir anayasa değişikliğinin parlamento tarafından kabulünden önce denetimini yapabileceğini düzenlemektedir.

Azerbaycan'da Anayasa Mahkemesi, anayasa metnine ilişkin bir değişikliğin Parlamento ya da Devlet başkanı tarafından önerilmesi halinde, değişiklik teklifine ilişkin görüşlerini oylamadan önce bildirmelidir. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetimin içeriği ve bağlayıcılığı konusunda da Anayasa'da bir düzenleme olmamakla birlikte; uygulamada Mahkeme'nin, söz konusu değişikliklerin değiştirilemez maddelerde bir değişiklik yapıp yapmadığını incelediği ifade edilmiştir.⁴⁸

Kanunlaşan değişiklikler hakkında ise Mahkeme'nin böyle bir yetkiye sahip olmadığı ise 154. maddede ifade edilmiştir. Buna göre, “*Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi referandumla kabul edilmiş Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasındaki değişiklikler ile ilgili karar alamaz*.”⁴⁹ Buradan anlaşılıyor ki Azerbaycan Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri konusundaki yetkisi yalnızca tasarı aşamasıyla sınırlı kalmıştır.

B. ROMANYA

Bir Doğu Avrupa ülkesi olan Romanya esasen yargısal denetimde her iki sistemi de uygulamaktadır. Ancak anayasa değişikliği önerilerinin

⁴⁷ Ozan Ergül/Cavid Abdullayev, “Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası”, C.47, S.1, 1998, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.274.

⁴⁸ Çoban, s.253.

⁴⁹ Ergül/Abdullayev, s.274.

denetimi konusunda özellikle önleyici denetim sistemini öngören bir düzenlemesi mevcuttur.⁵⁰

1991 tarihli Romanya Anayasası'nın⁵¹ 146/a maddesine göre önleyici denetim, Romanya Cumhurbaşkanı, Meclislerden birinin başkanı, Hükümet, Yargıtay, Yüksek Mahkeme, Halkın Avukatı, en az 50 milletvekili veya 25 senatör tarafından talep edilebilir. Yine aynı maddeye göre önleyici denetim sırasında daha önce anayasaya uygun kabul edilen bir yasa için de daha sonra itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkündür (m.146/d). Bu da Anayasa'daki düzeltici denetim usulüdür.

2003 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikten önce, önleyici denetim sırasında bir kanunun anayasaya aykırı bulunması durumunda parlamento her iki meclisin vereceği bir kararla Anayasa Mahkemesi'nin bu hükmünü etkisiz kılabildi ve bu durumda söz konusu kanunun yayınlanması zorunlu idi. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığına karar verilen "*kanunun Parlamento tarafından geçersiz kılınma yetkisi*" 1991 tarihli Romanya Anayasası'nda 2003 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Dolayısıyla bugün, önleyici denetim sonrası kanun koyucunun son sözü söyleme hakkı elinden alınmış ve Romanya anayasa yargısındaki bu denetim şekli daha güçlü bir şekle bürünmüştür.

Romanya'da Anayasa Mahkemesi anayasa değişiklik tasarılarını re'sen (*ex officio*) denetler (m.146/a). Dolayısıyla Mahkeme'nin denetimi gerçekleştirebilmesi için dışarıdan bir iradenin varlığına gerek yoktur. Mahkeme bu yetkisini kullandığı 356 sayılı ve 23 Eylül 2003 tarihli kararında,⁵² Parlamentonun asli kurucu iktidarın öngörmüş olduğu sınırlar ve usul çerçevesinde kanunları kabul etmesinin ve ulusal egemenliğin sahibi olan anayasa değişikliği hakkında referandum aracılığıyla karar vermesinin⁵³ egemenlik hakkının kullanımının bir göstergesi olduğunu ve hiçbir kamu gücünün bunun üzerine karar veremeyeceğini belirtmiştir. Ardından Mahkeme'nin, Parlamentonun onay vermesinden sonra, anayasa değişikliğine yönelik bir kanunun denetimine ilişkin bir denetim yetkisi olmadığını, çünkü Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerine ilişkin yalnızca önleyici denetim yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Son olarak Mahkeme, anayasa değişikliği önerisinin, Anayasa değişiklikleri için öngörülmüş olan temel hak ve özgürlüklerin ya da bunlar için öngörülen

⁵⁰ Romanya'da anayasa değişikliği önerilerinin denetimi konusunda detaylı bilgi için bkz. Daniela Cristina Valea, "The Control Of Constitutionality Of The Initiatives For Revision Of The Romanian Constitution", *Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique, Volume.47, 2011, s.91-102.*

⁵¹ 1991 tarihli Romanya Anayasası Ekim 2003'te kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır. Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun 18-19 Ekim 2003'te gerçekleştirilen referandum ile onaylanmış ve 29 Ekim 2003'te Resmi Gazete'de yayımlanarak geçerlilik kazanmıştır. Romanya Anayasası,

(https://www.constituteproject.org/constitution/Romania_2003, s.e.t. 31.01.2024)

⁵² Romanya Anayasa Mahkemesi, 16 Nisan 2003, 148 Numaralı Karar.

⁵³ 1991 tarihli Romanya Anayasası'na göre, "*Parlamentolar tarafından kabul edilen anayasa değişikliklerinin referanduma sunulması zorunludur*" (m.151/3).

⁵⁴ Gözler, 2008, s. 7.

garantileri ortadan kaldıramayacağına ilişkin hükmü⁵⁵ (m.152) ihlal ettiğini de gerekçe göstererek, anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵⁶

Dolayısıyla Romanya ile ilgili olarak anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin mümkün olduğu ancak bunun yalnızca önleyici denetim şeklinde gerçekleşebildiği söylenebilir. Zira kanunlaşan anayasa değişiklikleri için değil, yalnızca anayasa değişikliği önerileri için böyle bir düzenleme getirilmiştir. Yine Mahkeme'nin burada hem şekli yönünden hem de esas (içerik) yönünden bir denetim yaptığı görülmektedir.

C. UKRAYNA

Anayasa değişiklikleri ile ilgili önleyici denetim öngören anayasalardan Ukrayna Anayasası, denetimin içeriğini de düzenlemesi bakımından diğer ülkelerden ayrılmaktadır. Ukrayna Anayasası'nın 159. maddesinde anayasa değişikliklerine ilişkin önleyici denetim usulü düzenlenmekle birlikte; denetimin içeriğine ilişkin de bazı sınırlara yer verilmiştir.⁵⁷ Buna göre Anayasa Mahkemesi, değişiklik teklifinin Anayasa'nın 157. ve 158. maddelerindeki koşullara uyup uymadığını denetleyecektir.

Ukrayna Anayasası'nın 157. maddesine göre: *“Eğer yapılacak değişiklik insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını öngörüyorsa veya Ukrayna'nın bağımsızlığının yahut toprak bütünlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelikse, Ukrayna Anayasası değiştirilemez.”* Yine Anayasa'nın 158. maddesine göre: *“Ukrayna Anayasası'na değişiklikler yapılması konusundaki yasa tasarısı, Ukrayna'nın Verhovna Radası'nda görüşülerek kabul edilmemişse, bu yasa tasarısına ilişkin kararın verildiği günden en az bir yıl geçtikten sonra Ukrayna'nın Verhovna Radası'na yeniden sunulabilir.”*

Özellikle 157. madde, yapılacak değişikliklerin temel hak ve özgürlükleri sınırlamayacak şekilde yapılması gerektiği öngören, Anayasa'nın değiştirilemez maddesidir. Bu şekilde bir inceleme ise içerik (esas) bakımından denetimi işaret etmektedir.⁵⁸ Sonuç olarak, yapılan bir denetim sonrasında Anayasa'da değişiklik yapılmasını öngören bir yasa tasarısının Anayasa'ya uygun olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli bir kararı olmadıkça, bu kanun tasarısı reddedilecektir.

Uygulamaya bakıldığında, 2004 yılında Ukrayna Parlamentosu, yürütme organının yapısına yönelik köklü değişiklikler içeren bir anayasa değişikliği görüşmüştür. Değişiklik taslağı, Anayasa'da belirtildiği şekilde Anayasa Mahkemesi'ne sunulmuş ve Mahkeme, taslağın kabul edilebilir olup olmadığını; yani 157. ve 158. maddelerde belirtilen şartlara uygunluğunu incelemiş ve taslağı anayasaya uygun bularak onaylamıştır. Bununla beraber

⁵⁵ Bu hüküm Romanya Anayasası'nın değiştirilemez maddesidir.

⁵⁶ Romanya Anayasa Mahkemesi'nin 16 Nisan 2003 tarihli kararı için bkz. (<https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/43692>, s.e.t.10.2.2024)

⁵⁷ Ukrayna Anayasası, (<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>, s.e.t.01.02.2024).

⁵⁸ Güner Yaşar, 2023, s. 136.

parlamento görüşmeleri esnasında ilk değişiklik metni büyük oranda değişikliğe uğramış ve son hali tekrar Mahkeme'nin önüne getirilmemiştir. Bu süreçten birkaç yıl sonra 2004 değişikliğinin usulen Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçe gösterilerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır. 30.09.2010 tarihli kararında⁵⁹ Mahkeme, değişikliğin Anayasa'nın kendisine önleyici denetim yetkisi veren 159. maddesini ihlal ettiğine karar vermiş ve değişikliği karar tarihi itibarıyla hükümsüz kılmıştır.

D. KIRGIZİSTAN

Anayasa değişikliklerine ilişkin önleyici denetim içeren bir diğer düzenlemeye Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasası'nda rastlanmaktadır. Anayasa'nın 97. maddesinin birinci fıkrası gereğince, ülkedeki Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi⁶⁰ anayasal denetim ile görevlendirilmiştir. Aynı maddeye göre *“Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi, kanunların ve diğer normatif düzenlemelerin anayasaya aykırılığını tespit eder, Kırgız Cumhuriyetinin taraf olduğu yürürlüğe girmemiş uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğu konusunda görüş bildirir, Anayasa değişikliği kanun tasarısıyla ilgili görüş bildirir”* (m.97). Maddenin devamında ise anayasaya aykırılığı tespit edilen kanun ve hükümlerin yürürlükten kaldırılacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla Parlamento anayasa değişikliklerini görüşürken Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü dikkate almak zorundadır. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri ile ilgili görüşünün bu ülkede bağlayıcı nitelik taşıdığını vurgulayan bir maddedir.

Ülkede, 2005 yılındaki iç karışıklıklardan sonra 2006 yılının Kasım ve Aralık aylarında parlamento tarafından Anayasa iki kez değiştirilmiştir. Ancak Kırgızistan Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi 14 Eylül 2007 yılında verdiği kararla, değişiklik tasarısının kendilerine sunulmadığı gerekçesiyle her iki değişikliğin de geçersiz olduğuna karar vermiştir.⁶¹ Görüldüğü üzere, Kırgızistan'da anayasa değişiklikleri tasarılarının Mahkeme'nin görüş bildirmeden kanunlaşması geçersizlik sebebi olarak görülmüştür. Bunun üzerine hazırlanan yeni bir metin referandumuna sunulmuş ve 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan referandumla kabul edilerek yürürlüğe girmiştir (m.96).⁶²

E. MOLDOVA

Moldova Cumhuriyeti Anayasası'nın 141. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise anayasa değişikliği teklifleri ancak Anayasa Mahkemesi üyelerinin dördünün kararı ile birlikte Parlamenta sunulur. Moldova Anayasa

⁵⁹ Ukrayna Anayasa Mahkemesi Kararı, 30 Ekim 2010, 20 No'lu Karar.

⁶⁰ Kırgızistan'da Anayasa Konseyi ya da Anayasa Mahkemesi gibi organlar bulunmamaktadır. Anayasal denetim işlevini Yüksek Mahkeme bünyesinde görev yapan Anayasa Dairesi yerine getirmektedir.

⁶¹ Çoban, 2011, s.254.

⁶² Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasası,

(<https://constitutionnet.org/sites/default/files/Kyrgyzstan%20Constitution.pdf>, s.e.t. 3.2.2024).

Mahkemesi altı üyeden oluşmaktadır (m.136). Dolayısıyla üye sayısının çoğunluğunun görüşü aranmaktadır. Yine Anayasa'nın Mahkeme'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 135. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, anayasa teklifleri üzerinde görüşünü bildirir.⁶³

Moldova Anayasa Mahkemesi'nin 48b/2015 sayılı kararı,⁶⁴ önleyici denetim uygulamasına ilişkin ilgi çekici bir örnektir. Kararın arka planında başvuruçular, 2000 tarihli ve 111-XIV sayılı anayasa değişikliğinin bazı hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuşlardır. Başvuruçular temelde, anayasa değişikliği teklifinin Anayasa Mahkemesi'nin görüşü alınıp parlamentoya sunulduktan sonra teklif üzerindeki görüşmeler esnasında verilen önergelerle teklif metni üzerinde yapılan değişikliklerin Anayasa'nın öngördüğü şekil şartına aykırı olduğunu iddia etmektedir. Kısaca başvuruçular, anayasa değişikliği teklifinin Anayasa Mahkemesi'nin görüşü alınmadan kabul edilmesine itiraz etmektedirler. İddialarının ilk ikisinde, anayasa değişikliğinin kabul edilme sürecinin, şekil bakımından Anayasa'nın 141. maddesinin ikinci fıkrasına ve 135. maddenin birinci fıkrasına aykırı olduğu ifade edilmiştir. Son olarak da bu değişikliğin Mahkeme'nin görüşü alınmadan kabul edilmesinin yarattığı *"tikanıklıklar ve kurumsal dengesizlikler"* nedeniyle anayasal bir dengesizlik yarattığı ve bunun da Anayasa'nın 142. maddesinin ikinci paragrafına⁶⁵ aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.⁶⁶ Kısaca başvuruçular 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliğinin bazı hükümlerinin hem anayasal dengeyi negatif olarak bozduğu hem Anayasa'nın öngördüğü şekil şartlarına uymadığı için anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁶⁷

Moldova Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile kendine verilen en önemli görevlerden birinin kurulan anayasal ve normatif düzenin güvence altına alınması olduğunu; bu yüzden bir anayasa değişikliği teklifi üzerine kendi görüşü alınmadan yapılan değişiklik yapılmasının bu değişikliğin iptali ile sonuçlanacağını belirterek iptal kararını açıklamıştır. Gerekçede ise bir anayasa değişikliği teklifinin henüz değişiklik süreci tamamlanmadan esastan değişikliğe uğraması halinde, teklifin bu halinin yeni bir anayasa

⁶³ Moldova Anayasası,

(https://www.constituteproject.org/constitution/Moldova_2016?lang=en, s.e.t. 03.02.2024).

⁶⁴ Republic of Moldova Constitutional Court, Judgment On Constitutional Review of Certain Provisions of the Law No. 1115-Xiv of 5 July 2000 Amending the Constitution of the Republic of Moldova (Modality of Electing the President), Complaint No. 48b/2015, Chişinu, 4 Mart 2016,

(<https://www.constcourt.md/public/ccdoc/hotariri/en-Judgment-72016-in-English-final86c86.pdf>, s.e.t. 03.02.2024)

⁶⁵ Moldova Anayasası m.142/2: *"Vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine veya bunların güvencelerine aykırı bir anayasa değişikliği yapılamaz"*.

⁶⁶ Diğer iddialar, Moldova Anayasa Mahkemesi'nin sürece ilişkin değerlendirmesi ve kararı için bkz. Serkan Yolcu, "Siyasetin Yargısallaşmasının Hükümet Sistemine Etkisi Üzerine Bir İnceleme: Moldova'nın Anayasal Zaman Yolculuğu", C.17, S.2, 2018, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.157-200.

⁶⁷ Yolcu, s. 187.

değişikliği teklifi anlamına geleceği ve bu yeni teklifin tekrar anayasanın öngördüğü değişiklik usulüne tabi olacağını önemle vurgulanmıştır.⁶⁸ Dolayısıyla “*yeni teklifin*” ilgili düzenlemeye göre yeniden Mahkeme’nin önüne getirilmesi ve bu şekilde yasalaşması gerektiği ifade edilmektedir. Zira kararda görüldüğü gibi, aksi uygulamalar tasarıların hükümsüz kılınmasına sebep olacaktır.

F. KAZAKİSTAN

Kazakistan ise diğer ülkelerden farklı olarak, Anayasası’nda Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Buna rağmen Kazakistan Anayasa Konseyi 2011 yılında verdiği bir kararda anayasa değişikliklerinin öndenetimini yapabileceğine hükmetmiş ve parlamento tarafından kabul edilen anayasa değişikliklerini anayasaya aykırı bularak Devlet Başkanının onaylamaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁹ Sözü edilen anayasa değişikliği kanunu Cumhurbaşkanının iki defadan fazla seçilemeyeceğini düzenleyen Anayasa’nın 42. maddesi hükmünün ilk Cumhurbaşkanıya uygulanmayacağı ve ilk Cumhurbaşkanının görev süresinin referandum ile uzatılabileceğini öngörmüştür. Cumhurbaşkanının başvurusu üzerine Anayasa Konseyi ise, Anayasanın değiştirilemez hükümleri içerisinde olan hükümet sisteminin öngörülen değişikliğin içerdiği belirsizlik sebebiyle tehdit altında olduğu sonucuna ulaşmıştır. Gerekçesinde kanunların açık olması gerektiğini savunan Konsey, parlamento tarafından kabul edilen metni ilk Cumhurbaşkanı’nın görev süresi ile ilgili bir açıklık içermemesi ve bu uzatmanın yalnızca bir defa mı yapılacağı ya da tekrarlanmasının mümkün olup olmadığı konusunun anlaşılmasını gerekçe göstererek Anayasa’nın 2. maddesinin birinci fıkrasına⁷⁰ aykırı bulmuştur. Anayasa Konseyi burada yetkileri arasında olmamasına rağmen içerik denetimi yapmış ve kararını vermiştir.⁷¹

Bu örnek anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminde çok tipik bir örneği akıllara getirmiştir. Hindistan’da da Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi olmamasına rağmen anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemekte ve anayasanın temel yapısına aykırı değişikliklerini (temel yapı doktrini)⁷² iptal etmektedir.

⁶⁸ 4 Mart 2016 tarihli Moldova Anayasa Mahkemesi Kararı, par.200-213.

⁶⁹ Kazakistan Anayasa Konseyi, 31 Ocak 2011 tarih ve 2 No’lu karar.

⁷⁰ Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası m.2/1: “*Kazakistan Cumhuriyeti, Başkanlık sistemi ile yönetilen üniter bir devlettir*”.

⁷¹ Çoban, 2011, s. 257.

⁷² Hindistan’da Mahkeme, anayasanın genel çerçevesiyle uyumlu olmayan değişiklikleri geçersiz kılmak için “*temel yapı doktrini*”ni (*basic structure doctrine*) oluşturmuştur. Bu doktrine göre, değişiklik yetkisi sınırsız değildir; anayasanın kimliğini veya temel özelliklerini iptal etmek veya değişiklik yapmak amacıyla kullanılamaz. Hindistan’da uygulanan bu doktrin zamanla birçok ülkeye de göç etmiştir. Temel yapı doktrini ile ilgili hem Hindistan’ın hem de diğer ülkelerin uygulamalarını incelemek için bkz. Güner Yaşar, s. 181-210.

IV. TÜRKİYE'DE ÖNLEYİCİ DENETİM YOLUNUN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN MEVCUT DENETİM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye'de genel olarak uygulanan anayasaya uygunluk denetimi, düzeltici denetim sistemi içerisinde soyut ve somut norm denetimi ile bireysel başvuru yolu⁷³ olarak düzenlenmiştir. Türkiye'de önleyici norm denetim zaman zaman tartışılrsa da bu teorik boyuttan öteye gidememiştir.

1961 Anayasası'nın ilk halinde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında kanunların ve TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya uygunluğunu denetlemeye ilişkin usul yer alırken, anayasa değişikliklerinin denetimine yer verilmemiştir.⁷⁴ Türkiye'de Anayasa değişiklikleri bakımından anayasaya uygunluk denetimi ilk olarak 1961 Anayasası'nda 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle⁷⁵ düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesi'ne, kanun ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün yanında “*anayasa değişiklikleri*”nin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi verilmiştir (m.147). Böylece hem Mahkeme'nin görev alanı daha belirgin hale gelmiş hem de anayasa değişikliklerinin denetimi ilk kez Anayasa'da düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın yapım sürecinde Danışma Meclisi tarafından kabul edilen Anayasa metninde kanunların ve anayasa değişikliklerinin şekil bakımından önleyici denetim yolunu öngören bir düzenleme mevcuttu. Danışma Meclisi tarafından m.157/2 olarak kabul edilen ve 1982 Anayasası'nda m.148/2'ye karşılık gelen hüküm şöyledir:

*“Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, genel olarak son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığına; Anayasa değişikliklerinde ise, yüz doksan birinci maddedeki teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarına inhisar eder. Şekil bakımından denetleme, kanunun yayımlanma süresi içinde Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından talep edilebilir. Kanunun yayımlama süresi geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defî yolu ile de ileri sürülemez.”*⁷⁶

⁷³ Türkiye'de 1960'lardan bu yana tartışılan bireysel başvuru yolu, 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklikle Türk Anayasal düzenine girmiştir. Bu kapsamda, Anayasa'nın 148. maddesine eklenen üçüncü fıkra hükmüne göre 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir.

⁷⁴ Aynı şekilde 22.4.1961 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da kanun ve meclis içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunun denetimine yer verilirken, anayasa değişikliklerinin denetiminden bahsedilmemiştir.

⁷⁵ 20.9.1971 tarih 1488 Sayılı Kanun.

⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021, s.917.

Taslak olan düzenlemede, Kanun henüz yayımlanmadan şekil denetimine tabi tutulmaktadır ki bu tipik bir önleyici denetimi işaret eder. Danışma Meclisi de gerekçesinde bu denetim şeklinin ismine açıkça belirtmiştir:

“1961 Anayasasından farklı olarak getirilen yeni kural, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanmasıdır. Yani öndenetime tâbi tutulmasıdır.”⁷⁷

Danışma Meclisi, söz konusu düzenlemeye ilişkin gerekçesinde, önleyici denetimi tercih etmesinin sebeplerini de şöyle açıklamıştır:

“Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi bilinmesi kolay olan bozukluklardır. Bunların Anayasa Mahkemesince süratle incelenmesi ve karara bağlanması mümkündür.

Tatbikatta sık sık ileri sürülen iddialara göre bir siyasi parti, görüşülmekte olan bir kanunun çıkmasını istemiyorsa, yasama meclisinin hem toplanma ve hem karar yeter sayılarına etkili olacak hareketlerde bulunmakta ve çıkacak kanunun şeklen bozukluğuna sebebiyet verebilmektedir. Bu tür bozuklukların öndenetim yoluyla kısa zamanda incelenip sonuçlandırılmasında kamu yararı düşünülmüştür.”⁷⁸

Danışma Meclisi tarafından önerilen bu düzenleme, daha sonra başvuru zamanı noktasındaki belirsizlikler öne sürülerek kaldırılmıştır. Getirilen yeni düzenlemede de önleyici denetime ilişkin bir hüküm yoktur. Milli Güvenlik Konseyi de önleyici denetim düzenlemesini ortadan kaldırırken bazı gerekçeler öne sürmüştür:

“Kanunların şekli bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılacak davalar için tanınan “... kanunun yayımlanma süresi...” ile kayıtlı sürenin, uygulamada, başlangıç ve hesaplanmasının değişik yorumlara neden olabileceği, sağlıklı inceleme ve dava açma hazırlıklarına yeterli olamayacağı göz önünde tutularak maddenin bu konuya ilişkin bölümü, “kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açamaz; defî yoluyla da ileri sürülemez” şeklinde değiştirilmiştir”.

Sonuç olarak 1982 Anayasası'nın 148. maddesi ile, Anayasa Mahkemesi'nin sadece şekil bakımından denetlenebileceği ifade edilmiş; bununla birlikte denetim kapsamına da ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. Dolayısıyla bundan sonra anayasa metninde anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi, *“teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı”⁷⁹* olarak yapılacağı öngörülmüştür. Bu sınırlandırma ile uyumlu bir şekilde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi yalnızca *“düzeltici denetim”*in konusu

⁷⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), s.917.

⁷⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), s.917-918.

⁷⁹ Anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili 1982 Anayasası ile getirilen bir diğer yenilik, değişikliklerin iptaline ilişkindir. 149/1. maddeye göre, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verebilmesi için, üçte iki oy çoğunluğu şart koşulmuştur.

olarak düzenleme altına alınmıştır. Anayasa'da açıkça şekil bozukluklarından dolayı somut norm denetimine başvurulamayacağı öngörülmüştür.⁸⁰

1982 Anayasası'nda anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluk denetimine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemesine bulunmasına rağmen, referanduma sunulan anayasa değişikliklerine ilişkin bir tereddüt mevcuttur. Şöyle ki, cumhurbaşkanının referanduma sunduğu anayasa değişikliği hakkında kanun ile ilgili şekil yönünden iptal davası açılıp açılmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi 27 Kasım 2007 tarihli kararında⁸¹ oldukça net bir tavırla bu konuda kendini yetkili görmüştür. 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun referanduma sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanmasının ardından, bu kanun hakkında iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; Mahkeme de bu konuda denetim yapılabileceğine hükmedip karar vermiştir.

⁸⁰ 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre “... Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.”

⁸¹ Kararın ilgili kısımları şöyledir:

“31.5.2007 günlü, 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, henüz yürürlüğe girmeden 5697 sayılı Yasayla değiştirilmiştir. Bu değişiklik Anayasanın 175. maddesindeki usullere göre gerçekleştirildiğinden bir Anayasa değişikliği niteliğine sahiptir.

Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi TBMM'ye aittir. Anayasanın 87. maddesinde TBMM'ye ait yetkilerin kapsamı belirlenmekte, 175. maddesinde ise Anayasa değişikliğine ilişkin yöntem ve izlenecek süreç düzenlenmektedir. Bu süreç, yasalarda olduğu gibi, Genel Kurulun “kabul” iradesiyle tamamlanır.

Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca yayımlanması ya da halkoyuna sunulması işlemi, doğası gereği Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yasanın varlık koşulu niteliğinde değildir. Anayasanın 89. ve 175. maddelerinden anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar Genel Kurul iradesiyle varlık kazanır ve halkoyuna sunulmaması durumunda Cumhurbaşkanınca yayımlanmakla yürürlüğe girer. Anayasa değişikliklerinde yürürlük koşulu kimi durumlarda Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaştırılmıştır. Bu hallerde her iki irade Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır.

Anayasanın 7., 87. ve 175. maddeleri uyarınca, olağan yasa ya da Anayasa değişikliği niteliğindeki her bir tasarrufun TBMM'nin yetki alanına girdiği açıktır. Anayasa TBMM'nin bu yetkisini yürürlük koşullarını yerine getiren ya da getirmeyen yasalar bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın tanımaktadır.

TBMM'nin hukuksal tasarrufları, Anayasadaki ayırık durumlar dışında, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasında referanduma sunulan-sunulmayan ve yürürlüğe giren-girmeyen yönünden herhangi bir ayırma tabi tutulamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi halkoyuna sunulduğundan dolayı henüz yürürlüğe girmediği halde, istem üzerine 5678 sayılı Anayasa Değişiklikleri Hakkında Kanunun Anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. Anayasa Mahkemesinin denetleyebildiği yasama tasarrufları üzerinde değişiklik yapma yetkisinin evleviyetle TBMM'ye ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır”. AYM, E:2007/99, K:2007/86, T:27.11.2007. Mahkeme nin benzer yönde verdiği bir diğer karar için bkz. AYM, E: 2010/49, K: 2010/87, T: 07.07.2010.

Bu konuda Mahkeme ile benzer görüşe sahip olan yazarlar,⁸² anayasa değişikliği kanununun referanduma sunulmak amacıyla Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten başlayarak on gün içinde davanın açılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlardan bazıları, Anayasa değişikliklerinin de birer kanun olduğunu; dolayısıyla bu kanunların da diğer kanunlarda olduğu gibi Resmi Gazete’de yayımlandığını; zaten Anayasa’nın da yayım konusunda bir farklılık getirmediğini ifade etmektedirler. Dolayısıyla bu görüşe göre dava açma süresi, anayasada değişiklik getiren kanununun referanduma sunulmak üzere Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla başlamış olacaktır.

Bu konudaki diğer yaklaşıma göre ise referanduma sunulan anayasa değişiklikleri ile ilgili kanunların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Zira, öncelikle TBMM tarafından kabul edilip Cumhurbaşkanınca referanduma sunulan bir anayasa değişikliği, henüz hukuk alanında doğmamış ve normatif bir güç kazanmamıştır.⁸³ Esasen referanduma sunulan anayasa değişiklikleri üzerinde bir denetim yapılacaksa, mantıklı olan bunun referandumdan önce, yani *a priori* denetim şeklinde yapılmasıdır. Ancak bunun için anayasal düzende bu denetim şeklinin kabul edilmesi ve Anayasa’da bu konuda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Nitekim Gözler’e göre de Anayasa Mahkemesi’nin bu uygulaması ülkemizde uygulanan Anayasa’ya uygunluk modeli ile bağdaşmamaktadır. Bildiğiniz üzere, anayasallık denetimi için 1982 Anayasası’nın kurduğu ve işlettiği sistem “*önceden denetim*” değil “*düzeltilici denetim*” sistemidir. Oysa kararda henüz hukuki geçerlilik kazanmamış bir norm denetime tabi tutulmuş, dolayısıyla uygulamadaki sistem ihlal edilmiştir.⁸⁴

⁸² Aliefendioğlu, s.80; Erdal Onar, “1982 Anayasası’nın 2007 yılında 5678 Sayılı Kanun’la Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan. Cilt II. Anayasa Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.537; Osman Can, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan. Cilt II. Anayasa Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 203; Fendoğlu, s.56; Ömer Keskinsoy/Semih Batur Kaya, Anayasa Değişikliklerinin Demokratik Niteliği ve Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.144.

⁸³ Kemal Gözler, “Halkoylamasıyla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmi Gazetede Yayımlanması Sorunu”, S.7, Yasama Dergisi, 2007, s.5-17; Ömer Anayurt, “Referandumlar Üzerine Anayasallık Denetimi”. Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.47; Kemal Gözler, “Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?”, Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, s.562-563,

⁸⁴ Kemal Gözler, “Halkoylamasına Sunulmak Üzere Resmî Gazetede Yayımlanan Bir Anayasa Değişikliği Kanununa Karşı Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açılabilir mi?”, 2007. (<https://www.anayasa.gen.tr/anayasa-degisikligi-iptal-davasi.htm>, s.e.t. 10.02.2024). Benzer düşündeki bir başka yazar için bkz. M. Zafer Üskül, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliklerinin Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesine İlişkin Kararları Üzerine”, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, (Editörler: Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tezcan, Hikmet Tülen, Ali Rıza Çoban), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s.698-699.

Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, referanduma sunulan anayasa değişikliği teklifini şekil yönünden denetlemiştir. Dolayısıyla Mahkeme bu davayı kabul ederek aslında kararından çok daha önce eleştirilebilecek bir adım atmıştır. Henüz halk tarafından onaylanmamış bir anayasa değişikliği kanunu, cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamış bir kanundan farksızdır. Bu yüzden nasıl ki cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamış bir kanun hakkında açılacak iptal davasına bakılması mümkün değilse, referanduma sunulup henüz halk tarafından onaylanmamış bir kanunun da mevzuatta düzenlenen şekilde denetimi mümkün olmamalıdır. Bu yüzden anayasa koyucununun 175. maddedeki “kanun” ibaresini bilinçli bir şekilde koymadığı söylenebilir.⁸⁵ Aksi halde, eğer TBMM’de kabul ile anayasa değişikliği kanunu geçerlilik kazanıyor ve referandum onay niteliğinde değilse, bu durumda referandum işlevi bir denetim niteliğinde olacaktır. Bu durumda da bir kanunun aynı anda hem siyasal hem de yargısal denetiminin yapıldığı anlamı çıkar ki bu düşüncüyü kabul etmek mümkün değildir.⁸⁶

Daha önce de ifade edildiği gibi Anayasa’nın 148. maddesi referandum ile kabul edilip edilmediğine bakılmaksızın anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenebileceğini hükme bağlamıştır. Bu kural şüphesiz ki referandum sonucunda kesinleşip yürürlüğe girmiş anayasa değişiklikleri için geçerlidir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi referanduma sunulmak üzere Resmi Gazete’de yayımlanmış anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar pozitif bir değer taşımadıkları için henüz bu aşamada bir denetimin yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla Anayasa’nın sözünden anlaşılmasa da Anayasa Mahkemesi’nin yalnızca referandum sonucunda kesinleşip yürürlüğe girmiş anayasa değişiklikleri için denetim yetkisinin olduğu ifade edilmelidir.

Önleyici denetimin referanduma sunulmuş, anayasa değişiklikleri için öngörülmesi halinde, hem bu konuda anayasal bir dayanak getirilmiş olacak hem de mevcut düzenlemelere aykırı şekilde gerçekleşen denetim uygulamalarının engellenmesi için sağlam bir adım atılmış olacaktır. Aksi durum ise yine Anayasa Mahkemelerinin çoğu zaman kendi içtihatları ile bu konuda kendilerinde yetki görmesine ve dolayısıyla çok tartışılan yargıçlar hükümeti söylemlerine yol açacaktır.

SONUÇ

Ülkeler anayasalarında genellikle anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi için düzeltici denetime ilişkin bir hükme yer vermektedir. Nadiren de olsa bu konuda önleyici denetim modelini benimseyen ülkeler mevcuttur. Azerbaycan, Romanya, Ukrayna, Kırgızistan ve Moldova Anayasalarında anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi için özellikle önleyici denetim modeli öngörülmüştür. Çalışmada yer verilen Kazakistan Anayasası’nda ise anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi öndenetim yapabileceğine

⁸⁵ Erdal Abdulhakimoğulları/Metin Baykan, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, C.3, 2012, Ankara Barosu Dergisi, s.35-36.

⁸⁶ Çoban, 2011, s.335.

hükmetmiş ve Parlatentonun kabul ettiği anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Kazakistan'da gerçekleşen önleyici denetimin incelenen diğer lkelerden farkı, anayasal bir dayanağın olmamasıdır. Tıpkı Türkiye'de olduğu gibi önleyici denetim hususunda anayasal bir dayanağın olmaması, Mahkemelerin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal edecek bir biçimde kendilerini bu konuda yetkili görerek karar vermesine ve akabinde sonu gelmez yargıçlar hükümeti tartışmalarına yol açmaktadır. Dolayısıyla anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde önleyici denetim modelinin anayasalarda açıkça öngörülmesi önem arz etmektedir. Sistemin belli sakıncalarına rağmen denetimin çerçevesinin belirlenmesi, Anayasa Mahkemelerinin de görev alanı içerisinde hareket etmesini teşvik edecektir.

Önleyici denetim uygulaması, Anayasa Mahkemelerinin hem bu alandaki faaliyetlerini teşvik eder hem de yargılamada daha aktif bir rol olmasını sağlar. Zira araya başkaca bir aktör girmeden anayasa değişiklikleri gözden geçirilmekte ve aynı zamanda Mahkeme gerekirse nerileri aktif olarak etkileyebilmektedir. Bu konuda Moldova rneği hatırlanabilir. Moldova Anayasa Mahkemesi kendisi tarafından incelenmiş bir anayasa değişikliği üzerinde henüz yasama süreci bitmeden yeniden değişiklik yapılmasının, yeniden görüş alınmasını zorunlu kıldığını ifade etmiştir. Sürecin bu şekilde ilerlememesi halinde anayasa değişikliğinin geçersiz olacağını; aksini düşünmenin ise anayasa değişiklikleri ile ilgili kendisine yalnızca şekli bir rol biçmek anlamına geleceğini belirtmiştir. Önleyici denetimde Mahkemenin görevi, siyasal aktörlerin döneme ilişkin taraflı kararlar almaları ihtimaline karşı tarafsız bir şekilde analizlerde bulunmasıdır. Asli kurucu iktidar Anayasa Mahkemesini bu amaçla anayasa değişikliği sürecine dahil etmektedir. Bu yüzden anayasa değişikliği önerilerindeki “esaslı” değişikliklerin Mahkeme tarafından mutlaka tekrar gözden geçirilmesi gerekir. Ayrıca bu süreçte Anayasa Mahkemeleri bir hukuk normunun siyasal oluşum sürecine dahil olacağı için, Parlatentonun egemenliğini kaybetme riski taşıdığı düşünülse de,⁸⁷ “tarafsız” bir şekilde yapılacak denetim bu endişeleri ortadan kaldıracaktır.

Önleyici denetimin kısa sürede sonuçlanması bu yolun en olumlu tarafıdır. 1945-2016 yılları arasında yapılan bir araştırmada, anayasa değişiklik önerilerinin denetimde Mahkemelerin re'sen inceleme yaptığı ülkelerde verilen yıllık karar sayısının, bu uygulamayı benimsemeyen lkelerden 22,31 kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Yine bu uygulama sonucu verilen iptal kararlarının bu uygulamayı benimsemeyen diğer ülkelerdeki iptal kararları sayılarından 44,46 kat daha fazla olduğu görülmüştür.⁸⁸ Bu sonuçlar gösteriyor ki, önleyici denetim uygulaması ile anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin sayıca daha fazla karar verilmektedir. Yargının işleyişine sayısal olarak katkısı daha fazla olduğu görülen önleyici denetiminde sürenin kısalığının, elbette bazı hususların gözden kaçma riskini de beraberinde getirebileceğini unutmamak gerekir.

⁸⁷ Kaboğlu, 1994, s.97.

⁸⁸ Michael Hein, “Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review Of Constitutional Amendments In Europe”, International Journal of Constitutional Law, Volume 18, Issue 1, 2020, s.91.

KAYNAKÇA

Abdulahkimoğulları E/ Baykan, M, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, C.3, 2012, Ankara Barosu Dergisi, ss.17-40.

Aliefendioğlu Y, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Anayurt Ö, “Referandumlar Üzerine Anayasallık Denetimi”. Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss.21-58.

Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Baş S, Arap Baharı Sonrası Anayasacılık, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Can O, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan. Cilt II. Anayasa Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss.175-213.

Constitutionmaking.Org, Option Reports/ Constitutional Amendment, 22 May 2008. (https://comparativeconstitutionsproject.org/files/cm_archives/constitutional_amendment.pdf?6c8912, s.e.t. 01.02.2024).

Çoban A R, Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetim Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Değerli Y S, Anayasa Yargısında Ön-Denetim ve Türk Anayasa Yargısı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Ergül O/Abdullayev C, “Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası”, C.47, S.1, 1998, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss.221-278.

Fendoğlu H T, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Feyzioğlu T, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayınları no:19-1, Ankara, 1951.

Gören Z, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa şikâyeti)”, S.11, Anayasa Yargısı Dergisi, 1994, ss.97-134.

Gözler K, “Halkoylamasıyla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Kanunlarının Resmi Gazetede Yayımlanması Sorunu”, S.7, Yasama Dergisi, 2007, ss.5-17.

Gözler K, “Halkoylamasına Sunulmak Üzere Resmî Gazetede Yayımlanan Bir Anayasa Değişikliği Kanununa Karşı Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açılabilir mi?”, 2007. (<https://www.anayasa.gen.tr/anayasa-degisikligi-iptal-davasi.htm>, s.e.t. 10.02.2024).

Gözler K, Judicial Review of Constitutional Amendments, Ekin Press, Bursa, 2008.

Gözler K, “Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?”, Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, ss.557-571.

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

Göztepe E, Anayasa Şikâyeti, AÜHF Yayınları, Ankara, 1998.

Güner Y G, Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Hein M, “Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review Of Constitutional Amendments In Europe”, International Journal of Constitutional Law, Volume 18, Issue 1, 2020, ss.78-110.

İba Ş/ Kılıç A, Anayasa Yargısı Dersleri, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

Kaboğlu İ Ö, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.

Kaboğlu İ Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Karaman E, “Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi”, C.1, S.2, 2015, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.65-88.

Keskinsoy Ö, “Anayasada Değişiklik Yapma Usulü”, C.12, S.2, 2010, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.143-170.

Keskinsoy Ö/Kaya S B, Anayasa Değişikliklerinin Demokratik Niteliği ve Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Kıratlı M, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), AÜSBF Yayınları No.212-194, 1996.

Köküsarı İ/Gedik Ö, Türk Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Lane J E, Constitutions and Political Theory, Manchester University Press, 1996.

Onar E, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara, 2003.

Onar E, “1982 Anayasası'nın 2007 yılında 5678 Sayılı Kanun'la Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan. Cilt II. Anayasa Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss.487-546.

Öden M, Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Özbudun E, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Öztürk K B, “Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan- Cilt II, (Editörler: Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat, Ali Erdem Doğanoglu), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2013, ss.1189-1226.

Sabuncu Y/ Esen A S, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli “Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, S.21, Anayasa Yargısı Dergisi, 2004, ss.229-246.

Sağlam F, “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye uygulamasında Olası Sorunlar”, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Hazırlayanlar). Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, İstanbul, 2012.

Sağlam M, “Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında AYM Meşruiyeti”, C.1 S.1, 2005, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.109-126.

Sır O, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Şirin T, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2012.

Tunç H, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021.

Üskül M. Z, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliklerinin Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesine İlişkin Kararları Üzerine”, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, (Editörler: Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tezcan, Hikmet Tülen, Ali Rıza Çoban), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, ss.679-709.

Valea D. C., “The Control Of Constitutionality Of The Initiatives For Revision Of The Romanian Constitution”, Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique, Volume.47, 2011, ss.91-102.

Yıldız C, Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Yolcu S, “Siyasetin Yargısallaşmasının Hükümet Sistemine Etkisi Üzerine Bir İnceleme: Moldova’nın Anayasal Zaman Yolculuğu”, C.17, S.2, 2018, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss.157-200.

İMAR HUKUKUNDA BEDELSİZ TERK UYGULAMALARI VE MÜLKİYET HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Free Abandonment Practise in Zoning Law and Its Evaluation
in Terms of Property Right*

Arş. Gör. Dr. Mehpere ÇAPTUĞ DİLEK*

Öz: İmar hukukunda bedelsiz terk, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın tamamı veya bir bölümünün, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kullanılmak üzere, malike herhangi bir bedel ödenmeksizin, görevli ve yetkili idare lehine terk edilmesidir. Malik taşınmazının terk ettiği kısmı karşılığında aynı ya da nakdi bir karşılık almamaktadır. Ancak yapılan imar uygulamaları sonucunda taşınmazının değerinin artması, özel parselasyon talebinin yerine getirilmesi, taşınmazının kalan kısmında yapılaşmaya gidebilmesi ya da yapılaşma imkânının artması gibi bazı menfaatler elde edebilmektedir. İmar hukukunda bedelsiz terk uygulaması çeşitli kanunlarda öngörülmektedir. Bunun yanı sıra kanuni bir dayanağı olmaksızın yapı izni karşılığında malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulaması söz konusu olabilmektedir. Tüm bu bedelsiz terk uygulamaları kişilerin mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır. Bu sınırlandırmaların hukuka uygun yapılması ise önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bedelsiz Terk, Bedelsiz Devir, Kamulaştırmasız El Koyma, Arazi ve Arsa Düzenlemesi, Düzenleme Ortaklık Payı, Mülkiyet Hakkı

Abstract: Free abandonment in zoning law is the abandonment of a privately owned immovable in favor of the responsible and authorized administration, for use in the fulfillment of public services, without paying any price to the owner. The owner does not receive any compensation in kind or in cash for the part of the immovable that he has abandoned. However, as a result of the zoning implementations, some benefits such as increasing the value of the immovable, fulfilling the special parceling request, being able to build on the remaining part of the immovable or increasing the possibility of structuring can be obtained. In the zoning law, the application of free abandonment is regulated in various codes. In addition, there may be free abandonment with the consent of the owner in exchange for a building permit without a legal basis. All these free abandonment practices limit the property rights of individuals. It is important that these restrictions are made in accordance with the law.

Keywords: Free Abandonment, Free Transfer, Confiscation Without Expropriation, Land Readjustment, Development Readjustment Share, Property Right

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mehpere.captug@deu.edu.tr,

ORCID:0000-0002-1377-2742

Makale Geliş Tarihi: 01.04.2023, Makale Kabul Tarihi: 22.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484026

GİRİŞ

İmar hukukunda bedelsiz terk uygulamaları, umumi hizmet alanları yaratmak için çeşitli mevzuat hükümlerine dayanarak ya da kanuni bir dayanağı olmaksızın uygulamada gelişen bir yöntem olarak uygulanagelmektedir. Şüphesiz bu uygulamalar doğrudan taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkı üzerinde sonuç doğurmaktadır.

Bu çalışmada, ilk olarak mülkiyet hakkı kavramı ve mülkiyet hakkının sınırlandırılması için gerekli koşulların genel çerçevesi çizilecektir. Bu kapsamda gerek Anayasa'da belirtilen sınırlar gerekse uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler üzerinde durulacaktır. Çalışmanın ikinci kısmında bedelsiz terk kavramı açıklanacak ve kamusal müdahalelerle mülkiyet hakkına etki eden kamulaştırma, kamulaştırmaz el koyma ve bedelsiz devir gibi kavramlardan farkı ortaya koyulacaktır.

Çalışmanın üçüncü kısmında ise, imar hukukunda bedelsiz terk uygulamalarının mülkiyet hakkı bakımından değerlendirmesi yapılacaktır. Bu başlık altında bedelsiz terk uygulamaları kanuni bir dayanağı bulunan uygulamalar ve kanuni bir dayanağı olmaksızın uygulamada gelişen yapı izni karşılığında malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulaması ayrımı yapılacaktır. Mevzuatımızda kanuni dayanağı olan bedelsiz terk uygulamaları, başta en yaygın uygulama alanı bulan İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca düzenleme ortaklık payı uygulaması olmak üzere, mülga 2981 sayılı Kanun'un¹ 10. maddesi uyarınca imar mevzuatına aykırı yapılaşmış alanlarda bedelsiz terk uygulaması ve Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca özel parselasyon sonunda malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulaması başlıkları altında incelenecektir. Kanuni bir dayanak olmaksızın yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulamasının ise, uygulamada doğuşu ve gelişiminin ardından yargı kararları ışığında hukuki niteliği tartışılacaktır. Son olarak ise, yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk edilen yerlerin imar planı değişikliği sonucu kullanım amacının değişmesi durumunda ne olacağı sorunu ele alınacak ve kamusal hizmetlere ayrılmak üzere bu yöntemle elde edilen yerlerin plan değişikliği sonucu özel mülkiyete konu edilmesinin mülkiyet hakkı bakımından değerlendirmesi yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKI VE MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASININ KOŞULLARI

Liberal demokratik hukuk devletlerindeki en temel ve tarihi en eskiye dayanan haklardan birisi² olan mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerden yararlanma ve tasarruf

¹ İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG, 08.03.1984, S. 18335.

² Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017, s. 466.

olanağı veren bir haktır³. Mülkiyet hakkı ve sınırlandırılması Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* Anayasa Mahkemesi de söz konusu Anayasal düzenleme uyarınca, mülkiyet hakkının sınırsız olmadığını ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir⁴.

Mülkiyet hakkı ve sınırlandırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol madde 1'de “Mülkiyetin Korunması” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: *“Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.”*

Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için, söz konusu Protokol üç koşul aramaktadır. Birinci koşul, müdahalenin kamu yararı amacına yönelik olmasıdır⁵. İkinci koşul, müdahalenin kanunla öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olmasıdır⁶. Üçüncü koşul ise, mülkiyete yönelik müdahalede, amaca ulaşmak için başvurulmuş araç ile güdülen amaç arasında makul bir oran ve adil bir denge olmasıdır⁷. Yani ölçülülük ilkesinin gözetilmesidir.

Ölçülülük ilkesi, bir hak veya özgürlüğü sınırlandırmada başvurulmuş aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amaç arasında ölçülü bir

³ “Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır.” Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/817, K.T.19.12.2013, § 32 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr). “Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlandırılması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.” Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/1546, K.T.2.2.2017, § 53 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁴ Anayasa Mahkemesi, E:2001/24, K:2001/356, T:05.12.2001, RG, 13.04.2002, S. 24725.

⁵ Sözleşme organları, kamu yararı kavramına geniş bir anlam vermekte ve bunun değerlendirilmesinde ulusal mercilere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Bununla birlikte, AIHM, ulusal makamların kamu yararı kavramını amacından saptırarak, yetkilerini kötüye kullandıkları durumlarda, ulusal mercilerin takdir yetkisine müdahale etmektedir. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 711.

⁶ Yasa deyimi, Sözleşme organlarınca özerk biçimde yorumlanmakta ve her türlü düzenleyici işlemi ifade eden bir anlam kazanmaktadır, yeter ki, mevzuat herkesçe anlaşılabilir ve kolayca ulaşılabilir olsun. Tezcan/Erdem/ Sancakdar/Önok, s. 711.

⁷ H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 521.

oran olmasını ifade eder⁸. Ölçülülük ilkesi ile, idarenin sınırlayıcı kararları ile temel hak ve özgürlükler arasında denge kurulmaya çalışılır. Buradaki denge, korunan hak ve özgürlüğün güvence altına alınması ile, diğer bir yararın korunması için hak ya da özgürlüğün sınırlandırılması arasında kurulması gereken bir dengedir⁹. Bu kapsamda, hürriyetin kural, sınırlamanın ise istisna oluşu ilkesi ile hürriyet-otorite dengesinin gözetilmesi, ölçülülük ilkesinin temelini oluşturmaktadır¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, muhatap Devlet tarafından mülkiyet hakkına AİHS Ek Protokol kapsamında bir müdahalede bulunulmuş ise bu müdahalenin meşru olup olmadığı özetle şu şekilde incelemektedir¹¹: İlk aşama, yapılan müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği; ikinci aşama, söz konusu müdahalenin sınırlama kriterlerine, başka bir ifadeyle, meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve üçüncü aşama ise, müdahalenin “demokratik toplumda gerekli” olup olmadığıdır. Son aşama, yani müdahalenin “demokratik toplumda gerekli” olup olmadığı, sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sınırlamanın sınırı” incelemesidir. Bu inceleme aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin “ölçülü” olup olmaması bakımından incelenmesi anlamına gelmektedir¹².

⁸ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 114; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 114; Emin Memiş, Anayasa Hukuku Notları (Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, 1808-2011), 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, ss. 310-312; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 164-166; Kemal Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2023, ss. 131-133.; Ayrıca ölçülülük ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. Anayasa Mahkemesi kararlarında da “*Ölçülülük ilkesi, yasal düzenlemede sınırlama aracının, sınırlama amacına elverişli olmasını, sınırlama amacıyla amacı arasındaki oranın ölçüsüz olmamasını anlatmaktadır*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E:2001/309, K:2002/91, T:15.10.2002 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi, E:2011/111, K:2012/56, T:11.4.2012 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi, E:2012/102, K:2012/207, T:27.12.2012 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi, E:2013/32, K:2013/112, T:10.10.2013 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi, E:2014/176, K:2015/53, T:27.5.2015 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi, E:2015/43, K:2015/101, T:12.11.2015 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi, E:2016/13, K:2016/127, T:22.6.2016 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁹ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 35.

¹⁰ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 106.

¹¹ Sporrong ve Lönnroth/İsveç Başvurusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 7151/75;7152/75, T:23.09.1982 (hudoc.echr.coe.int); Perdigão/ Portekiz Başvurusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 24768/06, T:16.11.2010 (hudoc.echr.coe.int); Anželika Şimaitiené/Litvanya Başvurusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 36093/13, T:21.04.2020 (hudoc.echr.coe.int).

¹² H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 447.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerden bir tanesi de “hakkın özüne dokunmama” ölçütüdür. “Hakkın özü” kavramı oldukça belirsiz bir kavramdır. Bir hakkın özünün nerede başlayıp nerede bittiğini objektif olarak belirlemek imkansızdır denilebilir. Bununla birlikte, hakkın özü kavramını, bir hak ve özgürlüğün özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde, söz konusu hakkı anlamsız kılacak olan asli çekirdeği şeklinde tanımlamak mümkündür¹³. Hakkın özüne dokunma, sınırlamayı aşan, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik de dâhil olmak üzere hiçbir sebebin gerçekten haklı kılamayacağı bir biçim ve nitelikte hakka son veren, sınırlayan, hakkın kullanımını etkileyen sınırlamalar olarak tanımlanmaktadır¹⁴.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge olup olmadığı ise, ihlal teşkil ettiği iddia edilen müdahalenin temelini oluşturan kamu yararının ve bireye düşen fedakârlığın değerlendirilmesi sonucunda tespit edilebilecektir¹⁵. Bu dengeyi bozan bir sınırlama ise, hakkın özüne dokunacağından hukuka aykırı olacaktır.

II. BEDELSİZ TERK KAVRAMI VE MÜLKİYET HAKKINA ETKİ EDEN DİĞER BAZI KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMASI

A. BEDELSİZ TERK KAVRAMI

Bedelsiz terk kavramı, genel anlamıyla herhangi bir eşyanın veya hakkın karşılığı alınmaksızın bırakılmasını ifade etmektedir. İmar hukuku bağlamında da bedelsiz terk kavramı, genel ifadesiyle, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın tamamının veya bir bölümünün belli şartlar gerçekleştiği takdirde, kanunda sayılan kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yönelik ihtiyaç duyulan taşınmazların sağlanması amacıyla, malike herhangi bir bedel ödenmeksizin, taşınmazın

¹³ Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 130.

¹⁴ Sait Güran, İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri, İstanbul, 1969, s. 416-417. Hakkın özüne dokunma yasağı, farklı terimlerle ve farklı şekilde ifade edilmiş olsa da Almanya, İspanya, Portekiz ve İsviçre Hukuku'nda da söz konusudur. Bu yasağın ilgili ülkelerdeki görünümü için bkz. Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 241-243. Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, hakkın özüne dokunmadan bahsedebilmek için; bir hak ve özgürlüğün, amacına uygun bir şekilde kullanılmasını imkânsızlaştıran veya son derece zorlaştıran, onu kullanılmaz duruma düşüren, açıkça yasaklayan, örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyan, ciddi surette güçleştiren, etkisini ortadan kaldıran, hakkın kullanımını genel surette izin alınmasına tâbi tutan, ne ifade ettiği açıkça anlaşılamayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan terimlerle belirtilen hükümler ile tesis edilen kısıtlamaların mevcut olması gerekmektedir. Esin Örucü, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 59.

¹⁵ Oya Boyar, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s. 74.

mülkiyetinin görevli ve yetkili idare lehine terk edilmesidir¹⁶. Burada terk edilen taşınmazın özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz olması, taşınmazın kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere ilgili idarenin mülkiyetine geçirilmesi ve bunun bedelsiz şekilde yapılması belirleyici unsurlardır. Taşınmaz maliki taşınmazının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi karşılığında nakdi ya da aynı bir kazanç sağlamamakla birlikte, yapılan parselleme çalışmaları sonucunda taşınmazının değerinin artması, özel parselasyon talebinin yerine getirilmesi, taşınmazın kalan kısmında yapılaşmaya gidebilmesi ya da yapılaşma imkânının artması gibi bazı menfaatler elde etmesi mümkündür.

B. BEDELSİZ TERK KAVRAMININ MÜLKİYET HAKKINA ETKİ EDEN DİĞER BAZI KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMASI

1. Bedelsiz Terk Kavramının Kamulaştırmadan Farkı

İdarenin mal edinme yöntemlerinden biri olan “kamulaştırma”, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişilerinin taşınmaz malları üzerindeki mülkiyet hakkının gerçek bedelinin ödenmesi koşuluyla idareye geçirilmesine yönelik, kamu gücüne dayanarak, Kamulaştırma Kanunu’na uygun olarak gerçekleştirilen idari ve adli aşamadan oluşan bir süreci ifade etmektedir. Bu anlamda kamulaştırma işlemi, meşruluğunu kamu yararı amacıyla bulan, kamu gücüne dayanarak, özel hukuk kişisinin mülkiyet hakkını sona erdiren bir idari işlemdir¹⁷. Ancak sınırsız bir hak olmayan mülkiyet hakkının Anayasa m.35 uyarınca kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılması mümkün olduğundan Kamulaştırma Kanunu’nda öngörülen prosedüre riayet edilerek özel hukuk kişilerine ait taşınmaz mülkiyetinin kamuya geçirilmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Bedelsiz terkten farklı olarak kamulaştırmada taşınmaz mülkiyeti ancak taşınmazın gerçek bedeli malike ödenmek kaydıyla kamuya geçirilmektedir.

2. Bedelsiz Terk Kavramının Kamulaştırmasız El Koymadan Farkı

Kamulaştırmasız el koyma, kamulaştırma işlemi yapılmadan veya kamulaştırma işlemine başlanmakla birlikte işlem tamamlanmadan, yani idarenin idari bir işlemine dayanmayan ve idare hukuku açısından kendisine hukuki bir sonuç bağlanan bir idari eylem niteliğinde de kabul edilmeyen, adeta idarenin haksız fiili olarak değerlendirilen bir eylem olarak tanımlanabilir¹⁸.

¹⁶ Ramazan Yıldırım, “İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler”, C. 1, S. 2, Temmuz 2016, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 14.

¹⁷ Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 25.

¹⁸ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1967, s. 1558; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul,

Kamulaştırmasız el koyma, idarenin bir eylemi olmasına karşın, temelinde hiçbir yasal dayanak olmadığı ve tamamen usul dışı olduğu için, idari bir eylem olarak değil ve fakat fiili yol olarak nitelendirilmektedir. Kamulaştırmasız el koymada idarenin eylemi idarilik niteliğini kaybedip haksız fiil olarak kabul edildiğinden bu eyleme ilişkin davalar adli yargının görev alanı içinde kabul edilmektedir¹⁹. Bedelsiz terk ve devir uygulamalarının temelinde ise kanuni bir dayanak ve idarenin kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirdiği idari işlemler yer almaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırı bedelsiz terk ve devir uygulamalarından doğan uyuşmazlıklarda (tapu tescilinden kaynaklanan davalar hariç) idari yargı yerleri görevli ve yetkilidir.

3. Bedelsiz Terk Kavramının Bedelsiz Devir Kavramından Farkı

Bedelsiz devir kavramı, genel olarak bir hakkın, alacağın veya malın herhangi bir bedel alınmadan bir başkasına aktarılmasını ifade eder²⁰. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun²¹ 45. maddesinin 3. fıkrasına göre; kamu idareleri, ihtiyaç fazlası taşınıruları ile görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması halinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla taşınmazlarını diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredebilir. Devredilmeyecek taşınır ve taşınmazlar ile devir ve kayıt işlemlerine ilişkin usul ve esaslar Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca belirlenir.

Bedelsiz devir, Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik²² m.3/1-(c)'de "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç kamu idarelerinin, görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması hâlinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla, taşınmazların mülkiyetinin diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredilmesi*" olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik'te yer alan düzenleme yalnızca kamu idareleri arasında bedelsiz devri kapsamakta ve bu yönüyle Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan "*Kamu Kurumları ve Tüzelkişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri*" usulünden farklılık arz etmektedir. Zira Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen taşınmaz mal devri, kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarını kapsamaktadır ve bu usulde gerçekleştirilen devir bedelsiz değildir. Bu usulle devir alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır. Dolayısıyla bu usulde devredilen taşınmazların geri alınması da ancak Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde öngörülen geri alma koşullarının gerçekleşmesi ile mümkündür. Oysa bedelsiz devrolunan

2004, s. 637; Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 277; Kutlu Gürsel, s. 474.

¹⁹ Günday, s. 277.

²⁰ Yıldırım, s. 14.

²¹ RG, 24.12.2003, S. 25326.

²² RG, 10.10.2006, S. 26315.

taşınmazlar, ancak Kanun'da öngörülen amaçlar için kullanılabilen, aksi halde ise devreden idareye iade edilme zorunluluğu bulunmaktadır.

Bazı kanuni düzenlemelerde kamu idarelerine ait taşınmazların bedelsiz devrine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un²³ 3. maddesi uyarınca; Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın talebi üzerine, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye²⁴ ve İdareye²⁵ bedelsiz olarak devredilebilir. Madde metninde bedelsiz devir her ne kadar mülkiyet sahibi idarenin takdir yetkisindeymiş gibi görünse de mülkiyet sahibi idarelerin bu noktada bir takdir yetkileri bulunmamaktadır²⁶. Yine 7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un²⁷ 21. maddesinde; afet bölgesi içinde ve dışında tespit olunan imar ve iskan alanları içindeki taşınmaz mallardan Hazineye, özel idareye, belediyeye, köy tüzel kişiliğine veya katma bütçeli dairelere ait olanlardan (Vakıflar Genel Müdürlüğü taşınmaz malları ile, Hazineye, özel idare ve belediyeye ait taşınmaz mallardan bir kamu hizmetine tahsis edilenler hariç) ihtiyaca tekabül eden miktarının Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının isteği üzerine bedelsiz olarak bu işe tahsis ve temlik olunacağı düzenlenmiştir. Madde metninde kullanılan "temlik" kelimesi, bir hakkın başka bir kimseye geçirilmesini ifade eden bir hukuk terimi olup, teknik anlamda bir bedelsiz devir uygulamasıdır.

İmar Kanunu'nun "Kamuya ait gayrimenkuller" başlıklı 11. maddesinde; Hazine ve il özel idaresine ait arazi ve arsaların, belediye veya valiliğin teklifi, Hazine ve Maliye ve Bakanlığının onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan sınırları dışında ise il özel idaresine bedelsiz terk edileceği düzenlenmektedir. Madde metninde her ne kadar "bedelsiz terk" kavramı kullanılmışsa da söz konusu düzenleme teknik anlamda bedelsiz devir niteliğindedir²⁸. Düzenleme uyarınca; imar planlarının kapsadığı coğrafi alanda yetkili olmayan Hazine ve il özel idaresi, imar planlarında; meydan, yol, su yolu, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış

²³ RG, 31.05.2012, S. 28309.

²⁴ TOKİ, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu ile, özerk Toplu Konut Fonu'na haiz, Genel İdare dışında Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı adı ile kurulmuştur. Ancak daha sonra 2003 yılında Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'na, 2004 yılında Başbakanlığa, 09.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına bağlanmıştır.

²⁵ 6306 sayılı Kanun'da "İdare" kavramı, "Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyeleri" refere edecek şekilde kullanılmaktadır. (6306 s. K., m.2/1-b)

²⁶ Yıldırım, s. 17.

²⁷ RG, 25.05.1959, S. 10213.

²⁸ Zira söz konusu 11. maddenin 3. fıkrasında da "devir alınan idare" ifadesi kullanılmış olması tespitimizi doğrular niteliktedir.

yerlere rastlayan arazi ve arsalarını belediye ve il özel idarelerine bedelsiz devretmek durumundadırlar. İmar Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca elde edilen bu arazi ve arsalar, belediye veya özel idare tarafından satılamayacak ve başka bir amaç için kullanılamayacaktır. Bu hususta tapu kütüğünün beyanlar hanesine gerekli şerh konulacağı madde metninde düzenlenmiştir. Yine bu arazi ve arsaların kullanılış şekli, yeni bir imar planıyla değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, bu yerlerin devir alınan idareye belediye veya özel idarece aynı usulle iade edileceği öngörülmüştür. Buna aykırı davranışı sabit olan ilgililerin ise şahsen sorumlu olacağı da ilgili maddede düzenlenmiştir.

Sonuç itibariyle imar hukukunda bedelsiz terk, özel hukuk kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilmekte iken bedelsiz devir kavramı ancak iki kamu idaresi arasında söz konusu olabilmektedir. Böylelikle imar uygulamalarında görevli ve yetkili kamu idareleri, bütçelerinden herhangi bir harcama yapmadan sunacakları kamu hizmetlerinde kullanacakları taşınmazları elde edebilmektedirler.

III. İMAR HUKUKUNDA BEDELSİZ TERK UYGULAMALARININ MÜLKİYET HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMESİ

A. KANUNLARDA ÖNGÖRÜLEN BEDELSİZ TERK UYGULAMALARI

1. İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uyarınca Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması

İmar Kanunu'nun "parselasyon planlarının hazırlanması" başlıklı 18. maddesi, imar hukukunda "hamur kuralı"²⁹ olarak da bilinen arsa ve arazi düzenlemesine ilişkindir. Kanun'un 18. maddesi uyarınca, belediye ve mücavir alan içinde belediyeler, bu alanlar dışında ise valilikler, imar hududu içinde bulunan arsa ve arazileri maliklerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya yetkili kılınmıştır. Bu düzenlemeler dolayısıyla meydana gelecek değer artışları karşılığında ise maliklere düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırk

²⁹ Hamur kuralı; arsa üretimi için mevcut mülkiyet ilişkisinin bir potada eritilmesi suretiyle bütün oluşturulması ve bu bütünün tekrar ve farklı toprak şekilleri ve sınırları biçiminde mülkiyet oranına göre maliklere dağıtılmasıdır. Her ne kadar hamur kuralı ile DOP İmar Kanunu m.18'de birlikte düzenlenmiş olması sebebiyle çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde kullanılıyor olsa da aralarında ince bir ayrım bulunmaktadır. Özellikle yeni yerleşime açılan yerlerde uygulanan hamur kuralında arazi ve arsalar bedelsiz pay alınmazken, DOP uygulamasında %45'e kadar bedelsiz pay alınabilmektedir. Oğuz Sancakdar, İmar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 389.

beşine kadarının “düzenleme ortaklık payı (DOP)” adı altında bedelsiz terk ettirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun maddesinde her ne kadar bedelsiz terk ifadesi yerine düzenleme ortaklık payı ifadesi kullanılmış³⁰ ise de, imar hukukunda bu teknik anlamda “bedelsiz terk” uygulamasıdır.

Kanun ile belirlenen DOP oranı önce %25 olarak belirlenmiş, sonra %35’e çıkarılmıştır. Bu artış sonrasında düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş ise de Mahkeme, düzenlemeyi Anayasa’nın 46. maddesine aykırı görmemiş, %35’lik oranı ölçülülük ilkesinin ihlali olarak değerlendirmemiş ve bu sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunmadığı yönünde karar tesis etmiştir³¹. Daha sonra %40’a çıkarılan bu oran, 04.07.2019 tarihli değişiklik³² ile %45 olarak belirlenmiştir. Kanun ile belirlenen %45’lik oran, maksimum yani en fazla alınabilecek miktar olmakla birlikte uygulamada sanki bu bir kuralmış gibi işletilmektedir. Doktrinde, Kanunla yapılan değişiklik sonrası belirlenen %45’lik oranın, mülkiyet hakkının özüne dokunabilecek bir oran olduğu, mülkiyet hakkının özü bakımından, ölçülülük ilkesinin ihlali niteliğinde olduğu ifade edilmektedir³³.

2020 tarihli Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik³⁴ m.4/1-ç uyarınca; “*Düzenleme ortaklık payı, düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgede yaşayanların ihtiyacı olan ve herkesin ortak kullanabileceği, kamusal alanı ifade eder ve bölgede yaşayan insanların ortak kullanımını dışında hiçbir fonksiyon için kullanılamaz.*” DOP uygulaması bu yönüyle diğer bedelsiz terk uygulamalarından farklılık arz etmektedir. DOP uygulamasında tahsis amacı, belli hizmetlerle sınırlandırıldığı halde, diğer bedelsiz terk uygulamalarında her türlü kamusal faaliyetler için planda gösterilmiş parsel kısmı bakımından uygulanabilecektir.

Bu noktada “kamu ortaklık payı (KOP)” kavramının da DOP’tan farkını belirtmekte fayda vardır. Kamu ortaklık payı uygulamasına ilişkin düzenleme, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m.17/2 ve m.17/3’te yer almaktadır³⁵. KOP, arazi ve arsa düzenlenmesi sırasında, İmar

³⁰ Yıldırım, kanun koyucunun ilgililerin psikolojik tepkisini çekmemek için “düzenleme ortaklık payı” ifadesini kullanmayı tercih ettiğini, madde kapsamındaki uygulamanın teknik anlamda gerçek “bedelsiz terk” olduğunu ifade etmektedir. Yıldırım, s. 16.

³¹ Anayasa Mahkemesi, E:1990/7, K:1990/11, T:21.06.1990, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 26, C. 1, Ankara, 2001, s. 223 vd.

³² 4/7/2019 tarihli ve 7181 sayılı Kanununun 9 uncu maddesiyle, İmar Kanunu m.18/2. fıkrada yer alan “kırkını” ibaresi “kırk beşini” şeklinde değiştirilmiştir.

³³ Sancakdar, s. 379.

³⁴ RG, 22.02.2020, S. 31047.

³⁵ Söz konusu düzenleme, mülga İmar Kanunu’nun 18 inci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik m.12’de yer almaktaydı. (RG, 02.11.1985, S. 18916 Mük.). Doktrinde, İmar Kanunu’nun 18. maddesinde 7181 sayılı Kanunla (RG, 10.7.2019, S. 30827) yapılan değişiklikle resmi kurum alanlarının da DOP’tan karşılanması esası benimsendiği, dolayısıyla bu değişiklikten sonra KOP uygulamasının kalktığı görüşü mevcuttur. Bkz. Suat Şimşek, İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları İtiraz Ve Dava Yolları (Arazi Ve Arsa Düzenlemeleri), 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 200.

Kanunu m. 18’de öngörülen düzenleme ortaklık payı ile sağlanan kamu hizmetleri dışında idarelerin sağlamakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini gerçekleştirebilmek için taşınmazlardan DOP dışında alınan paydır³⁶. DOP ile oluşturulan umumi hizmet alanları, daha çok planlama alanındaki yurttaşların kullanımına açık olan ve semtin daha yaşanabilir olmasını sağlayan alanlar iken KOP ile oluşturulan kamu tesis alanları, daha ziyade sadece semte değil kentin bütününe kullanımına açık olan ve kentin genelinin duyduğu ihtiyacın karşılanmasını sağlayan alanlardır³⁷.

KOP oranı, düzenleme sahasında kalan hizmet tesisi alanlarının toplamının, düzenlemeye giren taşınmazların toplam miktarına oranlanmasıyla bulunmakta ve bu oran, tüm parsellere uygulanarak malikler hisselendirilmektedir. Düzenlemeye giren tüm taşınmazların hisselendirilmesiyle oluşan bu parseller daha sonra hangi kurumun hizmet tesisi alanında kalıyorsa, bu kurum tarafından Kamulaştırma Kanunu’na göre kamulaştırılmaktadır³⁸. KOP uygulamasında, taşınmazın DOP oranını aşan kısmı için kamulaştırma yapılmakta ve taşınmazın gerçek bedeli malike ödenmektedir. Bu yönüyle mülkiyet hakkına müdahale Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde gerçekleştiğinden hukuka aykırılık teşkil etmemektedir.

Ancak İmar Kanunu m.18 yorumundan KOP uygulamasının kalktığı sonuca varılması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz.

³⁶ Uygulamada çoğunlukla idarelere daha az külfet getirmesi sebebiyle, düzenlemeye giren parsellerden ilk önce DOP kesilmekte, sonrasında ise kalan miktar üzerinden kamu tesisi alanları oluşturulmaktadır. Bu uygulama yerinde olmayıp maliklerin mağdur olmalarına sebebiyet vermesi yönüyle doktrinde eleştirilmektedir. Zira KOP ile alınan taşınmaz payları ileride kamulaştırılacak hisselerdir. İmar Kanunu’nun 18/6. maddesinde ise “*herhangi bir parselden bir miktar sahanın kamulaştırılmasının gerekmesi halinde düzenleme ortaklık payının, kamulaştırmadan arta kalan saha üzerinden ayrılması*” gerektiği belirtilmiştir. Madde hükmü uygulama öncesi kamulaştırılan taşınmazlar ile uygulama sonrası kamulaştırılması öngörülen taşınmazları da kapsamaktadır. Bu nedenle açık kanun hükmü gereği DOP hesabı, düzenleme ortaklık payı alınacak taşınmazlardan kamulaştırma yapılmış olanlar ile ileride kamulaştırma yapılacak olan alanları dışında kalan yüzölçümleri toplamı üzerinden yapılmalıdır. Bilal Güzel, “Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) ve Kamu Ortaklık Payı (KOP)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 151.

³⁷ Danıştay da kamu tesis alanlarının kamu ortaklık payından; umumi hizmet alanlarının düzenleme ortaklık payından karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay “semt spor alanının”, düzenleme ortaklık payından daha genel nitelikli “spor alanının” ise kamu ortaklık payından karşılanması içerisinde lokanta, gazino, kahvehane gibi tesislerin yapılabilmesi sebebiyle de rekreasyon alanının, kamu ortaklık payından karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay 6. D, E: 2002/6584, K: 2004/2274, T:14.04.2004 (kazanci.com.tr); Danıştay 6. D, E: 2000/4793, K: 2001/5374, T:08.11.2001 (kazanci.com.tr).

³⁸ Mustafa Yılmaz, “İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları”, C.16, S. 3-4, 2010, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 71; Sancakdar, s. 389-390.

2. İmar Mevzuatına Aykırı Yapılaşmış Alanlarda Bedelsiz Terk Uygulaması

İmar ve gecekondü mevzuatına aykırı olarak inşa edilmiş ve inşa halindeki yapılar hakkında uygulanacak işlemleri düzenlemek amacıyla tesis edilmiş olan mülga 2981 sayılı Kanun³⁹, en kapsamlı imar affi kanunlarından birisi idi. 1984 yılından 2023 yılı Mayıs ayının sonuna kadar yürürlükte olan Kanun'un uygulamasından doğan uyumsuzlukların önemli bir kısmı henüz sonuçlanmamıştır. Bu sebeple çalışmanın kapsamına dahil edilmiştir.

İmar affi kavramı, hukuka aykırı fiili durumun hukukileştirilmesi olarak ifade edilmekte ve doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmektedir⁴⁰. Nitekim on ilde etkili olan 6 Şubat 2023 tarihli Kahramanmaraş depreminde yaşanan büyük yıkım da bu eleştirilerin haklılığını doğrular niteliktedir. Mülga 2981 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (b) bendinde, üzerinde imar mevzuatına aykırı olarak toplu binalar inşa edilmiş hisseli veya özel parselasyona dayalı arsa veya arazilerde, kişilerin hisse miktarları ve fiili kullanma durumları dikkate alınarak, valilik veya belediyelerin talebi üzerine, hak sahiplerinin tespit veya yeniden tayin edilerek adlarına tescil edileceği düzenlenmiştir. Bu tespit sırasında özel parselasyon planında görülen veya hisseli satışlar sonucu fiilen oluşan yol, meydan, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha vs. hizmetlere ayrılan yerler ile bunlara ilişkin hisselerin bedelsiz olarak re'sen tapudan terkin; okul, ibadet yeri ve benzer kamu hizmetlerine ayrılan yerlerin ise, bedelsiz olarak ilgili idareler adına tespit ve tescil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Kanun'un bedelsiz terk öngördüğü alanlar, gecekondü alanları değil, imar mevzuatına aykırı yapılaşmış alanlardır. Bu iki kavram arasında, 2981 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin⁴¹ tanımlar kısmında da yapılan ayırım uyarınca fark bulunmaktadır. Gecekondü, kişilerin kendisine ait olmayan arsa veya araziler üzerinde yapılan yapılar, imar mevzuatına aykırı yapılar kişilerin kendi arazisi üzerinde imar mevzuatına aykırı olan inşaat ve imalatlardır. Dolayısıyla mülga Kanun kapsamında bedelsiz terk, imar mevzuatına aykırı yapıların bulunduğu alanlarda kişilerin mülkiyet hakkına etki etmekte; bu

³⁹ 24.02.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondü Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 6036 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 23. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. 6306 sayılı Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlanan (RG, 31.5.2012, S. 28309) ilk metninin yürürlük maddesi olan 24. maddesinde; 2981 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 23. maddenin yürürlük tarihi "Kanun'un yayımı tarihinden itibaren 3 yıl sonra" olarak düzenlenmişti. 19.04.2018 tarihli 7139 sayılı Kanun'un 55. maddesi ile değiştirilen 24. madde hükmüyle ise, 23. maddenin yürürlük tarihi Kanun'un yayımı tarihinden onbir yıl sonra olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla 2981 sayılı Kanun 31.05.2023 tarihine kadar yürürlükte kalmış, bu tarih itibariyle ise mülga olmuştur.

⁴⁰ Sancakdar, s. 389.

⁴¹ 3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, RG, 23.07.1986, S. 19173.

alanlarda kişilerin mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılmaktadır.

Benzer şekilde İmar Kanunu'na 7143 sayılı Kanun'un⁴² 16. maddesi ile 2018 yılında eklenen Geçici 16. maddenin 5. fıkrası ile; “*Yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumî hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilir.*” hükmü tesis edilmiştir. Söz konusu hüküm ile de yapı ruhsatı ya da yapı kullanma izni bulunmayan maliklere bedelsiz terke muvafakat etmeleri karşılığında yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis etme imkânı tanınmıştır. Burada mülkiyet hakkı bakımından, kanuni bir dayanak bulunması ve nihayetinde maliklerin muvafakati bulunması sebebiyle bir ihlal söz konusu olmamakla birlikte, yapı ruhsatı bulunmayan bir yapıya bedelsiz terke karşılığında bazı haklar sağlanıyor olması bir tür imar affi niteliğindedir. Bu tür uygulamalar kısa vadede bireylerin menfaatine görünüyor gibi olsa da yapı kullanma izni ya da yapı ruhsatı alınmayan bu yapıların kullanılmasına göz yumulması ve bu yapı sahiplerine çeşitli haklar tanınması Türkiye gibi deprem ülkesi olan bölgelerde uzun vadede ciddi sorunlara yol açmaktadır.

3. Kamulaştırma Kanunu'nun 35. Maddesi Uyarınca Özel Parselasyon Sonunda Malikin Muvafakati ile Bedelsiz Terk Uygulaması

Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesine göre; “İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmeti ve tesislerine ayrılan yerlerle, özel parselasyon sonunda malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez.”

Söz konusu düzenleme uyarınca, malik İmar Kanunu m.18'e göre re'sen yapılan parselasyon çalışmasından farklı olarak özel parselasyon uygulamasında kendi iradesi ile taşınmazından bir bölümü bedelsiz terke edebilir. İmar Kanunu uyarınca, isteğe bağlı parsellemeye düzenleme ortaklık payı alınması mümkün değildir. Ancak malik, özel parselasyon sonunda kendi muvafakati ile taşınmazının bir kısmını kamu hizmeti ve tesisleri için ayrılmış yerlere terke edebilir. Bu terke, adeta idareye bağış olarak değerlendirilebilir. Kamulaştırma Kanunu m.35 uyarınca, malikin iradesine dayanılarak gerçekleştirilen bu terke işleminde mülkiyet ve karşılık talebinde bulunmak mümkün değildir⁴³.

Yargıtay'a göre, özel parselasyon uygulamasında, parseller arasında yol olarak bırakılan bölümlerin tapudan terkin edilmesi gerekmektedir. Daha sonra bu yerler için Kamulaştırma Kanunu m.35 uyarınca mülkiyet

⁴² RG, 18.5.2018, S. 30425.

⁴³ Kutlu Gürsel, s. 505-506.

iddiasında bulunulamayacağı için, kamulaştırmamız el koymadan dolayı bedelin tahsili davası açılmaz⁴⁴. Ayrıca, özel parselasyon sonucu kamu hizmet ve tesisleri için ayrılan yerlerin bu amaçla kullanılmaması halinde de, malik tarafından tapu iptali ve tescil istemiyle dava açılmaz⁴⁵.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karaman/Türkiye kararında⁴⁶, sağlık merkezi yapılması şartıyla belediyeye bağışlanan taşınmazın bir kısmının şarta aykırı olarak kamu hizmetine tahsis edilmeyerek üçüncü kişilere satılmasını mülkiyet hakkı bakımından değerlendirerek bu husustaki ilkeleri ortaya koymuştur. Söz konusu karara konu olayda, başvurucular sağlık tesisi yapılması amacıyla taşınmazlarını belediyeye terk etmiş ancak belediye tarafından daha sonra bu taşınmaz üç parsel bölünerek parsellerden biri satılmıştır. Başvurucular tarafından açılan davada Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, şarta aykırı olarak yapılan satışın geçersiz olduğuna hükmedilmiştir. Ancak kararı temyizen inceleyen Yargıtay tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur (Karaman/Türkiye, §§ 5-13).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idareye devir anında ortaya konulan şarta aykırı bir şekilde kullanılan taşınmaza ilişkin olarak malikin geri alım hakkının bulunmadığını saptayan Yargıtay kararının, taşınmazın kısmen de olsa kamu hizmetine tahsis edilmiş olduğu düşüncesiyle haklılaştırılmayacağını ifade etmiştir (Karaman/Türkiye, § 32). Mahkeme, Yargıtay'ın kamu hizmetine tahsis edilmemiş olsalar bile mülkiyetin el değiştirmiş olması nedeniyle önceki malikin mülkiyet veya tazminat iddiasında bulunamaması sonucunu doğuran Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesine ilişkin yorumunun kamu yararının gerekleri ile bireysel hakların korunmasının gereklilikleri arasındaki dengeyi bozduğu kanaatine varmıştır (Karaman/Türkiye, § 33). Sonuç olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesine ilişkin uygulamanın AİHS Ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesiyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Karaman/Türkiye, § 34).

Anayasa Mahkemesi de, yol şartıyla belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen ve başka bir parsel ile birleştirilen taşınmazın önceki maliklerine iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvuru değerlendirmesinde⁴⁷; Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca yapılan ölçülülük değerlendirmesi yönünden hukuki sorunun; 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükmünün, malikin rızasıyla kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere kamuya terk edilen taşınmazların kamu yararı dışındaki amaçlarla kullanılması durumunda dahi taşınmazın malike iadesine engel teşkil ettiği biçimindeki yerleşik yargısal içtihattan kaynaklandığı tespitini yaptıktan

⁴⁴ Yargıtay 5. HD, E:2007/14571, K:2008:2276, T:28.02.2008 (lexpera.com.tr).

⁴⁵ Yargıtay 5. HD, E:2007/14063, K:2008/650, T:31.01.2008 (lexpera.com.tr).

⁴⁶ Karaman/Türkiye Başvurusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 6489/03, T:15.1.2008 (hudoc.echr.coe.int).

⁴⁷ Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/11994, K.T.9.3.2017, § 80-81 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

sonra, Şu sonuca varmıştır: “Başvuru konusu olayda iade hakkının ortadan kaldırılmasının baŐvuruculara önemli bir külfet yüklediği tartıŐmasıdır. Buna karşılık Belediye, kamu yararı amacıyla yol yapılmak üzere bağışlanan taşınmazdan önemli ekonomik yarar elde etmektedir. Yol Şartıyla bağışlanan taşınmazın konut alanına dönüŐtürülerek bundan elde edilecek ekonomik menfaatin Belediyeye ait olması devlete güven ilkesini zedeleyici sonuÇlar dĞurmaktadır. Öte yandan, Belediyenin konut alanına dönüŐtürdüĐü taşınmazdan ekonomik çıkar sağlamasıyla elde edilecek kamu yararı, taşınmazın malike iade edilmemesi nedeniyle malikin yüklediği külfete kıyasen çok hafif kalmaktadır. Diğer bir deyişle konut alanına dönüştürülen taşınmazın eski malikine iade edilmeyerek Belediyenin zel mlk hline getirilmesi, amme menfaatlerinin gzetilmesindeki kamusal yarar ile bireyin mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine orantısız bir biçimde zedelenmesine yol açmaktadır. Bu durumda, başvuruların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ll olduğundan söz edilemez.”

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da⁴⁸ “Somut olayda terk tarihinden bu yana geçen sürenin uzunluğu ve terk edilen taşınmazın bu süre içinde terk amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmeden sadece 2942 sayılı Kanun’un 35. maddesine dayanılarak dava reddedilmiştir. Hlbuki olayda başvurucunun taşınmazı terk amacına uygun kullanılmadığı gibi ilgili kanun hükümleri çerçevesinde iade de edilmemiştir. Dolayısıyla somut olayda aradan on üç yıl geçtiği hlde taşınmazın terk amacı dĞrultusunda kullanılmaması nedeniyle kamu yararı amacı gerçekleŐtirilmemiŐtir. Buna göre taşınmazın makul sayılamayacak bir süre terk amacı dĞrultusunda kullanılmamasının ilgili kamu yararı amacı da ortadan kalktığına göre müdahalenin başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği, kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu sonucuna varılmıştır.” ifadelerine yer vererek başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi Şarta bağlı bağışlamanın söz konusu olmadığı Şahin Tosun kararında ve Buket Baran ve diğerleri kararında farklı sonuca ulaşmıştır. Şahin Tosun kararında⁴⁹ kamu hizmetine tahsis edilmesi Şartı koŐulmaksızın bağışlanan taşınmazların belediye tarafından nc kişilere devredilmesinin önünde herhangi bir kanuni engelin bulunmadığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi kamu hizmetine tahsis Şartı bulunmaksızın bağışlanan ve belediyece nc kişiye devredilen taşınmaz hissesinin başvurucuya iade edilmemesinin -bu baĐıŐla elde etmeyi amaçladığı tüm yararları kavuŐtuĐu da dikkate alındığında- başvurucuya olağan dışı, aşırı ve ölçsüz bir külfet yüklemediği sonucuna ulaşmıştır. Buket Baran ve diğerleri kararına⁵⁰ konu olayda ise,

⁴⁸ zel İstanbul Arel EĞitim Kurumları A.Ő. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/3592, K.T.29.5.2019, Ő 61 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁴⁹ Şahin Tosun Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/10857, K.T.11.1.2017, ŐŐ 49, 50 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁵⁰ Buket Baran ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/14999, ŐŐ 47, 48 K.T.3.12.2020 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

başvurucuların murisi imar planında yeşil alan vasfıyla yer alan taşınmazın ilişkin olarak belediye ile yapmış olduğu anlaşma uyarınca taşınmazın bir kısmını bedelsiz olarak kamuya terk etmiştir. Belediye söz konusu taşınmazı bir vakfa devretmiştir. Anayasa Mahkemesi taşınmazın şartlı olarak bağışlandığının ortaya konulmadığını vurgulayarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiayı açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Sonuç itibariyle, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesindeki açık düzenleme ile uyumludur. Ancak mülkiyet hakkının sınırlanmasında, kanunla sınırlanabilme ölçütünün yanı sıra ölçülülük ölçütü de dikkate alınması gerektiğinden, Anayasa Mahkemesince somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmakta ve özellikle şartlı bağış şeklinde yapılan bedelsiz terker bakımından bu şartta öngörülen amaç için kullanılmayan taşınmazlar hakkında ihlal kararları verilebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, taşınmazın terk amacı dışında kullanılmakla birlikte kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaç için tahsis edilmesi hâlinde bu durum Anayasa Mahkemesince mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilmemektedir⁵¹.

B. KANUNİ BİR DAYANAK OLMASIZIN YAPI İZNI KARŞILIĞI MALİKİN MUVAFAKATI İLE BEDELSİZ TERK UYGULAMASI

1. Kanuni Bir Dayanak Olmaksızın Yapı İzni Karşılığı Malikin Muvafakati ile Bedelsiz Terkin Uygulamada Doğuşu ve Gelişimi

Yapı izni karşılığı bedelsiz terk uygulaması, malikin parselinde yapılaşmaya gidebilmesi veya mevcut yapılaşma imkânını artırabilmek için imar planında yol veya kamu hizmetleri için gösterilmiş kısmı ilgili idare lehine terk etmesidir⁵². Yapılaşmaya gidebilmek için bedelsiz terk uygulaması, henüz arsa ve arazi düzenlemesi yapılmamış alanlarla ilgili ifraz ve tevhit taleplerinin değerlendirilmesi sürecinde, parselasyon yapılmış olsaydı DOP olarak ayrılacak taşınmaz bölümünün malikin muvafakati ile kamuya bırakılması şeklinde doğmuştur. Ancak zamanla bu uygulama, idare ile malik arasında malikin arsasında yapılaşmaya gidebilmesi veya mevcut yapılaşma imkânını artırabilmesi için pazarlık aracı hâline gelmiştir.

Belirtmek gerekir ki, arazi sahiplerinin rıza göstermesi üzerine, yol ve yeşil alan ihtiyaçları için kesilen bedelsiz terker DOP olarak nitelendirilemez. DOP alma yetkisi ancak İmar Kanunu m.18'e göre kullanılabilen bir yetkidir⁵³. Bununla birlikte yapı izni karşılığı bedelsiz terk uygulaması yapılmış ise, bu durumda İmar Kanunu m.18'de DOP kesintisinin en fazla %45 oranında yapılabileceği kuralı dikkate alınmalıdır.

⁵¹ İbrahim Manav Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/2755, K.T.29.12.2021, § 51 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁵² C. Salih Şahin, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 88; Sancakdar, s. 388.

⁵³ Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 289.

Yapı izni karşılığı olarak arsadan bedelsiz terk uygulamasında DOP oranının dikkate alınması ve bu miktarın kişinin payından düşülmesi gerekmektedir⁵⁴. Aksi takdirde bir taşınmazın %45'inden fazlasının kamuya geçirilmesi İmar Kanunu'na açıkça aykırı olacaktır. Ayrıca %45'i aşan kısmın Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında değerlendirilmesi de hukuka aykırı olacaktır⁵⁵.

Erzurum Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında⁵⁶ da; “bir parselasyon işlemine dayanmayan, 3194 sayılı Kanununun 15. ve 16. Maddeleri doğrultusunda yapılan imar uygulamaları sırasında, hak sahibinin taşınmazında yapılaşma imkânı elde edebilmek amacıyla “yol alanına terk”, “park alanına terk”, “belediyeye bağış” gibi çeşitli adlar altında bedelsiz şekilde kamuya terk ettiği alanların, düzenleme ortaklık payı olarak değerlendirilmesi mümkün olmamakla birlikte, istek üzerine yapılmış olan bu terkin hangi usullerde yapıldığına bakılmaksızın DOP hesabında dikkate alınması ve bu terk oranını sonradan yapılacak parselasyonda belirlenen DOP oranına tamamlayan fark kadar kesinti yapılmasının hakkaniyet ve eşitlik ilkesinin bir gereği” olduğu tespiti yapılmıştır.

Danıştay bir kararında, yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulamasının gelişimini şu şekilde ifade etmiştir⁵⁷: “... uygulama imar planlarının uygulanması ve yapılaşmaya uygun imar parsellerinin oluşturulmasında kural olarak parselasyon işlemi yapılmasının esas olduğu, imar planı bulunan ve henüz parselasyon işlemi yapılmamış bir imar adasında ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılmasının hukukten olanaklı olmadığı, yine bir taşınmaza yapı ruhsatı verilebilmesi için öncelikle parselasyon işlemi yapılması gerektiği anlaşılmakta ise de, uygulamada idareler tarafından parselasyon işlemi yapılmamış bir alanda taşınmazların umumi hizmet alanlarına isabet eden kısımlarının bedelsiz olarak kamuya terk edilmesi halinde ilgililerin taşınmazları üzerinde yapılaşmasına izin verilmekte, böylelikle oluşturulan imar parseli ile malik tarafından yola terk edilen taşınmazın karşılığı geri kalan taşınmazındaki değer artışı yoluyla elde edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, taşınmazda yapılaşma olanağı sağlanması nedeniyle değerinde meydana gelen artış karşılığında mevcut taşınmazın bir kısmının “kamuya terk edilmesi” sağlanmaktadır.”

Danıştay, yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terki “İmar hukukunda yasal bir dayanağı bulunmamakla birlikte bedelsiz terk kavramı, imar planı bulunan alanlarda 3194 sayılı Kanununun 18. maddesi kapsamında parselasyon işleminin yapılmaması ya da çeşitli sebeplerle yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda 3194 sayılı İmar Kanununun 15. ve 16. maddeleri çerçevesinde, taşınmazın imar planında yapılaşabilecek kısmı için parsel oluşturularak yapı

⁵⁴ Kutlu Gürsel, s. 502; Sancakdar, s. 389. Hibe adıyla yeşil alan için yapılan terkin kamu alanı için yapılan bedelsiz terkten ayrı düşünülemediği ve bu miktarın düzenleme ortaklık payından düşülmesi gerektiği hakkında bkz. Danıştay 6. D, E:2003/493, K:2004/3850, T: 16.6.2004, Danıştay Kararları Dergisi, S. 6, s. 163

⁵⁵ Kutlu Gürsel, s. 502.

⁵⁶ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, E:2020/1038, K:2021/3487, T: 25.11.2021 (lexpera.com.tr).

⁵⁷ Danıştay, 6. D, E:2016/13711, K:2021/7531, T: 01.06.2021 (lexpera.com.tr).

ruhsatı alınabilmesi amacıyla taşınmazın bir kısmının kamuya bırakılması işlemidir.” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁸.

İmar planlarının ilgili alanda hayata geçmesi için kullanılan yöntemlerden biri olan “ifraz ve tevhit”⁵⁹ uygulaması İmar Kanunu’nun 15. ve 16. maddeleri kapsamında idarece re’sen veya maliklerin müracaatı üzerine yapılabilmektedir. İmar Kanunu m. 15 uyarınca yapılan ifraz ve tevhit işlemi nedeniyle DOP alınamaz⁶⁰ ve ifraz ve tevhit işlemleri bedelsiz terk şartına bağlanamaz. Ancak uygulamada belediyelerce, taşınmazın yola veya yeşil alana giden kısımları terk edilmeden ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanmayacağı yönünde şartlar konulmaktadır. Bununla birlikte, ifraz ve tevhit işlemlerinin yola terk veya kamulaştırma şartına bağlanması imar mevzuatında öngörülmediğinden hukuka aykırılık teşkil edecektir⁶¹.

İmar Kanunu’nun 15. maddesinde 2019 yılında yapılan değişiklikle⁶², imar planı bulunan alanlarda ifraz ve tevhit uygulamasının yapılabilmesi için kural olarak⁶³ uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması ve tescil edilmiş olması şartı getirilmiştir. İfraz ve tevhit uygulaması için tescili aranan parselasyon planı⁶⁴, İmar

⁵⁸ Danıştay 6.D, E:2018/4864, K:2021/6575, T: 20.05.2021 (lexpera.com.tr).

⁵⁹ İfraz, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinin (ğ) bendinde, bir parselin imar mevzuatına uygun olarak bölünerek, birden fazla parsel oluşturulması olarak, tevhit ise aynı maddenin (ö) bendinde, birden fazla birbirine bitişik parselin imar mevzuatına uygun olarak birleştirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. İfraz ve tevhit hakkında detaylı bilgi için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, s. 279 vd.; Sancakdar, s. 341 vd.; Ahmet Talha Tetik, “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri”, S. 158, Y.34, Ocak-Şubat 2022, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 128-129; Mehmet Topuz, “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri”, C.94, S. 4, Temmuz- Ağustos 2020, İstanbul Barosu Dergisi, s. 120 vd.

⁶⁰ Danıştay 6.D, E:1993/1004, K:1993/5355, T:14.12.1993 (danistay.gov.tr).

⁶¹ Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, s. 289; Şimşek, s. 56.

⁶² Söz konusu değişiklik 4/7/2019 tarihinde kabul edilen 7181 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile sağlanmıştır.

⁶³ İmar Kanunu m.15/4 uyarınca; 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda belirtilen merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin yetkisi içindeki kamu yatırımlarında veya kamu mülkiyetine ait alanlarda, parselasyon planının tatbiki mümkün olmayan meskûn alanlar ile koruma amaçlı imar planı bulunan alanlarda ve büyük bir kısmı uygulama imar planına uygun şekilde oluşan imar adalarının geri kalan kısımlarında ifraz ve tevhit işlemleri için öncelikle parselasyon planının yapılması ve tescil edilmiş olması şartı aranmayarak kuraldan istisna tutulmuştur. İstisna hâller için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, s. 284; Sancakdar, s. 343-345.

⁶⁴ Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m. 4/1’de, parselasyon planı, İmar Kanunu’nun 18. maddesine ve uygulama imar planına uygun olarak imar parsellerinin oluşturulduğu, parselasyon planı açıklama raporu, parselasyon paftaları ile tescile esas belgeleri içeren uygulama dosyası ile bir bütün olan plan olarak tanımlanmaktadır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 12. fıkrası uyarınca, Bir parselin bulunduğu imar adasına ait parselasyon planı yapılıp belediye encümenince kabul edilip tapuya tescil edilmeden o adadaki herhangi bir parsel için ruhsatı verilemez.

Kanunu m.18'te ifadesini bulan arazi ve arsa düzenlemesinin işlem basamaklarından birisidir. Kanun'da yapılan değişikliğin ardından, kural olarak parselasyon planı yapılmayan yerlerde ifraz ve tevhit uygulaması yapılamayacaktır⁶⁵. Dolayısıyla artık ifraz ve tevhit uygulaması, imar planı bulunan alanlarda, imar parseli üretmenin bağımsız bir yolu olmaktan çıkmıştır denilebilir.

İmar Kanunu'nun 15. maddesinin 4. fıkrasında kuralın istisnasına yer verilerek, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda belirtilen merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin yetkisi içindeki kamu yatırımlarında veya kamu mülkiyetine ait alanlarda, parselasyon planının tatbiki mümkün olmayan meskûn alanlar ile koruma amaçlı imar planı bulunan alanlarda ve büyük bir kısmı uygulama imar planına uygun şekilde oluşan imar adalarının geri kalan kısımlarında ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılabilmesi için parselasyon planının yapılmış ve tescil edilmiş olma şartının aranmayacağı düzenlenmiştir.

İmar Kanunu'nun 15. maddesinin, 4. fıkrasında sayılan istisnalar dışında, ifraz ve tevhit işlemlerini parselasyon planının yapımı ve tescili şartına bağlamış olması, taşınmaz malikinin, ifraz ve tevhit talebinin kabulü karşılığında, taşınmazından umumi hizmetlere sarf edilmek üzere belli miktarda ferağ verme şeklindeki bedelsiz terk uygulamasını ortadan kaldıracaktır. Bölgede umumi hizmetlere ayrılması gereken yerler, parselasyon sürecinde DOP uygulaması ve yeterli olmadığı hallerde de kamulaştırma usulü ile karşılanacağı için malikin, ifraz ve tevhit talebi karşılığında umumi hizmet alanlarına terkte bulunmasına lüzum kalmayabilecektir. Ancak bu sonucun doğup bedelsiz terk uygulamasının ortadan kalkabilmesi için, idareler tarafından uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren makul süre içerisinde parselasyon planlarının hazırlanması gerekmektedir. Bu kapsamda, İmar Kanunu'nun 18. maddesinin 10. fıkrasında, belediye veya valiliklerin, parselasyon planlarını, imar planlarının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde yapması ve onaylamasının esas olduğu, parselasyon planı yapmaması sebebiyle doğacak her türlü kamulaştırma iş ve işlemlerinden belediye veya valiliklerin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 9/2. fıkrasında⁶⁶ da, *“10/7/2019 tarihinden sonra yapılan imar planlarında kesinleşme tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde, 10/7/2019 tarihinden önce yapılmış imar planlarında 10/7/2019 tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde; düzenleme sahalарının tespit edilerek, parselasyon planlarının yapılması ve onaylanması esastır.”* hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemelere karşın, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinin üzerinden beş yıl geçmesine rağmen idarece parselasyon planlarının yapılmaması, malik ve diğer hak sahiplerinin zarara uğramasına sebebiyet verebildiği gibi mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde kısıtlılıklara da neden olabilmektedir.

⁶⁵ Hüseyin Bilgin, “7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, C. 6, S. 2, Temmuz 2020, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 360.

⁶⁶ Söz konusu fıkranın, Danıştay Altıncı Dairesinin 8.6.2021 tarihli ve E:2020/5082 sayılı kararı ile yürütmesi durdurulmuştur.

2. Yapı İzni Karşılığı Malikin Muvafakati ile Bedelsiz Terkin Hukuki Niteliği

Yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulamasının koşulları, hüküm ve sonuçları herhangi bir mevzuatta düzenlenmiş değildir. Doktrinde bu uygulama, yapı yapma izni için bir tür “fiili ön şart” olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. Burada malikin yapı izni alabilmesinin koşulu, arsasından terk işlemine rıza göstermesidir. Bu rıza aslında bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bedelsiz terk, eşit iki taraf arasında özel hukuk hükümlerine tabi bir hukuki işlem olarak değerlendirilmemelidir. Zira, idarenin görev/yetki alanında kamu gücünü kullanarak yapması gereken parselasyon işlemini yapmaması sebebiyle kamunun herhangi bir zarara uğramaması amacıyla imar planında umumi hizmete rastlayan alanların bedelsiz terki zorunlu tutulmaktadır⁶⁸.

Danıştay da, bir kararında yapı izni alabilmek karşılığında malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulamasının kamu gücü karşısında malik bakımından bir zorunluluk olarak vuku bulduğunu şu şekilde ifade etmektedir⁶⁹: “*İmar hukukunda yasal bir dayanağı bulunmamakla birlikte bedelsiz terk kavramı, imar planı bulunan alanlarda 3194 sayılı Kanununun 18. maddesi kapsamında parselasyon işleminin yapılmaması ya da çeşitli sebeplerle yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 15. ve 16. maddeleri çerçevesinde, taşınmazın imar planında yapılaşılabilir kısmı için parsel oluşturularak inşaat ruhsatı düzenlenebilmesi amacıyla aynı taşınmazın yol, yeşil alan vb. kısımlarının kişinin isteği doğrultusunda kamuya bırakılması işlemidir. İlgililerin taşınmazlarının imar planında yol, park gibi kamu alanlarında kalan kısımlarını bedelsiz terk etmelerinin nedeni taşınmazlarının kalan kısmında yapılaşabilmektir. Başka bir deyişle yapılaşabilmek için kamu alanlarında kalan taşınmaz kısımlarını kamu gücü karşısında bedelsiz terk etmek zorunda kalmaktadırlar.*”

Malikin arsasında yapılaşmaya gidebilmesi karşılığında taşınmazının bir bölümünü idareye bedelsiz terk etmeye zorlanması, mülkiyet hakkının Anayasa’nın 35. maddesi kapsamında sınırlanmasının çok daha ötesinde, mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuran bir durumdur⁷⁰. Malik, idare tarafından adeta zorla gerçekleştirilen terk işlemine yapı izni almak için katlanmakta olmasına rağmen, Yargıtay bu kapsamda gerçekleştirilen bedelsiz terk uygulamasını Kamulaştırma Kanunu m.35 kapsamında değerlendirmektedir⁷¹.

⁶⁷ Sancakdar, s. 388.

⁶⁸ Münevver Kübra Bakırcı, “Bedelsiz Terk Uygulamasının Özel Hukuk Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi”, C. 12, S. 2, Aralık 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1041.

⁶⁹ Danıştay 6.D, E: 2016/4042, K: 2018/266, T: 17.1.2018 (lexpera.com.tr). Yüksek mahkemenin benzer tespitlerinin yer aldığı daha güncel tarihli bir başka kararı için bkz. Danıştay 6.D, E: 2019/20607, K: 2021/1294, T: 4.2.2021 (lexpera.com.tr).

⁷⁰ Kutlu Gürsel, s. 502.

⁷¹ Yargıtay, 5. HD, E: 2016/25555, K: 2018/12865, T: 26.6.2018 (lexpera.com.tr).

Danıştay bir kararında⁷², “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 285. maddesinde; bağışlama sözleşmesi bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana “karşılıksız olarak kazandırma” yapmayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmış, bağışlamanın belli bir koşula veya mükellefiyete bağlı olarakta yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, malik tarafından taşınmazın yapılaşma amacı dışında belli şarta bağlı olarak ve belli bir amaç doğrultusunda kullanılması için (örneğin; okul yapımı, hastane yapımı vb.) koşullu olarak bağışlanması durumunda taraflar arasında bir “bağışlama sözleşmesinin” varlığından söz edilmesi mümkündür. Ancak malikin taşınmazında yapılaşma olanağı sağlanması nedeniyle değerinde meydana gelen artış karşılığında taşınmazının bir kısmını “kamuya terk etmesi” durumunda “karşılıksız bir kazandırmadan” söz edilemeyeceğinden, yapılaşma amacıyla yapılan bu terklerin “bağış” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.” ifadelerine yer vermiştir.

3. Yapı İzni Karşılığı Malikin Muvafakati ile Bedelsiz Terk Edilen Yerlerin İmar Planı Değişikliği Sonucu Kullanım Amacının Değişmesi Durumunda Ne Olacağı Sorunu

Yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk yoluyla umumi hizmete terk edilen taşınmazın imar planındaki tahsisatı özel mülkiyete konu olabilecek hale getirilerek bedelsiz terkin, idareler tarafından özel mülkiyete tabi taşınmaz edinmenin bir yolu olarak da kullanılabilirdiği görülmektedir. Konuya ilişkin olarak Danıştay vermiş olduğu bir kararında⁷³; İmar Kanunu m. 11 düzenlemesine göndermede bulunarak, kamuya ait gayrimenkullerin bedelsiz terki durumunda, bu yerlerin kullanılış şekli, yeni bir imar planıyla değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, bu yerlerin devir alınan idareye aynı usulle iade edileceğine ilişkin kuralın kıyasen uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay söz konusu kararında; 3194 sayılı Kanun’da özel mülkiyete konu olan taşınmazlardan sahiplerinin muvafakati ile umumi hizmetlere bedelsiz olarak terk edilen ancak daha sonra yürürlüğe giren imar planı ile tahsis amacı değişen yerlerin bedelsiz olarak eski maliklerine geri verilmesi yolunda bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, Hazine ve özel idareye ait arsa ve arazilerden kamu yararı amacıyla alınan taşınmazların imar planıyla kullanım amacı değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hâle getirilmesi hâlinde, bu yerlerin devir alınan idareye aynı usulle iade edileceğine ilişkin hükmün kıyasen özel mülkiyete konu olan taşınmazlarda da uygulanmasının mülkiyet hakkını koruyan Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine ve hakkaniyet ilkelerine uygun olacağını ifade etmiştir. Zira yapılaşma izni almak için malikler kamu alanları içerisinde kalan taşınmaz kısımlarını kamu gücü karşısında bedelsiz terk etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme imar planı değişikliği nedeniyle kullanım amacı değişerek özel mülkiyete konu olan taşınmazların maliklerine ücretsiz olarak iade edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

⁷² Danıştay, 6. D, E:2016/13711, K:2021/7531, T: 01.06.2021 (lexpera.com.tr).

⁷³ Danıştay, 6. D, E:2012/5723, K:2015/5912, T:13.10.2016, Danıştay Dergisi, 2016, S. 141, s. 245.

Ancak Yüksek Mahkeme'nin aksi yönde güncel kararları da söz konusudur⁷⁴. Danıştay 2022 tarihli kararında; yapılaşma amacıyla taşınmazın bir kısmının kamuya terk edilmesi suretiyle taşınmazdan yapılan bu kesintilerin “düzenleme ortaklık payı” ile aynı amaca hizmet ettiği sonucuna ulaşıldığını ifade etmiştir. Kararda, “...Nitekim, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesine 10.07.2019 tarihinde 7181 sayılı Kanun ile eklenen 8. fıkrada yer alan; *parselasyon planı yapılmadan ifraz ve tevhit edilerek tescil edilen parsellerden, imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için terk edilen veya bağışlanan alanların yeni yapılacak parselasyon planında düzenleme ortaklık payı hesabında dikkate alınacağı yolundaki hüküm ile de bu husus açıklığa kavuşturulmuş, söz konusu yasal düzenlemenin Danıştay Altıncı Dairesi içtihatları ile de uyumlu olduğu görülmüştür.*

Bu açıklamalar doğrultusunda uyumsuzluk incelendiğinde; davacı tarafından daha önce taşınmazından bedelsiz olarak kamuya terk ettiği kısmın imar planı değişikliği ile kamu alanı olmaktan çıkarılması üzerine bu kısmın bedelsiz olarak kendisine iadesi gerektiği ileri sürülmüş ise de, davacının parselasyon yapılmamış bir alanda konut yapmak amacıyla taşınmazının imar planında “yola” isabet eden kısımlarını bedelsiz olarak kamuya terk ettiği anlaşıldığından, yapılaşma amacıyla yapılan bu terkin “bağış” olarak nitelendirilemeyeceği, parselasyon işlemi sırasında terk miktarının düzenleme ortaklık payı hesabında dikkate alınacağı, niteliği itibarıyla terk edilen bu kısım daha sonra idare tarafından başka amaçlara tahsis edilse ve imar durumu değişse dahi eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı ve eski malikine bedelsiz iade edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

3194 sayılı İmar Kanununun 11. maddesinin uyumsuzluk konusu olaya uygulanıp uygulanmayacağı yönünden değerlendirme yapıldığında; anılan maddenin, imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastladığı için kamuya bedelsiz terk edilen kamuya ait (hazine ve özel idareye) gayrimenkullerde, terk edilen kısmın imar planı değişikliği ile kullanım amacının değiştirilerek özel mülkiyete konu olması halinde devir alınan idareye aynı usulle iade edileceğine ilişkin olduğu görüldüğünden, kamuya ait gayrimenkuller için düzenlendiği anlaşılan bu yasa hükmünün kıyasen genişletilerek özel mülkiyete konu taşınmazlar için de uygulanması ve davacının iade talebinin bu madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi şahısların kamusal kullanımları için terk ettikleri alanların iadesini öngören bir yasa hükmü de bulunmamaktadır. Öte yandan, terk edilen bu kısım ile ilgili idare tarafından yapılan imar planı değişikliklerinin ayrı bir dava ve inceleme konusu olacağı tabidir.”

Kanaatimizce Yüksek Mahkeme'nin 2016 tarihli içtihadı mülkiyet hakkı açısından değerlendirildiğinde hakkın özüne dokunma yasağı bakımından daha yerindedir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında⁷⁵ da, özel mülkiyete konu olan taşınmazlardan sahiplerinin rızası ile umumi hizmetlere bedelsiz olarak terk edilen ancak daha sonra yürürlüğe giren imar planı ile tahsis amacı değişen yerlerin bedelsiz olarak eski maliklerine geri verilmesi yolunda yasal bir düzenleme bulunmamakla

⁷⁴ Danıştay, 6. D, E:2018/4181, K:2022/1746, T: 17.02.2022 (lexpera.com.tr); aynı yönde Danıştay, 6. D, E:2016/13711, K:2021/7531, T: 01.06.2021 (lexpera.com.tr).

⁷⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 4. İDD, E:2021/511, K:2021/371, T: 16.04.2021 (lexpera.com.tr).

birlikte hazine ve özel idareye ait arsa ve arazilerden kamu yararı amacıyla alınan taşınmazların imar planıyla kullanım amacı değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirilmesi halinde, bu yerlerin devir alınan idareye aynı usulle iade edileceğine ilişkin hükmünün kıyasen özel mülkiyete konu olan taşınmazlarda uygulanmasının mülkiyet hakkını koruyan Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olacağı ifade edilmiştir.

Bir Danıştay kararında da ifade edildiği üzere⁷⁶, taşınmazın ifrazı sırasında "bağış" veya "terk" gibi adlar altında bedelsiz şekilde kamuya terk edilen alanların, kamu yararı amacıyla kullanılmak yerine belediye adına özel mülk olarak tescil ettirilmesi Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının ve hukuk devleti ilkesinin ihlali niteliğindedir.

SONUÇ

İmar hukukunda bedelsiz terk uygulamaları sonucunda, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın tamamı veya bir bölümü, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan taşınmazların sağlanması maksadıyla, malike herhangi bir bedel ödenmeksizin, görevli ve yetkili idare lehine terk edilmektedir. Taşınmaz malikinin taşınmazının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi karşılığında nakdi ya da aynı bir kazanç sağlamamakla birlikte, yapılan parselleme çalışmaları sonucunda taşınmazının değerinin artması, özel parselasyon talebinin yerine getirilmesi, taşınmazının kalan kısmında yapılaşmaya gidebilmesi ya da yapılaşma imkânının artması gibi bazı menfaatler elde etmesi mümkündür.

Mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren bedelsiz terk uygulamalarının, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik Anayasa ve tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokol hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda bu sınırlamalar, kamu yararı amacına yönelik olarak ve ancak kanun ile öngörülmelidir. Bunun yanı sıra kanun hükümleri, hakkın özüne dokunmayacak şekilde ve ölçülülük ilkelerine uygun olacak şekilde tesis edilmelidir.

Mevzuatımızda öngörülen bedelsiz terke ilişkin düzenlemeler çeşitli açılardan ve özellikle mülkiyet hakkı açısından bazı yönlerden eleştirilmektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı bulunmayarak iptal edilmemiş olsa da, doktrinde İmar Kanunu m.18 uyarınca, yapılan parselasyon işlemi sonrasında taşınmazdaki değer artışı karşılığı taşınmazın %45'ine kadar bedelsiz alınabileceğini öngören düzenlemenin, mülkiyet hakkının özü bakımından, ölçülülük ilkesinin ihlali niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Yine imar mevzuatına aykırı yapılaşmış alanlarda bedelsiz terk uygulamasını öngören kanun hükümleri ile, vatandaşlara taşınmazlarının bir kısmını bedelsiz kamuya bırakmaları karşılığında birtakım haklar sağlaması da geniş anlamda imar affi niteliğindedir. Ancak deprem ülkesi olan ülkemizde imar affi uygulamalarının yaygınlaştırılması doğru bir yaklaşım değildir.

⁷⁶ Danıştay 6.D, E:2018/4864, K:2021/6575, T: 20.05.2021 (lexpera.com.tr).

Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca özel parselasyon sonunda malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulamasında ise, Kanun'un açık hükmü uyarınca bu yerlerde daha sonra mülkiyet iddiasında bulunmak mümkün olmamaktadır. Yargıtay içtihatlarında da Kanun hükmü ile uyumlu olarak bu bedelsiz terk uygulamaları bağış niteliğinde kabul edilmekte ve maliklerin daha sonra ileri sürdüğü mülkiyet iddiaları reddedilmektedir. Ancak mülkiyet hakkının sınırlanmasında, kanunla sınırlanabilme ölçütünün yanı sıra ölçülülük ilkesi de dikkate alınması gerektiğinden, Anayasa Mahkemesince somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmakta ve özellikle şartlı bağış şeklinde yapılan bedelsiz terkler bakımından bu şartta öngörülen amaç için kullanılmayan taşınmazlar bakımından ihlal kararları verilebilmektedir.

Son olarak kanuni bir dayanağı olmamakla birlikte uygulamada gelişen, yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk uygulaması ile, malik parselinde yapılaşmaya gidebilmesi veya mevcut yapılaşma imkânını artırabilmek için imar planında yol veya kamu hizmetleri için gösterilmiş kısmı ilgili idare lehine terk etmektedir. Malik, arsasında yapılaşmaya gidebilmesi karşılığında taşınmazının bir bölümünü idareye bedelsiz terk etmeye zorlanmaktadır. Dolayısıyla buradaki bedelsiz terk işlemi, eşit iki taraf arasında özel hukuk hükümlerine tabi bir hukuki işlem olarak değerlendirilmemelidir. Yapı izni karşılığı malikin muvafakati ile bedelsiz terk edilen yerlerin imar planı değişikliği sonucu kullanım amacının değişerek özel mülkiyete konu olması durumunda ise, taşınmazların maliklerine ücretsiz olarak iade edilmesi gerekmektedir. Aksi yönde bir uygulama, Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının ve hukuk devleti ilkesinin ihlali niteliğindedir.

İmar Kanunu'nun 15. maddesinde 2019 yılında yapılan değişiklikle, imar planı bulunan alanlarda ifraz ve tevhit uygulamasının yapılabilmesi için kural olarak uygulama imar planına uygun bir şekilde öncelikle parselasyon planının yapılması ve tescil edilmiş olması şartı getirilmiştir. Kanun'da yapılan değişikliğin ardından, artık ifraz ve tevhit uygulaması, imar planı bulunan alanlarda, imar parseli üretmenin bağımsız bir yolu olmaktan çıkmıştır denilebilir. Ancak bu düzenlemelerden sonra dâhi, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinin üzerinden beş yıl geçmesine rağmen idarece parselasyon planlarının yapılmaması, malik ve diğer hak sahiplerinin zarara uğramasına sebebiyet verebildiği gibi mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde kısıtlılıklara da neden olabilmektedir.

KAYNAKÇA

Bakırcı M. K, “Bedelsiz Terk Uygulamasının Özel Hukuk Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi”, C. 12, S. 2, Aralık 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1005-1045.

Bilgin H, “7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, C. 6, S. 2, Temmuz 2020, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 339-385.

Boyar O, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.

Gemalmaz H. B, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Gözler, K, Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2023.

Gözler K, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017.

Günday M, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

Güran S, İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri, İstanbul, 1969.

Güzel B, “Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) ve Kamu Ortaklık Payı (KOP)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Kalabalık H, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Kalabalık H, İmar Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Kutlu Gürsel M, Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Memiş E, Anayasa Hukuku Notları (Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, 1808-2011), 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.

Metin Y, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Oğurlu Y, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Örücü E, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Özay İ. H, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Sağlam F, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

Sancakdar O, İmar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Şahin C. S, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

Şimşek S, İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları İtiraz Ve Dava Yolları (Arazi Ve Arsa Düzenlemeleri), 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tetik A. T, “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri”, S. 158, Y. 34, Ocak-Şubat 2022, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 125-190.

Tezcan D/Erdem M. R/Sancakdar O/Önok R. M, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Topuz M, “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri”, C. 94, S. 4, Temmuz- Ağustos 2020, İstanbul Barosu Dergisi, ss. 120-127.

Yıldırım R, “İdâreye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler”, C. 1, S. 2, Temmuz 2016, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 13-22.

Yılmaz M, “İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları”, C. 16, S. 3-4, 2010, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 37-83.

HUKUK MAHKEMESİ KARARLARININ İDARE MAHKEMESİNDE GÖRÜLEN UYUŞMAZLIKLARA ETKİSİ HAKKINDA BİR İNCELEME

An Examination of the Impact of the Judicial Court Decisions on Cases in the Administrative Courts

Mustafa Burak YETİŞKİN*

Öz: Bu çalışmanın amacı, adli ve idari yargı mahkemelerinde verilen kararların birbirine olan etkisini değerlendirerek, bu alanda yaşanan bazı sorunları tespit etmek ve bunlara yönelik çözüm önerilerinde bulunmaktır. Söz konusu amaç doğrultusunda, daha detaylı açıklamalarda bulunabilmek için, konu, hukuk mahkemesi kararlarının idare mahkemesi kararlarına olan etkileri özelinde incelemeye tabi tutulacaktır. Bu doğrultuda, adli ve idari hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkları ne şekilde ele aldığından bahsedilecek ve yargı yerlerinin benzer uyuşmazlıklar hakkındaki çelişkili uygulamaları ortaya konulacaktır. Bununla birlikte, bu alanda yaşanan sorunların nedenleri hakkında bazı açıklamalarda bulunulacaktır. Çalışmada ortaya konulan tespitler doğrultusunda, ülke çapında içtihat birliğinin sağlanabilmesi adına, ülkemiz hukuk sistemindeki yöntemlerin yeterli olup olmadığı incelenecek ve bazı çözüm önerileri getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari Rejim, Hukuk Mahkemesi, İdare Mahkemesi, Etkileşim, İchtihat Birliği.

Abstract: The aim of this study is to assess the impact of judgments rendered in judicial and administrative courts on each other, identify certain problems in this field, and propose solutions accordingly. In line with this objective, a specific examination will be conducted on the influence of judicial court decisions on administrative court rulings to provide more detailed explanations. Accordingly, the approach of the judicial and administrative judges in handling disputes will be discussed, and conflicting practices of judicial venues regarding similar disputes will be highlighted. Furthermore, explanations will be provided regarding the reasons for the problems encountered in this field. Based on the findings presented in the study, an examination will be conducted to determine whether the methods in our legal system are sufficient for achieving nationwide jurisprudential consistency, and solutions will be proposed.

Keywords: Administrative System, Judicial Court, Administrative Court, Interaction, Jurisprudential Consistency.

* Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Tetkik Hâkimi, m.burakyetiskin@gmail.com,

ORCID: 0000-0003-0176-9885

Makale Geliş Tarihi: 10.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 24.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484034

GİRİŞ

İdari rejimde, adli ve idari yargı arasındaki görev ayrımı nedeniyle, bu mahkemelerde görülen uyuşmazlıkların birbirini etkileyebilmesi, pek beklenmeyen ve arzu edilmeyen bir durumdur. Ancak bazı maddi olaylar, farklı yönleriyle adli ve idari yargı mahkemelerinde uyuşmazlık konusu olabileceğinden, farklı yargı yerlerindeki kararların etkileşim içerisinde olması kaçınılmazdır. Bu yönde ortaya çıkan etkileşim, davanın konusu hakkında olabileceği gibi davanın sebebinden de kaynaklanabilir. Böyle durumlarda, olayın ele alındığı yargı yerine göre maddi anlamda birbiriyle çelişen nitelikte kararların ortaya çıkmaması hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkeleri açısından büyük öneme sahiptir.

Bununla birlikte, bazı uyuşmazlıkların niteliği gereği hukuk hâkiminin idare hukuku, idari hâkimin ise özel hukuk ilke ve kavramlarına müracaat etmesi gerekir. Bu niteliğe sahip uyuşmazlıklarda verilen kararlarda, ihtisas alanlarının dışındaki bu ilke ve kavramların, sıklıkla uzun ve teorik açıklamalara konu edildiğine rastlanır. Bu durum, çoğunlukla, hâkimin ihtisas alanı dışındaki bu konularda bilgi sahibi olduğu ve yorumlarının dayanaksız olmadığına yönelik tarafları ikna etme refleksinden kaynaklanmaktadır. Ne var ki ihtisas alanı dışında kalan bu ilke ve kavramlar, her ne kadar kararlarda etraflıca yer almaktaysa da uygulanmaları konusunda aynı ölçüde başarı sağlandığı her zaman söylenememektedir. Yine de bahsi geçen etkileşim doğrultusunda yargı yerlerinin kararlarına karşılıklı atuf yaparak içtihat birliğini sağlamaya yönelik tutum içinde olması olumlu addedilmelidir.

Yapılan bu açıklamalar kapsamında, hukuk mahkemesinde verilen kararların idare mahkemelerine olan etkisinin iki yönlü olduğu söylenebilir. Bazen davanın konu ve sebebi, bazen ise uyuşmazlığın niteliği gereği ilke ve kavramlar yönünden idare mahkemeleri, kararlarında hukuk mahkemesi kararlarını referans olarak değerlendirmektedir. Ancak adli ve idari hâkimin, varoluş nedeni gereği uyuşmazlıklara aynı perspektiften bakması mümkün olmadığından aynı konu ve sebebe veya hukukun temel ilke ve kavramlarına dair farklı yorumlar ortaya koyabilmesi mümkündür. Bununla birlikte, ortaya çıkabilecek çelişkili kararların giderilebilmesi adına ülkemizde etkin işleyen bir yöntemin varlığı ise tartışmalıdır.

İçtihat birliğini sağlamak ve maddi anlamdaki çelişkileri gidermek adına idari yargıda temyiz mercii olan Danıştayın bu anlamda bazı içtihatlar geliştirdiği söylenebilir. Öte yandan, konu ve sebep bağlamında hüküm uyuşmazlığı müessesesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi, bu fonksiyonu kısmen yerine getirmektedir. Ancak çalışmada ortaya konulacağı üzere, bu etkileşimin boyutları ve önemi dikkate alındığında, daha etkin yöntemlerin oluşturulması gereklidir. Bu doğrultuda, çalışmada, idare mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklara hukuk mahkemesi kararlarının etkisi özelinde bazı değerlendirme ve çözüm önerileri sunulacaktır.

I. FARKLI YARGI YERLERİNDEKİ BENZER UYUŞMAZLIKLAR ve YARGICIN BU UYUŞMAZLIKLARA BAKIŞ AÇISI

Çalışmanın ele aldığı hukuki meseleye dair yapılacak tespitler belli bir önem sıralamasına tabi tutulduğunda, bunların içerisinde ilk bahsedilmesi

gerekenin, adli ve idari yargıcın varoluş nedeni gereği uyuşmazlıklara farklı perspektiften yaklaştığı gerçeği olmalıdır. Bundan dolayı olacak ki adli ve idari yargı mercileri, çoğu zaman benzer uyuşmazlıklara aynı hukuk ilkelerini uygulamalarına rağmen, farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Bu konuya açıklık getirmeden önce, uyuşmazlıklara aynı perspektiften bakılmadığını ortaya koymak adına adli ve idari yargıcın hukuk düzenindeki konumunu ortaya koymak gerekecektir. Bu kapsamda, idare hukuku sistemlerinden ve bunun etkilerinden kısaca bahsetmekte fayda vardır.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yapıpı yapılmadığına bağlı olarak, ülkelerin hukuk düzenlerinde, iki temel idare hukuku sistemi söz konusudur. *Anglo – Amerikan* hukuk düzenine tabi ülkelerde *yargı birliği ilkesi / adli idare sistemi*, Kara Avrupası olarak adlandırılan yargı düzeninde ise *yargı ayrılığı ilkesi / idari rejim* yer almaktadır.

Adli idare sisteminde, teknik anlamda idare hukuku kuralları bulunmayıp, idari uyuşmazlıklarda uygulanan hukuk, diğer tüm uyuşmazlıklarda uygulanan hukuk kurallarından ibarettir.¹ Bu sistemde, kamu gücü ayrıcalığı veya yükümlülükleri gibi özel hukukla bağdaşmayan ilkelerin uygulama alanı bulunmamaktadır. Hatta bu ülkelerin hukuk eğitimi sistemlerinde, *idare hukuku / administrative law* adıyla dersler bulunmaktaysa da, bunun *Kara Avrupası* sisteminde algılandığı şekliyle bir idare hukuku olmadığı kabul edilmektedir.²

İdari rejimde ise, idari uyuşmazlıklara, özel hukukta öngörülmeleyen birtakım kamu gücü ayrıcalıklarının ve yükümlülüklerinin bulunduğu, özel kişilerin tabi olduğu hukuktan farklı, özel hukuka karşı *otonom* niteliği haiz hukuk kuralları uygulanır.³ Bu durumun doğal bir sonucu olarak hukuk düzeni adli ve idari yargı mahkemeleri şeklinde ayrılır ve genellikle yargı yerlerinde ortaya çıkabilecek görev ve hüküm uyuşmazlıklarını gidermekle görevli uyuşmazlık mahkemeleri kurulur.⁴ Bu sistemde, çoğu zaman görevli yargı yerinin ayrımında kullanılan ölçütler net olarak ortaya konulamamakta, gerek iptal davalarında gerekse tazminat uyuşmazlıklarında, birtakım içtihatlar veya kanun hükümleri nedeniyle idari yargıcın görev alanı çoğunlukla genişlemekte veya daralmaktadır.⁵

İdari rejimin ortaya çıkışı *Fransız İhtilali* sonrasında olmuştur. 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ile *Conseil d'Etat* kurulmuş, önceleri yürütmenin bir parçasıyken bağımsız bir yargı yeri olma sıfatını kurulduktan belli bir zaman sonra kazanabilmiştir.⁶ Ancak söz konusu Kanunla, idare ile bireyler arasında çıkan uyuşmazlıkları çözme görevi bu mahkemeye bırakılarak adli

¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, Ekin, Bursa, 2019, s. 57.

² Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.59.

³ Gözler, 2019, C.1, s.58.

⁴ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 30.

⁵ Atay, 2009, s.30.

⁶ Marcel, Waliney, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Sirey, 1951, s. 235-236.

mercilerin idari uyuşmazlıklara bakması yasaklanmıştır.⁷ Chapus'ya göre bunun asıl sebebi, adli mahkemelerin idarenin faaliyetlerini bilmesine, *Fransız İhtilali* ile gelen reformların önüne geçmesine engel olmaktadır.⁸ Yine Chapus'ya göre, idari yargıç, *Fransız ihtilali* ile gelen reformların koruyuculuğunu üstlenmiş, idarenin gerçeklerini, ihtiyaçlarını, sorunlarını bilen, idareci ruhundan anlayan, idare hukukunun uzmanlaşmış *idareci-yargııcıdır*. Çünkü idarenin yargılanması aynı zamanda idare etmek anlamına gelir.⁹

Diğer taraftan bakıldığında, ilkesel olarak yargı birliğinin savunucuları, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının ideolojik bir tercihin eseri olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü bu ayrım, genel olarak güç ilişkileri etrafında şekillenmektedir.¹⁰ Bununla birlikte, idari yargıyı ortaya çıkaran politik neden olarak, devletin kendi alanının ayrıcalıkları nedeniyle “özellikli” olduğunu kabul ederek kendi işlem ve eylemlerini adli yargının denetiminden uzak tutmak istemesi olduğundan da bahsedilmektedir.¹¹

Kamu hukuku kurallarının uygulama alanı, eşit güç ilişkisi bulunmayan devlet ve vatandaş arasında varlık kazanırken, özel hukuk eşitler arasında hayat bulmaktadır. Bu nedenle yargı birliği ilkesini savunanlara göre, eşit güç ilişkisi bulunmayan devlet ve vatandaş arasında, hukuk ile devlet arasında bir çatışma oluşmasına sebebiyet verilebileceğinden yargı ayrılığı ilkesinin reddi gerekir.¹²

Adli idare sisteminin, adli yargının idari yargıya göre daha bağımsız ve tarafsız bir karaktere sahip olması ve tek bir yüksek mahkeme bulunması sebebiyle yargı düzeninin daha güçlü olması gibi avantajları olduğu ileri sürülmektedir.¹³ İdari rejimin gerekliliğini savunanlarca ileri sürülen en önemli argüman ise, idari uyuşmazlıkların adli yargıçlarca çözümlenmesinin ihtisaslaşmaya aykırılık oluşturması, idare hukukunda idarenin üstünlüğünün esas olması ve idare hukukunun içtihatlarla gelişen bir hukuk dalı olması sebebiyle adli yargıdan ayrılması gerektiği savıdır.¹⁴ Bu noktada, bunların idari rejimin gerekliliği için başlı başına yeterli bir gerekçe olmadığını ileri süren görüşlerin de mevcut olduğundan bahsetmekte fayda vardır.¹⁵ Öte yandan, idari rejimin ortaya çıkışındaki en önemli nedenlerin

⁷ Gaston, Jeze, *Éléments du Droit Public et Administratif à l'usage des Etudiants en Droit*, Giard & E. Brière, 1910, s. 106-107.

⁸ Rene Chapus, *Responsabilite Publique et Responsabilite Privee*, Paris, Librairie Generale De Droit Et De Jurisprudence, 1957, s. 31.

⁹ Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Tome I, Montchrestien, 1995, s. 676.

¹⁰ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora, İstanbul, 2016, s.114-115.

¹¹ Rüştü Aral, *Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi*, 2. Baskı, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 279.

¹² Kelsen, 2016, s. 115.

¹³ Atay, 2009, s. 29.

¹⁴ Şeref Gözübüyük / Turgut Tan *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.1, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2001, s. 10-12.

¹⁵ Bkz: Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.41.

başında *idari gerekleri kavrayabilen bir yargı arzusu* yer aldığından, kendisinden idari gerekleri kavrama beklentisi bulunan idari yargıç hakkında, bazen idareci gibi düşünme alışkanlığı kazanarak yargısal fonksiyondan uzaklaşması ve bu nedenle yargısal denetimin zayıflamasına yol açma endişesi de bulunmaktadır.¹⁶

Yargı sistemlerine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra adli ve idari yargıcın önüne gelen uyuşmazlıklara bakış açısı hakkında birtakım çıkarımlar yapmak mümkündür. Öncelikle ifade etmek gerekirse, idari rejimde adli yargının devleti yargılaması adli-idare sistemine göre istisnai bir durum olduğundan, bu sistemde adli yargı üzerinde idarenin etkisi çok daha azdır. Buna karşılık, idari rejimde adli yargıda görülen bir uyuşmazlığın idari alana etkileri ise bir o kadar göz ardı edilmektedir.¹⁷ Yani idari rejimlerde, adli yargıcın idari gerekleri kavramakta yeterli tecrübeye sahip olmaması, idare hukukuna özgü bazı kavramların kendi uzmanlık alanında karşılığının bulunmaması ve aldıkları eğitimin niteliği gibi sebeplerle idari alana olan müdahalelerini öngöremeyeceği, öngörse bile buna önem vermeyeceği ileri sürülebilir.¹⁸

İdari yargıç açısından ise, idareye tanınan kamu ayrıcalıkları ve idari gerekleri bilerek, idari alana müdahalelerinin farkında bir yaklaşımla uyuşmazlıkları ele aldığından bahsedilebilir. Böylece idari yargıç, idari alana müdahalelerinin etkilerini çok yönlü bir perspektifle ele alır. Ancak bunun karşılığında, zaman zaman idareci gibi davranarak yargısal fonksiyonunu geri planda bırakması ihtimal dâhilindedir.¹⁹

Bu bağlamda, adli yargıç kendisini, önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların birinin idare olup olmadığına bakmaksızın herkese aynı kuralları eşit uygulamakla bağlı hissederken, idari yargıç her uyuşmazlığa idarenin gerçeklerini bilerek yaklaşmaktadır. Örnek üzerinden açıklanacak olursa, benzer yargı kararlarına ilerleyen başlıklarda değinileceği üzere, idari bir faaliyet etrafında zarar görenin açtığı bir davada idari yargıç uyuşmazlığı - meydana gelen zarara sebebiyet veren davranış salt kişisel kusurdan kaynaklansa bile- bazen hizmet kusuru doğrultusunda, yani kusuru idari faaliyete izafe ederek çözümlenebilir. Aynı olay nedeniyle adli yargıda ilgili kamu görevlisine karşı açılan rücu davasında ise, adli yargıç bunu kolaylıkla, kişisel kusuru bulunduğu gerekçesiyle ilgili kamu görevlisine atfedebilir. Böyle bir durumda, idari yargıç çoğunlukla kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmelerinde çekince içinde olmaları gerektiğini dikkate aldığından kusuru idari faaliyete yükleyebilmektedir. Adli yargıç ise, böyle bir örnekte kişisel kusur tanımlaması yaparken, diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken çekince içinde olup olmalarını ve bu

¹⁶ Hasan Nuri Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, C.66, S.1, 2008, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.202.

¹⁷ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İstanbul, 1966, s.47 vd.; Zehra Odyakmaz/ Bayram Keskin, “Yeni Anayasa Çalışmalarında İdare Hukuku Açısından Göz Önünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, S.5., 2015, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı, s.623-624.

¹⁸ Odyakmaz/ Keskin, 2015, s.623-624.

¹⁹ Yaşar, 2008, s.202.

durumun kamu yönetimindeki etkilerini önemsemeyebilir. Bu tartışmanın, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki tartışmaya kapı aralayacak boyutları dahi bulunmakla birlikte, bu bahse girilmeksizin adli ve idari yargıçların meseleleri ele alış tarzının farklı olduğunu bu şekilde belirtmek yeterli olacaktır.

Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, adli ve idari yargı yerlerinde görülen bazı uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar bazen birbiriyle çelişebilmekte, bazen birbirlerini doğrudan etkilemekte, bazen ise birbirlerini belli noktalara getirerek benzeşme eğilimi içerisine girmeye zorlamaktadır. O halde bu aktarılanların somutlaştırılması, çalışmanın odaklandığı meseleyi aydınlatmak adına gereklidir. Alt başlıkta bu hususlara değinilecektir.

II. ETKİLEŞİMİN ORTAYA ÇIKTIĞI SOMUT DURUMLAR

Normal şartlar altında aynı konuların farklı yargı mercilerinin önüne gelmesi, idari rejimdeki görev ayrımı nedeniyle beklenmeyen bir durumdur. Ancak idari rejimde görevli yargı yerinin tespitine ilişkin ölçütlerin net olarak ortaya konulmadığı yönündeki açıklamaları destekler nitelikte, aynı nitelikteki uyuşmazlıkların hem hukuk mahkemelerinde hem de idare mahkemelerinde görülmesi söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte, çalışmanın ilerleyen bölümünde açıklanacağı üzere, bazı kanuni ve içtihadi nedenlerden dolayı aynı maddi olaylar, hem adli yargının hem de idari yargının görev alanında farklı boyutlarıyla incelenebilmektedir.

Dolayısıyla, idare ve hukuk mahkemeleri arasında etkileşim aynı nitelikteki bir uyuşmazlığın farklı yargı yerinde çözümlenmesi veya aynı mevzuat hükmünün uygulanması sonucunda olabileceği gibi, aynı hukuk ilke ve kavramlarının birbirinden farklı uyuşmazlıklarda uygulamaya konu edilmesi neticesinde de meydana gelebilir. Bu açıklamalardan hareketle, idare ve hukuk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilecek etkileşim alanlarının *konu ve sebep* ile *hukuk ilke ve kavramları* bağlamında ortaya çıkan etkileşim olarak iki ayrı başlıkta incelenmesi mümkündür.

A. KONU ve SEBEP BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN ETKİLEŞİM

Davaya konu edilmiş hak ve davanın açılması ile elde edilmek istenen netice olarak tanımlanan davanın konusu kavramı²⁰, maddi hukuk ve usul hukuku teorileri bağlamında iki farklı biçimde izah edilmektedir.²¹ Maddi hukuk teorisinde, maddi anlamdaki talep ile usuli talep bir bütün halinde ele alınmaktayken; usul hukuku teorisine göre, usuli talep ile maddi anlamdaki

²⁰ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin, Ankara, 2006, s.147.

²¹ Levent Börü, Dava konusu kavramı ve teorileri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:28, S:2, 2012, s. 283; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2007, s.75.

talep birbirinden soyutlanmaktadır.²² Bununla birlikte, vakaların, yani dava sebeplerinin²³, davanın konusunun kapsamına girip girmediği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.²⁴ Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Kesin Hüküm" başlıklı 303. maddesinde "talep sonucu" ve "dava sebepleri" kavramları ayrı kavramlar biçiminde ele alındığından, usul hukukumuzda davanın konusunun davanın sebeplerini kapsamadığı ileri sürülebilir. Yine örneklerine bu başlığın ilerleyen kısımlarında değinileceği üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi, davanın konusu kavramını, usul teorisi kapsamında ve davanın sebeplerinden soyut olarak ele aldığından, çalışmada ortaya konulmak istenen etkileşim alanlarından ilki konu ve sebep bağlamında izah edilebilecektir.

İdare ve hukuk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar incelendiğinde, bu başlık altında gösterilebilecek örnekler arasında en sık rastlanılan kamu personeline yapılan yersiz ödemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu bağlamdaki uyuşmazlıklardan teknik detaylarına girmeden kısaca bahsedilecek olursa, uyuşmazlıklar genellikle yersiz ödenen tutarın ilgili tarafından idareye ödenmesi, aksi takdirde genel hukuk yollarına başvurulmak suretiyle takip ve tahsil işlemleri yapılacağı şeklinde düzenlenen ve icrai nitelik taşımayan bilgilendirici nitelikteki yazılarla başlamaktadır. Bu durumda idari yargı yerlerinde açılan davalar, dava konusu işlemin, kamu gücü kullanılarak tek taraflı iradeyle tesis edilen, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi suretiyle sonuçlanmakta²⁵ ve bu uyuşmazlıklar Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca idarelerin hukuk mahkemelerinde Borçlar Kanunu'nun sebpsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak açtıkları alacak davaları kapsamında çözümlenmektedir.

Bu uyuşmazlıkların çözümünde hukuk mahkemelerince, çoğu zaman Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 22/12/1973 tarih ve E:1968/8; K:1973/14 sayılı kararının esas alındığı görülmektedir.²⁶ Kural olarak,

²² Karl Schwab, İhtilah Konusu (Müddeabih) Hakkındaki Doktrinin Durumu, Çev. Yavuz Alangoya, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:33, S:3-4, 2011, s.289 vd.

²³ Yılmaz, 2006, s.147; Tanrıver, 2007, s.81.

²⁴ Detaylı bilgi için bkz: Tanrıver, 2007, s.72-75.

²⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, (İDDK) E:2020/3084, K:2021/1660, T: 04.10.2021; Danıştay 8.D., E:2019/10248, K:2022/6377, T:09.11.2022, Ankara 16. İdare Mahkemesi (İM), E:2021/1894, K:2021/2015, T: 22.10.2021; Siirt İM., E:2019/361, K:2019/670, 05.09.2019; Van 2. İM., E:2019/2884, K:2019/1663; T: 04.12.2019; Mersin 1. İM., E:2016/785, K:2016/1068, T:17.08.2016; Ankara 15. İM., E:2011/1773; K:2011/2032, T:30.11.2011. (uyap.portal.gov.tr)

²⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 9. H.D., E:2022/344, K:2023/1167, T: 15.06.2023; E: 2021/810, K:2022/2221, T: 13.10.2022; İzmir BAM., 9. H.D., E:2019/2516, K:2022/1354, T:16.05.2019; Antalya BAM., 7. H.D., E:2021/754, K:2023/123, T: 02.02.2023; Ankara 14. Asliye Hukuk Mahkemesi (AHM), E:2019/1033, K:2020/764, T: 23.12.2020; Kayseri 11. AHM., E: 2021/608, K:2022/252, T:27.09.2022; Araç AHM., E:2021/19, K:2022/4, T: 12.01.2022. (uyap.portal.gov.tr)

Danıştay içtihadı birleştirme kararları, yalnızca Danıştay dava daireleri ve kurulları ile idare ve bölge idare mahkemeleri açısından bağlayıcıdır. Bu nedenle, yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, hukuk mahkemelerince anılan kararda belirlenen ilke esaslardan yararlanılmak suretiyle karar verilmesi, çalışmanın ortaya koymayı amaçladığı etkileşimi göstermesi açısından önemlidir.

Durum böyle olmakla birlikte, bazı hallerde, bu davaların adli yargı yeri dışında, idari yargı yerinde de görülebilmesi mümkündür. Bu durumun sebebi genellikle, kamu alacağının kişiye yapılacak ödemelerden mahsup edilmesi²⁷, işlemin tesis ediliş biçimi nedeniyle icrai nitelik taşıması²⁸, geri ödeme talebine konu olayın aynı zamanda ilgilinin başka bir yaptırımına karşılaşılabilmesine sebebiyet vermesi²⁹, ödeme talebine ilişkin yazıyla birlikte buna dayanak teşkil eden borç bildirim tablosunun iptalinin istenilmesi³⁰ gibi nedenlere dayanmaktadır.

Bu gibi durumlarda, ilgili kamu görevlisi idari yargı yerinde iptal davası açarken, aynı konu hakkında idare de ilgili kamu görevlisine karşı adli yargıda alacak davası açabilmekte, açılan davalar neticesinde birbirinin tam aksi nitelikte kararlar verilebilmektedir. Örneğin bazı olaylarda, idari yargıda açılan davalar kamu görevlisinin lehine sonuçlanmaktayken adli yargıda açılan dava aleyhine sonuçlanmış, temyiz aşamalarından geçen davalar hakkında verilen kararlar kesinleşmiştir.³¹ Üstelik bu davalarda her iki yargı yerinin de görevli olduğu Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarıyla sabit görülmüştür.³² Bu durum aynı zamanda, idari rejimde adli ve idari yargı görev ayırımının karmaşıklığına bir kanıt niteliği taşımaktadır.

²⁷ Danıştay 8.D.,E:2019/9529, K:2023/1808, T: 07.04.2023. (uyap.portal.gov.tr)

²⁸ Danıştay 11.D., E: 2016/3608, K:2017/5420, T: 04.10.2017. (uyap.portal.gov.tr)

²⁹ Danıştay 2.D., E:2010/3341, K:2014/6401, T: 24.06.2014. (uyap.portal.gov.tr)

³⁰ Danıştay 12.D., E: 2018/4137, K:2021/7210, T: 29.12.2021. (uyap.portal.gov.tr)

³¹ Örneğin; denetim tazminatından kaynaklanan bir uyuşmazlıkta adli ve idari yargı mercileri birbirinin tam aksi yönünde karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi H.B. 31/01/2022 tarih ve E:2021/224, K:2022/43 sayılı kararı. Benzer nitelikteki başka olaylar için bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi, H.B., E:2020/504, K:2021/389; E:2018/620, K:2019/578; E:2018/248, K:2019/576; E:2020/68, K:2020/609; E:2018/272, K:2019/760 sayılı kararlarına konu olaylar. (uyuşmazlık.gov.tr.)

³² 32 numaralı dipnotta belirtilen kararlarda Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargı mercii tarafından verilen kararın kabulüne karar vererek her iki yargı mercii de görevli kabul etmiştir. Zira Mahkemece mahkemelerin görevsiz olduğunun tespiti halinde görevsiz mahkemece verilen kararın da kaldırılması suretiyle hüküm uyuşmazlığı giderilmektedir. Örneğin; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargı kararının görevsiz mahkemece verilmiş bir karar olması, adli yargı kararında ise hukuki isabet bulunmaması nedenleriyle her iki kararın da kaldırılmasına ve 2247 sayılı Kanun'un 25. maddesi hükmü uyarınca uyuşmazlığın esası hakkında hüküm tesisi yoluna gidilmesine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E:2020/28, K:2020/735, T: 14.12.2020.

Benzer nitelikte başka kararlar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, H.B., E:2013/1148, K:2014/314; E:2016/79, K:2017/415. (uyuşmazlık.gov.tr.)

Bu noktada, hukuk mahkemelerince Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararından yararlanılması, iki farklı yargı yerindeki etkileşime; aynı konuda farklı sonuçlara varılabilmesi ise, aynı hukuk kurallarının adli ve idari yargıç arasındaki farklı yorumlanmasına örnek teşkil ettiği söylenebilir.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer örnek durum ise, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile bu sözleşmeler dolayısıyla tesis edilen idari işlemler nedeniyle ortaya çıkan etkileşimdir. Öncelikle idarenin hangi sözleşmelerinin idari, hangisinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu konusundaki ölçütlerin kesin nitelikli olmadığından bahsetmekte fayda vardır.³³ Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için, taraflardan birinin idare olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olması ve idareye özel hukuk hükümlerini aşan ayrıcalık ve üstünlük tanınmış olması şartlarının bir arada gerçekleşmiş olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁴ Bununla birlikte, bu şartların kümülatif aranmaması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.³⁵ Bu nedenle, konuyu çalışmanın odaklandığı mesele ile sınırlı tutmak adına, idarenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yargı kararlarıyla sabit görülen ihale sözleşmeleri üzerinden örneklendirmek uygun olacaktır. Ancak bu kısa açıklama bile, adli ve idari yargının görev alanının tespitinin karmaşıklığı açısından çalışmada ortaya konulmaya çalışılan bazı tespitlere ışık tutmaktadır.

Konu bağlamında ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ele alındığında, idare ve hukuk mahkemeleri arasında belirgin bir etkileşimin varlığından bahsedilebilir. Zira 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında idarelerce belli durumların varlığı halinde sözleşmeler feshedilerek, sözleşmeye aykırı fiil ve davranışı nedeniyle sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenici hakkında yasaklama kararları alınmaktadır. Bu süreçlerde, ihale sözleşmesinin feshinden kaynaklanan uyuşmazlık hukuk mahkemelerinde görülmekte iken yasaklama kararına karşı açılan davalar idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Yargı kararları bu yönüyle tahlil edildiğinde idare mahkemelerinin, hukuk mahkemelerinde görülen sözleşmenin feshinden kaynaklı davalarda verilen kararları esas alarak uyuşmazlıkları çözümlendiği anlaşılmaktadır.³⁶ Danıştay kararlarında da, asliye hukuk mahkemesinde sözleşmenin feshinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dikkate alınmaksızın verilen kararların eksik incelemeye dayandığı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğunun belirtildiği

³³ Detaylı bilgi için bkz.: Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, C.2, S.2, 1998, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s.2; M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, C.55, S.2, 2006, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.181.

³⁴ Gözübüyük / Tan, 2001, s. 550-562.

³⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.2., Ekin, Bursa, 2019, s. 39.

³⁶ Ankara 18. İM., E:2019/1092, K:2020/694, T: 12.03.2020; Ankara 2. İM., E:2021/797, K:2021/1737, 21.10.2021; Ankara 10. İM., E:2019/2047, K:2021/366, T: 25.02.2021; Ankara 4. İM., E:2022/332, K:2022/1513, T: 06/07/2022; Ankara 16. İM., E:2020/929, K:2021/1038, T: 29.04.2021. (uyap.portal.gov.tr)

görülmektedir.³⁷ Üstelik bu kararların bazılarında, “*mahkeme kararlarına saygı ve hukuk devleti ilkeleri uyarınca*” ifadesine yer verilmek suretiyle hukuk mahkemesinde verilecek kararın bakılan davayı doğrudan etkileyeceğine işaret edilmektedir.³⁸

Ancak bazı örneklerde, hukuk mahkemesince yapılan tespite idari yargı kararında yer verilmesine rağmen, idari yargı yerince hukuk mahkemesi kararının tam aksi yönünde kararlar verildiği de görülmektedir. Bu kararlarda hukuk mahkemesi kararında sözleşmenin feshinin geçersizliğine hükmedilmiş olmasına rağmen, yasaklama işleminin hukuka uygun olduğuna işaret edilmiş,³⁹ bazı kararlarda ise hukuk mahkemesinde destek olan davanın beklenilmesine gerek duyulmamıştır.⁴⁰ Bu örnekler göstermektedir ki hukuk mahkemelerinde görülen davanın sonucunda verilen karar idare mahkemelerince dikkate alınmakta, ancak söz konusu kararın aksi yönünde bir sonuca ulaşılabilmesi durumunda bu kararın tersi yönünde karar verilebilmektedir.

İdari yargı yerinde görülen bazı uyuşmazlıklarda ise hukuk mahkemelerince verilen kararlar idare mahkemeleri açısından doğrudan bağlayıcı niteliktedir. Örnek vermek gerekirse, idareye ait bir taşınmazın idarenin izni dışında işgal edildiğinden bahisle ecrimisil ve tahliye işlemlerine karşı açılan davalar bu niteliktedir. Zira kiracılık ilişkisinin devamına ilişkin hukuk mahkemesi kararlarının varlığı halinde ecrimisil veya tahliye işlemleri de hukuka aykırı hale gelmektedir.⁴¹ Bu uyuşmazlıklarda verilen hukuk mahkemesi kararları tıpkı kamulaştırma işlemlerinde olduğu gibi tespit kararı niteliğindedir. Ancak, kamulaştırma uyuşmazlıkları açısından hukuk mahkemesi kararı alınması 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10. ve 27. maddesi uyarınca zorunlu olduğundan, ecrimisil ve tahliye işlemleri açısından bu etkileşim kiracı sıfatıyla fuzuli şağil sıfatının çatışmasından doğmaktadır.

Yine, bazı idari yaptırım kararlarına konu olan olaylarla ilgili idari yargı yerinde görülen davaları doğrudan etkileyecek nitelikte hukuk mahkemesinde görülen davalar bulunmaktadır. Örneğin sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında ortaya çıkan bazı uyuşmazlıklar aynı zamanda iş mahkemelerinin denetiminden geçebilmektedir. Bu durumda da, iş mahkemelerince verilecek kararlar doğrudan idare mahkemesi açısından hükme esas teşkil edebilecek niteliktedir. Örneğin 5510 sayılı Kanun kapsamında verilen idari para cezalarının hukuki denetimi esnasında iş mahkemelerinde görülen tespit davalarındaki kararlar bu konuya örnek

³⁷ Danıştay 13.D., E:2022/3890, K:2023/5726, T: 13.12.2023; Benzer nitelikte kararlar için bkz.: Anılan Dairenin E:2022/4942, K:2023/3153; E:2021/3625, K:2023/2968; E:2022/127, K:2023/2269 sayılı kararları. (uyap.portal.gov.tr)

³⁸ Danıştay 13.D., E:2023/177, K:2023/2892, T:06.06.2023. (uyap.portal.gov.tr)

³⁹ Danıştay 13.D., E: 2021/303, K:2023/209, T: 18.01.2023; E:2022/746, K:2022/4182, T: 14.11.2022. (uyap.portal.gov.tr)

⁴⁰ Danıştay 13.D., E: 2021/303, K:2023/209, T:29.12.2022. (uyap.portal.gov.tr)

⁴¹ Danıştay 10.D., E:2016/13034, K:2017/2025,T:13.04.2017; Ankara BİM., 6. İDD., E:2018/2063, K: 2019/601, T: 20.03.2019; E:2019/1459, K:2020/318, T: 20.02.2020; E:2020/452, K: 2020/1203, T:26.11.2020. (uyap.portal.gov.tr)

gösterilebilir.⁴² Danıştay böyle uyuşmazlıklarda, yukarıdaki uygulamalarına benzer şekilde adli yargı yerindeki sürecin yargılamada dikkate alınmaması halinde, eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle bozma kararları vermektedir.⁴³

Konu bağlamında bahsedilmesi gereken bir diğer etkileşim alanı ise idare hukukunun temel konuları arasında yer alan idarenin sorumluluğu başlığı altında rastlanmaktadır. Esasında çalışmanın ortaya attığı temel fikri aydınlatmak adına bu bahis altında yer verilecek tespitler çalışmanın ilk başlığında değinilen adli ve idari yargıcın aynı konuya farklı perspektiften yaklaştığını da sergilemesi bakımından önemlidir. Bu kapsamda kişisel kusur, görev kusuru ve hizmet kusuru kavramları doğrultusunda temel birtakım bilgilerin verilmesiyle konu daha açıklayıcı olacaktır.

Kamu görevlilerinin kişisel kusuru genel olarak, kamu görevlilerinin görevleri ve kamu hizmetiyle bağlantılı olmayan ve salt kendi kusurlu tutum ve davranışları ile ortaya çıkan kusurları olarak tanımlanabilir.⁴⁴ Aslında bu durumda idareye izafe edilebilecek bir kusur bulunmadığından bu kapsamdaki sorumluluk, idare hukuku esaslarına göre değil haksız fiile yani özel hukuk esaslarına dayanmaktadır.⁴⁵ Hizmet kusuru ise, en geniş tanımıyla, kamusal faaliyetin yerine getirilmesi sırasında, organizasyonun gereği gibi olmaması sebebiyle hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁶

Söz konusu kavramların tanımlanması bakımından Yargıtay ve Danıştay kararları kavramsal yaklaşım açısından benzerlik göstermektedir.⁴⁷

⁴² Hatay İM., E:2012/1003, K:2013/1518, T: 06.08.2013.; Hatay İş Mahkemesi, E:2012/184, K:2013/87, T: 06.03.2013; Yargıtay 10.H.D E:2014/18169, K:2014/19935, T: 17.10.2014. sayılı kararı arasında böyle bir ilişkide söz edilebilir. Başka bir örnekte; Zonguldak İM., E:2017/1303, K:2017/1979, T:04.10.2017 sayılı kararı ile Bartın 1. AHM., (İş Mahkemesi Sıfatıyla) E:2010/309, K:2019/522. T: 06.11.2019 sayılı kararı böyledir. Başka bir örnek ise, İstanbul 7. İM., E:2010/1287; K:2011/394, T: 09.03.2011 ile Bakırköy 11. İş Mahkemesi, E:2009/355, K:2011/11, T: 18.01.2011. (uyap.portal.gov.tr)

⁴³ Danıştay 10.D. E:2019/5229, K:2022/3499, T: 22.06.2022; Danıştay 15.D. E: 2011/13215, K:2016/1677, T: 14.03.2016. (uyap.portal.gov.tr)

⁴⁴ Metin Günday İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s.374; Sait Güran, "İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, İstanbul, 1982, s. 188.

⁴⁵ Günday, 2011, s. 374.

⁴⁶ Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.581; Çağlayan, 2019, s.494-495; Gözübüyük/ Tan, 2001, s. 747.

⁴⁷ "Ayrıca, kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

Belirtilen biçimde görev kusurunun varlığı halinde zarar gören kişiler, idarenin personeline karşı suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle dava açabilecekleri gibi, onları çalıştıran idareye karşı da dava açmaları mümkün bulunmaktadır." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 15/10/2015 tarih ve E:2014/1980, K: 2015/3532 sayılı kararı; "(...)memurlar

Ancak, bazı somut örneklere bakılacak olursa aktarılan yargı kararlarındaki tanımlara rağmen aynı konuda yargı yerlerinin farklı sonuca vardığı görülmektedir. Örneğin, aynı maddi olay kapsamında gerçekleşen eylemlerden posta dağıtıcısının mahalle muhtarına hakaret etmesini,⁴⁸ kamu görevlisinin vatandaşa hakaret etmesini,⁴⁹ okul müdürünün öğretmenin kişilik haklarına saldırı nitelikteki eylemlerini,⁵⁰ bir öğretmenin başka bir öğretmene hakaret etmesini,⁵¹ kişinin karakolda şiddete uğramasını,⁵² doktorun hastasına kötü muamelede bulunmasını,⁵³ amirin memuruna cinsel tacize varan eylemlerde bulunmasını,⁵⁴ amirin memuruna hakaret etmesini,⁵⁵ öğretim görevlisine karşı taciz nitelikli eylemlerin yanı sıra, angarya, ayrımcılık ve tahkir niteliği taşıyan eylemlerde bulunulmasını,⁵⁶ vatandaşa yazılan resmi bir yazıda ilgilinin kişilik haklarına saldırılmasını⁵⁷ hukuk mahkemeleri hizmet kusuru olarak tanımlamışken idare mahkemeleri kişisel kusur olarak tanımlamıştır.

Bu örneklere ilişkin her bir dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler kapsamında doğru veya yanlış bir sonuca varılabilmesi mümkün olduğundan, yargı yerlerince verilen kararların isabetli olup olmadığı

ve diğer kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün olmayıp, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bahsedilen kusuru hizmet kusurudur.” Yargıtay 10. H.D. E:2022/7828, K:2022/17053, T:29.12.2022.; *“Eylem ve kusurların hizmetten açıkça ve kolayca ayrılabilmesi, kötü niyetle üçüncü kişiye ya da kuruma zarar vermenin amaçlanması, kendisine ya da başkasına özel çıkar sağlanması, bağışlanmayacak ölçüde işlem ve eylemlerde ağır kusur bulunması, yetkinin bilerek ve isteyerek kötüye kullanılması, idarenin görev alanı dışına çıkılması hallerinde kamu görevlisinin kişisel kusurundan söz edilebilir.”* Yargıtay H.G.K., E:2002/4-993, K:2002/1052, T: 11.12.2002.

⁴⁸ Ankara Batı 2. AHM., E:2014/92, K:2014/153, 20.05.2014, Ankara 8. İdare Mahkemesi, E:2015/1586, T: 08.09.2015.

⁴⁹ İstanbul 24. AHM., E.2019/202, K.2020/404 T: 17.09.2020; İstanbul 12. İdare Mahkemesi, E.2021/698, T: 18.05.2021.

⁵⁰ Samsun 1. AHM., E:2016/526, K:2016/463, T:29.11.2016; Samsun BİM., E:2016/719, K:2016/1102, T: 28.04.2016.

⁵¹ Ayancık AHM., E:2015/3, K2015/9, T:07.01.2015; Samsun 1. İdare Mahkemesi, E:2015/394, T: 08.04.2015.

⁵² Ankara 21. AHM., E:2018/582, K:2018/693, T: 21.12.2018; Ankara 11. İdare Mahkemesi, E:2020/2019, K:2020/2001, T:17.11.2020.

⁵³ Erzurum 2. AHM., 2014/573, K:2014/963, T: 23.10.2014; Erzurum 2. İdare Mahkemesi, E:2016/652, T: 13.07.2016.

⁵⁴ Bursa 7. AHM., E:2016/309, K:2016/306, T: 14/06/2016; Bursa 1. İdare Mahkemesi, tarih E:2018/281, T:15.04.2019.

⁵⁵ Kırşehir 1. AHM., E:2014/198, K:2014/1157, T: 09.12.2014; Samsun 2. İdare Mahkemesi, E:2013/945, K:2013/1300, T: 08.11.2013.

⁵⁶ Malatya 5. AHM., E:2014/23, T: 05.05.2015.

⁵⁷ Gerze AHM., E:2015/69, K:2016/7, T: 11.01.2016; Samsun 1. İdare Mahkemesi, E:2016/478, K:2016/589, T: 12/04/2016.

konusunda doğrudan bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Ancak bu durum, aynı maddi olayda aynı dava dosyasını inceleyen farklı yargı yerlerince farklı sonuca varılabildiğini göstermesi açısından önemlidir.

Bununla beraber, bu konuda uygulamada sorunlu görülen örneklerden çalışmanın ilerleyen kısımlarında bahsedileceği için kalan tartışmalara bu başlık altında yer verilmeyecektir. Hukuk ilke ve kavramları bağlamında yaşanan etkileşim ise alt başlıkta yapılacak açıklamalardan da görüleceği üzere bu alanda ayrı bir öneme sahip etkileşim alanıdır.

B. HUKUK İLKE ve KAVRAMLARI BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN ETKİLEŞİM

Hukuk ilke ve kavramları bağlamında farklı yargı yerlerinde verilen kararların etkileşimine dair açıklamalara başlamadan önce, idari yargının içtihadı karakterinden kısaca bahsetmek gerekir.⁵⁸ İdare Hukuku, gelişmekte olan bir hukuk dalı olduğundan, hukuk devletindeki gelişmelere bağlı olarak içtihatlarla gelişim göstermektedir.⁵⁹ İdarenin etkinlikleri tek bir metinde toplanmadığından ve idari yargıcın önündeki uyumsuzluğa ilişkin ayrıntılar, mevzuatta düzenlenmediğinden, idari yargıç, İdare Hukukunun temel ilkelerinden hareketle içtihatlarını oluşturmaktadır. Bu anlamda idari yargıcın, adli yargıca nazaran daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu ileri sürülebilir.⁶⁰

İdarenin sorumluluğu konusu, idare hukukunun içtihadı karakterini gösteren güzel bir örnektir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasa'nın 125. maddesi dışında, idarenin sorumluluk ilke, kapsam ve sınırlarını belirleyen başka bir pozitif düzenleme bulunmadığı için, idarenin sorumluluğu Danıştay içtihatları ile belirlenmiş durumdadır.⁶¹

İdare hukukunun içerisinde kalan bir meselenin çözümü için idare hukuku kuralları yetersiz kalırsa meselenin çözümünü özel hukuk hükümlerinde aramaya imkân olmadığı ve bu durumda hukukun temel kaidelerine dayanılarak meselenin çözümünün içtihatlarla halledilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁶² Buna karşın idari yargıcın kendi sorumluluk ilkelerini belirlemekte serbest olduğu, bu nedenle idari yargıcın, idari yargının görevine giren bir sorumluluk davasını sonuçlandırmak için idari yargı içtihatlarının belirlediği özel kuralları uygulayabileceği gibi Medeni Kanun ve diğer özel hukuk kurallarını da atıf yoluyla uygulayabileceği veya haksız fiil yahut sözleşmeden doğan sorumluluk konularında açıkça Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu maddelerine göndermede bulunabileceği de ileri sürülebilir. Nitekim idari yargıcın kendi sorumluluk ilkelerini belirlemekte

⁵⁸ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz: Halim Alperen Çıtak, İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019.

⁵⁹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, 2019, s.18.

⁶⁰ Atay, 2009, s.39.

⁶¹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, 2019, s.18.

⁶² Onar, 1966, s. 112; Detaylı bazı açıklamalar için ayrıca bkz. Çıtak, 2019, s. 67-70.

serbest olduğu ifade edilmektedir.⁶³ Bu doğrultuda, zaman zaman tam yargı davalarında Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'na yapılmış atıflarla karşılaşmaktadır.

İdari yargı kararlarında, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'na yapılan atıflar genellikle hukukun genel ilkelerine ilişkin olmakla beraber, bazı konularda Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümden de kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 1. fıkrasında destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların hesaplanmasına ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiş,⁶⁴ anılan Kanunun 2. fıkrasında ise bu Kanun hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı *vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlar*la ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu kuralın idari yargı yerlerince yalnızca kapsama giren zararların hesaplanması açısından bağlayıcılığı bulunduğu ifade edilmiştir.⁶⁵ Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu kanun döneminde de 818 sayılı Kanun'a atıf yapıldığına rastlanılmaktadır.⁶⁶

Bazı durumlarda ise anılan kanunlara atıf yapılmaya bile söz konusu kanunlardaki ilkelerin idari yargı yerlerince benimsenerek idare hukuku açısından içtihat haline getirilebildiği de gözlemlenmektedir. Bu yönüyle idarenin sorumluluğunda idari sorumluluğun şartları ile özel hukuk sorumluluğun şartları zarar ve illiyet bağı unsurları yönünden ortak niteliktedir.

Bu açıklamalar kapsamında bazı tespitlerden bahsedilebilir. Danıştay kararları dikkate alındığında idarenin kusura dayalı sorumluluğunun, özel hukuk sorumluluğundan farklı bir sorumluluk türü olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Buna rağmen, birçok Danıştay kararında Borçlar

⁶³ Chapus, 1957, s. 35.

⁶⁴ “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.”

⁶⁵ “İtiraz konusu kural, Kanun'un ölüm ve bedensel zararlarla ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır” Anayasa Mahkemesi, T:04/03/2015 tarih ve RG:29285 E:2014/94, K:2014/160, T:22.10.2014. (uyap.portal.gov.tr)

⁶⁶ İstanbul 2. İM., E:2009/1930; K:2010/1429, T: 07.09.2010. (uyap.portal.gov.tr)

Kanunu'nun 49. maddesindeki, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” hükmü idarenin kusura dayalı sorumluluğunda doğrudan uygulanabilir bir norm olarak kabul edilmiş ve anılan kanun hükmüne atıf yapılmaktan çekinilmemiştir.⁶⁷ Bir Yargıtay kararında ise idarenin kusura dayalı sorumluluğunun özü itibarıyla haksız fiil sorumluluğu olduğundan bahsedilmiştir.⁶⁸ Yine başka bir Danıştay uygulamasında, dayanağını Medeni Kanun'un 369/1. maddesinden alan, aile başkanının sorumluluğu esasları doğrultusunda, müterafik kusur bulunduğu gerekçesiyle özel hukuk ilkelerinden yararlanılmıştır.⁶⁹ Başka bir örnekte Danıştay, eskisini kullanabilmekteyken yeni yapılan çevre yolunu kullanamaması nedeniyle zarara uğrayanın açtığı davada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında örtülü bir şekilde dayanağını Medeni Hukuktan alan komşuluk haklarına dayalı olarak idarenin sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştir.⁷⁰

İliyet bağı açısından da Danıştay, Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi ile Medeni Kanun'un 2. maddelerine atıfta bulunarak zarar görenin kusuruna ilişkin birtakım ilkelere değinmiştir.⁷¹ Söz konusu karardaki ifadelerin ise Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararından aynen alındığını belirtmek gerekir.⁷² Ancak bu konuda yargı yerlerinin birbiriyle örtüşmeyen bir uygulaması da göze çarpmaktadır. Yargıtay uygulamalarında kusursuz sorumlulukta beklenmeyen hal genel olarak sorumluluğu azaltan bir neden olarak ele alınırken⁷³ Danıştay kararları incelendiğinde ise, gerek eski tarihli kararlarda gerekse güncel kararlarda beklenmeyen hâl durumunun illiyet bağı kestigi ve idarenin kusursuz sorumluluğunu kaldırdığı ifade edilmektedir.⁷⁴ Öte yandan, idare mahkemesi ve hukuk mahkemeleri kararlarında zarar unsuru yönünden de belirgin farklılıklar göze çarpmaktadır. Örnek vermek gerekirse maddi zarar kapsamı içinde yer alan mahrum kalan kâr zararı yönünden Danıştay “elde edilmesi kesin olan

⁶⁷ Danıştay 10.D., E:2017/2990, K:2022/4608; E:2017/969, K:2022/3537; E:2021/6606, K:2022/1627, Danıştay 13.D., E:2021/3727, K:2022/3727, Danıştay İDDK E:2020/1661, K:2021/394. (uyap.portal.gov.tr)

⁶⁸ Yargıtay 11. H.D. E:2003/8842, K:2003/8315, T: 25.09.2003. (uyap.portal.gov.tr)

⁶⁹ Danıştay 10.D. E:2013/3299, K:2016/1403, T: 15.03.2016. (uyap.portal.gov.tr)

⁷⁰ Danıştay 10.D., E:2019/180, K:2022/2143, T: 18.04.2022. (uyap.portal.gov.tr)

⁷¹ Danıştay 10.D., E:2021/6103, K:2022/774, T: 16.02.2022. (uyap.portal.gov.tr)

⁷² Yargıtay HGK., E:2017/3-1048, K:2020/381, T: 10.06.2020. (uyap.portal.gov.tr)

⁷³ Yargıtay 17. HD., E:2016/13023, K:2017/8744, T: 09.10.2017.; Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bu duruma, “Kaçınılmazlık beklenmeyen hal olarak nitelendirilir. Kaçınılmazlığın bir başka adı da aksi tesadüftür. Kaçınılmazlık öngörülebilir fakat engellenemeyen hadiseleri ifade eder. Bazen her türlü önlemin alınması durumunda dahi iş kazası ya da meslek hastalığı meydana gelebilir. Kaçınılmazlık durumunda zararın tümüne işçinin katlanması hakkaniyete uygun düşmez Yargıtay uygulamalarında kaçınılmazlık durumunda sorumluluğun paylaşılması kural olarak %60 işveren, %40 kazalı kusuru olarak sorumluluğun paylaşılması şeklindedir.” açıklamalarıyla işaret etmiştir. Bkz: Yargıtay HGK., E: 2015/21-1324, K: 2018/216, 14.02.2018. (uyap.portal.gov.tr)

⁷⁴ Danıştay 10.D., E:1998/4781, K:2001/302, T: 05.02.2001; E:2018/4026, K:2022/300; E:2017/1900, K:2021/5933; E:2016/3471, K:2021/5818. (uyap.portal.gov.tr)

gelirden yoksun kalma” yönünde daha keskin bir ifade kullanırken⁷⁵ Yargıtay “hukuka aykırı eylem malvarlığının aktifini azaltmak veya pasifini çoğaltmak yahut aktifin çoğalmasına veya pasifin azalmasına engel olmak”⁷⁶ şeklinde bir ifade kullanmaktadır. Bu durum dikkate alındığında, Danıştayın bu zararlar kategorik bir yaklaşım belirlediği söylenebilir.⁷⁷ Yargıtay ise bu konuda kesinti yöntemini uygulayarak daha adil bir yöntemi benimsemiştir.⁷⁸

Yine, ölüme bağlı zararlar açısından Yargıtay, *TRH2010* tablosunun yayımlandığı tarihten sonra ortaya çıkan zararlar hakkında uygulanacağını belirtirken⁷⁹ Danıştay görülmekte olan tüm uyuşmazlıklarda bu tablonun uygulanacağına hükmetmektedir.⁸⁰ Bu örnekler ise aynı doğrultuda uygulanması gereken esaslar bağlamında dikkat çekicidir.

Tazminatın asıl amacı ilgilinin zararını tam olarak gidermek olduğuna göre, davanın görüldüğü yargı kolunun farklı olmasının zararın giderilmesinde farklılığa sebebiyet vermemesi gerekir. Tazminat isteminin dayandığı esaslar gereğince belirlenecek yargı kolunda, tazminat isteminin kabulü veya reddi şeklinde farklı kararların çıkması elbette muhtemeldir. Ancak her iki yargı yerince de verilen bir kabul kararında hesaplanacak tazminat miktarının farklı olmaması beklenir.

III. HUKUK ve İDARE MAHKEMESİ KARARLARININ YARGI MERCİLERİ AÇISINDAN BAĞLAYICILIĞI

Buraya kadar olan açıklamalarla farklı yargı yerince verilen kararların etkileşimi ve uyuşmazlıkların kesişimine dair birtakım tespitler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Konu ve sebep bağlamında ortaya çıkan etkileşime dair aktarılan yargı kararlarında, idari yargı yerlerince adli yargıda görülen uyuşmazlıkların dikkate alındığı, ilke ve kavram bağlamında ise örtüşen ve benzeşen uygulamalar doğrultusunda idari yargı yerinin özel hukuka ilişkin ilkeleri uygulamaya nasıl konu ettiği ilişkin örneklerden bahsedilmiştir.

⁷⁵ Danıştay 10.D., E:2021/6621, K:2022/3428, T: 22.06.2022. (uyap.portal.gov.tr)

⁷⁶ Yargıtay 21. HD., E:2018/1636, K:2019/3757, T: 14.05.2019. (uyap.portal.gov.tr)

⁷⁷ Örneğin, Danıştay re’sen emekliliğe sevk edilen kamu görevlisinin bu kararın iptal edilmesi istemiyle açtığı dava neticesinde verilen iptal kararı üzerine görevine dönmesi üzerine, emeklilikte geçen sürelerde mahrum kaldığı maaş ve diğer ödemeler mahrum kalınan kar olarak kabul edilmiştir. Bkz: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun E. 1999/996, K. 2000/1038 sayılı ve 27.10.2000 tarihli kararı; Ancak Danıştay, ticari faaliyet kapsamında elde edilmesi umulan kararlar yönünden bu kararları kategorize etmektedir. Danıştay 13.D., E:2016/413, K:2022/3899, T: 27.10.2021; Kaçmaz D. B. No: 2019/39236, 11.1.2023)

⁷⁸ Yargıtay 15. HD., 2014/3199, K:2015/1875, T: 08.04.2015. (uyap.portal.gov.tr)

⁷⁹ Yargıtay 4. HD., E:2022/8698, K:2022/15025, 31.10.2022; Yargıtay 3. HD., E:2021/4346, K:2021/7777, T:01.07.2021; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise Danıştay uygulamasındaki yöntemi benimsemiştir. Bkz: tarihli E: 2020/11295, K:2021/6494, T: 18.05.2021.. (uyap.portal.gov.tr)

⁸⁰ Danıştay 10.D. E:2019/1178, K:2021/6289, T:15.12.2021. (uyap.portal.gov.tr)

Bu noktada, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bir kararındaki ifadeleri aktarmakla konuya devam etmek faydalı olacaktır. Kurul kararındaki şu ifadeler dikkat çekicidir:

“Danıştay bir yüksek idare mahkemesidir. İdare hukuku esaslarını uygular. Adliye mahkemeleri ise olayları özel hukuk hükümlerine göre çözümler. Nitekim İçtihadı birleştirme konusu olayda, mahkemeler olayın özelliği itibariyle idare hukuku esaslarından yararlanmakla beraber, uyumsuzlukların çözümünde özel hukuk hükümlerini esas almak durumundadırlar. Bu nedenle ve esasen her birinin kanunla belli edilen görev alanları ayrı bulunduğundan, idare mahkemelerinin verdikleri kararların adliye mahkemelerini, adliye mahkemelerinin verdikleri kararların da idare mahkemelerini etkileyici bir niteliği yoktur.”⁸¹

Bu ifadeleriyle Yargıtay, her iki yargı yerinin verdiği kararların esas olarak birbirlerini etkilemeyeceğini belirtmektedir. Aynı şekilde, idari yargı yerlerinin de adli yargıda aynı konu veya sebebe ilişkin davalardaki tespitleri bir kenara bırakarak işin esası hakkında kendi tespitleri doğrultusunda karar verilebildiğine ilişkin örnekler aktarılmıştır. Ancak görüldüğü üzere, kamu personeline yapılan yersiz ödemelerden, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile bu sözleşmeler dolayısıyla tesis edilen idari işlemlerden, ecrimisil ve tahliye işlemlerinden, sosyal güvenlik mevzuatı kapsamındaki bazı idari yaptırım kararlarından ve kamu görevlisine karşı kusuru nedeniyle açılan rücu davalarından kaynaklanan bazı uyumsuzluklarda verilecek kararlar, diğer yargı yerinde görülen davaları doğrudan etkileyici niteliktedir. Dolayısıyla bu konularda verilecek kararlar arasında çelişki olmaması maddi hukukun tanıdığı hak ve yükümlülüklerin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi açısından büyük önemi haizdir.

Öte yandan tam yargı davası, esasında idare tarafından sebebiyet verilen bir hak ihlali neticesinde kişiler tarafından idare aleyhine açılan tazminat davası niteliğinde olduğundan, kendine has özellik arz eden birtakım esaslar haricinde özel hukukta yer alan haksız fiilden kaynaklı tazminat davalarına benzemektedir. Nitekim 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 72. maddesinin gerekçesinde, tam yargı davaları ile özel hukuktaki tazminat davalarının benzerliğine dikkat çekilmiştir.⁸² Bu nedenle, tazminat isteminin dayandığı esaslar gereğince belirlenecek yargı kolunda, tazminat isteminin kabulü veya reddi şeklinde farklı kararların çıkması elbette muhtemeldir. Ancak her iki yargı yerince de verilen bir kabul kararında hesaplanacak tazminat miktarının farklı olmaması gerekir. Ancak bir önceki başlıkta gösterilen bazı örneklerde olduğu gibi illiyet bağının tespitinde veya zararın hesaplanmasında dahi davanın görüldüğü yargı yerine bağlı olarak çeşitli

⁸¹ Yargıtay İBBGK., E:1978/7, K:1979/2, T: 29.10.1979. (uyap.portal.gov.tr)

⁸² Madde gerekçesinde, “Yürürlükteki hükümler gereğince zararı mucibolan bir eylemin öğrenildiği tarihten itibaren 90 gün içinde tazminat davası açılması icabı olmaktadır. Bu kabil eylemler, hususi hukukun haksız fiillerine benzemektedir. Bu itibarla, bu fiillerde uygulanan zamanaşımına kıyasen ferdin idari eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir sene içinde ilk önce idareye başvurarak hakkını yerine getirmesini istemesi ve bu talebi kısmen veya tamamen reddedildiği takdirde doksan gün içinde tazminat davası açması lazım geldiği 72'nci maddede açıklanmıştır.” ifadelerine yer verilerek idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarının özel hukuktaki haksız fiillerden kaynaklı tazminat davalarına benzediğine işaret edilmiştir. (tbmm.gov.tr)

farklı yorumlar bulunmaktadır. Böyle bir sonuç ise adil bir yargı düzeninin tesisi açısından sorun niteliğindedir. Zira uyuşmazlık aynı nitelikte ise davanın çözümlendiği yargı yerinin farklı olması nedeniyle aynı uyuşmazlıklar hakkında farklı sonuçlara ulaşılmaması beklenir.

Farklı yargı yerlerinde konu ve sebep bağlamında ortaya çıkan etkileşim kapsamında meydana gelebilecek birtakım problemlerin çözümü hüküm uyuşmazlığı kapsamında Uyuşmazlık Mahkemesince halledilmektedir. Ancak hüküm uyuşmazlığına başvurulabilmesinin şartları değerlendirildiğinde bu çalışma kapsamında gösterilen örnekler açısından tam manasıyla bir çözüm sağladığından da bahsetmek zordur. Bu yönüyle hüküm uyuşmazlığına ilişkin bazı açıklamalar yapmakta fayda vardır.

IV. HÜKÜM UYUŞMAZLIĞI MÜESSESİNİN UYGULANDIĞI DURUMLAR

Görevli bir mahkemenin yanında görevsiz bir mahkemede uyuşmazlığın çözümlenmesi veya kesin hükmün varlığının tespit edilememesi halinde aynı uyuşmazlığa ilişkin aynı yargı yerinde birbirinden farklı kararlar ortaya çıkabilir.⁸³ Her iki kararın birbirine karşı bir üstünlüğü olmaması sebebiyle kararın icrasında yaşanacak sorunların ve hakkın kime ait olduğu hususunda yaşanacak tereddütlerin giderilmesi adına yargılamanın yenilenmesi müessesesi *aynı yargı yerindeki kararlar* açısından önemli bir yere sahiptir.⁸⁴ Anayasa'nın 158. maddesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun uyarınca farklı yargı kollarında ortaya çıkan hüküm uyuşmazlıklarının çözümü Uyuşmazlık Mahkemesinin görevindedir. Bu yönüyle Uyuşmazlık Mahkemesi, hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkelerine hizmet etmektedir.⁸⁵

Anılan Kanun'un 24. maddesine göre Uyuşmazlık Mahkemesine hüküm uyuşmazlığının giderilmesi adına başvurulabilmesi için, aynı konu ve sebebe ilişkin esas yönünden verilen kararlarda taraflardan en az birinin aynı olması, kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesinin olanaksız bulunması ve adli ve idari yargı yerlerince verilmiş kararların kesin nitelikli olması şarttır.

Bu doğrultuda, Uyuşmazlık Mahkemesince verilen hüküm uyuşmazlıklarındaki kararlar incelendiğinde, çalışmada da örneklendirilen yersiz ödemelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından Kanunun 24. maddesindeki şartların oluştuğu belirtilerek hüküm uyuşmazlıklarının giderilmesine karar verildiği görülmekte ve bu konularda farklı yargı yerinde verilen kararlar nedeniyle ortaya çıkan çelişkilerin giderildiği kolaylıkla söylenebilmektedir.⁸⁶

⁸³ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.1, İstanbul, 2001, s.768.

⁸⁴ Mert Namlı, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, s.225

⁸⁵ Onar, 1966, s.1859.

⁸⁶ Örneğin; Yersiz olarak ödenen "*denetim tazminatının*" geri istenilmesine ilişkin idari işlemin hukuka uygun olmadığı saptanması karşısında yersiz ödemenin geri alınması için idarece açılan alacak davası sonunda, davanın kabulüne ilişkin Adli

Ancak, hizmet kusuruna ilişkin örnekler incelendiğinde durumun bu kadar net olmadığı görülmektedir. Örneğin; İçişleri Bakanlığına ait bir panzerin köprüden düşmesi sonucu araçta bulunan iki polis memurunun hayatını kaybettiği, birinin ise yaralandığı olayda İçişleri Bakanlığınca 2330 sayılı Kanun uyarınca ilgililere yapılan nakdi tazminat ödenmesinden sonra, bilirkişilerce olayda kusuru bulunduğu tespit edilen Mersin Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı adli yargı yerinde rücuen alacak davası açılmış, adli yargı kararıyla bilirkişi raporundaki tespitlere dayanılarak davalı belediyenin olayda kusuru bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.⁸⁷ Bu olayda, ayrıca İçişleri Bakanlığı tarafından, meydana gelen trafik kazasında panzerde oluşan hasar bedelinin tazmini istemiyle idari yargı yerinde de bir dava açılmıştır. Açılan dava sonucunda, Mersin Büyükşehir Belediye Başkanlığına atfedilecek bir kusurun bulunmadığı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ve karar Danıştay tarafından onanarak kesinleşmiştir.⁸⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi bu olaya ilişkin yapılan hüküm uyuşmazlığı başvurusunu, her iki yargı kolunda açılan tazminat davalarının, davalı Belediyenin kusurlu bulunduğu sebebine dayanmakta ise de davanın konularının birinin kazada ölen polis memurlarına ödenen nakdi tazminat miktarının rücuen tazmini istemine; diğerinin panzerde oluşan hasar miktarının tazmini istemine dayandığını belirtmiştir. Bu nedenle, konuları farklı olan iki davada verilen kararlar arasında çelişki olduğundan bahisle hakkın yerine getirilmesinin olanaksızlığından da söz edilemeyeceği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.⁸⁹ Böylece hukuk âleminde aynı olayda davalı Belediyenin hem kusurlu olduğu hem de kusursuz olduğu yönünde birbiriyle çelişen iki farklı yargı kararının varlığı mümkün olmuştur. Bu olayda davanın konusu, olay neticesinde meydana gelen zarar olarak değil, hayatını kaybeden polis memurlarının yakınlarının uğradığı zarar ve panzerin kullanılamaz olması nedeniyle ortaya çıkan maddi zarar olarak iki farklı biçimde ele alınmıştır.

Yine başka bir örnekte, hastanın tedavisine yönelik cerrahi operasyon sırasında hastanın haberi olmaksızın rahim ve yumurtalığının alınması ve bu nedenle doğum yapma şansını kaybetmesi neticesinde açılan tam yargı davasında, davacıya uygulanan sağlık hizmetinde herhangi bir kusur olmadığı, ancak operasyon öncesinde ve esnasında rahmin tubbi olarak tamamen alınmasını zorunlu kılacak herhangi bir olumsuz durumun

Yargı merciince verilen kararın kaldırılmasına ilişkin karar. Uyuşmazlık Mahkemesi, HB., E:2021/224, K:2022/43, T: 31.01.2022; Benzer nitelikteki kararlar için bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi, HB., E:2020/504, K:2021/389; E:2018/620, K:2019/578.; E:2018/248, K:2019/576; E:2020/68, K:2020/609; E:2018/272, K:2019/760. (uyuşmazlik.gov.tr.)

⁸⁷ Mersin 1. AHM., E:2003/10, K:2006/4, T: 21.06.2006; Mersin 1. AHM., (Hakem Sıfatıyla) E:2003/10, K:2006/4, T: 16.01.2007 tarih ve sayılı ek kararı ile davalının itirazı reddedilerek, karar kesinleşmiştir. (uyap.portal.gov.tr)

⁸⁸ Mersin 1. İM., E:2008/636, K:2009/713, T.30.06.2009. Danıştay 8.D., E:2009/9531, K:2010/4877, T:29.09.2010 tarih ve sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir. (uyap.portal.gov.tr)

⁸⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, H.B., E:2011/202, K:2012/97, T: 21.05.2012. (uyuşmazlik.gov.tr.)

mevcut olduğundan endişe edilmesi halinde patoloji numunesi alınarak patolojik tetkikten sonra alınacak sonuca göre hareket edilmesi gerekirken söz konusu uzuvların doğrudan alınması sonucunda davalı idarenin ağır hizmet kusurunun mevcut olduğu sonucuna varılarak tazminat isteminin kabulüne karar verilmiştir.⁹⁰ Aslında burada karara dayanak teşkil eden bilirkişi raporundaki ifadeler değerlendirildiğinde operasyonu gerçekleştiren doktorun kusurlu eylemlerinin rapora konu edilerek ağır hizmet kusuru bulunduğu ulaşıldığı görülmektedir. Ödenen tazminat üzerine ameliyatı gerçekleştiren doktora karşı rücu davası açılmış, Asliye Hukuk Mahkemesince yapılan operasyonda davalının tıbbi ihmali ve kusuru bulunmadığı, hastanın yapılacak müdahale konusunda bilgilendirildiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.⁹¹ Uyuşmazlık Mahkemesi ise hüküm uyuşmazlığı istemini konu ve dava sebebinin aynı olması koşulunun oluşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.⁹² Aslında hizmet kusuru ve kişisel kusur bağlamındaki örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte⁹³ burada maddi anlamdaki çelişkilerin hüküm uyuşmazlığı müessesisiyle tam manasıyla giderilemediğini ifade etmek açısından bu örnekler yeterli olacaktır.

Son olarak başka bir örnek daha verilecek olursa, yapılan denetim sırasında, alkollü olarak araç kullandığı, kazayı yetkili memurlara bildirmedeği ve kaza yerinden ayrıldığı tespit edildiğinden bahisle adına idari para cezası uygulanarak ehliyeti alıkonulan davacı tarafından Sulh Ceza Hâkimliği nezdinde idari para cezasına karşı itiraz edilmiş, İdare Mahkemesinde ise ehliyetinin alıkonulmasına ilişkin kararın iptali istemiyle dava açılmıştır. Söz konusu olayda adli yargı yerinde itirazın reddine karar verilmişken idari yargıda dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Hüküm uyuşmazlığı istemi ise konu ve dava sebebinin aynı olması ile hakkın yerine getirilmesinin imkânsız bulunması koşullarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁹⁴

Örneklerden de anlaşılacağı üzere bazı durumlarda maddi anlamdaki çelişkilerin ortadan kaldırılamamasının sebebinin Kanunun 24. maddesinde belirtilen davanın hem konusunun hem de sebebinin aynı olması şartlarının bir arada aranmasından kaynaklandığı sonucuna varılabilir. Öte yandan, hukuk ilke ve kavramları bağlamında ortaya çıkan etkileşim başlığı altında örneklerine yer verilen çelişkili uygulamaların ise ülkemiz hukuk düzeninde bir çözümü bulunmamaktadır. Bu nedenle hüküm uyuşmazlığı müessesesinin farklı yargı yerlerindeki çelişkili kararları ortadan kaldırmak adına oldukça önemli olmasına rağmen tam anlamıyla arzu edilen etkiye sahip olmadığını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda, bir alt başlıkta,

⁹⁰ Zonguldak İM., E:2002/400, K:2002/1437, T: 12.12.2002. (uyap.portal.gov.tr)

⁹¹ Safranbolu AHM., E:2005/45, K:2007/72, T: 07.03.2007. (uyap.portal.gov.tr)

⁹² Uyuşmazlık Mahkemesi, H.B., E:2009/95, K:2010/43, T: 01.03.2010. (uyuşmazlık.gov.tr.)

⁹³ Başka bir örnek için bkz: Uyuşmazlık Mahkemesi, HB., E:2018/113, K: 2018/742, T: 26.11.2018. (uyuşmazlık.gov.tr.)

⁹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi H.B., E:2019/62, K: 2019/366, T: 20.05.2019. (uyuşmazlık.gov.tr.)

çalışma kapsamında tespit edilen bazı durumlar ve sorunlar hakkında değerlendirme yapılarak bazı çözüm önerileri sunulacaktır.

V. DEĞERLENDİRME ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Örnek durumlar üzerinden gösterilen etkileşim alanları, görüldüğü üzere, adli ve idari yargının görev alanının gri bölgesi olarak tabir edilebilecek kısmında, yani birbirine yakın nitelikteki uyumsuzlukların doğduğu konularda daha belirgindir. Zira kamu personelinin özlük hakları, bağımsız idari otoritelerin görevli olduğu sektörlerle ilişkin aldığı kararlar, kamu kanunu⁹⁵ olarak nitelendirilen kanunlar kapsamındaki işlemler, idarenin düzenleyici işlemleri gibi idari yargının özel hukuk ilke ve kavramlarından arı olduğu konularda etkileşimin ortaya çıkması düşük bir ihtimaldir. Ancak bahsi geçen alanlarda, bazı kanuni veya içtihadi sebeplerle adli yargı yerince verilen kararlar doğrudan idari yargı yerinde görülen uyumsuzluğu etkileyebilecek niteliktedir.

Bununla birlikte, etkileşimin gözlemlendiği bazı alanlarda, özel hukuk ilke ve kavramlarının yargılamaya konu edilmesi veya uyumsuzluğu etkileyecek bazı konuların adli yargı uygulamalarına sıklıkla konu olması nedeniyle, idari yargı içtihadi karakterini öne çıkararak adli yargının uzmanlık alanından faydalanmaktadır. Ancak çalışmada örnekler üzerinden gösterildiği üzere, idari rejim gereği birbirinden kökten ayrılmış bu yargı yerlerince uygulama birliğinin sağlanması ve birbiriyle çelişmeyen kararlar verilmesi ise her zaman mümkün olamamıştır. Gerek konu ve sebep bağlamında, gerekse hukuk ilke ve kavramlarının uygulamaya konu edilmesinde, yargı yerleri zaman zaman belli bir uyumu yakalamakta ise de çelişkilere sebebiyet vermektedir. Bu çelişkinin nedeni bazen idari yargının özel hukuk ilke ve kavramlarına yeteri kadar hakim olamayışından kaynaklanmışken, bazen de adli yargının idare hukukuna dair meselelerine uzak olması nedeniyle meydana gelmiştir.

Kararlarda ortaya çıkan çelişkinin, aynı konu ve sebebe ilişkin olması durumunda, hüküm uyumsuzluğuna başvuru yöntemiyle bu sorunun ortadan kaldırılması mümkündür. Ancak bazı örneklerde görüldüğü üzere, Kanunda şartların kümülatif aranması nedeniyle maddi anlamdaki çelişkiler her zaman bu yöntemle giderilememektedir. Bu yönüyle, hüküm uyumsuzluğuna başvuru şartlarının düzenlendiği Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 24. maddesinde yapılabilecek birtakım değişikliklerle konu veya sebep şeklinde belirtilen şartların kümülatif aranmaması düzenlenerek bu anlamda bir çelişkinin varlığı halinde bu çelişkinin giderilmesi adına olumlu adımlar atılması mümkündür. Öte yandan, Almanya uygulamasında görüldüğü üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi bünyesinde kurulan ve bütün yüksek mahkemelerden gelen üyelerden oluşan *Müşterek Kurul* ile yüksek mahkemeler arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi ve ülke çapında içtihat birliğinin sağlanması

⁹⁵ “Yalnızca idareye mahsus kanunlar” Bkz: Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1970, s.96.

mümkün olmuştur.⁹⁶ Ülkemizde de yüksek mahkemeler arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi adına yapılabilecek bir Anayasa değişikliği ile benzer bir yöntemin belirlenmesi konusu tartışmaya açılmalıdır.

Bununla birlikte, farklı yargı yerinde görülen ve konu veya sebep bağlamında uyuşmazlığı etkileyici nitelikte olan yargı kararlarının bakılan davada değerlendirilmemesinin bir bozma nedeni olarak içtihatlarda yer aldığı görüldüğünden bu konuda yasal bir düzenleme yapılması bu içtihatların daha etkin uygulanmasına hizmet edecektir. Dolayısıyla İYUK'un 49 ve HMK'nın 371. maddelerinde, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunan ya da konu veya sebebi aynı olan davalarda verilen kesin nitelikli yargı kararlarının dikkate alınmamasının bir bozma nedeni olarak belirtilmesi uygulama birliğini sağlamak açısından olumlu olacaktır. Böylelikle farklı yargı yerindeki ilgili kararın neden karara esas alınmadığı daha net ifadelerle ortaya konulacak, böylelikle tarafların verilen karara ikna olması adına fayda sağlanacaktır. Böylece ülke çapında bir içtihat birliği sağlanarak gerekçeli karar hakkı, hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkelerine hizmet edilecektir.

Yine, hukuk ilke ve kavramları bağlamında ortaya çıkan bazı problemler çalışma kapsamında ortaya konulmuş durumdadır. Bu doğrultuda, çalışmada da kısa açıklamalarla izah edilen kişisel kusur, görev kusuru ve hizmet kusuru kavramlarının kanuni düzenlemelerle tanımı yapılarak kapsam ve sınırlarının çizilmesi ayrıca faydalı olacaktır. Bilhassa kişisel kusurun yargı yerlerindeki algılanış biçiminin net olarak belirlenmesi adına kamu görevlisinin kişisel kusuru ile görev kusurunun Türk Borçlar Kanunu'nda açıklığa kavuşturulması gereklidir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasındaki hükme benzer şekilde tam yargı davalarında sorumluluğun şartları arasında yer alan illiyet bağı ve zarar unsurları açısından bazı düzenlemeler yapmak mümkündür. Ancak bu hususun uzun bir süredir gündemde olmasına rağmen bir türlü yasalaşamayan İdari Usul Kanunu Tasarısı kapsamında ayrı bir yasadaki düzenlenmesi idari yargı yerleri açısından daha da kolaylık sağlayacaktır. Ayrıca adli ve idari yargının ortak ilgi alanında kalan bazı meseleler hakkında gerek meslek öncesi gerekse meslek içi eğitimlerle adli ve idari yargı hâkimlerinin farkındalığının artırılması da ihmal edilmemelidir.

Son olarak, idari yargıda özel hukuk ilke ve kavramlarına sıklıkla başvuru konular arasında yer alan idarenin sorumluluğunda, çalışmada tespit edilen bazı sorunların daha az yaşandığı Almanya, Hollanda, İtalya, Finlandiya, Belçika ve Lüksemburg gibi Batı Avrupa ülkelerinde uygulanan karma sistem⁹⁷ incelenerek idarenin sorumluluğu konusunda hangi

⁹⁶ Feridun Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi", C.25, Ankara, 2008, Anayasa Yargısı Dergisi, s.139-140.

⁹⁷ İdari rejim, bazı kaynaklarda tam idari rejim, eksik idari rejim olarak adlandırılmaktadır. Bazı kaynaklarda ise eksik idari rejim, karma sistem olarak adlandırılarak üçüncü bir sistem olarak tanımlanmıştır. Karma sistemde, idare mahkemeleri özel görevli mahkemeler olup bu sistemde, idarenin taraf olduğu ve tazminat talep edilen uyuşmazlıklar, kural olarak, adli yargıda çözümlenmektedir. Buna karşılık, bir idari işlemin yürütülmesinden veya idari sözleşmenin

uyuşmazlıkların idari yargının, hangisinin adli yargının uzmanlık alanına daha uygun olduğunun tespit edilebilmesinin mümkün olduğunu da belirtmekte fayda bulunmaktadır.

SONUÇ

Çalışmada, idare mahkemesi kararlarına olan etkileri özelinde adli ve idari yargı yerlerinde verilen kararların etkileşiminin boyutları ve önemi izah edilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde idare mahkemelerince verilen kararların da hukuk mahkemelerini etkileyeceği kısa örneklerle de gösterilmiş olmakla birlikte bunun kapsam ve boyutları ayrı bir çalışmada daha detaylı bir şekilde ortaya konulabileceğinden dar kapsamlı tutulmuştur.

Çalışma kapsamındaki tespitler göstermektedir ki, idari rejim gereğince adli ve idari yargı mahkemeleri arasında bir görev ayrımı bulunmaktaysa da, maddi anlamda yargı bir bütün olduğundan yargı yerlerince verilen kararlardaki çelişkinin minimum seviyede olması ve ülke çapında bir içtihat birliği sağlanması temel hak ve hürriyetler ve adil bir yargı düzeni açısından büyük öneme sahiptir.

Bu sakıncaları gidermek ise birtakım mevzuat değişiklikleri ve eğitim gibi idari faaliyetlerle büyük ölçüde mümkündür. Bu nedenle, farklı yargı yerlerinin verdiği kararları tüm boyutlarıyla ele alarak yaşanan bu etkileşimin sonuçları detaylıca değerlendirilmeli ve bunun sonuçları ihmal edilmemelidir.

uygulanmasından kaynaklanan tazminat davaları ise, idari uyuşmazlık olarak kabul edilerek idari yargı mercilerinin görev alanında kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Atay, 2009, s.30-31; Mehmet Akif Bardakçı, İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 189.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B./Sezginer M./Kaya C., Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

Aral, R., Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Baskı, Ankara, 1968.

Atay E. E, İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Balta, T. M., İdare Hukukuna Giriş, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1970, s.96.

Bardakçı, M. A., İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Börü,L., Dava konusu kavramı ve teorileri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:28, S:2, 2012, s.257-293.

Chapus, R., Droit Administratif Général, Tome I, Montchrestien, 1995.

Chapus, R., Responsabilite Publique et Responsabilite Privee, Paris, Librairie Generale De Droit Et De Jurisprudence, 1957.

Çağlayan, R., İdari Yargılama Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

Çıtak, H. A., İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019.

Gözler, K., İdare Hukuku, C.1, Ekin, Bursa, 2019.

Gözler, K., İdare Hukuku, C.2., Ekin, Bursa, 2019.

Gözübüyük, Ş. / Tan, T. İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2001.

Günday, M., İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.

Güran, S., İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, İstanbul, 1982.

Jese, G., Éléments du Droit Public et Administratif à l'usage des Etudiants en Droit,, Giard & E. Brière, 1910.

Kelsen, H., Saf Hukuk Kuramı, Çev. Uzun, E., Nora, İstanbul, 2016.

Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.1, İstanbul, 2001.

Namlı, M., Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014.

Odyakmaz, Z., “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, C.2, S.2, 1998, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s.2.

Odyakmaz Z./ Keskin, B., “Yeni Anayasa Çalışmalarında İdare Hukuku Açısından Göz Önünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, S.5., 2015, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı, s.623-634.

Onar, S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İstanbul, 1966.

Schwab, K., İhtilah Konusu (Müddeabih) Hakkındaki Doktrinin Durumu, Çev. Yavuz Alangoya, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:33, S:3-4, 2011, s.288-303.

- Tan, T., İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 447.
- Tanrıver, S., Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2007.
- Tekinsoy, M. A., “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, C.55, S.2, 2006, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.181-227.
- Ulusoy, A. D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Walinei, M., Traité Élémentaire de Droit Administratif, Sirey, 1951.
- Yaşar, H. N., “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, C.66, S.1, 2008, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.201-219.
- Yenisey, F., “Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi”, C.25, Ankara, 2008, Anayasa Yargısı Dergisi, s.135-154.
- Yılmaz, E., Hukuk Sözlüğü, Yetkin, Ankara, 2006.

TAKVİM-İ VEKAYİ'DEN RESMÎ GAZETE'NİN MOBİL UYGULAMASINA: İKİNCİ ASRINA YAKLAŞIRKEN RESMÎ GAZETECİLİĞİMİZİN GELİŞİMİ

From Takvim-i Vekayi to the Mobile Application of the Turkish Official Journal: the Progress of Turkish Official Journalism as Moving Toward its 200th Anniversary

“Çağdaş hukukçu unvanını hakkıyla taşımak isteyen her hukukçu Resmî Gazete ile tanınmış hukuk dergilerinden bir veya birkaçına maddi gücüne göre mutlaka abone olmalıdır.”

Prof. Dr. Jur. Ernest HİRŞ¹

Yunus Emre İLKORKOR*
Efsun GÜNERİ**

Öz: 2031 yılında resmî gazeteciliğimiz ikinci asrını tamamlayıp üçüncü asrına girecektir. Kadim tarihinde resmî gazeteciliğimiz kendine özgü şartlarda ortaya koyduğu zengin idari birikimi ve güçlü siyasi etkisi ile ön plana çıkmaktadır. İlk resmî gazetemiz olan Takvim-i Vekayi'nin 1831 yılında kurulduğu tarihten günümüze kadar yönetim biçimlerinde ve hükümet sistemlerinde köklü değişiklikler olmasına rağmen T.C. Resmî Gazete'de geçmişin uygulamalarını ve sürekliliğini görebilmek mümkündür. Devletin iş ve işlemleri ile hükümetlerin icraatlarının dayanağını sağlayan her türlü karar ve mevzuatın yayımlanarak resmî nitelik kazandığı kamusal hafıza oluşturan bir yayın aracı olan resmî gazete, salt idari alanla sınırlanmayacak önemde etki ve fonksiyonları olan bir kurumdur. Resmî gazeteciliğimizin tarihsel sürecini bu bakış açısıyla ele alan çalışmada arşiv ve resmî belge niteliğini birlikte haiz olan resmî gazetenin, kavramsal çerçevesi tarihsel anekdotlar vasıtasıyla siyasi boyutu göz önünde bulundurularak çizilmiştir. Sonrasında çeşitli isimler altında yayımlanan resmî gazetelerimizin kuruluş amacı, bölümleri, yayın düzeni ve ilk sayısında yer alan tüm

Abstract: In 2031, our official journalism will enter its third century. In its ancient history, our official journalism stands out with its rich administrative background and massive political influence. Although there have been radical changes in the types of administration and systems of government since the foundation of our first official journal, Takvim-i Vekayi, in 1831, it is possible to see the practices and continuity of the past in the Official Journal of the Republic of Turkey. An official journal, which is a means of publication that creates public memory, where all kinds of decisions, decrees and legislation/regulations that provide the basis of the work and transactions of the state and the actions of the governments are published and become official, is an institution with important effects and functions that cannot be limited to the administrative field. In the article, which deals with the historical process of our official journalism from this point of view, the conceptual framework of the official journal, which has the quality of an archive and an official document, has been determined by considering its political dimension through historical anecdotes. Afterwards in the article, the historical course of our official journals,

¹ Ernest Hirş, Pratik Hukukta Metod, Çev. Volf Çernis, 3. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 42.

* Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminden Sorumlu Cumhurbaşkanlığı Raportörü, ORCID: 0000-0003-1237-4782.

** Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi Mevzuat Kodifikasyon Görevlisi, ORCID: 0009-0005-9098-9928.

Makale Geliş Tarihi: 09.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 29.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484045

içeriklerin başlıkları gibi yayın unsurlarına da değinilerek tarihsel süreçleri ele alınmıştır. Makale, 2018 yılında geçilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Resmî Gazete'nin kurumsal yapısı ve işleyiş biçimi ortaya konulup Resmî Gazete'nin geleceği hakkında öngörülerde bulunularak bitirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk resmî gazeteciliği, resmî gazete, Takvim-i Vekayi, Ceride-i Resmîye, Resmî Ceride, T.C. Resmî Gazete.

which were published under various names, such as the purpose of establishment, departments, publication order and titles of all content in the first issue, were also mentioned. The article concluded by discussing the institutional structure and functioning of the Turkish Official Journal in the Presidential government system passed in 2018 and making predictions about the future of the Turkish Official Journal.

Keywords: Turkish official journalism, official journal, Takvim-i Vekayi, Ceride-i Resmîye, Resmî Ceride, T.C. Resmî Gazete.

GİRİŞ

Takvim-i Vekayi, Vekayi-i Mısriye ile Resmî Gazete'nin şekli, Resmî Gazete'nin içeriği, tarihsel süreci, resmî gazetelerin devlet hayatındaki yeri ve hukuki güvenlik ilkesi bağlamında resmî gazetelerin hukuki çerçevesi konularında çeşitli çalışmalar bulunmaktadır. Türk resmî gazeteleri ve resmî gazeteciliği kapsamında değerlendirilebilecek bu çalışmalar yeterli sayıda ve kalitededir. Ancak bu çalışmalar, resmî gazete kavramının bir yönüne veya Türk resmî gazeteciliğinin belirli bir dönemine odaklanmıştır. Öte yandan bu çalışmalarda resmî gazeteler ya tarih, hukuk veya kamu yönetimi alanlarının müstakil perspektifinden ele alınmış ya da sadece bir mevzuat kaynağı olarak görülmüştür. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçildikten sonra resmî gazeteciliğimizde ortaya çıkan değişiklikleri içeren güncel bir çalışma da henüz yayımlanmamıştır. Bu çalışmada, "resmî gazete" kavramı tüm boyutlarıyla ele alınmış ve Türk resmî gazeteciliğinin gelişim süreci bir bütün olarak yeterli düzeyde ayrıntıya girilerek değerlendirilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, resmî gazetenin kavramsal çerçevesi siyasi boyutuyla desteklenerek çizilmiştir. Bu bölümde resmî gazetenin tanımı, tarihsel süreci, fonksiyonları ve siyasi boyutuna ilişkin tarihsel anekdotlar yer almaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünün konusunu ilk Türk resmî gazetesi olan Takvim-i Vekayi oluşturmaktadır. Bu bölümde Takvim-i Vekayi, içerik bakımından özel gazete-resmî gazete dikotomisi dikkate alınıp incelenmiştir. Öncelikle; özel gazetelerle rekabet hâlinde bir resmî gazete kimliğindeki Takvim-i Vekayi'nin kuruluş amacı, süreci, bölümleri, yayın düzeni ve ilk sayısında yer alan tüm içeriklerin başlıkları ele alınmıştır. Sonrasında ise klasik resmî gazeteyle daha yakın bir anlayışla yayımlanan bu yönelişin emaresi olan haber türleri ile teşkilat yapısı ve gazetenin önemini gösteren temel hukuki düzenlemelere kısaca yer verilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, Kurtuluş Savaşı ve genç Cumhuriyette resmî gazeteciliğimize değinilmiş; Takvim-i Vekayi ile birlikte Ankara Hükümetinin resmî gazetesi olarak Ceride-i Resmîye'nin kurulmasıyla geçilen ikili resmî gazete dönemi ele alınmış ve Ceride-i Resmîye'nin temel özellikleri belirtilmiştir. Akabinde, savaş koşulları nedeniyle yayımına 26 ay ara verilen ve "Resmî Ceride" adıyla yayımına devam eden gazetenin yayın düzeni, içeriği, mevzuatı ve teşkilatı gibi özellikleri ortaya konmuştur.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, 1961 Anayasası döneminden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişe kadarki dönemde T.C. Resmî Gazete'nin teşkilat ve mevzuat yapısı ele alınmış ve gazetede yaşanan gelişmeler ile mülga Başbakanlık tarafından resmî gazetenin internet üzerinden yayımlanmaya başlaması ve Latin alfabesiyle basılan gazete arşivinin elektronik ortama aktarılması gibi gerçekleştirilen önemli projeler yer almıştır.

Çalışmanın beşinci bölümünde ise Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde T.C. Resmî Gazete'nin mevzuat ve teşkilat yapısına kısaca değinilip kuruluşunun yüzüncü yılı münasebetiyle gerçekleştirilen Osmanlıca yayımlanan T.C. Resmî Gazete'nin ilk 1053 sayısının latinize edilmesi ve fonksiyonel arama özelliklerine sahip mobil uygulamanın kullanıma açılması gibi projeler ele alınmıştır.

I. RESMÎ GAZETE'NİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Bu bölümde öncelikle resmî gazetenin çeşitli tanımları ve işlevleri ele alınmıştır. Sonrasında anekdotsal bir yaklaşımla resmî gazete-siyaset ilişkisi ortaya konulmuş ve tarihsel sürece değinilerek bölüm bitirilmiştir.

A. TANIM

Resmî gazete terimi; Arapça kökenli “rsm” ve İtalyanca kökenli “gazetta” kelimelerinden oluşmaktadır. “Rsm” köküne nispet eki olan -î'nin eklenmesiyle oluşan “resmî” kelimesi “devlet tarafından veya devlet adına olan” anlamına gelmektedir.² Gazete şeklinde dilimize aktarılan “gazetta” kelimesi ise gayr-ı resmî dedikodu niteliğindeki haberlerin duyurulması amacıyla basılan sayfaları ifade etmek amacıyla 16. yüzyılda Venedik şehrinde kullanılmıştır.³ Genel anlamıyla resmî gazete, devletin duyurmak istediği devletle ilgili haberlerin yer aldığı yayın organıdır.

Resmî gazete; kavramsal boyutuyla devletin resmî yayın aracı şeklinde kısaca tanımlanabilir. Bu çerçevede yayın terimi, devlet adına ve devlet tarafından yayımlanan bir gazetede mevzuat metinlerinin ilgisine duyurulmasını sağlayan maddi bir işleme işaret etmektedir.⁴ Yukarıdaki tanım, resmî gazetenin sınırlarının belirlenmesinde çeşitli zorluklara neden olmaktadır. Nitekim resmî gazetenin kapsamı zaman içerisinde daralmıştır.⁵ En genel anlamıyla “resmî gazete, devlet tüzel kişiliği ile kamu kurum ve

² Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle), 11. baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1993, s. 887.

³ Encyclopedia Britannica, “gazette”, (<https://www.britannica.com/topic/gazette>), (s.e.t. 05.02.2024).

⁴ Kemal Gözler, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: Isdar”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 921.

⁵ Güncel resmî gazete tanımları, ilk resmî gazetemiz olan Takvim-i Vekayi’yi, yayımlanma amacı ve içeriği bakımından resmî gazete tanımının dışına itmektedir. Takvim-i Vekayi’de Batı kamuoyunu etkileme ve halkı bilinçlendirme amaçlı gayr-ı resmî bölümü oluşturan haberler bulunmaktadır.

kuruluşlarının kanunlarda gösterilen iş ve işlemlerinin devlet adına elektronik ortamda veya basılı olarak yayımlandığı⁶ yayındır.”⁷

Yayın aracı olmanın dışında resmî gazeteyi “yalnızca kural koyan mevzuat belgelerini değil, atama ve görevden alma, yönetsel bağlantı kurma ya da değiştirme, kurumsal yapılanma, imtiyaz gibi iktisadi ve vatandaşlığa alma ya da çıkarma gibi siyasal alanlarda hak tanıma -izin verme- hak kaldırma işlemlerine ilişkin veriler sunan bir belge”⁸ olarak tanımlamak da mümkündür. Bu tanımla uyumlu biçimde ilk Türk resmî gazetesi olan Takvim-i Vekayi “çok önceden beri var olan ve bu dönemde de varlığını devam ettiren vak’a-nüvis tarihlerinin ve tarihçiliğinin zamanın icaplarına uymuş şekli” ve “Osmanlı Devleti’nin son devresini inceleyeceklerin vazgeçemeyecekleri belgeler membaı” olarak nitelendirilmiştir.⁹ Bu değerlendirme, resmî gazetelerin devlet hafızası ve arşivi olma fonksiyonunun altını çizmektedir. Nitekim, Resmî Gazete’nin kuruluşunun yüzüncü yılının tebrik edilmesi amacıyla Cumhurbaşkanlığı makamı tarafından yayımlanan mesajda da Resmî Gazete’nin bu yönüne vurguda bulunulmuştur.¹⁰

“Türkiye Büyük Millet Meclisinin açılışından Millî Mücadeleye, Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze, ülkemizin yasama, yürütme ve yargıya dair iş ve işlemlerinin yürürlük kazanarak milletle paylaşıldığı Resmî Gazete, bu yönüyle tarihi bir fonksiyon icra etmektedir. Resmî Gazete bir anlamda ‘devlet hafızası’ ve ‘şeffaf yönetim anlayışının vesikası’dır.”

Arşiv niteliği olsa da resmî gazete esas itibarıyla, Parlamentonun kabul ettiği kanunlar ile hükümetin politikalarını yürütmek için uygulayacağı diğer düzenlemeler ve kararlar ile halka duyurulması öngörülen resmî ilanların bazılarının duyurulmasını, bazılarının da hem resmîleşmesini hem

⁶ Gözler’e göre “Anayasamız ‘yayın’ değil ‘yayım’ kelimesini kullanıyor olsa bile, ‘yayım’ kelimesi ile ‘yayın’ kelimesi arasında bir fark yoktur. Her ikisi de yaymak fiilinden türemiş isimdir. Bunlardan birisini seçip kullanmak gerekir. Bizce daha yaygını ‘yayın’ kelimesidir ve bunu kullanmak gerekir” (s. 922). Öte yandan, Anayasamızın “Kararnameler ve yönetmelikler, *yayımdan* sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede *yayımlandıkları* gün yürürlüğe girer.” şeklinde olan 104 üncü maddesinin on dokuzuncu fıkrasındaki kullanım ve güncel Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre “yayımlamak” şeklinde bir fiilin bulunmaması birlikte düşünüldüğünde Gözler’e bu konuda kısmen katılmaktayız. Bu itibarla çalışmamızda mevzuata ilişkin hususlarda ‘yayım’, basın söz konusu olduğunda ‘yayın’ ve bunların fiil hali için de ‘yayımlamak’ kelimeleri tercih edilmiştir.

⁷ Resmî Gazete’nin Genel Esasları (Yayımlanmamış Rapor), Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Ankara, 2012, s.1.

⁸ Nuray Ertürk Keskin (ed.), Açıklamalı Yönetim Zamandizimi 1919-1938, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2012, s. XII.

⁹ Nesimi Yazıcı, Takvim-i Vekayi “Belgeler”, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu Yayınları, Ankara, 1983, s. V.

¹⁰ İletişim Başkanlığı, “Cumhurbaşkanı Erdoğan, Resmî Gazete’nin kuruluşunun 100. yılını kutladı”, 07.10.2020,

(<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/cumhurbaskani-erdogan-resmi-gazetenin-kurulusunun-100-yilini-kutladi>), (s.e.t. 05.02.2024).

de duyurulmasını bu itibarla da kesinleşip uygulanmasını sağlayan bir yayın organıdır.

Resmî gazete nihai olarak, devletin iş ve işlemleri ile hükümetlerin icraatlarının dayanağını sağlayan her türlü karar ve mevzuatın yayımlanarak resmî nitelik kazandığı kamusal hafıza oluşturan bir yayın aracı olarak tanımlanabilir. Bu yayın aracının temel amacı ise arşiv oluşturmaktan ziyade mevzuat hâle getirilen karar ve mevzuatı kamuya duyurarak erişime açık hâle getirmektir.¹¹ Kamunun tamamını ilgilendiren mevzuat, karar ve ilanlar, Resmî Gazete’de yayımlandıktan, yani tüm kamunun bilgisine sunulduktan sonra yürürlüğe girmektedir.

Resmî gazetelerin genel olarak beş temel işlevi bulunmaktadır:¹²

1. Mevsukiyet: Mevzuat, karar ve ilanlar; Resmî Gazete’de yayımlandığında kurumsal, maddi ve biçimsel anlamda devletin belgesi hâline gelerek mevzuat olur ve resmîleşir. Yayımlandığı an mevzuat olan bu içerik, noktasından virgülüne kadar bir bütün olarak devletin iradesini yansıtmaya özelliği sayesinde de otantikdir.

2. Tedvin: Mevzuat, karar ve ilanlar; Resmî Gazete’de yayımlandığında çeşitli bölümlerde bir araya getirilerek tedvin edilir (derlenir).

3. Aleniyet: Mevzuat, karar ve ilanlar; Resmî Gazete’de yayımlandığında herkese ulaşarak alenileşir.

4. Belirlilik: Mevzuat, karar ve ilanlar; Resmî Gazete’de yayımlandığında ilgilisi nezdinde belirginleşerek hukuki güvenlik ilkesinin yerine getirilmesine katkı sağlar.

5. Hukuken Sonuç Doğurma: Mevzuat, karar ve ilanlar; Resmî Gazete’de yayımlandığında yürürlüğe girer. Böylece icraî hâle gelerek hüküm ve sonuç doğurur.

Günümüz demokratik toplumlarında bu işlevlerden en önemlisi hukuki güvenlik ilkesiyle alakalı olan belirlilik fonksiyonudur. Hukuki güvenlik ilkesi; kişilerin, devlet otoritesiyle olan iş ve işlemlerinde çoğunlukla geleceğe yönelik olarak ve belirli bir çerçevede güven duygusu hissetmeleridir.¹³ Kapsamının geniş olması nedeniyle hukuki güvenlik ilkesi maddi ve şekli olmak üzere iki boyutta değerlendirilmektedir. Hukuki güvenlik ilkesinin şekli boyutu; kuralların belirli, istikrarlı ve anlaşılır olmasını kapsarken, maddi boyutu ise bu kuralların toplum tarafından benimsenmesini gerektirir.¹⁴ Resmî gazete; devlet otoritesi tarafından konulan kuralların ve kararların belirli, istikrarlı ve anlaşılır olması amacıyla

¹¹ T.C. Resmî Gazete Arşivini İnternet Üzerinden Yayına Açma Projesi Raporu (Yayımlanmamış Rapor), Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Ankara, 2005, s. 3.

¹² Ünsal Osman Açıkgöz, “Yönetmeliklerin Düzenleme Alanı ve 3011 Sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun Uygulaması”, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Başbakanlık, Ankara, 2012, s. 154-155.

¹³ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 7. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 114.

¹⁴ İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 18.

yayımlanması bakımından şekli hukuki güvenlik boyutuna katkıda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Resmî Gazete'ye ilişkin yakın tarihli bir kararında da belirlilik ilkesinin hukuki güvenlikle bağlantısı vurgulanmış ve bu ilkenin hukuk devletinin temel unsurlarından birisi olduğu belirtilmiştir. Mezkûr karara göre hukuki belirlilik, kişilerin -duyurulmuş mevzuat sayesinde- "...belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır."¹⁵

Belirlilik fonksiyonuna vurguda bulunarak yapılan tanımlarda, hukuk devleti bakımından resmî gazetenin önemi, hukuk kurallarının ve kamu işlemlerinin kamuoyuna duyurulma aracı olması bakımından ön plana çıkmaktadır.¹⁶ Belirlilik fonksiyonu "(ö)nceden belirlendiği çerçeve içerisinde... (resmî) gazetede yayımlanmayan hukuksal düzenleme ve kararların yürürlüğe" girmemesi ve "kişiler üzerinde olumsuz bir hukuksal etki ortaya"¹⁷ çıkarmamasıdır. Mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere kişiler kendilerini ilgilendiren hukuki düzenleme ve kararları yayımlanmaları sayesinde belirlilik kazandıkları için bilir ve bu doğrultuda geleceğe dair güvenle hareket eder.¹⁸

B. RESMÎ GAZETELERİN SİYASİ BOYUTU

Devlet egemenliğinin en önemli somut görüntülerinden birisi olan resmî gazete doğası gereği politiktir. Resmî gazeteler, bürokratik bir fonksiyonun idari bir sonucu olarak ortaya çıksa da gerek kuruluşlarında gerekse yayımlanma süreçlerinde siyasi saiklerin etkisinde kalmıştır. Resmî gazetelerin dönüm noktalarını oluşturan olaylar, büyük siyasi dönüşümlerin izdüşümünü takip eder. Resmî gazeteye retrospektif açıdan yaklaşıldığında devletin siyasi ve idari tarihsel sürecini oluşturan önemli olayların arka planı netleşir.

Resmî gazetelerin siyasi boyutu, ilk resmî gazetemizden başlanarak gözlemlenebilir. Nitekim Takvim-i Vekayi, kuruluşundan kapatılışına kadar salt idari bir aygıt olarak görülmemiş, her dönem siyasi bir yönelişin veya reformun aracı olarak kullanılmak istenmiştir. Bu açıdan Takvim-i Vekayi, devletin olaylara resmî bakış açısını yansıtan bir politika belgesi olarak da izlenebilir.¹⁹

¹⁵ Anayasa Mahkemesi (AYM), E: 2018/127, K: 2021/18, T: 18/3/2021, RG Tarih ve Sayısı: 17/6/2021-31514

¹⁶ Lütfi Duran, "Resmî Gazetenin Yayınları Üzerine", C. 3, S. 1, 1970, Amme İdaresi Dergisi, s. 5.

¹⁷ Yasin Söyler, "Karşılaştırmalı Hukukta Resmî Gazeteler ve Hukuki Güvenlik İlkesi", C. 6, S. 2, 2016, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s.110.

¹⁸ Söyler, 2016, s.110.

¹⁹ Mehmet Seyitdanlıoğlu, "Takvim-i Vekayi 1908-1918", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi, Yakınçağ Tarihi Ana Bilim Dalı, Ankara, 1985, s. 7.

Bu alt bölümde, kronolojik bir düzende siyasetin resmî gazeteler üzerindeki etkileri anekdotlar hâlinde sıralanmıştır. Kavramsal çerçeve bölümüne böyle bir alt bölüm ekleme amacımız, resmî gazetelerin bürokratik aygıtın idari bir parçası olmasına rağmen, siyasetin etkisinden bağımsız olmadığını ve bu durumun da yadırganmaması gerektiğini ortaya koymaktır.

Takvim-i Vekayi, ilk sayısından itibaren sadece kanun, kararname, atama gibi devlet işlerini iletmekle kalmamış, iç ve dış haberlere de yer vermiştir. Bu haberler genellikle anlam bakımından güdümlü olup bazen polemige hatta karalamaya varan bir mahiyete bürünmüştür: Padişah II. Mahmut'un isyan eden valisi Kavalalı Mehmet Ali Paşa'ya ilişkin haberler polemik niteliğindedir, kaldırılan Yeniçeri Ocağına olan nefreti körükleme amaçlı Tırnova'da dirilip vampirlik yapmaya başladıkları iddia edilen iki yeniçeriye ilişkin haber, karalama haberlerine iyi bir örnektir.²⁰

Takvim-i Vekayi'de siyasetin etkisi birçok bakımdan görülmektedir. Gazetenin kuruluşunda siyasi bir amaç güdülerek farklı dillerde yayımlanması istenmiştir. Yabancı dillerde olan basımları dönüşüm içinde olan Osmanlı Devleti'nin kendisini dış dünya ile Türkçe konuşmayan tebaasına doğru ifade etmek amacıyla yayımlanırken Türkçe versiyonu ise Padişah II. Mahmut tarafından Batılılaşma şeklinde ortaya çıkan reform haritasının gerçekleşmesini sağlamaya yardımcı olacak bir araç olarak düşünülmüştür. Örneğin, Takvim-i Vekayi'de tasvir-i hümayun olarak da bilinen padişah portrelerinin yayımlanması süreci de Batılılaşma amacına hizmet eden bir uygulama olmuştur. Bilindiği üzere İslam dini insan figürünün resmedilmesini yasaklamıştır. Bunun doğal sonucu olarak Osmanlı Devleti'nde resim sanatı pek gelişmemiştir. II. Mahmut, Takvim-i Vekayi'de portresini yayımlatarak kendisinin Batıya dönük, radikal ve yenilikçi kimliğini topluma kabullendirmeye çalışmıştır.²¹ Gerçekten de ilk başlarda kabullenme sürecinde zorluklar yaşansa da bu durum Batı'da popüler olan modern resim sanatının toplum tarafından benimsenmesinde etkili olduğu savunulmuştur.²² Takvim-i Vekayi'nin ilk yıllarındaki içeriği, II. Mahmut'un reform niteliğindeki düzenlemelerinin resmi gazetede ifade edilme biçimi bakımından değerlendirildiğinde dini kavramlara referansın ön plana çıktığı gözlemlenmektedir.²³ Pratik olarak böyle bir söylemin kullanılması da yeniliklerin toplum arasında yaygınlaşmasını kolaylaştırmıştır.

²⁰ İlber Ortaylı, "Tanzimat Devri Basımı Üzerine Notlar", Cahit Talas'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 1990, s. 398.

²¹ Sema Öner, "Türk Basınının İlk Resmi Gazetesi Takvim-i Vekayi'de Padişah Portresine İlişkin Haberler", S.29, 2007, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, s. 150-151.

²² Öner, 2007, s. 167.

²³ Özgür Türesay, "Nizam'dan Tanzimata, Reayadan Tebaaya Gidilirken: 1830'ların Başında Takvim-i Vekayi'nin Siyasî Dili ve Söylemi", S.20, 2022, Tarih ve Toplum-Yeni Yaklaşımlar, s. 137-142. Yazarın bu makalesi, Takvim-i Vekayi'yi basın tarihi dışında modern sosyal bilimlerden ele alan ve gazeteyi resmî gazete olması açısından analiz eden ender eserler arasındadır.

Takvim-i Vekayi'nin yayın düzenini, sıklığını ve özellikle gayr-ı resmî haberler bakımından da içeriğini belirlemede siyasi saikler etkili olmuştur. Siyasi etkilerin en çarpıcı örnekleri Takvim-i Vekayi'nin yayımına dizgi hataları gerekçe gösterilerek iki kez ara verilmesidir.²⁴ Gazete ilk olarak 1878 tarihinde 2119 uncu sayıdan sonra bir dizgi hatası nedeniyle kapatılmış ve 12 yıl boyunca yayımlanamamıştır.²⁵²⁶ Bu aradan kısa bir zaman sonra 3 Mayıs 1892 tarihinde başka bir dizgi hatası nedeniyle gazete tekrar kapatılmıştır. Bu son kapatılma gerekçesi oldukça dikkat çekicidir. Umûr-ı Hâriciye (Dış Haberler) bölümünde yayımlanan bir haberde, dönemin çocuk yaştaki Felemenk Kraliçesine verilen devlet nişanı için "ita" kelimesi yerine yanlışlıkla "hata" kelimesi dizilmiştir. Padişaha yaranmak isteyen valilerden birisi de bu haberin 12 yaşında bir çocuğa nişan verilerek hata yapıldığının iması anlamına gelebileceği şeklinde yorumlayarak Padişaha şikâyet etmiş ve şikâyet üzerine de gazetenin yayımı durdurulmuştur.²⁷ Gazete, 1908 yılında yeniden basılıncaya kadar 16 yıl kapalı kalmıştır.

Takvim-i Vekayi üzerinden yapılan siyasi tartışmaya verilecek önemli bir örnek de 18 Mayıs 1327 (1911) tarihli Kanun hakkında yapılan müzakerelerdir. Meclis-i Mebusan'da kanunun; kanun ve tüzüklerin Takvim-i Vekayi'de ilan olunacağına dair hükmü müzakere edilirken kanunun hukuki boyutu değil de siyasi bir sahiplenmeyi içeren dil tartışmaları öne çıkmıştır. Mebusan Meclisinin azınlık üyeleri, bu konuyu politik düzleme çekerek hukuki bir mesele olan kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi ile teknik bir mesele olan bir kanunun Resmî Gazete'de ilan edilmesinden siyasi gündem oluşturmuşlardır.

Meclisin 16 Şubat 1911 tarihli içtimasında, İstanbul mebusu Kozmîdi Pandelaki Efendi Osmanlı Devleti'nin resmî dilinin Türkçe olmasına rağmen resmî gazetede resmî dille yayımlanan metni, sadece gayrimüslimlerin değil aynı zamanda okuma-yazma bilmeyen Türklerin de anlamakta zorlanacağını belirtmiştir. Ek olarak Kozmîdi Pandelaki Efendi, kanunların yayımlanma amacının halkın kanunun içeriğinden haberdar edilip nizamına uygun biçimde hareket etmelerini sağlamak olduğunu vurgulamış, devletin

²⁴ Bu iddianın kaynağı Koloğlu olup bu yazım hatasının ne olduğu konusunda bir bilgi sunulmamıştır (Orhan Koloğlu, Takvimi Vekayi Türk Basınında 150 Yıl 1831-1981, Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayınları, Ankara, 1982, s. 17.). Literatür taramasında karşımıza çıkan diğer kaynaklarda da doğrudan Koloğlu'na atıfta bulunulmuş ve bu konuya bir açıklık getirilmemiştir. IRCICA tarafından internet üzerinden sunulan Takvim-i Vekayi arşivinde yaptığımız araştırmada ise mezkûr 2119 uncu sayıdan sonra yayımlanmış olan 9 Nisan 1880 tarihli 2139 sayılı Takvim-i Vekayi'ye rastlanılmıştır. Bu da Takvim-i Vekayi'nin yayımlanmadığı öne sürülen 12 yıllık aranın ilk yıllarında en az 20 sayısının yayımlandığını göstermektedir. Takvim-i Vekayi, Tarih: 28 Rebiyülahir 1297 (9 Nisan 1880), Sayı: 2139.

²⁵ Takvim-i Vekayi'nin Osmanlıca sayılarına ve bunların otomatik latinize metinlerine, İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezinin (IRCICA) <https://library.ircica.org/Biblio/Detail/59536> adresindeki dijital kütüphanesinden erişilebilir.

²⁶ Bu konudaki belirsizliği gidermek amacıyla güncel çalışmalara ihtiyaç olduğu ortadadır.

²⁷ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 15-16.

sorumluluğunun yayımlanan içeriğin halkın anlayacağı düzeye çekilmesinin temini olduğunu belirtmiş ve bunun da ancak ilgili kanunun Takvim-i Vekayi'nin yanında yerel halkın dilinde yayımlanan bir gazetede de ilan edilmesiyle gerçekleşebileceğini savunmuştur.²⁸

Aynı gün, gayrimüslim iki milletvekili de benzer görüşler ortaya koymuştur. Erzurum mebusu Ohannes Varteks Efendi kendilerinin Türk olmadıklarını yalnızca Osmanlı olduklarını ve resmî dil olan Türkçe ile bütün resmî işlerini yapmaktan imtina etmediklerini belirterek Kozmîdi Pandelaki Efendi'nin görüşlerine katıldığını belirtmiştir.²⁹ Serfice mebusu Yorgo Boşo Efendi ise benzer bir tutum sergileyerek Takvim-i Vekayi'de Türkçe ilan edilen kanunun yanında mahallinde de yerel halkın dilinde yayımlanması gerektiğini belirtmiş ve bu durumun millî hakimiyete zarar vermek bir yana bunu güçlendireceğini vurgulamıştır.³⁰

Takvim-i Vekayi'de Mebusan Meclisinin toplantı tutanaklarının gözden geçirilerek yayımlanması da siyasi tartışmalara neden olmuştur. Ahmet Mithat; Arabistan, Bosna ve Arnavutluk gibi farklı bölgelerden mebusların konuştuğu Türkçeler arasında belirgin bir fark olduğunu, bu yüzden anlama güçlüğüne giderek adına Meclis-i Mebusan'da yapılan konuşmaları yazıya geçirmek için oluşturulan ekibin tashihinden sonra yayımlanmasının uygun olduğunu savunmuştur. Öte yandan, Osman Nuri ise Padişahın Meclisteki konuşmalara sansür uygulamak suretiyle halkın siyasi bilinçlenmesini engellediğini ileri sürmüştür.³¹

Türk siyasi hayatında kırılma yaratan girişimlerin arka planında da resmî gazeteler bulunmaktadır. Nitekim millî mücadelenin başlangıcı olan Mustafa Kemal Paşa'nın Samsun'a geçmesinin arka planında Takvim-i Vekayi yer almıştır. Takvim-i Vekayi'nin 5 Mayıs 1919 tarihli 3540 ıncı sayısında Mustafa Kemal Paşa'nın, Dokuzuncu Ordu Kıtâatı Müfettişliğine atanması yayımlanmıştır. İki hafta sonra da Mustafa Kemal Paşa bu atamanın gerektirdiği teftiş göreviyle 19 Mayıs 1919'da Samsun'a çıkmıştır. Bu olay, Kurtuluş Savaşının başlangıcı olarak kabul edilmektedir.³²

Resmî gazetelerin siyasi boyutunu belirgin bir şekilde ortaya koyan bir diğer örnek de Ceride-i Resmîye adıyla çıkarılacak bir resmî gazete yayımlanmasını öngören 7 Ekim 1920 tarihli Büyük Millet Meclisi İcra Vekilleri Heyeti (Bakanlar Kurulu) kararıdır. Ankara Hükümeti, TBMM'nin

²⁸ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 1, İnikâd: 42, 3 Şubat 1326 (16 Şubat 1911), s. 45. TBMM internet sitesinin Tutanaklar bölümünden 1908 yılından günümüze kadar bütün toplantı tutanaklarına erişilebilmektedir. www.tbmm.gov.tr/kutuphane-tutanaklara-erisim

²⁹ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 1, İnikâd: 42, 3 Şubat 1326 (16 Şubat 1911), s. 49.

³⁰ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, 1911, s. 47.

³¹ İhsan Güneş, Türk Parlamento Tarihi Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, C. I, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s. 101.

³² Murat Bardakçı, "Samsun Yolculuğu, Vahideddin'in Resmî Gazete'deki Bu Emrinden Sonra Yapıldı", 19.05.2015,

(<https://www.haberturk.com/gundem/haber/1080107-samsun-yolculugu-vahideddinin-resm-gazetedeki-bu-emrinden-sonra-yapildi>), (s.e.t. 05.02.2024).

kuruluşunun altıncı ayında hemen bir resmî gazete tesis ederek aldığı kararları kamuoyu nezdinde resmîleştirip duyurma yoluyla meşrulaştırmak istemiştir. Bu karara rağmen içinde bulunulan zorlu koşullar nedeniyle Ceride-i Resmîye'nin ilk sayısı ancak 7 Şubat 1921'de yayımlanabilmiştir. Bu girişim 7 Ekim 1920 ilâ 4 Kasım 1922 tarihlerini kapsayan ikili resmî gazete dönemini başlatmıştır. İstanbul Hükümetinin resmî gazetesi olarak faaliyet gösteren Takvim-i Vekayi'ye karşı Ankara Hükümeti tarafından TBMM'nin açılışından 6 ay sonra tesis edilen Ceride-i Resmîye ancak 4 ay sonra faaliyete geçebilmesine rağmen Ceride-i Resmîye'nin kurulmasının sembolik bir anlamı bulunmaktadır. Öncelikle İstanbul Hükümetinden bağımsız bir şekilde Ankara'da yasama, yürütme ve yargı yetkilerini bünyesinde toplayan bir Meclis oluşturulmuştur. Daha sonra da siyasi otoriteyi görünür kılama fonksiyonu çerçevesinde bu Meclisin aldığı kararları resmîleştirmek, alenileştirmek ve bu kararlar doğrultusunda Millî Mücadele'yi yürütmek amacıyla bir resmî gazeteye ihtiyaç duyulmuştur.

C. TARİHSEL SÜREÇ

Tarihsel sürece bakıldığında resmî gazeteciliğin antik Roma'ya kadar dayandığı görülmektedir. Bilinen ilk gazete yaklaşık 2100 yıl önce Roma'da çıkarılan Latince'de günlük gazete anlamına gelen Acta Diurna'dır. Papirüs üzerine yazılan ve günlük olarak çıkarılan gazete, şehir merkezine ve uzak bölgelere gönderilmiştir. Hiçbir kopyasının günümüze ulaşmaması sebebiyle gazete hakkında edinilen bilgiler tarihçilerin aktarımlarına dayanmaktadır. M.Ö. 59 yılında çıkarılmaya başlanan gazetede İmparatorluk fermanları, Senato kararları ve devletin halkın bilmesini istediği diğer resmî konular yer almaktadır. Bununla birlikte gazete içeriğinde resmî nitelikte olmayan çeşitli haberler de yer almıştır.³³

Avrupa'da modern anlamda ilk gazete olan Relation Aller Furnemmen und Gedenckwurdigen Historien (Önemli ve Kayda Değer Olaylar Mecmuası) 1605 yılında Strazburg'da Almanca olarak yayımlanmıştır. Fransa'nın ilk gazetesi 1631 yılında Renaudot tarafından Paris'te La Gazette adıyla kurulmuştur.³⁴ İlk Fransız resmî gazetesi ise Journal Officiel de la République Française (Fransız Cumhuriyetinin Resmî Gazetesi) olarak 5 Eylül 1870 tarihinde yayımlanmıştır.³⁵ İngiltere'de Kraliyetin ilk resmî gazetesi olan The London Gazette, 1665 yılında The Oxford Gazette adıyla Kral II. Charles tarafından kurulmuştur.³⁶

³³ Anthony C. Giffard, "Ancient Rome's Daily Gazette", C. 2, S. 4, 1975, Journalism History, s. 106.

³⁴ Raphael Levy, "The Daily Press in France", C. 13, S.4, 1929, The Modern Language Journal, s. 294.

³⁵ European Forum of Official Gazettes (Avrupa Resmî Gazeteler Forumu), "France (Fransa)" (<https://op.europa.eu/en/web/forum/france-oj>), (s.e.t. 05.02.2024).

³⁶ Judith Riley, "Celebrating 350 Years of History", 06.11.2015, (<https://blog.nationalarchives.gov.uk/celebrating-350-years-history/>) (s.e.t. 05.02.2024).

Osmanlı Devleti'nde ilk gazete 1795'te "Bulletin de Nouvelles" (Haberler Bülteni) adıyla Fransız Büyükelçisi Verminac tarafından Fransızca olarak çıkarılmıştır. Ayrıca 1824 tarihinde İzmir'de çeşitli Fransızca gazetelerin yayımlandığı görülmüştür.³⁷ İlk Türkçe ve aynı zamanda ilk resmî gazete olan Takvim-i Vekayi'nin ilk sayısı ise 1 Kasım 1831 (25 Cemaziyelevvel 1247) tarihinde tamamı Türkçe olarak yayımlanmıştır.

Türk resmî gazeteciliğinin ise yaygın olarak 1831 yılında II. Mahmut zamanında çıkarılan Takvim-i Vekayi ile başladığı kabul edilmektedir. Öte yandan Kavalalı Mehmet Ali Paşa tarafından 1828 yılında Osmanlı Devleti'nde çıkarılan ilk resmî gazetemiz olan Vekayi-i Mısriye yayımlanmıştır.³⁸ Osmanlı Devleti'nin Mısır eyaletinde yarı Türkçe yarı Arapça olarak hazırlanan Vekayi-i Mısriye'nin ilk olması ve resmî niteliğini koruyup ilaveten biçimi ve yapısıyla döneminin muadilleriyle benzerlik göstermesi bakımından Takvim-i Vekayi'nin çıkarılmasında etkili olmuştur.³⁹ Ancak, Vekayi-i Mısriye'nin merkezî hükümet tarafından çıkarılmamış olması Osmanlı Devleti'nin ilk resmî gazetesi olma özeliğini Takvim-i Vekayi'ye bırakmaktadır. Bununla birlikte Vekayi-i Mısriye'nin Türk tarihinin ilk vilayet resmî gazetesi olduğu söylenebilir. Sonrasında ise Girit Valiliği sırasında Kavalalı Mehmet Ali Paşa tarafından Vekayi-i Giridiye adıyla bir gazete kurulmuş olup eyalet resmî gazetesi niteliğinde olan bu gazetenin ilk sayısının 1830 yılının sonunda ya da 1831 yılının başında çıkarıldığı düşünülmektedir.⁴⁰

II. İLK TÜRK RESMÎ GAZETESİ OLARAK TAKVİM-İ VEKAYİ

Çok milletli bir yapıya sahip Osmanlı Devleti sınırları içerisinde yaşayan Türkçe bilmeyen diğer milletlere ve uluslararası kamuoyuna hitap etmek amacıyla Takvim-i Vekayi Fransızca, Arapça, Farsça, Rumca ve Ermenice olarak da yayımlanmıştır. Genel olarak Türkçe yayımlanan Takvim-i Vekayi'nin çevirilerinden yararlanılarak oluşturulan bu gazeteler çok uzun ömürlü olmamıştır.

Bunlar arasında en düzenli ve sık yayımlanan Takvim-i Vekayi versiyonu, Le Moniteur Ottoman adıyla Fransız kökenli Alexandre Blacque tarafından Fransızca olarak hazırlanmıştır.⁴¹ İzmir'de ticaretin yanı sıra Fransızca gazetelere yazarlık da yapmakta olan Blacque, Batılı düşünce

³⁷ Yazıcı, 1983, s. 17.

³⁸ Orhan Koloğlu, İlk Gazete İlk Polemik, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2014. Bu kitapta Vekayi-i Mısriye tüm yönleriyle ele alınmış ve Takvim-i Vekayi ile karşılaştırılmıştır.

³⁹ Yazıcı, 1983, s. 17-18; Koloğlu, 2014, s. 49.

⁴⁰ Nesimi Yazıcı, "Vakayi-i Mısriye Üzerine Birkaç Söz", C. 2, S. 2, 1991, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, s. 273-274.

⁴¹ Koloğlu, 2014, s. 51-54.

yapısına uygun şekilde Osmanlı Devleti'ni savunan yazıları sayesinde Padişah II. Mahmut'un dikkatini çekmiş ve bu göreve atanmıştır.⁴²

Fransızca Takvim-i Vekayi'ye özel önem verilmesinin temel nedeni, Avrupa kamuoyunda Osmanlı Devleti aleyhinde yayılan yalan haberlere karşı muhataplarına doğrudan cevap verme isteği olmuştur. Bu doğrultuda Takvim-i Vekayi'nin birebir Fransızca çevirisi olmayan bu gazetede hükümetin görüşlerini yansıtan bir kısım haberler de yayımlanmıştır.⁴³ Osmanlı Devleti lehine bir kamuoyu oluşturma görevi üstlenen bu versiyon, Avrupa devletlerinin büyükelçilikleri marifetiyle takip edilip Rusya'ya karşı Osmanlı Devleti lehine olumlu bir diplomatik hava oluşmasına katkıda bulunmuştur.⁴⁴ 1830'larda döneminin en önemli Osmanlı Devleti uzmanı olarak kabul edilen İngiliz diplomat David Urquhart, Le Moniteur Ottoman'da yayımlanan haberlerden de yararlanarak hazırladığı kitap ve raporlarla İngiliz kamuoyunun Osmanlı Devleti lehine çevrilmesinde etkili olmuştur. ⁴⁵ 5 Kasım 1831 tarihinde ilk sayısı yayımlanan Le Moniteur Ottoman, 5 yıl boyunca düzenli olarak çıkarılmıştır. Bu gazetenin Tanzimat döneminde de yayımını sürdürmüş olduğu arşiv belgelerinden öğrenilmişse de kaç sayı ve hangi sıklıkla yayımlandığı hakkında kesin bilgiye ulaşılamamıştır.⁴⁶

1832 yılında Arapça ve Farsça Takvim-i Vekayiler yayımlanmış olup bunların ne zamana kadar yayımlandığına ilişkin günümüze gelen yeterli bilgi yoktur.⁴⁷ Arapça Takvim-i Vekayi'nin günümüze ulaşmış tek nüshası ilk Türk basın tarihçisi olan Selim Nüzhet Gerçek tarafından bulunmuştur. Gerçek, 5 Mart 1845 tarihli ve 52 sayılı Arapça Takvim-i Vekayi'ye sahaftan aldığı eserlerin sargı kâğıdı olarak denk gelmiştir.⁴⁸ Farsça Takvim-i Vekayi'nin yayımlandığına dair yegâne kaynak Türkçe Takvim-i Vekayiler olup yayımlandığına dair başka bir kaynağa erişilememiştir.⁴⁹

Takvim-i Vekayi'nin Liro Kir (Haber Rehberi) adıyla yayımlanan Ermenice versiyonu ile Othomanikos Monitor adıyla yayımlanan Rumca versiyonu da 1832 yılında yayımlanmıştır.⁵⁰ Yayın ömrü bir yılı geçmeyen bu iki gazete 1840'larda tekrar yayımlanmaya başlamışsa da uzun ömürlü olmamıştır.⁵¹ Bunlardan Ermenice olan Liro Kir; 13 üncü sayısından itibaren

⁴² Orhan Koloğlu, Osmanlı'dan 21. Yüzyıla Basın Tarihi, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2006, s. 22.

⁴³ Hıfzı Topuz, 100 Soruda Türk Basın Tarihi, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1973, s. 33.

⁴⁴ Özgür TÜresay, "Osmanlı Devleti'nin Fransızca Resmî Gazetesi: Le Moniteur Ottoman (1831-1836)", S. 53, 2022, Kebikeç: İnsan Bilimleri İçin Kaynak Araştırmaları Dergisi, s. 207.

⁴⁵ TÜresay, s. 202-203.

⁴⁶ Koloğlu, 2014, s. 56.

⁴⁷ Seyitdanhoğlu, 1985, s. 13-14.

⁴⁸ Koloğlu, 1982, s. 37.

⁴⁹ Koloğlu, 1982, s. 38.

⁵⁰ Topuz, s. 86, 88.

⁵¹ Yazıcı, 1985, s. 59-63.

beş kez ad değiştirerek en son Surantak Gostantyan (İstanbul Habercisi) olarak 1850'lere kadar varlığını sürdürmüştür.⁵²

Her ne kadar resmî gazeteler birbirlerinden etkilenecek ve biçimsel olarak birbirlerini taklit ederek ortaya çıksa da her resmî gazete bulunduğu kültürü yansıtmıştır. Bu da her resmî gazeteyi özgün kılmıştır.⁵³ Türk resmî gazeteciliğinin başlangıç noktası olan Takvim-i Vekayi de bu kuralın dışında kalmamıştır. Döneminin emsallerinden esinlenilse de bilinçli olarak Osmanlı Devleti'nin kültürel yapısına uygun bir gazete çıkarılmasına özen gösterilmiştir. Bu durum, ilk resmî gazeteye isim verilirken dahi görülmektedir. Nitekim bu gazetenin adının Avrupa'daki muadilleri gibi dikkat çekici, anlamlı ve akılda kalıcı olması istenmiş ama öte yandan din kurallarına ve geleneğe aykırı bir araç olarak görülmemesi için isminden başlayarak içerik ve diğer şekli özelliklerine de oldukça dikkat edilmiştir.⁵⁴ Bunun sonucu olarak gazeteye isim seçilirken uzun bir süreçten geçilmiştir. Son kertede yeni resmî gazete adı için bu gazetenin nazırı olacak Sahaflar Şeyhizâde Es'ad Efendi'nin bulduğu "Usul-ı Hayriye" ile "Takvim-i Vekayi" arasından Serasker Paşa ve Sadaret Kaymakamının görüşleri de alınarak II. Mahmut tarafından Takvim-i Vekayi seçilmiştir.⁵⁵ Takvim-i Vekayi; olayların takvimi demek olup haberlerin bir düzen içerisinde yazılmasını ifade etmektedir.⁵⁶⁵⁷

Takvim-i Vekayi'nin kuruluş amacı dört başlık altında incelenebilir:⁵⁸

1. Yurt İçinde ve Yurt Dışında Kamuoyu Oluşturma ve Bilgilendirme: Resmî işlemleri, devletin icraatlarını ve dünyadaki gelişmelere ilişkin politikalarını Osmanlı tebaasına ve yabancılara duyurmak en temel amaçtır.

2. Dezenformasyonla Mücadele: Yurt içindeki yabancı yayımlar ile dış dünyada çıkarılan gazetelerce ortaya atılan asılsız haberlere karşı doğru bilgileri kamuoyuna ulaştırmak da önemli bir amaçtır.

3. Halkın Eğitimi: Dünyada ortaya çıkan ilerlemeler doğrultusunda halkı bilim, sanat, ticaret ve ziraat gibi pratik yaşam alanlarında bilgilendirmek bir başka amaçtır.

4. Tarih Belgesi Bırakma: Takvim-i Vekayi'nin ilk sayısından önce yayımlanan Mukaddime'de tarih biliminin tanımından ve tarihsel olayların kaydedilmesinin öneminden bahsedilerek bu gazetenin tarih belgesi olarak da düşünüldüğü görülmektedir.⁵⁹

⁵² Topuz, s. 86-87.

⁵³ Levy, 1929, s. 294.

⁵⁴ Yazıcı, 1983, s. 41.

⁵⁵ Yazıcı, 1983, s. 43.

⁵⁶ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 12.

⁵⁷ Literatürün genelinde Takvim-i Vekayi; olayların düzenlenmesi biçiminde tercüme edilmekle birlikte bazı yazarlara göre "...yanlış, asılsız haberleri ortadan kaldırmayı amaçladığı için 'olayları doğru verme/yanlış düzeltme' anlamını taşımaktadır." Esra Dik, "Türkiye'de Resmî Gazete'nin Serüveni", C. 4, S.11, 2009, Memleket Siyaset Yönetim, s. 169.

⁵⁸ Koloğlu, 1982, s. 6.

⁵⁹ Koloğlu, 1982, s. 8.

Aynı zamanda vak'anüvis olan Es'ad Efendi önderliğinde medrese kökenli güçlü bir ekip oluşturularak Takvim-i Vekayihane Nazırlığı kurulmuştur. Ayrıca, Bab-ı Ali katiplerinden Sarim Efendi iç haberlerden sorumluyken, Sait Bey de askerî haberlerden sorumlu olmuştur.⁶⁰ Takvim-i Vekayi teşkilatında liyakate önem verilerek gazetenin hatasız yayımlanması öngörülmüştür. Gazetede çalışacak musahhihler, evlerinde kütüphaneleri bulunan bilgi sahibi kişiler arasından seçilmiştir. Öte yandan ekip, medrese kökenliler arasından seçilerek matbaanın yaygınlaşmasında engel teşkil etmiş olan İlmîye sınıfı gazetenin yanına çekilmiş ve içerik bakımından oluşacak tepkilerin bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.⁶¹

Takvim-i Vekayi'nin ilk sayıları incelendiğinde haberlerin genel olarak beş başlık altında yer aldığı görülmektedir:⁶²

1. Umûr-ı Dâhilîye (İç Haberler)⁶³: “Asitane, Eyüp, Galata, Boğaziçi ve Üsküdar'da bulunan bazı cami, mescit, tekke, medrese ve çeşme gibi hayrat eserlerinin Evkaf-ı Hümâyün bütçesi kullanılarak tamir edilmesi”, “Gündelik işler için istihdam edilmiş kapucubaşlıların tayin, maaş ve kıyafetlerine ilişkin hususlar” ile “Sürgünde bulunan eski nazırlardan Mustafa Ağa ile Azmi Efendi'nin affedilerek serbest bırakılmaları” gibi devletin iç işlerine ilişkin haberleri kapsamaktadır.

2. Umûr-ı Hâricîye (Dış Haberler): “Moniteur adlı Fransız resmî gazetesinde yayımlanan Fransa'da çıkan isyanlara dair haberin tercümesi”⁶⁴, “İspanya'da Kral VII. Ferdinando'nun ölümünden sonra taht kavgası meydana gelmesi”⁶⁵ ve “Londra şehrinin coğrafi özellikleri, nüfusu ve temel üretim kalemleriyle tanıtılması”⁶⁶ gibi dış politikaya ilişkin haberleri kapsamaktadır.

3. Mevadd-ı Askeriye (Askerî Haberler)⁶⁷: “İstanbul'a Rumeli'den yeni gelen Halid Paşa ile maiyeti olan taburlara tören düzenlenip ihsan edilmesi”, “Yeni eklenen, iyileşen ve vefat eden hasta askerlerin hastane bazında sayılarının belirtilmesi” ve “Bir kısım askerî tayin ve tevcihler” gibi orduya ilişkin haberleri kapsamaktadır.

4. Fünûn (İlmî Gelişmeler): “Serettiba-i Sultanî (Saray Baştabibi) Behçet Efendi'nin hazırladığı Kolera Risâlesi gereğince kısmi bir karantina icrasına karar verilmesi”, “Mühendishane-i Berriye (Kara Mühendishanesi) Baş Hocası İshak Efendi'nin topçuluk teknolojisi ile ilgili çevirilerinin de bulunduğu bazı eserlerinin basılması”⁶⁸ ve “Mühendishane-i Berriye'de

⁶⁰ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 44.

⁶¹ Koloğlu, 1982, s. 28-30.

⁶² Ebru Benzer, “Takvim-i Vekayi'nin 1831-1834 Yılları Arası Transkripsiyonu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Kilis, 2013, s. 12-1075.

⁶³ Takvim-i Vekayi, Tarih: 7 Cemaziyelahir 1247 (13 Kasım 1831), Sayı: 2.

⁶⁴ Takvim-i Vekayi, Tarih: 5 Rebiyülahir 1248 (1 Eylül 1832), Sayı: 34.

⁶⁵ Takvim-i Vekayi, Tarih: 5 Zilhicce 1249 (15 Nisan 1834), Sayı: 81.

⁶⁶ Takvim-i Vekayi, Tarih: 18 Zilhicce 1248 (8 Mayıs 1833), Sayı: 57.

⁶⁷ Takvim-i Vekayi, Tarih: 24 Cemaziyelahir 1248 (18 Kasım 1832), Sayı: 45.

⁶⁸ Takvim-i Vekayi, Tarih: 7 Cemaziyelahir 1247 (13 Kasım 1831), Sayı: 2.

günlük eğitimin keyfiyeti”⁶⁹ gibi tıp ve bilimlere ilişkin haberleri kapsamaktadır.

5. Ticaret ve Es’ar (Ekonomik ve Ticari Haberler): “Kaşkaval peyniri, zeytin, Akdeniz balı ve Tuna mercimeği gibi bazı ticari malların belirlenen fiyatları”⁷⁰, “Kazazede olan tüccar gemilerinin belirtilmesi” ve “Çeşitli limanlardan deniz yoluyla Ambar-ı Âmire’ye giren ve çıkan malların listesi”⁷¹ gibi ekonomik hayata ilişkin haberleri kapsamaktadır.

Takvim-i Vekayi’nin ilk yıllarında içeriğin önemli bir kısmı Umûr-ı Dâhiliye bölümünde yer almıştır. Bu beş bölüm dışında kadılık, mollalık, müderrislik ve vaizlik gibi makamlara yapılan İlmiye sınıfının atamalarının yer aldığı Tevcihât-ı İlmiye (İlmiye Atamaları)⁷² ve Anadolu’da bir kasabada bir karış uzunluğunda iki boynuzla doğan bir bebeğin doğum haberi gibi alışılmadık haberleri içeren Garibe (Acayip Haberler) bölümlerine de rast gelinmektedir.⁷³

Prof. Dr. Ayten Altıntaş’ın hazırladığı The Punishment of a Pharmacist in Istanbul in 1853 (1853 İstanbulunda Bir Eczacının Cezalandırılması) adlı kitap bölümünde Takvim-i Vekayi’nin haberlerinin mantığını gösteren aşağıdaki çarpıcı örnek konu edilmiştir:⁷⁴

“İstanbul’da eczane işleten Yakop isimli bir şahıs, 1853’te kasten veya ihmal ile hastaya zarar vermekle suçlandı. Eczacı Yakop, bir hasta için bir şişe morina karaciğeri yağı, bir hasta için de bir şişe kroton yağı hazırlamıştı. Çırağı tarafından hastalara yanlışlıkla verilen şişeleri etiketlemeyi ihmal etmişti. Bir kaşık kroton yağı içen hasta hemen sarhoş oldu ve hayatını kaybetti. Olay bildirilir bildirilmez kolluk kuvvetleri, merhumun ailesine eczacıyı dava etmek isteyip istemediklerini sordu. Aile şikayetçi olmadı. Ancak kolluk kuvvetleri soruşturma başlatarak Tıphane’ye eczacının suçlu olup olmadığını sordu. Tıp Mektebi, eczacının şişeleri etiketlemeyi ihmal ettiğini ve ölüme neden olmaktan suçlu bulunduğunu bildirdi. Yüksek Mahkeme konuyu ele aldı ve Yakop Bey’i altı ay hapis cezasına çarptırdı ve eczanesinin kapatılmasına karar verdi. Karar, Devletin resmi gazetesi Takvim-i Vekayi’de yayı(m)landı.”

Takvim-i Vekayi’nin ilk sayısı Umûr-ı Dâhiliye ve Umûr-ı Hâriciye olmak üzere iki bölüm olarak toplamda yedi sayfa olarak yayımlanmıştır. Gazetenin ilk sayısının ilk haberi, II. Mahmut’un Edirne ve Gelibolu bölgesine yapmış olduğu resmî ziyaretine ayrıntılarıyla yer verildiği “Azîmet-i Hümâyün bi-Edirne (Padişah Hazretlerinin Edirne’ye gidişi)”

⁶⁹ Takvim-i Vekayi, Tarih: 7 Cemaziyelahir 1249 (22 Ekim 1833), Sayı: 69.

⁷⁰ Takvim-i Vekayi, Tarih: 16 Recep 1247 (21 Aralık 1831), Sayı: 8.

⁷¹ Takvim-i Vekayi, Tarih: 27 Recep 1247 (1 Ocak 1832), Sayı: 9.

⁷² Emre Gebece, “Tarih araştırmalarına bir kaynak olarak Takvim-i Vekayi (1831-1840)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Eskişehir, 2014, s. 102-134.

⁷³ Benzer, 2013, s. 453.

⁷⁴ Mustafa F. Keskenler/ Eyüp F. Keskenler, “İlk Resmi Türk Gazetesi: Takvim-i Vekayi”, C. 3, S.1, 2015, Takvim-i Vekayi, s. 6.

haberidir. Takvim-i Vekayi'nin ilk sayısında yer alan diğer önemli haberler şunlardır:⁷⁵⁶

1. Beyoğlu yangını mağdurlarına Padişah tarafından yardım yapılması.
2. Pirlepe Muharebelerinde üstün başarıları görülen bazı alaylara ve komutanlarına iftihar nişanı verilmesi.
3. Önceleri makam ve mevki verileceklere hilat giydirilirken II. Mahmut zamanında mücevher verilmesi uygulamasına geçilmesi.
4. Şehzade Abdülmecit Efendi'nin okula başlaması şerefine Bed-i Besmele merasimi icra edilmesi.
5. Beyoğlu yangınları nedeniyle getirilen mahalle nöbeti yükümlülüğünün sona erdirilmesi.
6. Padişahın, Baruthane fabrikalarını ziyaret etmesi.
7. Balkanlarda bulunan Delvine sancağında olay çıkartıp firar eden eşkıyaların yakalanarak cezalandırılması.
8. Balkanlarda bulunan Vidin Büyükkada Muhafızlığına vefat eden Mirimirandan (Beylerbeyi) İbrahim Paşa yerine kardeşi Cemalettin Bey'in Mirimiranlık rütbesiyle atanması.

Gazete, 1831 ilâ 1862 yılları arasında kendisine ait bir binada, kendi personel ve teçhizatıyla kurulan ilk devlet matbaası olan Takvimhâne-i Âmire'de; sonrasında ise 1862 yılından kapatılmasına kadar arada özel matbaalar kullanılsa da çoğunlukla Matbaa-i Âmire'de basılmıştır.⁷⁷ 3 yıl boyunca 24*35 cm ebadında basılan gazete 1908 yılına kadar çeşitli boyutlarda yayımlanıp yayın hayatının son yıllarında 24*31 cm ölçüsünde çıkarılmıştır.⁷⁸

1831'de yıllık abonelik fiyatı 120 kuruş olarak belirlenen Takvim-i Vekayi'nin tek nüsha satış fiyatı 10 para⁷⁹ olup gazete; 1840'ta 20 para, 1908'de 10 para, 1918'de 40 para ve 1922'de ise 100 paradan satışa sunulmuştur.⁸⁰

Haftada bir yayımlanacağı öngörülen gazetenin yayın düzeni istenildiği gibi gerçekleşmemiştir. 1831 ilâ 1860 yıllarını kapsayan ilk 30 yıla bakıldığında toplam 590 sayı çıkarılmıştır. Yıllık ortalama 20 sayıya tekabül eden bu düzen, hedeflenenin yarısından dahi az sayıda gazete çıkarıldığını göstermektedir. Yıllık ortalama 20 sayının dağılımı da istikrar arz etmemektedir. Örneğin 1846 yılında 46 sayı yayımlanmışken, 1858 yılında sadece 8 sayı yayımlanmıştır.⁸¹

Sonraki 30 yılda bu durum farklı bir hâle evrilmiştir. Takvim-i Vekayi; 1861 yılı ile uzun yıllar süren araların ardından yeniden numaralandırılarak 1

⁷⁵ Benzer, 2013, s. 31-46.

⁷⁶ Takvim-i Vekayi, Tarih: 25 Cemâziyelevvel 1247 (1 Kasım 1831), Sayı: 1.

⁷⁷ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 39-40.

⁷⁸ Koloğlu, 1982, s.14.

⁷⁹ 1 Osmanlı kuruşu = 40 para = 120 akçe.

⁸⁰ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 32.

⁸¹ Koloğlu, 1982, s. xiii.

sayısından başlatıldığı 26 Mart 1891 tarihleri arasındaki 30 yıllık dönemde ise 1549 sayı yayımlanmıştır. İlk 30 yıllık dönemine göre neredeyse üç kat daha fazla çıkarılmış olan gazetenin yayım sürekliliği oturmamıştır. Yayımlandığı zaman bazen haftanın üç günü bazen de beş günü yayımlanan gazetenin, 30 yıllık bu zaman dilimi içerisinde sık aralar yaşanmış ve hatta 10 yılı aşkın hiç yayımlanmadığı dönem dahi olmuştur.⁸²

26 Mart 1891 tarihinde verilen uzun aradan sonra sıfırlanıp yeniden numaralandırılan 1 inci sayıda Padişah II. Mahmut tarafından Takvim-i Vekayi namıyla çıkarılan bu “ceride-i resmîyenin” (resmî gazetenin) bir süre düzgün çıkarıldıktan sonra çeşitli sorunlar nedeniyle uzun süredir “metruk ve muattal (terk edilmiş ve atıl olmuş)” durumda olduğu ifade edilip Padişah II. Abdülhamit’in tuğrası ilk sayfaya basılarak yeni bir başlangıç yapılma iradesi ortaya konulmuştur.⁸³ Daha önce bahsettiğimiz bir dizgi hatası nedeniyle kapatıldığı 16 Mayıs 1892 tarihli 283 üncü sayıya kadarki 14 aylık dönemde oldukça düzenli bir şekilde çıkarılan gazete, öncelikle salı, perşembe ve pazar günlerinde haftada üç kez⁸⁴ sonrasında ise cuma ve pazar günleri hariç haftanın beş günü yayımlanmıştır.⁸⁵ Takvim-i Vekayi’nin yayımına dizgi hatası nedeniyle ara verilmiş olsa da bu aranın uzun sürmesinde Ruslarla yapılan savaşın yıpratıcı etkileri olduğu aşikardır.⁸⁶

Takvim-i Vekayi, 28 Eylül 1908 tarihinde II. Meşrutiyet’in ilanından bir süre sonra yeniden yayımlanmıştır. Gazete, yaklaşık 18 yıllık aradan sonra yeniden hayata geçirilmiştir. İstanbul Hükümeti sonlanana kadar yayımına devam edip 4 Kasım 1922 tarihinde tamamen kapatılana kadar cuma günleri hariç her gün basılan gazetenin 15 yıllık bu dönemde 4608 sayısı yayımlanmıştır.⁸⁷ Görüldüğü üzere yıllık ortalama yayımlanan gazete sayısı sürekli artmıştır.

Takvim-i Vekayi, bu çalışmada niteliği ve bu niteliği oluşturan içeriği bakımından birinci dönem, geçiş dönemi ve ikinci dönem olarak üç ayrı dönemde incelenebilir. Gazete 1831 ilâ 1860 yılları arasındaki birinci dönemde, ülkenin iç işlerine ilişkin haberleri içeren Umûr-ı Dâhilîye ile orduya ilişkin haberlerin bulunduğu Mevadd-ı Askeriye bölümlerinin yoğunlukta olduğu resmî gazete olmanın ötesinde normal bir gazete fonksiyonu da icra etmiştir. Bu dönemde gazete içte ve dışta gelişen olayları

⁸² Örneğin Takvim-i Vekayi, 10 Nisan 1880 ilâ 25 Mart 1891 tarihleri arasında hiç yayımlanmamıştır.

⁸³ Takvim-i Vekayi, Tarih: 15 Şaban 1308 (26 Mart 1891), Sayı: 1. Koloğlu bu gazetenin hicri takvime göre tarihini 16 yerine sehven 15 Şaban olarak belirtmiştir (1982, s.17).

⁸⁴ Gazetenin başlığında yer alan künyede yayım düzeni belirtilmektedir. Gazetenin salı, perşembe ve pazar günleri haftada üç kez yayımlanacağına ilişkin olarak bkz. Takvim-i Vekayi, Tarih: 18 Şaban 1308 (29 Mart 1891).

⁸⁵ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 49-50.

⁸⁶ Nesimi Yazıcı, “Takvîm-i Vekâyi”, TDV İslam Ansiklopedisi, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/takvim-i-vekayi#:~:text=Takv%C3%AEm%2Di%20Vek%C4%81yi%2C%20Osmanl%C4%B1,korunmu%C5%9F%20olmas%C4%B1n%C4%B1n%20C3%B6nemli%20rol%C3%BC%20vard%C4%B1r>), (s.e.t. 05.02.2024).

⁸⁷ Koloğlu, 1982, s. 17.

halka duyurmayı ve dış dünyaya ilişkin kamuoyu oluşturmayı amaçlamıştır. Takvim-i Vekayi'nin gayr-ı resmî haberleri içeren yapısı, Matbuat Nizamnamesi (1855) ile yavaş yavaş kamu kurumlarından gönderilen resmî metinleri tevsik eden ve duyuran bir resmî gazeteye dönüşmeye başlamıştır.⁸⁸ Takvim-i Vekayi'nin bu dönüşümü, 1861 ilâ 1908 yılları arasındaki birinci ile ikinci dönemleri ayıran geçiş döneminde hızlanmıştır. Bu dönemde gazetenin içeriğinin çok az bir bölümü gayr-ı resmî haberlere ayrılmış ve gazete klasik bir resmî gazete fonksiyonu görmüştür. Bu dönemin temel özelliği gazetenin mütemediyen kesintiye uğrayan düzensiz bir yayın hayatına sahip olmasıdır.⁸⁹

Takvim-i Vekayi'nin ikinci dönemi, üçüncü kez 1 sayısıyla basıldığı 28 Eylül 1908 tarihinden başlayıp 4 Kasım 1922 tarihindeki son sayısına kadar devam etmiştir. İlk sayısında İntihab-ı Mebusan (Milletvekili Seçim) Kanunu yayımlanan Takvim-i Vekayi⁹⁰, klasik bir resmî gazete hüviyeti içerisinde yayımını düzenli olarak sürdürmüştür. Ayrı bir yazı işleri kadrosu bulunmayan Takvim-i Vekayi'de kanun, tüzük ve atama kararlarının yanı sıra çok nadir de olsa bazı gayr-ı resmî haberler yayımlanmaya devam etmiştir.⁹¹

Takvim-i Vekayi'nin ikinci döneminde yayımlanan içerik türleri şu şekildedir:⁹²

1. Tevcihât (Atamalar): Genelde gazetenin ilk sayfasında bulunan bu bölümde mülki idare, maliye ve dış işleri memurları gibi kamu görevlilerinin atama ve görevden alınmaları yer almaktadır. Bir atama örneği şu şekildedir: “Stocholm Sefareti Seniyesi ikinci kitabetine Berlin Sefareti Seniyesi üçüncü katibi izzetlü Ziya Bey... tayin buyurulmuştur.”⁹³

2. Nişan ve Madalya: Tevcihât haberlerinden sonra gelen bu bölümde Osmanlı Devleti tarafından tevcih edilen ve Osmanlı yurttaşlarının yabancı devletler tarafından hak kazandığı nişan ve madalyalar duyurulmaktadır. Padişah Mehmet Reşat tarafından verilen bir nişan Takvim-i Vekayi'de şu şekilde yayımlanmıştır: “Divanı Muhasebet azasından Ziya Bey'e üçüncü rütbeden bir kıta Nişan-i Osmani ita olunmuştur.”⁹⁴

3. Mukarrerat (Kararlar) ve Tebligat: Çeşitli kamu kurumlarına ilişkin karar, tebligat ve tutanaklar yer almaktadır.

4. Mevadd-ı Umumiye (Genel Haberler): Bu bölümde devletin iç işleyişine ve dış işlerine ilişkin duyurular ilgili kamu kurumu belirtilerek yer almıştır. Örneğin içeriğin konusuna göre “Dâhiliye (İçişleri) Nezaretinden”,

⁸⁸ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 49-50.

⁸⁹ Topuz, s. 7.

⁹⁰ Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 50. Takvim-i Vekayi, Tarih: 2 Ramazan 1326 (28 Eylül 1908), Sayı: 1.

⁹¹ Örneğin Adana'da Ermeni olaylarının durdurulduğuna ve bölgede Jandarma karakolları kurulduğuna dair haber 28 Rebiyülevvel 1327 (19 Nisan 1909) tarihli ve 186 sayılı Takvim-i Vekayi'de yayımlanmıştır.

⁹² Seyitdanlıoğlu, 1985, s. 53-59.

⁹³ Takvim-i Vekayi, Tarih: 12 Ramazan 1326 (8 Ekim 1908), Sayı: 10.

⁹⁴ Takvim-i Vekayi, Tarih: 19 Şaban 1336 (30 Mayıs 1918), Sayı: 3254.

“Hariciye (Dışişleri) Nezaretinden” veya “Maarif (Eğitim) Nezaretinden” şeklinde alt başlıklar kullanılmıştır. 1908 yılından itibaren bu bölümde “Dersaadet Müddei Umumiliğinden (Savcılığında)” başlığı altında İstanbul’daki aranan suçlulara ilişkin duyurulara da yer verilmiştir.⁹⁵

5. Kavanin ve Nizamât (Kanunlar ve Tüzükler): Kanun ve tüzük gibi mevzuat türleri ikinci dönemin 737 nci sayısına kadar Mevadd-ı Umumiye bölümünde yayımlanmaktayken bu sayıdan itibaren Kavanin ve Nizamât bölümünde yer almaya başlamıştır.

6. Saray-ı Hümâyun: 1918 yılından itibaren oluşturulan bu bölümde Padişah ve saray yaşamına ilişkin haberler yer almıştır.

7. İlanât (İlanlar): Gazetenin sonunda yer alan bu bölümde devlete ait satın alma, artırma ve eksiltme ilanları da dâhil olmak üzere her türlü resmî ilan yayımlanmıştır. Özel ilanların kabul edilmediği bu bölümde yayımlanan ilanlar, satır ücreti esas alınarak ücretlendirilmiş ve gazetenin giderleri açısından bir kaynak olmuştur.

Takvim-i Vekayi’nin ikinci döneminde gazeteden sorumlu kurumsal yapı; Matbaa-i Âmire yönetimi, bünyesinde yer alan musahhihler ile basım ve dağıtım ekibinden oluşmuştur. 20 Mayıs 1918 tarihinde alınan bir kararla Takvim-i Vekayi’nin yazı işlerinden sorumlu olmak üzere Sadarete (Başbakanlık) bağlı Sadaret Müsteşarı Emin Bey başkanlığında Takvim-i Vekayi Komisyonu kurulmuştur.⁹⁶ Takvim-i Vekayi kapatılana kadar gazetenin basım ve dağıtımından Matbaa-i Âmire; içeriğinin belirlenmesinden Sadarete (Başbakanlık) bağlı Takvim-i Vekayi Komisyonu sorumlu olmuştur.⁹⁷

Bu dönemde gazetede yayımlanan içeriğin doğru olmasına özen gösterilmiştir. Öncelikle musahhihler gazetenin hatasız çıkmasını temin etmeye çalışmıştır. Yine de çok sayıda dizgi hatası olmuştur. Bu hatalar için de müteakip sayıda düzeltme yayımlanmıştır. Örneğin Takvim-i Vekayi’nin 9 Recep 1327 (27 Temmuz 1909) tarihli sayısında gazetenin bir önceki günkü sayısında yer alan bir haberde “Dahiliye Nezaret-i Celilesine Sisam Emaretinden” ibaresinin baskıda düştüğü belirtilerek hatalı metin tashih edilmiştir.⁹⁸

Bu dönem için Takvim-i Vekayi özelinde bahsedilmesi gereken önemli bazı hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. İlki 1 Mayıs 1293 (1877) tarihli Heyet-i Mebusan Nizamname-i Dâhilisidir (Mebusan Meclisi İç Tüzüğü). Bu İç Tüzüğün 87 nci maddesinde Meclis tutanaklarının devletin Resmî Gazetesi ile ilan edileceği düzenlenmiştir.⁹⁹

8 Ağustos 1909 tarihinde, 7 Zilhicce 1293 (1876) tarihli Kanunu Esasinin Bazı Mevadd-ı (Maddelerinin) Muaddelesine (Değiştirilmesine) Dair

⁹⁵ Takvim-i Vekayi, Tarih: 22 Ramazan 1326 (18 Ekim 1908), Sayı: 18.

⁹⁶ Takvim-i Vekayi, Tarih: 19 Şaban 1336 (20 Mayıs 1918), Sayı: 3245.

⁹⁷ Seyitdanhoğlu, 1985, s. 48.

⁹⁸ Seyitdanhoğlu, 1985, s. 52.

⁹⁹ Şeref İba, Osmanlıdan Günümüze... Meclis İç Tüzük Metinleri, TBMM Basımevi Müdürlüğü, Ankara, 2007, s. 408.

Kanunun başında bulunan Heyeti Ayan Kararnamesinde ise bu kanunun Padişahça onaylanıp Takvim-i Vekayi'de ilan edildikten sonra tatbiki için kuvve-i icraiye (yürütme organına) tebliğ edilmesi kararlaştırılmıştır.¹⁰⁰

Resmî gazeteciliğimizin bir dönüm noktası da kanunların duyurulmasına ilişkin yapılan hukuki düzenleme olmuştur. 1279 (1863) yılında Kavanin ve Nizamatin Suret-i Tanzim ve Meriyeti Hakkında Kanunun (Kanun ve Tüzüklerin Düzenlenme Usulü ile Yürürlüğü Hakkında Kanun) kabul edilmesi ile yürürlüğe konulan kanunların duyurulması hususu ilk defa düzenlenmiştir. Bu konuyla ilgili madde; 18 Cemaziyevvel 1289 tarihli ve 1505 sayılı Takvim-i Vekayi'de yayımlanan 25 Rebiyülahir 1289 (1872) tarihli Kanun ile değiştirilmiştir. Bu maddenin son hâlinde, kanun ve tüzüklerin; Dersaadet'te Takvim-i Vekayi, diğer vilayetlerde mahallî gazeteler ve gazete çıkarılmayan yerlerde uygun araçlar ile ilan edilmesinden itibaren 15 gün içerisinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. 1279 (1863) yılında kabul edilen mezkur kanunu yürürlükten kaldıran 18 Mayıs 1327 (1911) tarihli kanunun 2 nci maddesinde de Adliye Nezaretine gönderilen kanun ve tüzüklerin ihmal edilmeksizin Takvim-i Vekayi ile yayımlanacağı düzenlenmiştir.

III. MİLLÎ MÜCADELE VE GENÇ CUMHURİYET DÖNEMİNDE RESMÎ GAZETECİLİK

Takvim-i Vekayi'nin, İstanbul Hükümetinin istifa ettiği gün olan 4 Kasım 1922 tarihindeki son sayısının çıkarılmasından yaklaşık 25 ay önce 7 Ekim 1920'de TBMM Hükümetinin resmî gazetesi olan Ceride-i Resmîye kuruluş kararnamesi imzalanmıştır.¹⁰¹ Hukuki dayanağını 263 sayılı İcra Vekilleri Heyeti (Bakanlar Kurulu) Kararnamesi oluşturan Ceride-i Resmîye; çıkarılan kanun, tüzük gibi mevzuat, alınan önemli kararlar, memurların atanması, görevden alınması, yükselmesi ve disiplin işlemleri gibi konuların millete duyurulması (bilumum efradı milletin kesb-i vukuf eylemesi) amacıyla kurulmuştur.¹⁰²

263 sayılı Kararname, resmî gazete çıkarma yetkisini 7 Haziran 1336 tarihli ve 6 sayılı Kanunla kurulan Matbuat ve İstihbarat Müdiriyeti Umumiyesine (Basın ve İstihbarat Genel Müdürlüğü) vermiştir. Ceride-i Resmîye'nin ilk sayısı teknik imkânsızlıklar ve personel eksikliği nedeniyle kuruluşundan ancak dört ay sonra 7 Şubat 1921 tarihinde yayımlanabilmiştir.¹⁰³

Ceride-i Resmîye'nin ilk sayısında yer alan ilk içerik "Heyeti Murahhasanın Azimeti" (Delege Heyetinin Yola Çıkması) başlığıyla

¹⁰⁰ A. Şeref Gözübüyük, Açıklamalı Türk Anayasaları 1876,1921,1924,1961, 1982 Yapılışları, Özellikleri ve Yapılan Değişiklikler, 8. baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 25-26.

¹⁰¹ Keskin (ed.), 2012, s. 1027.

¹⁰² Düstur, Tertip 3, Cilt 1, s. 95.

¹⁰³ Yunus Emre Sılay/ Yunus Emre İlkörkor/ Efsun Güneri vd., İstiklâl Harbi Döneminde Resmî Gazete'de Yayımlanamayan 205 Kanun, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2020, s. vii.

yayımlanmıştır. Bu haberde, 21 Şubat 1921 tarihinde İtilaf Devletleriyle Osmanlı Devleti arasında yapılması düşünülen ancak daha sonra TBMM Hükümetinin de davet edildiği Londra Konferansına, Hariciye Vekili (Dışişleri Bakanı) Bekir Sami Bey'in başkanlığında bir heyetin yola çıktığı belirtilmiştir. İlk içerikten sonra Tevcihât-ı Mülkiye (Mülki Atamalar) başlığıyla çeşitli valiliklere, mutasarrıflıklara, müfettişliklere ve kaymakamlıklara yapılan atamalara yer verilmiştir.¹⁰⁴

İkinci bölüm başlığı kanunlardır. Bu bölümde resmî gazete yönetiminin normlar hiyerarşisi ilkesini gözettiğini görmekteyiz. Gazetenin bu bölümünde ilk önce TBMM Hükümetinin ilk anayasası olan 20/1/1921 tarihli ve 85 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu yayımlanmıştır. Daha sonra sırasıyla TBMM'nin kabul ettiği ilk kanun olan 24/4/1920 tarihli ve 1 sayılı Ağnam Resmî (Büyükbaş Hayvan Vergisi) Kanunu, 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu, 3 sayılı Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntisabına (Seçilme) Dair Kanun ve 4 sayılı Muvakkat (Geçici) Temyiz Heyeti Teşkiline Dair Kanun yer almaktadır.

Son bölümün adı "İlanât-ı Resmîye" olup iki adet ilan içermektedir. İlk Müdafaa-i Millîye İhzarat ve Tedarikât (Hazırlık ve Temin) Komisyonunun sıhhiye zabitanı hizmet çantası ihtiyacıyla çıktığı bir ilanken diğeri Maliye Vekaletinin Gürün kazasında yer alan bazı yaylakların müzayedeye konulmuş olduğuna ilişkin bir ilandır. Gazetenin en sonunda ise gazeteye ilişkin bazı notlar yer almıştır. Öncelikle resmî işler için başvurulacak yer olarak Matbuat ve İstihbarat Müdüriyet-i Umumiyesinde Ceride-i Resmîye Müdüriyeti ve satış yeri olarak Karaoğlan Çarşısındaki İstanbul Kitapçısı belirlenmiştir. Sonrasında özel ilanların yayımlanmayacağı, resmî ilanların ücretsiz yayımlanacağı ve resmî daireler ile mahkemelerin şahsa ilişkin ilanlarında alınacak ücretin ne kadar olacağı belirtilmiştir.

Ceride-i Resmîye, 18 Temmuz 1921 tarihli 21 inci sayısına kadar düzenli olarak haftada bir kez yayımlanmıştır. 10-21 Temmuz 1921 tarihlerinde gerçekleşen Kütahya-Eskişehir Muharebeleri neticesinde Türk ordusunun Sakarya Nehri'nin doğusuna çekilmesi sırasında gazetenin yayımına da 26 ay ara verilmiş ve 23 Ağustos 1923 tarihli Lozan Anlaşmasının TBMM tarafından kabulünün akabinde 22. sayı 10 Eylül 1923 tarihinde çıkarılmıştır. Bu süreçte niçin resmî gazete yayımlanamadığını TBMM'de yapılan bir müzakere sırasında Canık mebusu Nafiz Bey şu şekilde izah etmiştir:¹⁰⁵

"...Neşir meselesine gelince, Hükümetin evvelce resmî gazeteleri vardı. İstanbul'da Takvim-i Vekayi ve vilâyetlerde birçok resmî gazetelerle neşrediliyordu. Bu gazeteler birçok yerlerde bugün vesait olmamasından neşredilmiyor. Büyük Millet Meclisi Hükümeti de resmî ceride

¹⁰⁴ Ceride-i Resmîye, Tarih: 7 Şubat 1337 (1921), Sayı: 1. Ceride-i Resmîye'nin Osmanlıca sayılarına ve bunların transkribe edilmiş metinlerine, Cumhurbaşkanlığı Resmî Gazete internet sitesinde yer alan Arşiv bölümünden erişilebilir. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1T.pdf>

¹⁰⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 1, Cilt: 29, İçtima Senesi: 4, İçtima: 26, 16 Nisan 1339 (1923), s. 201.

neşredemiyor. Bir gazete çıkıyordu, o da vesaitsizlikten dolayı bugün çıkamıyor...”

Konuya ilişkin bir köşe yazısında ise bu durum şu şekilde açıklanmıştır:¹⁰⁶

“Resmî Gazete’nin İstiklâl Savaşı senelerinde yayı(m)lanmamasının sebebi hayli hüznüldür: Ankara’daki matbaanın personeli askere alınıp cepheye gönderildiği için gazeteyi basacak kimse bulunamamış, temelleri henüz atılmaya başlamış olan genç devletin resmî gazetesi bu yüzden çıkmamış ve dolayısı ile de Meclis’ten geçen kanunlar 21 ay boyunca yayı(m)lanamamıştı!”

31 Mayıs 1911 tarihli Kavanin ve Nizamatin Usulü Neşir ve İlânı Hakkındaki Kanun uyarınca kanunların resmî gazetede yayımlanması gerekmektedir. Ceride-i Resmîye; teknik imkânsızlık ve personel eksikliği nedeniyle yayımlanamayınca TBMM tarafından kabul edilen kanunların yürürlük tarihlerini düzenlemek amacıyla 29/7/1923 tarihinde İcra Vekilleri Heyeti tarafından bir karar kabul edilmiştir. 2623 sayılı “Resmî Ceridenin Halen İntişar Etmemekte Olmasına Binaen Kavanini Mevzua İçin Ankaradaki Neşir Tarihinin Muteber Addedilmesi Hakkında Kararname” metninde Ceride-i Resmîye’nin yayımlanamaması nedeniyle ortaya çıkan kanunların yürürlüğe girme tarihlerinin ülkenin bazı bölgelerinde açıkça tespit edilemediğinden Ankara’da herhangi bir ilan vasıtasıyla yapılan tarihin esas alınması öngörülmüştür.¹⁰⁷ Bu kararlar Ceride-i Resmîye’nin yayımlanamaması resmî kayıtlara girmiş bulunmaktadır.

26 aylık bu süreçte TBMM tarafından çıkarılan 205 adet kanun Ceride-i Resmîye’de yayımlanamadan yürürlüğe girmiştir. Bunlar; 134 sayılı “Hâkim-i Münferid Kanununun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun” ve 338 sayılı “26 Cemaziyelahir 1336 ve 8 Nisan 1334 Tarihli Sükna Kanununun İlgasına Dair Kanun” ile arada kalan diğer kanunlardır.¹⁰⁸

Bu sürecin sonunda resmî gazete yeniden çıkarılırken bir revizyona gidilmiştir. Bu doğrultuda 10/9/1923 tarihli ve 22 sayılı resmî gazetenin adı “Ceride-i Resmîye” yerine “Resmî Ceride” olmuştur. Daha önce haftada bir defa çıkarılan gazetenin haftada üç defa çıkarılacağı kararlaştırılmıştır. Bölümlendirme bakımından Ceride-i Resmîye’yle benzerlikler gösterse de ilk defa Gayr-ı Resmî kısım eklenmiştir.

26 aylık aradan sonra yayımlanan 22 nci sayı, Kanunlar bölümüyle başlamıştır. Bu bölümde sırasıyla 339 sayılı Büyük Millet Meclisi Bütçesine Tahsisat İlavesine Dair Kanun ile 340, 341, 342 ve 343 sayılı Lozan Sulh Muahedenamesi Hakkındaki Kanunlar yer almıştır. Sonraki bölüm olan Tayinlerde İstinaf Reisliği, İstinaf Müddei-i Umumiliği, İstinaf Azalığı,

¹⁰⁶ Murat Bardakçı, “Meclis’in Bundan 100 Sene Önce Kabul Ettiği Ama Saklı Kalan 205 Adet Kanun, Cumhurbaşkanlığı Tarafından Kitap Olarak Yayınlandı”, 03.04.2021 (<https://www.haberturk.com/yazarlar/murat-bardakci/3027602-meclisin-bundan-100-sene-once-kabul-ettiği-ama-sakli-kalan-205-adet-kanun-cumhurbaşkanlığı- tarafında>), (s.e.t. 05.02.2024).

¹⁰⁷ Düstur, Tertip: 3, Cilt: 4, Sayfa: 146.

¹⁰⁸ Bu kanunların tümüne ulaşmak için bkz. Silay/ İlkorkor/ Güneri vd., 2020.

Hâkimlik ve Hâkim Muavinliği gibi kadrolara yapılan Adliye Tayinleri yayımlanmıştır. Daha sonra “Büyük Millet Meclisi Müzakerelerinin Zabıt Hulasaları” bölümünde TBMM’nin tutanak özetlerine yer verilmiştir.¹⁰⁹

Ek gazete biçiminde tasarlanan Gayr-ı Resmî kısım ise “Lozan Muahedenamesi ve İngiltere”, “Şark Buhranı”, “Amerika’nın Türkiye ile Yeni Münasebatı”, “İtalya ve Yunanistan”, “Curzon-Poincare Mülakatı” gibi dış basından yapılan tercüme haberlerden oluşmaktadır. Halkın dış gelişmeler konusunda bilgilendirilmesi için kullanılan bu kısım, kamuoyu oluşturmaya çalışılması bakımından Takvim-i Vekayi’nin ilk dönemiyle benzerlik göstermektedir. 22 nci sayıyla birlikte toplamda 6 adet Gayr-ı Resmî kısım yayımlanmış olup 3/10/1923 tarihli ve 28 sayılı Resmî Ceride ile bu uygulamaya son verilmiştir.

Resmî Ceride’nin Cumhuriyetin ilanını müteakip yayımlanan 7/11/1923 tarihli 41 inci sayısıyla beraber künyede yer alan TBMM’nin resmî gazetesi olduğu açıklaması yerini “Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin Resmî Gazetesidir.” ibaresine bırakmıştır. Bu değişiklik bazı yazarlarca “hükümet sistemindeki anayasal değişikliğin yansıması” olarak görülmektedir.¹¹⁰ Ancak 364 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Mevâddının Tadiline Dair Kanunda Türkiye Devleti’nin şekli-i hükümetinin cumhuriyet olduğu ve Türkiye Devleti’nin, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunacağı hükme bağlanmıştır.¹¹¹

Resmî Ceride’nin künyesinde haftada üç kez yayımlanacağı belirtilse de ancak 42 nci sayıya kadar öngörülen yayın düzeni sürdürülebilmiştir. 1924 yılının ortalarına doğru gazetenin yayın düzeni iyice bozulmuş olup bazı aylar ikişer defa yayımlanırken bazı aylar sadece birer defa yayımlanmıştır.

6/6/1925 tarihli ve 197 sayılı İcra Vekilleri Heyetinin Resmi Ceridenin Suret-i Muntazamada Neşir ve Tevzii Hakkında Kararnamesi ile yürürlüğe konulan Resmî Ceride Hakkında Talimatname¹¹² yayımlandıktan sonra yayın düzeni yeniden tesis edilmiş olup aylık ortalama yirmişer sayı yayımlanır hâle gelmiştir. 9 maddeden oluşan bu Yönetmelik ile Resmî Ceride’nin;

1. Büyük Millet Meclisi Matbuat Müdüriyet-i Umumiyesi tarafından BMM Matbaasında basılacağı cuma ve resmî tatil günleri haricinde her gün yayımlanacağı,

2. İçerisinde kanunların, tüzüklerin, yönetmeliklerin, kararların, sözleşmelerin ve ilanlar ile Büyük Millet Meclisi tutanaklarının yer alacağı,

¹⁰⁹ Resmi Ceride, Tarih: 7 Şubat 1339 (1923), Sayı: 22.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22T.pdf>

¹¹⁰ Dik, 2009, s. 173.

¹¹¹ Bu isim değişikliğinin, hükümet sisteminin değil de hükümet biçimi değişikliğinin bir yansıması olarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

¹¹² Resmi Ceride, Tarih: 6 Haziran 1341 (1925), Sayı: 109.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/109T.pdf>

3. Özel ilanların yayımlanmayacağı ve yayımlanacak resmî ilanların satır ücretleri,

4. Abonelik şartları ile devlet dairelerine ihtiyaç duyulan miktarda gazetenin verileceği,

düzenlenmiştir.

Resmî Ceride'nin, 1927 senesi Muvazene-i Umumiye (Bütçe) Kanunu mucibince 1 Haziran 1927 tarihinden itibaren Başvekâlet (Başbakanlık) tarafından basılacağı hükme bağlanmıştır.¹¹³ Bu doğrultuda Başvekâlet Müdevvenat Müdüriyetine (Başbakanlık Kodifikasyon¹¹⁴ Müdürlüğü); 22/6/1927 tarihli ve 5335 sayılı İcra Vekilleri Heyeti Kararnamesi ile yürürlüğe konulan Resmî Ceride Hakkında Talimatname¹¹⁵ ile Resmî Ceride'yi yayımlama görevi verilmiştir. Yürürlükten kaldırdığı Yönetmelikle benzer hususları düzenleyen bu Yönetmelik, bir öncekinden farklı olarak Resmî Ceride'nin cuma dâhil resmî tatiller hariç her gün yayımlanacağını öngörmüş olsa da yaptığımız tarama sonucunda ilk zamanlarda bu kurala mutlak olarak riayet edilmediği görülmektedir. Nitekim 627 sayılı Resmî Ceride 7 Temmuz 1927 Perşembe, 628 sayılı Resmî Ceride'nin ise cuma günü atlanarak 9 Temmuz 1927 Cumartesi yayımlandığı görülmektedir.

599 uncu sayıya kadar "Resmî Ceride", 600 ilâ 763 üncü sayısına kadar da "Türkiye Cumhuriyeti Resmî Ceride" adıyla yayımlanan gazete, 17/12/1927 tarihinden günümüze kadar da "Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete" adıyla yayımlanagelmiştir.¹¹⁶ Resmî gazetenin bu adı TBMM'de 8 Aralık 1927 tarihinde yapılan bir oturumda yapılan oylama ile belirlenmiştir. Balıkesir milletvekili İsmail Hakkı Uzunçarşılı'nın başını çektiği grup, resmî gazetenin adının "Devlet Gazetesi" olması gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir. Ancak Meclisin çoğunluğu Giresun milletvekili Hakkı Tarık Us'un desteklediği "Resmî Gazete" adını benimsemiştir.¹¹⁷ Verdiği takdirde 1927 tarihli TBMM Dâhili Nizamnamesinin (İçtüzük) çeşitli maddelerinde "resmî ceride" tabiri yerine "resmî gazete" tabirinin kullanıldığını belirterek, bu tabirin yer aldığı tüm mevzuatın gözden geçirilerek "resmî gazete" tabirine tahvil edilmesi gerektiğini de vurgulamıştır.¹¹⁸

¹¹³ Resmî Ceride, Tarih: 31 Mayıs 1927, Sayı: 598.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/598T.pdf> s.70.

¹¹⁴ Bir kamu hizmeti olarak kodifikasyon; usulüne uygun olarak yayımlanan mevzuatın derlenmesi, yürürlükte olanların belirlenmesi, bunların tek bir metinde konsolide edilmesi (birleştirilmesi) ve güncel olarak tutulması işlerini kapsamaktadır.

¹¹⁵ Düstur, Tertip: 3, Cilt: 8, Sayfa: 950-951.

¹¹⁶ Resmî Gazete'nin yeni Türk alfabesiyle basıldığı ilk sayı olan 1 Aralık 1928 tarihli 1054 üncü sayısıyla "Türkiye Cumhuriyeti" ibaresi "T.C." olarak kısaltılmış ve günümüze kadar da bu şekilde kullanılagelmiştir.

¹¹⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 3, Cilt: 1, İçtima Senesi: 1, İnikat: 15, 8 Kânunuevvel (Aralık) 1927, s. 91-94.

¹¹⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, Cilt: 32, İçtima Senesi: 4, İçtima: 73, 28 Mayıs 1927, s. 640-641.

Resmî Gazete’de esaslı bir değişiklik de 1/11/1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir. Kısa zamanda gerekli teçhizat temin edilerek bu Kanunun kabulünden bir ay sonra 1054 sayılı Resmî Gazete, eski yazı esaslı Osmanlı alfabesi yerine Latin alfabesiyle yayımlanmaya başlamıştır.

25/5/1928 tarihinde 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Suret-i Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun¹¹⁹ kabul edilmiştir. Bu Kanun, 90 yıl boyunca Resmî Gazete’nin içeriğini belirleyecek temel kanuni düzenleme olmuştur. İstikrarlı bir biçimde hükümleri muhafaza edilen 1322 sayılı Kanun; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine uyum sağlamak amacıyla hazırlanan 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararname ile yürürlükten kaldırılana kadar yalnızca üç kez değişikliğe uğramıştır.¹²⁰

Bu Kanun; Resmî Gazete’de yayımlanacak içeriği, Resmî Gazete’nin basımı ve dağıtımını, Düsturların hazırlanmasına ilişkin esasları ve kanunlar ile tüzüklerin yürürlüğe giriş tarihlerini düzenlemiştir. Kanuna göre Resmî Gazete’de

1. Kanunlar, milletlerarası andlaşma ve sözleşmeler, bir kısım imtiyaz sözleşmeleri, kanunların tefsiri, özel af ilanı, cezaların tahfif veya tahvili veya tecili, ammeyi alakadar eden Büyük Millet Meclisi kararları ve meclis zabıtları,

2. Tüzükler,

3. Onay gerektiren memuriyet atamaları,

4. Başbakanlıkça yayımlanmasında fayda görülen Danıştay kararları,

5. İçtihadı birleştirme kararları,

6. Tüzüklerin hükümlerini açıklamak ve kanun ile tüzük hükümlerinin uygulanmasında memura rehber olması amacıyla çıkarılan yönetmelikler,

7. Kanun ve tüzüklerde Resmî Gazete’de yayımlanması gerektiği belirtilen içerikler,

yayımlanır.

Ayrıca Resmî Gazete’de yayımlanan kanunların ve tüzüklerin eğer yürürlük tarihleri belirlenmediyse Resmî Gazete ile neşirini (yayımını) takip eden günün başlangıcından hesap edilmek üzere kırk beşinci günün bitiminden itibaren Türkiye’nin her tarafında aynı zamanda mer’î olacağı (yürürlüğe gireceği) düzenlenmiştir.

Resmî Gazete’yi yayımlamakla sorumlu Başbakanlığın teşkilat boyutundan bir bütün hâlinde bahseden ilk kanun 18/5/1929 tarihli ve 1452 sayılı Devlet Memurları Maaşatının Tevhit ve Teadülüne Dair Kanun

¹¹⁹ Bu kanunun ilk metni için bkz. RG, 04.06.1928, S. 904, s.13.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/904T.pdf>

¹²⁰ Bu kanunun yürürlükten kaldırılmadan önceki metni için bkz. Mevzuat Bilgi Sistemi Mülga Mevzuat Bölümü

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1322&MevzuatTur=5&MevzuatTertip=3>

olmuştur. Bu Kanunun eki tablolarında devlet teşkilatında yer alan tüm kamu görevlileri, bağlı buldukları birimler itibarıyla bahsedilmiştir. Resmî Gazete'yi yayımlamakla yükümlü Neşriyat (Yayın) Kalemi, Başvekâlet (Başbakanlık) teşkilatının altında Müdevvenat (Kodifikasyon) Müdürlüğünün altında yer almıştır.

Başbakanlığın ilk teşkilat kanunu ise 24 Mayıs 1933 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 20/5/1933 tarihli ve 2187 sayılı Başvekâlet Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunun¹²¹ 7 nci maddesiyle Resmî Gazete'yi yayımlama ve hesaplarını tutma görevi müdürlük şeklinde yeniden organize edilen Neşriyat (Yayın) Müdürlüğüne verilmiştir. 2187 sayılı Kanun, dört yıl sonra 19/4/1937 tarihli ve 3154 sayılı Başvekâlet Teşkilatı Hakkında Kanun¹²² ile yürürlükten kaldırılmış ve Neşriyat Müdürlüğünün görevleri yeni oluşturulan Neşriyat ve Müdevvenat (Yayın ve Kodifikasyon) Müdürlüğüne aktarılmıştır. Neşriyat ve Müdevvenat Müdürlüğü, 23/6/1943 tarihli ve 4443 sayılı Başvekâlet Teşkilatı Hakkında Kanun¹²³ ile Neşriyat ve Müdevvenat Umum Müdürlüğüne (Yayın ve Kodifikasyon Genel Müdürlüğü) dönüştürülmüştür.

Öte yandan, 11/1/1939 tarihli ve 3558 sayılı Devlete Ait Matbaaların Birleştirilmesi Hakkında Kanun¹²⁴ uyarınca tüm devlet matbaaları Ankara'da birleştirilmiş ve Devlet Matbaası Müdürlüğü olarak Başbakanlığa bağlanmıştır. 4443 sayılı Kanunla da Devlet Matbaası Müdürlüğü, Neşriyat ve Müdevvenat Umum Müdürlüğü altında yer almıştır. Bu teşkilat yapısı, 9/3/1954 tarihli ve 6330 sayılı Başvekâlet Teşkilatı Hakkında Kanun¹²⁵ ile de devam ettirilmiştir.

IV. 1961 ANAYASASI SONRASI DÖNEMDE T.C. RESMÎ GAZETE

1961 Anayasası döneminde de 6330 sayılı Kanun uygulanmış ve Resmî Gazete yayın faaliyetleri, Neşriyat ve Müdevvenat Umum Müdürlüğünün Neşriyat Müdürlüğü bünyesinde yürütülmüştür. Devlet Matbaası Müdürlüğü de yerini 10/4/1967 tarihli ve 852 sayılı Kanun¹²⁶ ile Resmî Gazete, düstur ve mevzuat basım ve dağıtım işlerini yapmak üzere Başbakanlığa bağlı olarak kurulan Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesine bırakmıştır.

9/5/1970 tarihli ve 7/639 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Resmî Ceride Hakkında Talimatnamede yapılan değişiklikle, Resmî Gazete'nin pazar günleri de yayımlanacağı düzenlenmiştir. Bu değişiklikle Resmî Gazete'nin Neşriyat ve Müdevvenat Genel Müdürlüğü tarafından ulusal bayram ve genel tatil günleri haricinde her gün yayımlanacağı hükme bağlanmıştır.

¹²¹ RG, 24.05.1933, S. 2409. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2409.pdf>

¹²² RG, 28.04.1937, S. 3591. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3591.pdf>

¹²³ RG, 29.06.1943, S. 5442. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5442.pdf>

¹²⁴ RG, 18.01.1939, S. 4114. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4114.pdf>

¹²⁵ RG, 17.03.1954, S. 8660. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8660.pdf>

¹²⁶ RG, 19.04.1967, S. 12577. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12577.pdf>

1977 yılında Resmî Gazete'nin basım ve içerik düzenlemesinde önemli değişiklikler yapılmış olup bu değişikliklerle, Resmî Gazete'nin yayın ve tertip tarzına ilişkin kullanılan kavramların, başlıkların ve bunların düzenlenme usulünün, Anayasa ve ilgili mevzuatta yer alan kavramlara ve düzene uygunluğunun sağlanması amaçlanmıştır.¹²⁷ 1 Mart 1977 tarihine kadar 24,5*33,5 cm ebadında basılan gazete, bu tarihten itibaren 15865 inci sayısıyla 17,5*25 cm ebadında basılmaya başlamıştır. Günümüzde arşiv amaçlı basılan gazete de bu ebatlardadır.

Ayrıca bu tarihte içerik tasnif sisteminde de değişikliğe gidilmiştir. Daha önce Kanunlar, Kararnameler, Yönetmelikler, İlanlar vs. şeklinde yapılan türe dayalı bölümlendirme yerine güçler ayrılığı ile mevzuat-ilan ayrımını birlikte esas alan Yasama, Yürütme ve İdare¹²⁸, Yargı ile İlanlar şeklinde dört ana bölüme ayrılmıştır. İlk üç bölüm Resmî Gazete'de, Anayasa'nın "Yasama", "Yürütme" ve "Yargı" erkleri olarak düzenlenen üç Anayasal organa uygun şekilde ve aynı sıralama ile düzenlenmiştir. Öte yandan resmî ilanların bir bölümünü oluşturan Resmî Gazete'de yayımlanan ilanlar ile Yasama, Yürütme ve Yargı erklerinin Resmî Gazete'de yayımlanan tüm mevzuat ve kararlarını oluşturan mevzuat bölümü arasında da bir ayrıma gidilmiştir. Böylece günümüzde de kullanılmaya devam eden dört ana bölümlü tasnif sistemi ortaya çıkmıştır.

25/2/1982 tarihli ve 17616 sayılı Resmî Gazete ile şekli yenilikleri tamamlayıcı bir iyileştirme sağlanmıştır. Bu sayıyla ilk defa gazetenin sonuna Resmî Gazete Fihristi adında içindekileri gösteren bir sayfa eklenmiştir.

14/8/1981 tarihli ve 8/3463 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı doğrultusunda Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Uygulama Esasları belirlenmiştir. Bu Esasların Kapsam başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi; mevzuatın yayımlanmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin tespitini, (e) bendi; mevzuatın yayımlanması ile ilgili ilkelerin tespitini ve (i) bendi de mevzuatın yayım ve dağıtım işlerinin yeniden düzenlenmesini kapsamıştır. Bu karar doğrultusunda çeşitli kamu kurumlarının katılımıyla bir çalışma grubu oluşturulmuş ve çeşitli raporlar hazırlanmıştır.

Bu raporlardan olan Türk Mevzuatının Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili İlkeler ve Öneriler'de yer alan "Kanunlarla Düzenleyici İdari Metinlerin Hazırlanması, Yayımı, Yürürlüğü ve Dağıtımı Hakkında Kanun" tasarısında Resmî Gazete'nin yayın, basım ve dağıtımını da dahil olmak üzere mevzuata ilişkin tüm konularda yetkili olmak üzere Başbakanlık Neşriyat ve Müdevvenat Genel Müdürlüğü ile Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesinin birleştirilerek Yasal Düzenlemeler Genel Müdürlüğü'nün kurulması

¹²⁷ Yaşar Karayalçın, "Resmî Gazete'nin Yeni Şekli Hakkında Notlar", S. 1, 1978, Ankara Barosu Dergisi s. 38-41.

¹²⁸ Duran, Yürütme ve İdare'nin iki ayrı bölüm olması gerektiğini savunup Bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine ait tüm işlemlerin sadece İdare bölümünde yer almasının uygun olacağını belirtmiştir. (s. 14)

öngörülmüştü.¹²⁹ Bu teşkilat yapısına 2018 yılında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle geçilebilmiştir.¹³⁰

Bu raporda yer alan bir diğer konu da hangi yönetmeliklerin Resmî Gazete'de yayımlanacağını belirlemesidir. O dönemde uygulanan 1961 Anayasası ve 1322 sayılı Kanun uyarınca tüm kamuoyunu ilgilendirmeyen ve bu açıdan da yayımlanmaması gereken birçok yönetmelik Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu dönemde, 1961 Anayasası'nın bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarabileceğini ve bu yönetmeliklerin Resmî Gazete ile yayımlanacağını düzenleyen 113 üncü maddesi uyarınca mahallî idareler tarafından çıkarılan yönetmelikler de Resmî Gazete'de yayımlanmaya başlamıştır. Bununla birlikte birçok belediye Anayasa hükmüne rağmen 1322 sayılı Kanunun belediyelere ait yönetmeliklerin yerelde yayımlanmasını düzenleyen hükmü doğrultusunda hareket etmiştir.¹³¹ Bunun temel nedeni Başbakanlığın tüm ülkeyi ilgilendirmeyen sadece o mahallin sakinlerinin bilmesi yeterli olan kanalizasyon, cenaze işleri, otobüs işletmesi ve toptancı halleri gibi kamu hizmetlerine ilişkin yönetmeliklerin mahallinde yayımlanması gerektiğini savunarak bu tür yönetmeliklere ilan muamelesi yapıp bunların yayımından belli bir ücret talep etmiş olmasıdır.¹³² Yine de bu dönemde mahallî idareler tarafından çıkarılan yönetmelik sayısının fazlalığı, Resmî Gazete'nin içeriğini gereksiz yere şişirmiş olup bu da israfa neden olmuştur.¹³³ 1982 Anayasasıyla bu konuda bir sınırlama getirilmiş ve çıkarılacak yönetmeliklerden hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağını kanunun koyacağı esaslar doğrultusunda belirleneceği düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda yapılan çalışmalar 24/5/1984 tarihli ve 3011 sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunun¹³⁴ kabul edilmesiyle nihayete ermiştir. Bu Kanun uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarına ait garaj, kantin, lojman, kreş gibi konuları içeren kurumun iç bünyesiyle alakalı talimat mahiyetindeki yönetmeliklerin Resmî Gazete'de

¹²⁹ Türk Mevzuatının Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili İlkeler ve Öneriler Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Projesi Yönetim Kurulu Raporu, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara, 1983, s. 127-134.

¹³⁰ Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi ile kapatılan ve mülga Başbakanlık anahizmet birimleri olan Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü ile Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri yeni sisteme uyum da dikkate alınmak suretiyle Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının hizmet birimlerinden olan Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğüne verilmiştir.

¹³¹ Ahmet Alptekin Duru, "Yerel Yönetimlerce Çıkarılan Yönetmeliklerin Yayım ve Kalite Sorunu", 5.Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Kongresi: Krizler, Belirsizlikler ve Arayışlar Özel Sayısı, 2021, Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 155.

¹³² Duru, 2021, s. 156-157.

¹³³ Turgut Tan, "Resmî Gazetede Yayımlanacak Yönetmelikler ve Resmî Gazete Yayınları Üzerine", C. 18, S.1, 1985, Amme İdaresi Dergisi, s. 65-66.

¹³⁴ Kanunun güncel metni için bkz. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3011&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

yayımlanmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca hizmet alanları mahalli nitelikte olan yerel yönetimlerin sadece o mahallin sakinlerini ilgilendiren ve ulusal kamuoyunun bilmesi gerekmeyen yönetmelikleri de Resmî Gazete'nin kapsamı dışında bırakılmıştır. Hâlen yürürlükte olan bu kanun uyarınca Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin iş birliğine ilişkin olan, bunların yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan ve/veya kamuyu ilgilendiren yönetmelikleri Resmî Gazete'de yayımlanabilmektedir. Ancak, millî emniyet ve millî güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler bu kapsamın dışında bırakılmıştır.¹³⁵

1982 yılında Resmî Gazete'ye gönderilen içeriğin sınırlarının çizilmesi ve kalitesinin artırılması amacıyla Başbakanlık tarafından bir genelge yayımlanmıştır. "Resmî Gazete'de Yayımlanması Gereken Hususlar" konulu 4/10/1982 tarihli ve 1982/80 sayılı Genelgede yayımlanmak ve ilan edilmek üzere Başbakanlığa gönderilen mevzuat ve ilan metinlerinin bir kısmının 1322 sayılı Kanun uyarınca Resmî Gazete'de yayımlanmaması gereken içerik kapsamında olduğu belirtilmiştir. Aynı Genelgeyle gönderilen bazı metinlerin de okunamayacak derecede silik olduğu vurgulanarak kanuni dayanağı olmayan metinler ile silik biçimde gönderilen metinlerin yayımlanmayacağı duyurulmuştur.

8/6/1984 tarihli ve 203 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 10/10/1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun¹³⁶ ile Neşriyat ve Müdevvenat Umum Müdürlüğünün adı Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmiştir. Resmî Gazete'nin yayımlanmasını sağlamak, düsturları ve fihristleri hazırlamak görevleri de bu Genel Müdürlüğe bırakılmıştır.

Resmî Gazete'de yayımlanacak TBMM kararları konusunda 1322 sayılı Kanun "ammeyi alakadar eden Büyük Millet Meclisi kararları" şeklinde bir ifade belirleyerek takdir yetkisini kuruma bırakmıştır. 13/4/1973 tarihli ve 14506 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan TBMM İçtüzüğünde; İçtüzükte değişiklik yapılmasına ve kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimine, tatil ve ara vermeye ve seçimlerin yenilenmesi veya geriye bırakılması ve ara seçime ilişkin kararlar gibi birçok kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı öngörülmüştür. Öte yandan mezkûr İçtüzüğün 182 nci maddesinde ise Meclis kararlarından hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağı konusunun Başkanlık Divanının hazırlayacağı bir yönetmelikle ayrıca belirleneceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, 1/10/1989 tarihli ve 20299 sayılı Resmî Gazete'de Resmî Gazetede Yayımlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları; Meclisin Yaptığı Seçimlerin Sonuçları; Başkanlık Divan Kararları Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. Bu Yönetmelik ile TBMM kararlarından hangilerinin yayımlanacağı sayılarak Resmî Gazete'de yayımlanacak Meclis kararları netleşmiştir.

1995 yılına kadar, 1322 sayılı Kanun uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarına gönderilen gazetelerin abonelik ve posta bedelleri Başbakanlık

¹³⁵ Tan, 1985, s. 65-66.

¹³⁶ RG, 19.10.1984, S. 18550. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18550.pdf>

bütçesinden karşılanmaktaydı. 27/6/1996 tarihli Başbakanlık Genelgesiyle cari yıl Bütçe Kanununun Uygulanmayacak Hükümler bölümünde düzenleme yapılarak gönderilen Resmî Gazete'nin abonelik ve posta bedellerinin ilgili kamu kurumundan alınacağı ve bu uygulamanın her sene yenilenerek sürdürüleceği duyurulmuştur.

1 Ocak 1994 tarihinde Resmî Gazete ilk defa bilgisayar üzerinden TAM Bilgi İletişim adıyla kayıtlı bir özel girişim tarafından yayımlanmaya ve 10 Nisan 1997 tarihinde ise Elektronik Resmî Gazete servisi internet sayfalarını sunulmaya başlamıştır. Bu şirket yaklaşık 25 personelle Resmî Gazete'nin basılı nüshasını günlük olarak manuel şekilde bilgisayar ortamına aktarmıştır. 2000'li yılların ortalarına kadar düzenli şekilde faaliyet gösteren bu hizmet, "www.rega.com.tr" adresi üzerinden kullanıma sunulmuştur.

Başbakanlık, 16 Eylül 1997 tarihinde TAM Bilgi İletişim şirketine mevcut Resmî Gazete abonelerini azalttığı ve elektronik Resmî Gazete çalışmalarını olumsuz etkilediği gerekçesiyle dava açmıştır. 14/9/1999 tarihli ve E:1997/641; K:1999/589 sayılı kararında Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, "bilgisayar klavyesi ile yeniden yazma suretiyle elektronik ortamda elektronik resmî gazete olarak yayımlanması eyleminin hukuka aykırı nitelikte olmadığı" gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

22/2/2000 tarihli Başbakanlık Genelgesi, Resmî Gazete'nin kamu tarafından internet üzerinden yayıma hazırlanma sürecinde olduğunu göstermiştir. Bu Genelgeyle kamu kurum ve kuruluşları tarafından Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen metinlerin bilgisayar ortamında hazırlanması gerektiği bildirilmiştir. Bu Genelge ekinde Resmî Gazete'de yayımlanacak metinlerin bilgisayar ortamında düzenlenmesi ve diskette gönderilmesi gibi içeriklerin hızlı ve hatasız yayımlanabilmelerini temin edecek usul ve esaslar yer almıştır. Metinlerin diskette bilgisayar ortamında talep edilmesi de Resmî Gazete'nin internet üzerinden yayımlanabilmesini kolaylaştırmıştır.

Nitekim 27 Haziran 2000 tarihinde Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından Başbakanlık Bilgi İşlem Başkanlığı desteğiyle Resmî Gazete Bilgi Sistemi kullanıma açılmıştır. Basılı Resmî Gazete'nin eş zamanlı olarak elektronik ortama aktarılmasıyla oluşturulan sisteme "www.rega.basbakanlik.gov.tr" adresinden erişim sağlanmıştır. Daha sonraları erişim adresi "www.resmigazete.gov.tr" olmuştur. Sade bir dizayna sahip internet sitesinde Resmî Gazete başlığının sol altında "Bugün", "Fihrist Arama", "Son Mükerrer", "Arşiv", "Mükerrer Resmî Gazeteler", "Bugünkü İlan", "İlanlar Arşivi", "Duyurular" ve "Ana Sayfa (Başbakanlık)" sekmeleri yer almıştır.

Resmî Gazete internet sitesinin ilk arayüzü 2006 yılının ortalarına kadar kullanılmıştır. Bu süreçte Resmî Gazete internet sitesini yaklaşık 20 milyon kullanıcı ziyaret etmiştir. Bu da yıl başına ortalama 3,5 milyon ziyaretçi anlamına gelmektedir. 2006 yılı basılı Resmî Gazete abone sayısının 9006 olduğu düşünülürse¹³⁷ elektronik resmî gazeteye ilginin çok fazla olduğu görülmektedir.

¹³⁷ 2006 Yılı Faaliyet Raporu, Yayımlanmamış Rapor, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Ankara, 2007, s. 16.

2/6/2006 tarihinde geçilen yeni arayüz ise dönemin yazılım teknolojisindeki gelişmelerine ayak uydurularak oldukça fonksiyonel ve kullanıcı dostu bir tasarımla erişime açılmıştır. Kırmızı zemin üzerine beyaz font ile yazılan Resmî Gazete başlığının önünde ay-yıldız konularak sitenin resmîliği/millîliği vurgulanmıştır. Resmî Gazete başlığının sol altında “Ana Sayfa”, “Bugün”, “Kelime Arama”, “Gelişmiş Arama”, “Arşiv”, “Son Mükerrer Gazete”, “Mükerrer Arşivi”, “Duyurular” ve “Yardım” sekmeleri yer almıştır. Ön kısmında ise “Yargı İlanları”, “Artırma, Eksiltme ve İhale İlanları”, “Çeşitli İlanlar”, “Kurlar ve Senet Değerleri” ve “Resmî Gazete ile İlgili Bilgiler” kısa yolları konulmuştur. Bu arayüz, ufak değişikliklerle 20 Şubat 2019 tarihinde Resmî Gazete internet sitesi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçildikten sonra yenileninceye kadar varlığını sürdürmüştür.

2004 yılına girerken Resmî Gazete'nin ilanlar bölümünün içeriğinde önemli bir değişiklik gerçekleşmiştir. Öncesinde Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları mal alımları, hizmet alımları ve danışmanlık hizmet alımları ile yapım işlerine yönelik ihaleye ilişkin her tür ilan Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, 30/7/2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa ihale ilanlarına ilişkin bir ek madde getirilmiştir. Bu ek madde uyarınca 1/1/2004 tarihinden itibaren ihale ilanlarının, Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılacak olan Kamu İhale Bülteninde yayımlanması zorunlu tutulmuştur. Böylece Resmî Gazete'nin ihale ilanları bölümünde sadece mezkûr kanun kapsamı dışında olup da duyurulması gereken ilanlar kalmıştır.

2009 yılında Resmî Gazete'nin yayın düzenine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır. 18/5/2009 tarihli ve 2009/15012 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan kararın ekindeki yönetmelik değişikliğiyle¹³⁸ artık gerekli hâllerde ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de Resmî Gazete'nin yayımlanabilmesinin önü açılmıştır.

2009-2010 yılları arasında Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından hizmet alımı yöntemiyle e-Resmî Gazete Arşiv Projesi gerçekleştirilmiştir. Bu proje ile 7/2/1921 ilâ 27/6/2000 tarihleri arasında yayımlanmış 1025 cilt içindeki basılı 24.091 sayıdan oluşan yaklaşık 950.000 sayfalık Resmî Gazete, elektronik ortama aktarılmış, tanımlı alanlar üzerinden fihristlenmiş ve depolanmıştır. Bu proje neticesinde Osmanlıca yayımlanan ilk 1053 sayı haricindeki tüm Resmî Gazeteler aranabilir PDF dosyası hâline getirilmiştir. Öte yandan arkasında fihristi olmayan Osmanlıca yayımlananlar da dâhil olmak üzere 25 Şubat 1982 tarihine kadar yayımlanan 17.261 gazetenin fihristi hazırlanmış ve ilgili içeriğe giden linkler eklenmiştir. Tüm Resmî Gazetelerin fihrist ve diğer verileri mevcut sisteme MS SQL veri tabanı üzerinden girilmiştir.¹³⁹

Bu projenin hazırlık ve fizibilite çalışmaları 2007 yılında başlatılıp 2008 yılında tamamlanmıştır. Eylül 2009'da çıkılan ihaleyi kazanan

¹³⁸ RG, 05.06.2009, S. 27249.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/06/20090605-8.htm>

¹³⁹ 2010 Yılı Faaliyet Raporu, Yayımlanmamış Rapor, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Ankara, 2011, s. 12.

yüklenici firma işe başlamış ve Ağustos 2010'da işi teslim etmiştir. Resmî Gazete'nin eski baskılarının teknoloji ve dil bakımından farklılık göstermiş olması geniş kapsamlı bu projenin unsurlarından olan dizgi, tarama ve tashih işlerini zorlaştırmıştır. Süreç boyunca Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü ve Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü personelerinden oluşturulan proje denetim ve kontrol grupları vasıtasıyla yüklenici firmanın bitirdiği sayfalar gazete bazında sürekli biçimde denetlenmiş ve bulunan hatalar listelenerek düzeltilmesi amacıyla yüklenici firmaya iletilmiştir. Elektronik ortama aktarılan tüm Resmî Gazeteler 2010 yılının sonlarında Resmî Gazete sistemine atılmıştır.¹⁴⁰

2014 yılında, e-Resmî Gazete Arşiv Projesi ile test amaçlı çıkarılan Resmî Gazete mobil uygulamasının bilinirliğini ölçmek ve Resmî Gazete internet sitesine ilişkin kullanıcı taleplerini almak amacıyla Resmî Gazete internet sitesi üzerinden 10 soruluk bir anket yapılmıştır. 16 Haziran 2014 ile 7 Temmuz 2014 tarihleri arasında 2484 kişinin katıldığı bu anket sonucunda bir yandan erişimi kolaylaştırmak için yapılan uygulamaların bilinirliği kontrol edilmiş, öte yandan da Resmî Gazete internet sitesi hakkında kullanıcıların talepleri toplanmıştır.¹⁴¹

Ankette, Resmî Gazete'nin Osmanlıca ilk 1053 sayısı haricindeki tüm sayılarının aranabilir PDF formatında sisteme atılmasını sağlayan e-Resmî Gazete Arşiv Projesinin bilinirliğini ölçmek amacıyla "7/2/1921 tarihinden itibaren bütün Resmî Gazetelere ulaşabileceğinizi biliyor musunuz?" sorusuna yer verilmiştir. Bu soruya %76 oranında verilen olumlu yanıt, kullanıcıların önemli bir çoğunluğunun bu proje sonuçlarından haberdar olduğunu göstermiştir.¹⁴²

Öte yandan, anket sonucunda mobil uygulamanın pek bilinmediği anlaşılmıştır. Nitekim ankette yer alan "Resmî Gazete'nin bazı cep telefonları ve tablet bilgisayarlarda uygulanmak için hazırlanan uygulamasını nasıl buluyorsunuz?" sorusuna yüzde 56 oranında "Fikrim Yok" yanıtı verilmiştir. Diğer cevaplarla birlikte düşünüldüğünde hazırlanan mobil uygulamanın pek kullanışlı olmadığı ve bilinmediği ortaya çıkmıştır.¹⁴³ Bu konuda yıllarca önemli bir gelişme olmamış; mobil uygulama atıl kalmış; test uygulamada kapsamlı bir çalışma gerçekleştirilmemiş; tüm mobil cihazlarda çalışan ve geniş fonksiyonları bünyesinde taşıyan Resmî Gazete uygulaması ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçildikten sonra yapılabilmektedir.

Sonuç raporunda yukarıdakilere ek olarak kullanıcıların; Resmî Gazete internet ana sayfasının ve yazılım altyapısının teknolojik gelişmeler doğrultusunda güncellenmesi, arama fonksiyonlarının kullanıcı dostu hâle getirilmesi, içeriklerin metin formatında kaydedilebilmesi ve Osmanlıca

¹⁴⁰ 2010 Yılı Faaliyet Raporu, s. 12-13.

¹⁴¹ Resmî Gazete Anketi Sonuç Raporu, Yayınlanmamış Rapor, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Ankara, 2014, s. 1.

¹⁴² Resmî Gazete Anketi Sonuç Raporu, s. 2.

¹⁴³ Resmî Gazete Anketi Sonuç Raporu, s. 3.

yayımlanan gazetelerin tercüme edilerek kullanıma açılması vb. talepleri olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁴

V. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDEN GÜNÜMÜZE T.C. RESMÎ GAZETE

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş için gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla yürürlüğe konulan kanuni düzenlemelerden en önemlisi 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamedir¹⁴⁵. Bu KHK'nın 218 inci maddesiyle Başbakanlık merkez teşkilatı, 228 inci maddesiyle de Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesi kapatılmıştır. 703 sayılı KHK sadece Resmî Gazete'den sorumlu Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü ile baskı işlerini yürüten Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğünü kapatmakla kalmamış aynı zamanda Resmî Gazete'yi düzenleyen 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanunu da yürürlükten kaldırmıştır.

Mezkûr KHK'nın Resmî Gazete başlıklı geçici 15 inci maddesiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile yeni bir düzenleme yapıncaya kadar 1322 sayılı Kanunun hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı KHK'da geçiş sürecini düzenlemek amacıyla mevzuatta Başbakanlığa yapılan atıfların Cumhurbaşkanlığına yapılmış sayılacağı da öngörülmüştür. Böylece 703 sayılı KHK'nın yayımlandığı 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren bu geçiş hükümleri uyarınca Resmî Gazete'nin yayımlanması görevi Cumhurbaşkanlığına devredilmiştir.

10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde Resmî Gazete'nin yayımlanmasını sağlamak görevi Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının hizmet birimlerinden olan Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Bu Genel Müdürlük içinde de Resmî Gazete işleri Temmuz 2018'den Ocak 2022'ye kadar Yayın Dairesi bünyesinde yürütülmüş olup sonrasında ise Yayın Dairesinin Mevzuat İnceleme Dairesiyle birleşmesinden oluşan Mevzuat İnceleme ve Yayın Dairesi bünyesine geçmiştir.

Mezkûr 1 sayılı CBK ile Resmî Gazete çıkarma görevi Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğüne verildikten hemen sonra gazetenin içeriği ile yayımlanma usul ve esaslarının belirlenmesi amacıyla 15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanmıştır. 90 yıllık süreç boyunca

¹⁴⁴ Resmî Gazete Anketi Sonuç Raporu, s. 5.

¹⁴⁵ 703 sayılı KHK ile yapılan değişikliklerin tamamının maddeler esas alınmak suretiyle hazırlanan ayrıntılı özetleri için bkz. Yasin Söyler/Muhammet Atabey, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Külliyatı Özeti (09.07.2018 - 03.03.2023), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 84-160.

Resmî Gazete'yi düzenleyen 1322 sayılı Kanunun yerini bıraktığı Resmî Gazete'yi derli-toplu bir biçimde ele alan bu CBK ile aşağıdaki konular düzenlenmiştir:

1. Resmî Gazete'nin internet ortamında yayımlanacağı düzenlenerek dijitalleşme şeklinde kendini gösteren küresel eğilime uyum sağlanması temin edilmiş olup gerekli hâllerde ve arşiv amaçlı sınırlı sayıda basılabileceği öngörülmüştür.

2. Yayın düzeni konusunda süreç içerisinde yapılan değişikliklerle gelinen durum aynı şekilde benimsenmiş olup gazetenin ulusal bayram ve genel tatil günleri haricinde her gün yayımlanacağı ama gerekli hâllerde bu günlerde de yayımlanabileceği düzenlenmiştir.

3. Resmî Gazete'de yayımlanacak içerik tek tek sayılmış ve yayımlanmasına lüzum görülen hususların Cumhurbaşkanlığınca belirleneceği düzenlenmiştir. Böylece oluşabilecek bir boşluğa yer bırakılmadığı gibi kamuoyuna duyurulması önem arz eden içerik için Cumhurbaşkanlığına takdir yetkisi verilmiştir.

4. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ gibi düzenleyici işlemlere ilişkin taslakların; Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu yönünden inceleneceği düzenlenmiştir. Öte yandan üniversiteler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan aynı tür mevzuat taslaklarının ise sadece Anayasa ve diğer mevzuata uygunluğu yönünden inceleneceği öngörülmüştür. Böylece bu tür mevzuata ilişkin taslakların, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Mevzuat İnceleme ve Yayın Dairesi tarafından şekil, usul ve esas bakımından incelenebilmesinin ve uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu belirlenenlerin kurumuna iade edilebilmesinin açık dayanağı oluşturulmuştur.

5. Yayın araçlarının taşraya ulaştırılmasında zorluklar yaşandığı 20. yüzyılın başlarında bir tedbir niteliğinde benimsenen yürürlüğe giriş tarihi bulunmayan mevzuatın yayımından sonraki günden başlamak üzere 45 gün sonra yürürlüğe gireceği ilkesinden vazgeçilmiş ve Resmî Gazete'de yayımlanan mevzuatta hüküm bulunmadığı hâllerde yayımlanma tarihinin esas alınacağı düzenlenmiştir.

6. Asli bir düzenlemede ilk defa Mevzuat Bilgi Sisteminden bahsedilmiş ve bir maddeyle düzenlenmiştir.

7. Bu CBK'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan bir yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

Yukarıdaki 7 nci madde doğrultusunda 22/11/2018 tarihli ve 358 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik¹⁴⁶

¹⁴⁶ RG, 23.11.2018, S. 30604. Bu Yönetmeliğin güncel metni için bkz. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=358&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5>

yayımlanmıştır. Genel itibarıyla 10 sayılı CBK'da yer alan hükümleri koruyan Yönetmelik ile aşağıdaki konular daha detaylı düzenlenmiştir:

1. Basılı ortamda yayımlanan Resmî Gazete'nin, internet sitesi üzerinden yayımlananla aynı hukuki statüye sahip olduğu belirtilerek esas yayımlanma biçiminin internet üzerinden olduğu kabul edilmiştir. Öte yandan arşiv amacıyla ve gerekli hâllerde kamu kurumları için Resmî Gazete'nin sınırlı sayıda basılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. İnternet üzerinden yayımlanan gazeteye erişim ücretsizken, basılı Resmî Gazete'nin sayfa ücreti her yıl İdari İşler Başkanlığı tarafından belirlenmektedir.

2. Bu Yönetmelikle bir mevzuatta ilk defa mükerrer resmî gazete uygulaması açık bir hükümle düzenlenmiştir. Zorunluluk arz eden acil durumlarda aynı gün içinde aynı sayıyı taşımak kaydıyla birden fazla Resmî Gazete çıkarılabilmektedir. "Mükerrer" şerhi verilerek yayımlanabilen bu tür gazetelere mükerrer Resmî Gazete denilmektedir. Mükerrer şerhiyle ilk gazete 1 Mayıs 1927 tarihinde Mükerrer 588 inci sayı olarak yayımlanmıştır. Yayımlanan ilk mükerrerden sonra gelenlere ise sırasıyla ikinci mükerrer, üçüncü mükerrer şeklinde sayılar verilmektedir.

3. Yönetmelikle Resmî Gazete'de yayımlanacak metinlerin yayımlanma sırası ile gazetenin tertibi ve bölümlerine ilişkin hususların Genel Müdürlük tarafından belirleneceği öngörülmüş olmasına rağmen 1977 yılından beri kullanılan tertip tarzı ve bölümlendirmeye devam edilmiştir.

4. Resmî Gazete'de yayımlanan metinlerde hata çıkması durumunda, söz konusu hata ilgili kamu kurumundan kaynaklanıyorsa düzeltme metninin Genel Müdürlüğe gönderilerek; hata Genel Müdürlükten kaynaklanıyorsa düzeltme metninin re'sen düzeltilerek Resmî Gazete'de yayımlanması öngörülmüştür.

5. Resmî Gazete'de yayımlanan kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler, tebliğler ve diğer düzenleyici idari işlemlerin tek metin hâlinde güncel olarak tutulduğu Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sisteminde yer alan metin ile Resmî Gazete'de yayımlanan metin arasında farklılık bulunması hâlinde Resmî Gazete'de yayımlanan metnin esas alınacağı düzenlenmiştir. Ayrıca mevzuata ilişkin olarak mahkemeler tarafından verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemine işlenmek üzere davada taraf olan ilgili kamu kurumlarınca Genel Müdürlüğe gönderilmesi öngörülmüştür.

6. Yönetmelik ile kanunlarda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde ve Cumhurbaşkanlığı kararı ile yürürlüğe konulan mevzuatta belirlenmiş ilanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarının personel alımına ilişkin tüm ilanlarının Resmî Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir. Öte yandan Genel Müdürlüğe takdir yetkisi verilerek yukarıdaki kıstaslara uygun olmasa dahi Genel Müdürlükçe uygun görülen resmî ilanların da yayımlanabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Yönetmelikte, ilgili kamu kurumu tarafından resmî ilan yayımlanması istenen tarihten en az 5 gün önce, resmî olarak Genel Müdürlükte olmasını temin etmeleri düzenlenmiştir.

Mezkûr Yönetmelikle ayrıca ilanlardan alınacak ücretlere ilişkin tarifinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı tarafından; ilanlara ilişkin

usul ve şekil şartlarının da Genel Müdürlük tarafından belirleneceği öngörülmüştür.

Bu hükme dayanılarak 22/12/2018 tarihli ve 30633 sayılı Resmî Gazete’de Resmî Gazete İlan Ücret Tarifesi¹⁴⁷ yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı tarafından yürütülen bu Tarife ile yayımlanacak ilanların ücretlendirilmesi, ödeme esasları ve cari yıl satır ücreti ile sayfa düzeni ve ilanların resmî yazıyla gönderilme usulleri düzenlenmiştir. Ayrıca bu Tarife ile resmî yazışma mevzuatına, yazım kurallarına veya Tarife ile belirlenen yukarıdaki usul ve esaslara uygun gönderilmeyen ilanların iade edileceği hükme bağlanmıştır.

Resmî Gazete mevzuatı yeni sisteme uyumlu hâle getirildikten sonra, teknik iyileştirmelere yoğunlaşmıştır. Bu doğrultuda ilk olarak 20 Şubat 2019 tarihinde Resmî Gazete internet sitesi arayüzü yenilenmiş ve arama ile arşiv fonksiyonları daha etkin ve kullanıcı dostu hâle getirilmiştir. İnternet sitesine resimli yardım bölümü eklenerek yeni özelliklerle karmaşıklaşan arama fonksiyonlarının kullanımı açıklanmış ve “Bize Ulaşın” formu eklenerek kullanıcıların karşılaştığı sorunları internet sitesi üzerinden iletme imkânı sağlanmıştır.

10 Temmuz 2019 tarihinde de Resmî Gazete’nin mobil uygulaması hem IOS hem de Android telefon ve tabletler için “T.C. Resmî Gazete” adıyla kullanıma sunulmuştur. Resmî Gazete internet sitesinin tüm özelliklerinin aktarıldığı bu uygulama, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının kendi personeli tarafından hazırlanmıştır.

Ocak 2024 itibarıyla 443.103 kez indirilen bu uygulama 3 ana bölümden oluşmaktadır:

1. Başlık bölümünde ortada Resmî Gazete’nin basılabilir PDF formatındaki nüshasının yer aldığı “PDF Görüntüle” butonu ve önceki ve sonraki sayıya gitme imkânı sağlayan yönlendirme okları bulunmaktadır. Sağ tarafta bulunan “Takvim” bölümünden ise istenilen günün Resmî Gazetesine ulaşılabilmektedir.

2. İkinci bölüm olan ana menüye solda bulunan menü butonuna tıklanarak erişilmektedir. Menüden, “Bugün, Arama (Genel, Arşiv, Mükerrer), Son Mükerrer, Resmî Gazete Tarihçesi, Resmî Gazete Mevzuatı, Web Görünümü, İletişim Bilgileri ve Yardım” başlıklarına ulaşılabilmektedir.

3. Üçüncü bölüm olan ana gövde, aramaların sınırlandırılıp, daha sade sonuçlar elde edilmesini sağlayan “Tüm Kategoriler-Zaman Aralığı” ve içinde bulunulan gün yayımlanan “Resmî Gazete İçeriği” olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır.

23 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazete mobil uygulamasına bildirim özelliği de eklenmiştir. Resmî Gazete yayımlandığı zaman mobil cihazlara otomatik olarak bildirim gönderilmektedir. Bu sayede Resmî Gazete yayımlanır yayımlanmaz kullanıcılara bildirim gönderilmesiyle öncesinde

¹⁴⁷ Resmî Gazete İlan Ücret Tarifesi ile diğer temel Resmî Gazete mevzuatının güncel hâline, Resmî Gazete internet sitesinde yer alan Resmî Gazete Mevzuatı bölümünden erişilebilir.

olduğu gibi 00:00'dan sonra uygulamanın defaatle kontrol edilmesine gerek kalmamış ve kullanıcılara büyük bir kolaylık sağlanmıştır.

Ekim 2019'da ise Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından erişilemeyen eski sayılara ilişkin tamamlayıcı bir proje başlatılmıştır. 2010 yılında elektronik ortama aktarılan ancak Latin alfabesine çevrilmeyen Osmanlı Türkçesi ile yayımlanmış resmî gazeteleri konu edinen proje ile; Resmî Gazete'nin 1/11/1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun yürürlüğü girdiği 1 Aralık 1928 tarihine kadarki dönemde Osmanlı Türkçesi (eski alfabe) ile yayımlanan ilk 1053 sayısının transkribe edilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, başta mevzuat alanında kültür mirası korunarak geleceğe aktarılması olmak üzere hukuk, tarih, edebiyat, siyaset ve yönetim alanlarında faaliyet gösteren araştırmacılara, Millî Mücadele ve genç Cumhuriyet dönemi özelinde kaliteli, kolay ve hızlı bir şekilde hizmet verilebilmesi de bu projenin diğer amaçlarındandır.

Resmî Gazete'nin yüzüncü yılı olan 7 Ekim 2020 tarihinde Osmanlı Türkçesi ile yazılmış olan bu 1053 adet gazete, Resmî Gazete internet sitesi arşivine yüklenmiştir. 7/2/1921 ilâ 29/11/1928 tarihlerini kapsayan bu dönemde basılan 7358 sayfadan oluşan bu gazetelere hem internet sitesinde hem de mobil uygulamada yer alan "Arşiv" bölümünden aranan gazetenin tarihi ya da sayısı yazılarak "Günümüz Türkçesi"¹⁴⁸ butonundan erişilebilmektedir.

Ayrıca, Resmî Gazete'nin yüzüncü yılı münasebetiyle Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından "İstiklâl Harbi Döneminde Resmî Gazete'de Yayımlanamayan 205 Kanun" adlı bir eser yayımlanmıştır. Bu eserde; Millî Mücadele'nin en önemli dönemini barındıran 1921-1923 yılları arasında TBMM tarafından kabul edilmiş ancak Resmî Gazete çıkarılmadığı için yayımlanmadan yürürlüğe girmiş 134 ilâ 338 sayılı 205 adet Kanuna ilişkin Osmanlıca ve Latinize çeviri metinleri, künyeleri, özet niteliğinde konuları ve TBMM tutanaklarından alınmış birkaç sayfalık derleme yer almaktadır. TBMM tutanaklarından alınan bu derlemeler milletvekillerinin konuşmaları, kanun gerekçeleri, teklif yazıları, tabip raporları, Meclis'e çağrılan bürokratların açıklamaları gibi içeriklerden oluşmaktadır. Bu eser ile hem I. Dönem TBMM üyelerinin ne kadar donanımlı olduğu gösterilmekte hem de yüz yıl öncesiyle bu dönem arasında bir bağ kurulmaya çalışılmaktadır. Bu eser; "hukuk, ekonomi ve siyaset tarihimiz bakımından büyük önem taşıyan kaynak bir kitap" olarak nitelendirilmektedir.¹⁴⁹

13 Ocak 2022 tarihinde Resmî Gazete erişimine ilişkin bir çalışma başlatılmıştır. Bu çalışmayla görme engelli kullanıcıların T.C. Resmî Gazete internet sitesi ile mobil uygulamasına erişimini kolaylaştırmak amacıyla form elemanları, navigasyon butonları ve imaj etiketleri üzerinde iyileştirme yapılarak bunlar görme engelli kullanıcıların kullandığı okuma programlarına uyumlu hâle getirilmiştir. İnternet sitesi ve mobil uygulama görme engelli kullanıcılara uygun hâle getirilse de Resmî Gazete'de

¹⁴⁸ "Günümüz Türkçesi" ibaresi internet sitesinde ve uygulamada dikkat çekmek için kullanılmış olup amaç günümüz alfabesi olan Latin alfabesine işaret etmektir.

¹⁴⁹ Bardakçı, 2021.

yayımlanan içeriğin tümünün okunabilir metin olması konusunda önemli engeller bulunmaktadır. Resmî Gazete'nin mevzuat ve/veya ilan bölümlerinde çok sayıda kamu kurum ve kuruluşunun içerikleri yer almaktadır. Metin güvenliğinin ve ilgili içeriğin zamanında yayımlanmasının sağlanması gerekçesiyle bu kurumlar metinlerini fiziki olarak göndermektedir. Bu konuda merkezî bir entegrasyon için teknolojik gelişmeler takip edilmekte ve alternatif çözümler üzerinde çalışmalar yapılmaktadır.

SONUÇ

Antik Roma'da ortaya çıkan resmî gazete kurumu, 19. yüzyılın başında Batılılaşma hareketleri sırasında hayatımıza girmiştir. Ancak, Padişah II. Mahmut 1831'de Takvim-i Vekayi adıyla resmî gazeteyi inşa ederken sadece Batılılaşma saikiyle hareket etmemiş, aynı zamanda kendi valisi Kavalalı Mehmet Ali Paşa'nın 3 yıl önce Mısır'da çıkardığı resmî gazete olan Vekayi-i Mısıriye'den de etkilenmiştir.

Yaklaşık 90 yıl kadar yayımlanan Takvim-i Vekayi, çeşitli dönemlerde inkitaya uğrasa da zengin bir yayın kültürü oluşturmuş ve bunu genç Cumhuriyete aktarmıştır. Bu mirası devralan ve sırasıyla Ceride-i Resmîye ve Resmî Ceride adlarıyla yayımlanan T.C. Resmî Gazete, yüz yılı aşkındır yayımlanmaya devam etmektedir. T.C. Resmî Gazete, bu süreçte sahip olduğu kadim ve zengin kültürün etkisiyle yayın hayatını sürekli, düzenli ve etkili bir şekilde devam ettirmiştir. Bu istikrar, Resmî Gazete'nin hem devletin kurumları arasında hem de kullanıcılarının nezdinde saygın bir yerde bulunmasına katkı sağlamıştır. Bu sayede Resmî Gazete, 2018 yılında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilirken yayımına aralıksız devam edebilmiş ve yeni sisteme teşkilat ve uygulamasıyla en hızlı adapte olan yapılar arasına girmiştir.

Resmî Gazete tüm kamu kurumları ile iletişim hâlinde olması hasebiyle de çok önemli bir fonksiyon icra edegelmiştir. Resmî Gazete sadece TBMM, Anayasa Mahkemesi ve bakanlıklar gibi merkezî kamu kurumlarıyla değil yayımlanacak içerik kapsamında bankalar, taşradaki müdürlükler, ilçe belediyeleri gibi kamu kurum ve kuruluşlarıyla da iletişim hâlinindedir.

Kuruluşundan bu yana resmî ilanların yayımlanması yoluyla da kuvvetlenen Resmî Gazete teşkilatı ile kamu kurum ve kuruluşları arasındaki bu resmî iletişim ağı geniş bir etki alanına sahiptir. Öncesinde mülga Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü uhdesinde yürütülen kamu kurum ve kuruluş ilanlarının yayımlanması hizmeti, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçildikten sonra Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü'nün bünyesine dâhil edilmiştir. Resmî Gazete'de yayımlanan ilanlara gösterilen bu önem, söz konusu ilanların içerik ve şekil şartlarına ilişkin yeni düzenlemeler yapılarak devam ettirilmiştir. Bu da resmî gazete yönetiminin, tüm kamu kurum ve kuruluşlarıyla daha bütüncül, geniş ve doğrudan bir iletişim ağına sahip olmasını sağlamıştır.

Resmî Gazete'nin kullanıcılarıyla da proaktif bir etkileşimi bulunmaktadır. Yeni hükümet sistemine geçildikten sonra kullanıcı

taleplerine cevap verebilmek amacıyla Resmî Gazete internet sitesine ve mobil uygulamasına “Bize Ulaşın” bölümü eklenmiştir. Bu mesajlara aynı gün içerisinde dönülerek kullanıcı gerçek ve tüzel kişilerle de bir iletişim ağı oluşturulmuştur. Ayrıca, mobil uygulamaya Resmî Gazete’nin yayımlandığı zamanı haber veren bir bildirim özelliği eklenerek bu etkileşimin zaman sınırı da ortadan kaldırılmıştır. Böylece Resmî Gazete hem günün başlangıcındaki normal sayılarında hem de gün içerisindeki mükerrer sayılarında yayımlanır yayımlanmaz kullanıcılarına haber verme yoluyla ulaşabilmektedir.

Yukarıdaki gelişmelerle kamusal alana daha kolay erişebilen Resmî Gazete’nin salt idari bir vasıta olarak kendini tanımlayıp hâlâ bu sınırların içinde kalmaya çalışmada ısrar etmesi şaşırtıcıdır. Bu çalışmada da işlediğimiz üzere açıkça kabul edilmese de Resmî Gazete siyasi alanla hep iç içe olmuştur. Buradaki kastımız parti siyaseti olmayıp Resmî Gazete’nin yayın ağı ve verileri doğrultusunda kamu politikaları alanında etkin kullanılmasıdır. Kamu politikalarının belirlenmesi ve yapımı süreçlerinde Resmî Gazete’ye etkin bir rol verilip verilmemesi ve Resmî Gazete’nin idari ve siyasi dikotomi arasında nasıl konumlanması gerektiği konularında akademik ve mesleki çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Resmî Gazete, kuruluşundan bu yana gelişime açık bir anlayış benimsemiştir. Bu anlayışa uygun biçimde Resmî Gazete; 8 Eylül 2004 tarihinde kurulan ve 39 üyesi bulunan Avrupa Resmî Gazeteler Forumunun (European Forum of Official Gazettes) toplantılarına gözlemci üye sıfatıyla düzenli olarak katılmaktadır. Avrupa ülkelerinin ilgili kamu kurumları ile Avrupa Birliği Yayın Ofisinin yer aldığı bu toplantılarda, Resmî Gazete ile Mevzuat Bilgi Sistemi yayın teknolojisi, yayın süreci ve bu alandaki iyi uygulamalara ilişkin fikir alış-verişinde bulunmaktadır. Bu platformun son dönemdeki yönelimi, yapay zeka gibi yeni teknolojilerin resmî gazete yayıncılığında uygulanabilmesi yönündedir. Resmî Gazete de mevcut imkanlar dâhilinde vizyonunu resmî gazetecilikteki küresel gelişmeleri dikkate alarak belirlemektedir. Örneğin yeni hükümet sistemine geçildikten sonra Resmî Gazete online yayımlanarak resmî gazeteciliğin dijitalleşmesi ve çevreci politikalar izlemesi konularındaki küresel teamüllere uyum sağlamıştır. Resmî Gazete’nin yayımlanmasında yapay zekanın kullanılabilmesi önemli bir hedef olduğu kadar aşılması kolay olmayan bir engeldir. Yine de Resmî Gazete misyonu gereği bu tür gelişmelere uyum sağlayacaktır.

Dinamik ilerleme sürecine bakıldığında gelecekte, resmî gazeteciliğin yapay zeka gibi teknolojilerin kullanımıyla salt idari alandan çıkıp daha geniş alanlara yayılacağı ortadadır. Bu çalışmanın ilk bölümünde bir başlık olarak ele aldığımız ve müteakip bölümlerde de yer yer değindiğimiz resmî gazetenin siyasi boyutu, tarihsel perspektif göz ardı edilmeksizin günümüzde teknolojik gelişmeler bağlamında yeniden ele alınmalı ve bu bakış açısıyla kapsamı ve işlevi yeniden değerlendirilmelidir. Gelişim alternatifleri düşünülürken tüm resmî gazetelerimizin arşivi kullanılarak Tanzimat, Meşrutiyet ve Cumhuriyet dönemlerindeki gelişim süreçlerimiz analiz edilebilir ve bu verilerle kamu politika yapım süreçlerine önemli

katkılar sağlanabilir. Büyük verilerin giderek arttığı çağımızda veriye/kanıta dayalı politika yapımı (evidence-based policy making)¹⁵⁰ daha da yaygınlaşacaktır. Böylece bu yöntemi kullanan yönetimler karar alma süreçlerini rasyonelleştirerek kamu hizmetlerini daha etkin, etkili ve hakkaniyetli sunabileceklerdir.¹⁵¹

Resmî Gazete toplamda iki asırlık arşivi, kullanım ağı ve prestijiyle böyle bir dönüşümün merkezi olmaya uygun durumdadır. Bu hedef için klasik resmî gazetecilikten, gayr-ı resmî içeriği haiz resmî gazeteciliği bünyesinde toplayan bir yapıya dönüşüm de değerlendirilmelidir. Dijital dönüşüm sürecinden gerektiği gibi yararlanılmaması, idare tarihimizin dönüm noktalarında önemli yere sahip olmuş ve hâlâ prestiji çok yüksek olan resmî gazete kurumunu, sadece bürokratik bir onay mekanizmasına dönüşmeye mahkûm olma ve kamu kurumları arasındaki saygın konumunu kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya bırakacaktır.

¹⁵⁰ Veriye/Kanıta dayalı politika yapımının ülkemizde uygulanabilirliği bakımından Düzenleyici Etki Analizi örneği için bkz. Ahmet Alptekin Cilavdaroğlu, “Türkiye’de Parlamenter Sistemde Düzenleyici Etki Analizi Uygulamaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Geleceği”, C. 19, S.2, 2019, Akdeniz İİBF Dergisi, s. 273-298.

¹⁵¹ Kamu hizmetlerinde etkinlik, etkililik ve hakkaniyet kavramları için bkz. Yunus Emre İlkorkor, “Kamu Hizmetlerinde Etkinliği Sağlama”, S.158, 2013, İdarecinin Sesi Dergisi, s. 31-36.

1. Takvim-i Vekâyi'nin 25 Cemaziyelevvel 1247 (1 Kasım 1831) Tarihli 1 inci Sayısının İlk Sayfası



محرک کافه اهل ایست وقت و سینه تاسه و پرده کلری به الیه خیره و ورده
 ادا ایتری اوزره اعطا یوریلان سرماه مظلوم جرم من سفاهتک حاوی
 اولدی قضاوتک اعال وریا سته دخی اقتضا ابدن صالح کلکین اعطاسنه
 اراده یوریلوب مظهر دعا اولمشلردر کلبیو لیده مقدار مسجد و چشمه
 و مکتب و ارایسه المریک و خیشلی زما لیدیر و یولری یوزلش سو یورلرتک
 تعمیرنه اراده اولشوب مبارک مقاملری علی الخصوص سو یولایره اولان نازی
 سایرین باشا زبسی زبانت اولشوب تر به مارلزته و قفراه صدقه لوز ویرادی
 کلبیو لری و جوهی پادشاه داره سته یولایره بدخلردن برخل منایهت تریبی
 یاز ایشتر ایسه ده خفته اعلی رعیته بلکه زحمت اولور مضاعفه سینه
 ترکتنه اراده یوریلوب یو و بیسته دخی قفراک راحتی ته همایون لرته
 ملزمت اولدیغینه اشارت اولمشدر قلمه ساطنیه و کلید ایصر و قوم قلمه
 و سد ایصر قلمه لری و عمره یورلی و اولشوب لیده یوکت اقدم اثر شاهه لری
 اولان طیاره لری و یوزجه اطه ک قلمه سنک اشکالکای معانی و سو کلید ایصر
 قلمه سته کاتی در در قطار لری دانه و اولشوب لسی وقیه بادونه اتلان کبیر
 ملو بولک لداخته اراده یوریلوب طوبی بییشی و قنار هر نفسدر کرمه
 امشر ایسه ده بخش علی مهابتندن دشا و له مامنه ویندر لده و عله اولو
 ماملو قدر سیم کلری منقا و پادشاهی اولوب کره سته سوه نعلیم پادشاهیه
 یته اندقدیه مظلوم کره دخی زاید سکوب قمره دخی دین ارشون مقداری
 بری نرو مار ایتمشدر چه قلاع ضابطای و امان لری و سده معنی آسای
 خلعت و یقل عطیه ایله منون اولوب قفرا لری دعا پاسی دخی نائل صدقات
 و قوره اولمشدر و همجه ادرنه ده اون کون اتان یوریلوب یورمه ده اولنکی
 جعه بی سلطان سلیم خان کالی و انکی جعه بی اوج شرفعلی جامع شرفلده
 الی ایله عزیت به امام نالی اقدریه بالاقدمه ادا یور دیر و امین مبارک
 ماملر زبانت و قفرا ودر و نیشته عطیه خلیف و استکساف احوال ایچون
 ایکی دفعه جرم من مصلحتی رحمت باشا حضرت نرکتک بیج و طوبی کلک لویه
 برکتکی مجله کاتی بنده لریته و پردمه طایفه ویران زاده مقدری کلک لویه
 کارنده اولان بنده سته عزیت یورولدی ادرنه ده سوک ادرین کوی
 ادر پادشاهه زدن اولان عسکر منصوره قلمه سنک تشریف و قلمه سنک
 جوانه اراده سن عمل یعمل نکله و بیامع شرفلده حول و اولم و کلک اسلوی
 و متانکی انقلاب یور مشلردر موجود اولان عسکر دخی مابلور طابون
 ظهوره و المریکان کجه رک هر برکت لاس و احوالی و کلک بلر نیشته امانت و قوره
 شاهه همت و ضابطلری بر اکتیه لته مظهر عزیت و امانت ادرین امانه
 اولیس مظلوم همایون لری اولدیغی معیت شاهانه ایله کلان فری خاسه
 نظر کیسی احد پاشایه اوز لده عتلا اراده بره عسگری تطایف یور دیر
 حسنه خاتونک احوالی دخی بذات اطلاعیه دوام لظیف موجب و دخی
 امور لک نسو بیسن احد پاشا ایله معیت همایون عه اولان حکیم پاشا ددری
 مکمل مکرمه معز و ابرکت طیب خاسه عبدالحق اقدریه تا کبیر و به شفا سانه
 زانته اولوب احمدر و کبیر بدینه دخی اراده یوریلوب مصلحت و زنده یوریلوب
 اقدم جریان سیدان عیقلان یولک کبرک کیسیده یولک اراده یوریلوب خلق
 عاقل لره کلوب کجنگه جک کبیر منشدن قور یولوب و اولور لری دعانته
 مسئول اولمیش شرف معیت همایون عه مسند اولان بد کلک هر یی همجه
 مزور و دن آسای حرکت همایون عه کمال انصاب عتلا اوز دخی دعوات
 خدیبه پادشاهی بی مسرور ایجا ابدن برهمجه ادرنه تشریف علی ادره کله

امور داخلیه
 خصوص آنی شوکلو قدر نلو مهابتله ایدانه اسلام بنده اقدم حضرت نرکتک
 بر ابر و کلک کیت خیرمه سیه جنده مضموم و قولان اقدریو نلرینه و ادرنه
 عزیت همایون لری تلقی ماده مخصوصه درک تیرکا یونکله ایجا اولمشدر
 شهریار محسن اطوار شوکلو اقدم حضرت نرکتک منصف اولدقاری رعیت
 یورلرتک اقتضا جده اخبار و قنر اقیبا و سطمه سیه هر نفسدر معلوم همایون لری
 ایسه ده بس اظهر کالمانیه یوکتن کرک اهل اسلام و کرک اهل دستر نایاست
 احوالسن و قلاع سناقاریه سنک استکمالات و کیشلی کلک شتت و همت
 علیه لکن رای الین مشاهده به مقدمه خیر اولوق اوزره منلی سوقی اولان
 تو امانت بنده یوروله ایله نفس نفیس همایون لری منکر کلک ایشتر و جده
 قفراه شهر بلیمتوق اولدقاری ذالقی اعلان و اظهار خدیبه ذکر اولان
 بختری معانیه قصصه و اراده یوریلوب درمه ادرن لری یک ایزور فری الی
 مندی ذی ایلک لری نفس کبیر ایکی و مبارک کلک کبیر ایکی کبیر
 کون واقع اولان جعه کوی نغازی ادا انصره دخی اماده اولان دو کتای
 همایون ایله شرف سان نام فرشته و آکا اقدر کبیر یوزلرته عزیت یور دیر
 دو کتای همایون اوج قیسی و درت فرشتین و درت قورن ویر و یور و یکی
 قورکله ججه اوزایش قصصه سفایندر لسی کون کلبیو لیده امانت و سلا
 ججه بی معیت شاهانه اولان امام نالی حضرت شهر باری کلک مقدسیندن
 مصطفی یوری اقدریه اقتدا غاری سایرین باشا بنده ادره ادره
 دو کتای ایله قلمه ساطنیه سیه عزیت و رعیته و ذاکره دو کتای همایون
 یوزلرته توفیق یله و یور ایله ایشتر فری دخی ستمسی عجم لمر امانت الی
 ججه کوی به نغازی بعد ادا ادره مینه کلبیو یه عه و عهت یور لنده
 ماملر قوم بدخی کوی مدینه مزور دخی دن علی الصخر سوهت و ادرنه
 و کتای و جسر ادر کتده سرای تخریب یوریلوب اهرمان قور ادره و ادرنه
 اوج ساخت مسافده اولان قسره طایفه تم چشنگه بر کبیر دستوت
 یوریلوب شهر مزور لک اوز بری چهار سته کون ادرنه بارم ساخت شاهانه
 واقع صولای جنده سنک زبانت اولان ادری والا یله سفان سلیم خان کالی
 حضرت نرکتک جامع جوانه مالا مسند اعظم حضرت نرکتک سلجقاری
 اراده اقلک جدید و سنکسن اوبوب سرای تخریب اوسان خوبان
 تخریبه چسور مشلردر ذکر اولان ججه باشندن ادره ماملی و اقلکله
 اعلیا و ساج استقبال همایون عه اراده اولوب و مکتب حواج لری اقلکله
 صیاب ایله ورم و ادرین یور و راهب و ماملر لری چو چو ادره لاس
 اقدریه کلک شاهر احمد قلم و دیا و تا ایله صد لری سنک ایشتر
 و اقلکله اهل کال سرور ایله یوزره در یولوب جلال همایون مشاهده سینه
 کلک لری اولمشدر کلبیو لریته خیرمه ادره به دیک سو کتای اقدم
 حضرت نرکتک معانیه یور دقاری بلاد مکره کلک نایب و اعیان و جوهی
 بار مسر ساحت خدیبه منو کاسکرا قنوم شاهانه استقبال ایلوب
 هر یی فرجه و وقتقه سفان لری الباسیه مکره و هر بر حمله سنل ویر عالا
 قفسرا وار ایسه و دستر اولوب بارلرینه صدقات کتیره و یوریلوب
 مظهر نور اتم اولمشدر لکن شتفه وار لره پادشاهیه اولان بد کلک
 تول ابدن کلری قور اقلکله ما کون مصلحت یله دخی اولدقاری مصلحتلردن
 افزون مبالغ اعطا اولمشدر بر ادر اقدم و یوزره اوسو سیم اوزان

2. Takvim-i Vekâyi'nin 25 Cemaziyelevvel 1247 (1 Kasım 1831) Tarihli
1 inci Sayısının Transkripsiyonunun İlk Sayfasından



TAKVİM-İ VAKAYİ'

DEFA

Sene 1247

1

Şuru' fi C

25

[01.11.1831]

UMUR-U DAHİLİYYE

[Padişahın Akdeniz boğazına ve Edirneye gitmesi]

Husus-ı âti şevketlü, kudretlü, mehabetlü Pâdişâh-ı İslam penah Efendimiz Hazretlerinin berayaperverlik niyet-i hayriyesiyle çend Mah mukaddem vuku bulan Akdeniz boğazına ve Edirne'ye azimet-i Humâyunlarını nâtik madde-i mahsusadır ki teberrüken bununla ibtida olunmuştur.

Şehriyar-i mehasin etvar şevketlü Efendimiz Hazretlerinin muttasıf oldukları raiyyetperverlik iktizasınca ahbar ve fenn-i coğrafya vasıtasıyla her ne kadar malumu Hümâyunları ise de لبس الخبر كالمعانيه lebsül haber ke'l-muayene yolundan gerek ehl-i İslam ve gerekse ehl-i zimmet reayasının ahvalini ve kıla-ı Hakaniyesinin istihkamat ve keyfiyatını kemal-i şefkat ve himmet-i Aliyyelerinden ra'yülayn müşahedeye mukaddeme-i hayr olmak üzere misli mesbuk olmayan tevazu3at-ı bende perverane ile nefis-i nefis-i Hümâyunlarına hareket külfetini ihtiyar ve mahza fukaraya şehriyar-ı müşfik olduklarını zaten dahi ilan ve ızhar zımında zikr olunan mahalleri muayeneye kasd ve irade buyurup Dersaâdetlerinden bin iki yüz kırk altı senesi Zilhicce-i şerifesinin yirmi ikinci ve mayısın kezalik yirmi ikincisi günü vaki olan Cuma günü namazı edadan sonra resmi amade olan Donanma-yı Hümâyun ile üç kapak ve dört firkateyn ve dört قورت kurt ve bir vapur ve iki kutr ki ceman on beş

3. Takvim-i Vekâyi'nin Fransızca Versiyonu Le Moniteur Ottoman'ın 4 Ağustos 1832 Tarihli 37 nci Sayısının İlk Sayfası

LE MONITEUR OTTOMAN

F. ANNÉE.

SAINTÉ, 4 AOUT 1832 - 8 DE RÉBUI-ÉVVEL 1236.

NO. 37

INTÉRIEUR.

PARTIE OFFICIELLE.

CONSTANTINOPLE, 3 août.

Un rapport du féli-marschal d'Anatolie, Hussein-pacha, en date du 15 juillet (9 juillet), fait connaître les faits suivants :

Quand le féli-marschal arriva avec le général Misk, au delà d'Antioche, Melmet-pacha, gouverneur d'Alep, commandant un corps de troupes régulières levées dans les districts de son pachalik, avait établi son camp à Hous, Ibrahim, fils de Melmet-Ali, à la tête de sept régiments d'infanterie et cinq de cavalerie, marcha sur cette ville. La brigade de Bekir-pacha, forte de trois régiments d'infanterie et d'un régiment de cavalerie, vint d'accourir le même jour à Hous, fatiguée des marches d'une longue route.

Quoique très inférieurs en nombre, Melmet-pacha et Bekir-pacha acceptèrent le combat. Les sept régiments réguliers ont soutenu pendant une journée entière l'effort de l'ennemi ; mais tous les troupes régulières ont été chassées à la bayonnette et dépourvus de leurs positions ; mais la brigade de Bekir-pacha, trop faible pour pouvoir s'étendre, et conséquemment obligée de se concentrer, n'a pu empêcher le terrain qu'elle venait de conquérir, avec une brillante valeur. La nuit seule a mis fin au combat.

Cette affaire-générale ne devant pas s'exposer à avoir de nouveau toute l'armée ennemie sur les lieux, s'est repliée sur le camp principal, qui, à l'époque de ces nouvelles, se trouvait à Antioche, et se disposait à marcher en avant avec ses autres troupes de subsistance. Le pays est hors d'état de fournir la moindre ressource, et l'armée ne peut compter que sur ses propres approvisionnements.

Les pays situés au delà d'Alepus sont dépeuplés, pendant l'été, de diverses épidémiques, désignées surtout pour ceux qui ne sont point familiarisés avec ce climat malsain. Les maladies sont dues principalement à un vent pernicieux qui régnait pendant les journées brûlantes, et qui produisit des ravages terribles parmi la population. Le défendeur Tahir-effendi, intendant-général de l'armée, et Koussî-Mehmet-effendi, wali du camp, ont été arrêtés par ses lieutenants auxquels il avait succédé tous les deux. Tout sur la route et l'autre à Antioche. La partie de ces deux personnages recommandables a été vivement acclamée.

Le féli-marschal a nommé aux fonctions d'intendant général Elhate Ebdou-effendi, l'un des ministres de l'Empire, qui précédemment avait été chargé du transport du gros impérial destiné pour la Mecque, et qui se trouve actuellement au quartier-général. Quant à la charge de wali du camp, elle vient d'être, par ordonnance impériale, rendue à Tcherkânî Melmet-effendi, qui, de sa qualité titulaire de la Mecque, avait été nommé wali de Constantinople le 3 de safir (5 juillet) il a été nommé de l'investiture d'usage. Le traitement dévolu au wali du camp, qui tire des revenus de Constantinople, et le traitement particulier accordé primitivement à Koussî-effendi, lui ont été assignés.

COMPTABLES.

Un B au 15 de safir (du 5 au 13 juillet) il a été versé dans les magasins du gouvernement, par les bâchins collecteurs provenant des échelles de Rodosto, Nive, Pégas, Ancharis, Akadjakke et quelques autres :

68,938	lots de bois.
4,500	de fer.
6,365	de cuivre.
6,126	de plomb.
8,529	de fer-blanc.

Les impôts du gouvernement ont fourni pendant le même espace de temps, en divers districts situés à la cavalerie et à l'infanterie de ligne, aux artilleurs et aux boulangers de la capitale : 56,870 kilans de blé, et 1250 kilans d'orge.

(Fin de la partie officielle.)

Des lettres de commerce reçues de Rhodes en peu de jours annoncent que la flotte de Melmet-Ali continuait à se tenir en vue de devant le port d'Alexandrie ; elle se composait, au moment

où elle a été vue par les capitaines marchands qui ont fourni ces renseignements, de 3 vaisseaux, sept frégates, un certain nombre de bricks, canoës et brûlots, en tout trente voiles. Il paraît que l'intention de Melmet-Ali n'est pas que sa flotte s'éloigne des côtes de l'Égypte ; il craint un détachement, et comme l'Égypte est en ce moment dépourvue de troupes, et que la population suit avec le plus d'incrédulité cette guerre d'insurrection qui met le comble à ses maux et la réduit aux abois, le pacha a voulu comprendre tout le danger qui lui fait courir un détachement, même de forces peu importantes, qui seraient accueillies avec enthousiasme par le peuple arabe. Il est donc à croire que les armées égyptiennes s'éloigneront peu de la côte où dans la quelle il se renfermera pour le moment.

Melmet Salik-effendi, wali de la ville de Malva, dans l'Anatolie, écrit qu'un évènement extraordinaire vient d'avoir lieu dans cette ville. Le fémi d'un général, nommé Yalou, est accablée d'une espèce de monnaie, qui avait deux faces au front, longue chacune de 8 pouces environ. Ses yeux étaient ronds et extrêmement saillants, ses bras grêles, ses côtes et les genoux sans jointures. Arrivé après sa naissance, cet être difforme donna signe de vie par des convulsions convulsives et capricieuses sous les yeux de quelques visiteurs qui étaient venus donner leurs soins pour l'accouchement.

EXTRÉMIER.

Extraits des journaux de Paris jusqu'au 11 juillet.

FRANCE. — Chaque jour de nouveaux embarras viennent compliquer la position déjà si difficile du gouvernement. Le jour où ce caractère des individus condamnés par les conseils de guerre depuis la mise de Paris en état de siège, devant annoncer une tentative atroce avec assistance par les parisiens. Le 10 juin avait été le jour fixé par le corps expéditionnaire pour passer sur le ponton et décider la grave question de la compétence des tribunaux militaires. Le ministère comptait sur une majorité de plusieurs voix. L'arrêt a été rendu. La cour de cassation a déclaré l'inconstitutionnalité de l'état de siège, en ce qui touche les tribunaux militaires jugant des individus n'appartenant pas à l'armée.

On se félicitait d'ordinaire une idée de l'effet que cette sentence produirait dans tous les partis. L'opposition l'a accueillie comme un triomphe, et devant servir de base à l'accusation qu'elle se propose de diriger contre le cabinet à la prochaine session des chambres. On assure que le plus d'accusation est déjà tout prêt, et que c'est M. Odilon Barrot qui s'est chargé de le rédiger et de le présenter à la chambre des députés. Les amis du ministère s'efforcent d'effacer peu de cette mesure ; ils calculent que la majorité parlementaire lui est acquise, et pensent que cette démarche de l'opposition ne produira d'autre résultat que d'associer la chambre aux actes des ministres, en l'obligeant à leur délivrer un bill d'indemnité.

Quand il en soit, au moment où l'arrêt de la cour de cassation a été rendu, tout ce qui se rapporte au système ministériel a été profondément ébranlé. La première idée qui frappa tout le monde, ce fut que l'état de siège allait être levé et que le ministère se retirerait. En effet dès le lendemain le ministre contint l'annonce de la levée de l'état de siège pour Paris, mais qu'au lieu d'un simple décret ministériel, fut émis, et que le décret, déterminant à continuer le ministère du cabinet dans sa composition actuelle jusqu'après la convocation des chambres. Avant l'approbation de l'arrêt, il avait eu des modifications arrêtées. M. Dupin avait été choisi comme président du conseil ; on attendait la décision de la cour pour rendre sa nomination officielle. Après l'arrêt, M. Dupin refusa de participer à la nouvelle combinaison du cabinet, à moins qu'il n'eût la liberté de recomposer le personnel entier du ministère.

M. Dupin est retourné dans le département de la Nièvre d'où il était arrivé en hâte sur l'invitation du roi ; mais il ne doit pas tarder à revenir. Le roi lui a fait promettre d'être le premier à venir après quinze jours, car il reconnut que M. Dupin est l'honneur du royaume. Sa brillante éloquence

parlementaire lui a acquis une influence considérable au sein de la chambre des députés, mais il n'a pas de l'indépendance de son caractère, jointe à une franchise imperturbable, à la confiance pour les ministres de l'opposition, à l'absence de respect pour ses personnes. Bien qu'il ait toujours déclaré que M. Dupin paraît la direction du cabinet jusqu'au moment sans aucun de l'opposition. Une autre opinion exige son prochain retour à Paris, c'est qu'il est chargé de diriger le comité de ménage de la première Loi de la loi des Belges.

M. le maréchal Soult et Montalivet ont, dit-on, déclaré à son qu'il ne pouvait être question pour eux de se retirer après l'arrêt de la cour de cassation, et qu'ils devaient par conséquent rester jusqu'à la convocation des chambres, afin d'y présenter la défense de leur conduite. Ils ont écrit au président de la chambre des députés, et lui ont envoyé par écrit leurs demandes afin de l'être la conclusion de cette affaire. Ils ont écrit qu'il fut un instant question dans le conseil de les élargir pour le 15 juillet ; mais après plusieurs délibérations la convocation fut ajournée. Plusieurs motifs ont prévalu contre cette décision. L'arrêt de la chambre des députés est un résultat d'indignation que les députés eux-mêmes ont fait à leurs affaires personnelles ; ensuite le fait est d'être si long, et de donner à la chambre est pour le moment en dissolution, il ne sera peut-être dans deux mois ; et enfin tout les discussions parlementaires dans un moment où toutes les passions sont vivement excitées, ce serait leur fournir un nouvel aliment. Dans deux mois, les événements des 5 et 6 juin seront déjà loin, et les impressions du moment s'effaceront, et les passions se calmeront. La session pourra s'ouvrir avec plus de calme et moins de danger qu'en ce moment.

L'opposition s'occupe de son côté à recueillir des forces pour soutenir la chambre d'accusation contre le ministère, et surtout contre M. le maréchal Soult et Montalivet, les deux ministres plus compromettants. L'un a signé la mise en état de siège et l'autre a publié les instructions relatives aux conseils de guerre. Avant-hier tous les députés de ce parti se sont réunis au Palais-Léonard, afin de constituer sur cette affaire. L'acte a été rédigé par M. Odilon Barrot, il l'a lu devant un assez grand nombre de députés qui l'auraient approuvé.

Le ministère espère sur le victorieux de cette lutte, qui sur le fait de l'indignation, lui rendant sans l'énergie qu'il n'a plus et montrant le monde de l'opposition comme son le son de compensation n'a obtenu que des adhésions, et quoique ce nombre soit considérable en lui-même, il ne s'est pas par rapport au nombre total des membres de la chambre qui est de 400. On peut donc penser que malgré ce succès du ministère. On croit qu'il présentera à la chambre un projet de loi pour demander qu'on sorte de son pouvoir des moyens plus efficaces de répression, afin d'être à même de contenir les perturbateurs sans être obligé de transporter le système.

Tous ceux qui s'étaient ralliés au système de M. Casimir Périer déclarent la nomination d'un président du conseil, afin que l'administration puisse un caractère plus ferme, moins hésitant que celui qu'elle a jusqu'ici eu. Le cabinet actuel n'est considéré que de spectateurs, et comme qui ne peuvent embrasser un système assez politique générale tout en conservant des députés de l'administration. M. d'Argout et de Rigault sont les hommes tout à fait opposés et qui ne sont pas guère du côté de leurs attributions. Quant à M. Schœlcher, depuis sa démission subite, il ne s'est jamais entièrement rétabli et s'occupe peu des affaires de son département. Les députés qui avaient un caractère des affaires étrangères sont, la plupart du temps, en vacances au lieu que les examens lui-même et y répond.

Ces jours derniers, une nouvelle qui a beaucoup surpris, a été l'état actuel du gouvernement et les suites de guerre qui allaient de toutes parts, c'est que le maréchal Soult s'est rendu au camp de Mont-d'Or. L'amiral de Rigault a été chargé de la capitale en son absence.

La capitale est tranquille, mais on craint des troubles pour l'anniversaire des 27, 28 et 29 juillet. Le gouvernement a donné l'ordre qu'on n'allât cette année le jour de solennité aux fêtes de ces journées. On a répandu les prospectus de la police pour empêcher les manifestations de ces jours. La police prendra les mesures pour prévenir toute tentative d'insurrection, on craint chaque jour des personnes soupçonnées de républicanisme.

4. Ceride-i Resmîye'yi (Resmî Gazete'yi) Kuran 7/10/1920 Tarihli ve 263 Sayılı İcra Vekilleri Heyeti Kararnamesi

95

No: 107.— Büyük Millet Meclisince neşrolunan kavanin ve nizamât ile ittihaz olunan mukarreratın

«Ceridei Resmîye ile neşiri» hakkında kararname

7 Teşrinievvel 1336 — No: 263

Büyük Millet Meclisince neşrolunan kavanin ve nizamât ile ittihaz olunan mukarreratın ve memurinin azil ve nasbı ve tecziye ve taltifi gibi muamelâtı müteferriatlarına bilûmum efradi milletin kesbi vukuf eylemesi için matbuat ve istihbarat müdiriyeti umumîyesince “ bir ceridei resmîye,, neşri Heyeti vekilenin 7 Teşrinievvel 1336 tarihindeki içtimanda takarrür etmiştir.

B. M. M. Reisi	Şer'îye V.	Müdafaai Milliyè V.	Adliye V. N.
M. Kemal	Fehmi	Fevzi	Ahmet Muhtar
Dahiliye V. N.	Hariciye V. V.	Maliye V.	Maarif V.
Dr. Adnan	Ahmet Muhtar	Ferit	Dr. Rıza Nur Bf. [*]
Nafia V.	İktisat V. V.	Sıhhiye V.	
İsmail Fazıl Pş. Hz. [*]	Mahmut Celâl	Dr. Adnan	
Erkânıharbiyeiumumiye Reisi			
İsmet			

[*] Bulunmadı.

5. Ceride-i Resmîye'nin (Resmî Gazete'nin) 7/2/1921 Tarihli I inci Sayısının İlk Sayfası

آبونه شرائطی

پوز نسخہسی ۲۵۰ غروش
الی ۱۲۵
پہر نسخہسی ۱۰۰ پاردرہ

جریدہ رسمیہ

پازار اہرتسی
۲ جہازقی اولول ۱۳۳۹
۷ شباط ۳۲۷
تاریخ تاسیسی
۱۳۳۶ تفرین اول

تورکیہ بیوک ملت مجلسی حکومتک رسمی غزہسی اولوب شدیلک ہفتہدہ بردفہ نشر اولتور . سنہ : ۱

نومروی : ۱

صالح، الوجہہ، قائمقاملنہ سوئہری قائمقای احسان، سوئہری قائمقاملنہ سورہہ مکتوبچیسو پوسفشیا، رشادہہ قائمقای متبرائف بیک عربلیہ رشادہہ قائمقاملنہ پرواری قائمقای عبدالہادی بک وانڈیلر تعین ایشلاردر.

قانون

[تورکیا بیوک ملت مجلسک ابتدای تشکیلدن اعتباراً موقع مریضہ وضع ایشدیک قانون:]

تکلیاتی اساسیہ قانون

مواد اساسیہ

مادہ ۱ - حاکمیت بلا قیدوشرط ملکتدر. اداره اصولی خلقک مقرراتی بالذات وبالفعل اداره ایشی اساستہ مستنددر.

مادہ ۲ - اجرا قدرتی وتفریح صلاحیتی ملتک پیکانہ وسبقی مجلی اولان بیوک ملت مجلسنہ تجلی وتفرکز ایدر.

مادہ ۳ - تورکیا دوائی بیوکملت مجلسی طرفندن اداره اولتور. وحکومتی «تورکیا بیوک ملت مجلسی حکومتی» عنوانی طاشیر.

مادہ ۴ - بیوک ملت مجلسی ولایتلر خلقنبہ منتخب اعضادن مرکبدر.

مادہ ۵ - بیوکملت مجلسک ابتدائی ایکی سنہدہ مرکبدر اجرا اولتور. انتخاب اولدان اعضاکل اعضائی مدتی ایکی سنہدن عبارت اولوب فقط تکرار انتخاب اولتیق جائدر. سابق ہیئت لاحق ہیئتک اجتنابنہ قدر وظیفہیہ دوام ایدر. ایکی انتخاب اجراسنہ امکان کورولدیکی تقدیردہ اجتناع دورہسنتک یالکز برسنہ تمدیدی جائدر بیوکملت مجلسی اعضاسنتک هریری کندیتی انتخاب ایدن ولایتک آبرجہہ وکیلی اولیوب عموم ملتک وکیلیدر.

مادہ ۶ - بیوک ملت مجلسک ہیئت عمومیسی تفرین نای ایتداسنہ دعوتسز اجتناع ایدر.

هیئت مریضہ مک عربتی

لوندردہ ۲۱ شباط اتقادی مقرر قوتقرانسدہ تورکیا بیوک ملت مجلسی حکومتی تقیل اینک اوزرہ خارجہہ وکیل بکر شای بک اندینیک ریاستلری آلتندہ اعزای تقرر ایدن هیئت مریضہ پازار کونی آقشای نصفالیلہہ خصوصی برتردہ آفریدن حرکت ایلشدرد.

توجیبات ملکیہ

آطنہ والیکنہ لرغایل متصرفی حللی، لرغایل متصرفنہ قیر-نہری متصرفی اکرم، قیرنہری متصرفنہ اسکی شہر متصرفی سعید اسکی شہر متصرفنہ فرق کایسا متصرف سابق حللی، حکامری متصرفنہ موصل بیوت اسبق ابراہیم فوزی، بازید متصرفی طاهر بیک عربلیہ بازید متصرفنہ اونی متصرفی صبری، ایکسی صنف ملکیہ مفتلکنہ داخلیہ وکالی مأمورین مجزی سبری، قرہ کوسہ قائمقاملنہ کردہ قائمقاماندن آچقیدہ جلال-الدين، قولب قائمقاملنہ الشکر قائمقام وکیل حسن شیا، پور قائمقاملنہ چهارشینیہ قائمقام اسبق رفعت، آکین قائمقاملنہ سپاو قائمقام اسبق عیدالله نوری، آچقہ بلانغ قائمقاملنہ ماردین حریرات مدیر سابق غلغل، بیری قائمقاملنہ رأس المین قائمقای سالم، کدوس قائمقاملنہ مہاجرین مفتلاردین سالم اوزدمیر، لادین قائمقاملنہ کورہلہ قائمقام اسبق نیازی، کوش حاجی کوی قائمقاملنہ لادین قائمقای راسم ایل سو قائمقاملنہ کوش حاجی کوی قائمقای برهان الدین، مدنی قائمقای نای بیک عربلیہ مدنی قائمقاملنہ

6. Ceride-i Resmîye'nin (Resmî Gazete'nin) 7/2/1921 Tarihli 1 inci Sayısının Transkripsiyonunun İlk Sayfasından

Pazartesi

28 Cemazıyelevvel 1339
7 Şubat 1337

Tarih-i Tesisi
7 Teşrinievvel 1336

CERİDE-İ RESMİYE

Abone Şeraiti

Yüz nüshası 250 kuruş
Elli nüshası 125 kuruş
Beher nüshası 100 paradır

Numarası: 1 Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Resmî Gazetesi olup şimdilik haftada bir defa neyrolunur. Sene: 1

Heyet-i Murahhasanın Azimeti

Londra'da 21 Şubat inikadı mukarrer konferansta Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetini temsil etmek üzere Hariciye Vekili Bekir Sami Beyefendi'nin riyasetleri altında izamı takarrür eden Heyet-i Murahhasa Pazar günü akşamı nisfî'leyle hususi bir törenle Ankara'dan hareket eylemiştir.

Tevcihat-ı Mülkiye

Adana Valiliğine İçel Mutasarrıfı Hilmi, İçel Mutasarrıflığına Kırşehir Mutasarrıfı Ekrem, Kırşehir Mutasarrıflığına Eskişehir Mutasarrıfı Said, Eskişehir Mutasarrıflığına Kırkkilise Mutasarrıf-ı sabıkı Hilmi, Hakkâri Mutasarrıflığına Musul Mebus-ı esbakı İbrahim Fevzi, Bayezid Mutasarrıfı Tahir Bey'in azliyle Bayezid Mutasarrıflığına Oltu Mutasarrıfı Sabri, İkinci Sınıf Mülkiye Müfettişliğine Dâhiliye Vekâleti Memurin Mümeyyizi Sabri, Karaköse Kaymakamlığına Gerece Kaymakamlığından açıkta Celaleddin, Kulp Kaymakamlığına Eleşkirt Kaymakam Vekili Hasan Ziya, Bor Kaymakamlığına Çarşamba Kaymakam-ı esbakı Rıfat, Eğin Kaymakamlığına Simav Kaymakam-ı esbakı Abdullah Nuri, Akçadağ Kaymakamlığına Mardin Tahrirat Müdür-i sabıkı Muhlis, Beşiri Kaymakamlığına Resulayn Kaymakamı Salim, Gedus Kaymakamlığına muhacirin müfettişlerinden Salim Özdemir, Lâdik Kaymakamlığına Görele Kaymakam-ı esbakı Niyazi, Gümüşhacıköy Kaymakamlığına Lâdik Kaymakamı Rasim, Iısu Kaymakamlığına Gümüşhacıköy Kaymakamı Burhaneddin, Mudurnu Kaymakamı Naci Bey'in azliyle Mudurnu Kaymakamlığına Salih, Alucra

7. Resmî Gazetemizin Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazete Adıyla Yayımlanmaya Başladığı 17/12/1927 Tarihli 763 üncü Sayısının İlk Sayfası

تورکجه جمهوریت		Resmî Gazete																																																																																																															
اداری و تحریری معاملات ایچون باش وکالت چلیله معدومات مدیریتده مراجعت اولونور	<p>سایسی ۱۰۰ پاره در</p> <p>تاسیس تاریخی : ۷ تشرین اول ۱۳۳۶</p> <p>سایسی ۱۰۰ پاره در</p>	<p>سایسی ۱۰۰ پاره در</p> <p>تاسیس تاریخی : ۷ تشرین اول ۱۳۳۶</p> <p>سایسی ۱۰۰ پاره در</p>	<p>سایسی ۱۰۰ پاره در</p> <p>تاسیس تاریخی : ۷ تشرین اول ۱۳۳۶</p> <p>سایسی ۱۰۰ پاره در</p>																																																																																																														
قانونلر		قانونلر																																																																																																															
<p>مال برکاتی و عموم ژاندارمه قومانده لئی ۱۹۲۷-سنه مالیه سی بورج لرینه تخصیصات منضمه عمومه سی مقنده قانونه قانون نومروسى : ۱۱۷۹ برنجی ماده — ۱۹۲۷ سنه مالیه سی مالیه وکالتی و عموم ژاندارمه قومانده لئی بودجه لرینک مربوط جدولده</p>	<p>محور فصول و موادینه جمعاً ۱۵۰۰۰۰۰ لیرا تخصیصات منضمه اوله رق علاوه اولونمشدر . ایکینجی ماده — بوقانون نثری تاریخندن معتبردر . اوچونجی ماده — بوقانونک احکامی اجراییه مالیه وکیللی ماموردر . ۸ — کانون اول — ۱۹۲۷</p>	<p>مال برکاتی و عموم ژاندارمه قومانده لئی ۱۹۲۷-سنه مالیه سی بورج لرینه تخصیصات منضمه عمومه سی مقنده قانونه قانون نومروسى : ۱۱۷۹ برنجی ماده — ۱۹۲۷ سنه مالیه سی مالیه وکالتی و عموم ژاندارمه قومانده لئی بودجه لرینک مربوط جدولده</p>	<p>محور فصول و موادینه جمعاً ۱۵۰۰۰۰۰ لیرا تخصیصات منضمه اوله رق علاوه اولونمشدر . ایکینجی ماده — بوقانون نثری تاریخندن معتبردر . اوچونجی ماده — بوقانونک احکامی اجراییه مالیه وکیللی ماموردر . ۸ — کانون اول — ۱۹۲۷</p>																																																																																																														
<table border="1"> <thead> <tr> <th>فصل</th> <th>ماده</th> <th>نوع تخصیصات</th> <th>لیرا</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td></td> <td></td> <td>مالیه وکالتی</td> <td></td> </tr> <tr> <td>۱۵۰</td> <td></td> <td>مصارف مستوره</td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>۲</td> <td>داخلیه</td> <td>۵۲ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td>۴</td> <td>امنیته عمومیه استخبارات مصرفی</td> <td>۹۰ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td>۱۴۲ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td>مصارف غیر ملحوظه</td> <td>۸۰ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td>۱۵۱</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="4" style="text-align: center;">عموم ژاندارمه قومانده لئی</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td>ولایات معاشاتی</td> <td></td> </tr> <tr> <td>۳۵۳</td> <td></td> <td>ضابطان و منسوبین عسکریه</td> <td>۱۴ ۲۸۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td>۲</td> <td>افراد</td> <td>۶۱ ۶۳۶</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td>۷۵ ۹۱۶</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td>۷۵ ۹۱۶</td> </tr> </tbody> </table>	فصل	ماده	نوع تخصیصات	لیرا			مالیه وکالتی		۱۵۰		مصارف مستوره			۲	داخلیه	۵۲ ۰۰۰		۴	امنیته عمومیه استخبارات مصرفی	۹۰ ۰۰۰				۱۴۲ ۰۰۰			مصارف غیر ملحوظه	۸۰ ۰۰۰	۱۵۱				عموم ژاندارمه قومانده لئی						ولایات معاشاتی		۳۵۳		ضابطان و منسوبین عسکریه	۱۴ ۲۸۰		۲	افراد	۶۱ ۶۳۶				۷۵ ۹۱۶				۷۵ ۹۱۶	<table border="1"> <thead> <tr> <th>فصل</th> <th>ماده</th> <th>نوع تخصیصات</th> <th>لیرا</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td></td> <td></td> <td>مالیه وکالتی</td> <td></td> </tr> <tr> <td>۱۵۰</td> <td></td> <td>مصارف مستوره</td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>۲</td> <td>داخلیه</td> <td>۵۲ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td>۴</td> <td>امنیته عمومیه استخبارات مصرفی</td> <td>۹۰ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td>۱۴۲ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td>مصارف غیر ملحوظه</td> <td>۸۰ ۰۰۰</td> </tr> <tr> <td>۱۵۱</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td colspan="4" style="text-align: center;">عموم ژاندارمه قومانده لئی</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td>ولایات معاشاتی</td> <td></td> </tr> <tr> <td>۳۵۳</td> <td></td> <td>ضابطان و منسوبین عسکریه</td> <td>۱۴ ۲۸۰</td> </tr> <tr> <td></td> <td>۲</td> <td>افراد</td> <td>۶۱ ۶۳۶</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td>۷۵ ۹۱۶</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td>۷۵ ۹۱۶</td> </tr> </tbody> </table>	فصل	ماده	نوع تخصیصات	لیرا			مالیه وکالتی		۱۵۰		مصارف مستوره			۲	داخلیه	۵۲ ۰۰۰		۴	امنیته عمومیه استخبارات مصرفی	۹۰ ۰۰۰				۱۴۲ ۰۰۰			مصارف غیر ملحوظه	۸۰ ۰۰۰	۱۵۱				عموم ژاندارمه قومانده لئی						ولایات معاشاتی		۳۵۳		ضابطان و منسوبین عسکریه	۱۴ ۲۸۰		۲	افراد	۶۱ ۶۳۶				۷۵ ۹۱۶				۷۵ ۹۱۶
فصل	ماده	نوع تخصیصات	لیرا																																																																																																														
		مالیه وکالتی																																																																																																															
۱۵۰		مصارف مستوره																																																																																																															
	۲	داخلیه	۵۲ ۰۰۰																																																																																																														
	۴	امنیته عمومیه استخبارات مصرفی	۹۰ ۰۰۰																																																																																																														
			۱۴۲ ۰۰۰																																																																																																														
		مصارف غیر ملحوظه	۸۰ ۰۰۰																																																																																																														
۱۵۱																																																																																																																	
عموم ژاندارمه قومانده لئی																																																																																																																	
		ولایات معاشاتی																																																																																																															
۳۵۳		ضابطان و منسوبین عسکریه	۱۴ ۲۸۰																																																																																																														
	۲	افراد	۶۱ ۶۳۶																																																																																																														
			۷۵ ۹۱۶																																																																																																														
			۷۵ ۹۱۶																																																																																																														
فصل	ماده	نوع تخصیصات	لیرا																																																																																																														
		مالیه وکالتی																																																																																																															
۱۵۰		مصارف مستوره																																																																																																															
	۲	داخلیه	۵۲ ۰۰۰																																																																																																														
	۴	امنیته عمومیه استخبارات مصرفی	۹۰ ۰۰۰																																																																																																														
			۱۴۲ ۰۰۰																																																																																																														
		مصارف غیر ملحوظه	۸۰ ۰۰۰																																																																																																														
۱۵۱																																																																																																																	
عموم ژاندارمه قومانده لئی																																																																																																																	
		ولایات معاشاتی																																																																																																															
۳۵۳		ضابطان و منسوبین عسکریه	۱۴ ۲۸۰																																																																																																														
	۲	افراد	۶۱ ۶۳۶																																																																																																														
			۷۵ ۹۱۶																																																																																																														
			۷۵ ۹۱۶																																																																																																														

T.C. RESMÎ GAZETE

İdari ve tahriri muameleat için
Başvekkâlet Müdevvenat
Müdürlüğüne müracaat olunur

1 Kânunievvel 1928
Cumartesi

Sayı : 1054

B. M. M Kararı

Ecnebi devletler Sefarethane ve Konsoloshanelerinin vergi ve rusumu belediye ile ferağ harcından muafiyetlerine mütedair olan 1 Mart 1332 tarihli Kanun tefsirine imkân olmadığı hakkında

Karar N° : 445

Ecnebi devletler tarafından Sefarethane ve Kosoloshane inşa edilmek üzere meccanen tefevvuz olunan veya bu maksatla teferruğ ve iştiri edilen arsalarla muhterik ve münhedim Sefarethane ve Konsoloshane arsalarının vergi ile mükellefiyet veya ademi mükellefiyetleri hususunun tasrihi için 1 Mart 1332 tarihli

kanunun tefsiri Başvekkâletten talep edilmiş ise de :

1 Mart 1332 tarihli kanunla bahş olunan ferağ harci, vergi ve hergüna rusumu belediyeden muafiyet, muamelei mütেকabile şartile, düveli ecnebiyenin Sefaret ve konsoloshane binalarına ait olup 1341 senesi müvazenei umumiye kanununun 33 üçüncü maddesi ise düveli ecnebiyeye, müamelei mütেকabile şartile, Ankarada sefarethane ve konsoloshane inşa edilmek üzere meccanen verilecek arsalar için bila harç tapu senedi ita kılınacağını ifade etmekte olduğundan, bu sarahatlerden salıfüzzikir arsaların vergi ve

9. Resmî Gazete'nin İnternet Sitesinin 27 Haziran 2000 – 1 Haziran 2006 Tarihleri Arasındaki Görünümü



RESMÎ GAZETE

- Bugün
- Fihrist
- Son Mükerrer
- Arşiv
- Mükerrer Resmî Gazeteler
- Bununla İlgili
- Bazılar Arşiv
- Mükerrer İlanlar
- Duyurular
- Ana Sayfa

Resmî Gazete Projesi
Bilgi İşlem Başkanlığı
ve Mevzuat Geliştirme
ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından
Geliştirilmiştir.

**T.C.
Resmî Gazete**

Başbakanlık
Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğüne Yayınlanır.

Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından
hazırlanan Resmî Gazete, eş zamanlı olarak internet ortamına
aktarılmakta olup, Bilgi İşlem Başkanlığı'nın teknik desteği ile
Resmî Gazete Bilgi Sistemi olarak yayınlanmaktadır.

E-mail: resmigazete@basbakanlik.gov.tr

Bu sayfa 07/12/2000 ile 1/8/2003 tarihi arasında 8040073 kişi tarafından ziyaret edilmiştir.

10. Resmî Gazete'nin İnternet Sitesinin 2 Haziran 2006 – 19 Şubat 2019 Tarihleri Arasındaki Görünümü



T.C. Resmî Gazete
Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğüne Yayınlanır

KURULUŞ: 7 EKİM 1920

22 Ağustos 2006 Salı

T.C. Resmî Gazete

Mevzuat Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğüne Yayınlanır

YÜRÜTMELERİN İDARE BÖLÜMÜ

MİLLÎ TEKRARANI SÖZLEŞME

Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Resmî Gazete, eş zamanlı olarak internet ortamına aktarılmakta olup, Başbakanlık Bilgi İşlem Başkanlığı'nın teknik desteği ile Resmî Gazete Bilgi Sistemi olarak yayınlanmaktadır.

Yargı İlanları | Artırma, Eksiltme ve İhale İlanları | Çeşitli İlanlar | Kurlar ve Senet Değerleri | Resmî Gazete ile İlgili Bilgiler

Görüş Bildir

Şu anda 981 kullanıcı aktif.

Türkiye

II. Resmî Gazete'nin İnternet Sitesinin 20 Şubat 2019 Tarihinden Günümüze Görünümü

T.C. CUMHURBAŞKANLIĞI
RESMÎ GAZETE

10 Ocak 2024 tarihli ve 32425 Sayılı Resmî Gazete

PDF Görüntüle

10 Ocak 2024 tarihli ve 32425 Sayılı Resmî Gazete

Resmî Gazete'nin 01.02.1982 tarihinden itibaren yayımlanan bir sayısına eşitlenmiştir.

Arama Sınıfı Kategoriler Zaman Aralığı Son Mükerrer Gözetim Mükerrer 0 0 Ocak Sayı Sonraki Sayı

Ocak 2024						
Pz	Salı	Çarş	Perş	Cum	Ci	Pzt
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31	1	2	3	4
5	6	7	8	9	10	11

YÜRÜTME VE İDARE BÖLÜMÜ

YÖNETMELİKLER

- Kocaeli Üniversitesi Kütüphaneleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Necmettin Erbakan Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

YARGI BÖLÜMÜ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

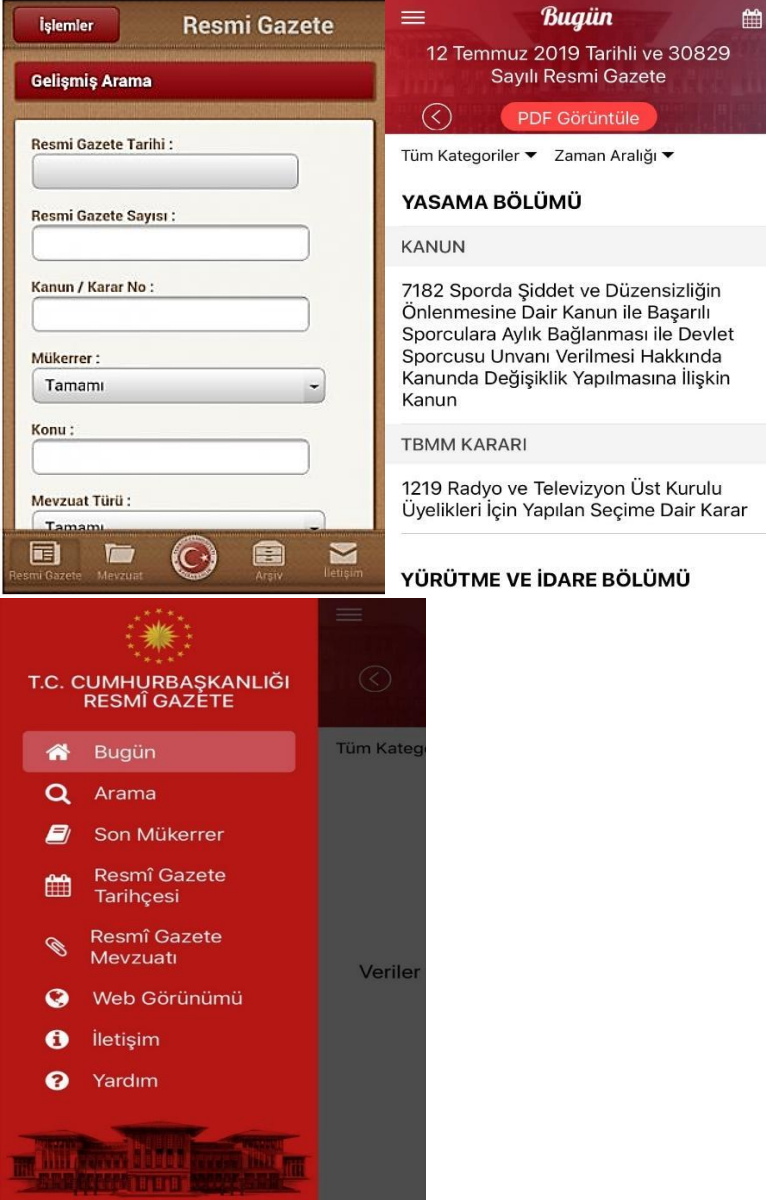
- Anayasa Mahkemesinin 11/10/2023 Tarihli ve B. 2023/76, K. 2023/172 Sayılı Kararı
- Anayasa Mahkemesinin 27/9/2023 Tarihli ve 2019/30833 Başvurusu Numaralı Kararı

İLAN BÖLÜMÜ

- a- Yargı İlanı
- b- Arzname, Ekallıme ve İhale İlanları
- c- Çeşitli İlanlar
- T.C. Merkez Bankası'na Belirli Tutarlı Döviz Kurları ve Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Günlük Değerleri

10/1/2024 tarihli ve 32425 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de Kurul Kararıyla yayımlanmıştır.

12. Resmî Gazete'nin Test Mahiyetindeki İlk Telefon Uygulaması (2014) ve İlk Mobil Uygulaması (2019)



13. Avrupa Resmî Gazeteler Forumu'nun (European Forum of Official Gazettes) 2024 Yılı Toplantı Gündemi



1. Using Generative Artificial Intelligence (Üretken Yapay Zekayı kullanmak)
2. Consolidating the norm, making it intelligible and appropriable by as many people as possible (Mevzuatı kodifiye etmek -tek bir metin içinde güncellemek- mümkün olduğunca çok insan tarafından anlaşılabilir ve kullanıma uygun hale getirmek)
3. Improving accessibility and inclusion (Erişilebilirliği ve kapsayıcılığı iyileştirmek)
4. Helping to protect the environment (Çevrenin korunmasına yardımcı olmak)

KAYNAKÇA

Açıkgöz Ü O, Yönetmeliklerin Düzenleme Alanı ve 3011 Sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun Uygulaması, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Başbakanlık, Ankara, 2012.

Bardakçı M, “Samsun Yolculuğu, Vahideddin’in Resmî Gazete’deki Bu Emrinden Sonra Yapıldı”, 19.05.2015,(<https://www.haberturk.com/gundem/haber/1080107-samsun-yolculugu-vahideddinin-resm-gazetedeki-bu-emrinden-sonra-yapildi>), (s.e.t. 05.02.2024).

Bardakçı M, “Meclis’in Bundan 100 Sene Önce Kabul Ettiği Ama Saklı Kalan 205 Adet Kanun, Cumhurbaşkanlığı Tarafından Kitap Olarak Yayınladı”, 03.04.2021 (<https://www.haberturk.com/yazarlar/murat-bardakci/3027602-meclisin-bundan-100-sene-once-kabul-ettiği-ama-sakli-kalan-205-adet-kanun-cumhurbaskanligi-tarafinda>), (s.e.t. 05.02.2024).

Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Türk Mevzuatının Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili İlkeler ve Öneriler Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Projesi Yönetim Kurulu Raporu, Ankara, 1983.

Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, T.C. Resmî Gazete Arşivini İnternet Üzerinden Yayına Açma Projesi Raporu, Yayımlanmamış Rapor, Ankara, 2005.

Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 2006 Yılı Faaliyet Raporu, Yayımlanmamış Rapor, Ankara, 2007.

Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 2010 Yılı Faaliyet Raporu, Yayımlanmamış Rapor, Ankara 2011.

Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Resmî Gazete’nin Genel Esasları, Yayımlanmamış Rapor, Ankara, 2012.

Benzer E, “Takvim-i Vekayi’nin 1831-1834 Yılları Arası Transkripsiyonu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Kilis, 2013.

Cilavdaroğlu A A, “Türkiye’de Parlamenter Sistemde Düzenleyici Etki Analizi Uygulamaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Geleceği”, C. 19, S.2, 2019, Akdeniz İİBF Dergisi, ss. 273-298.

Devlilioğlu F, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle), 11. baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1993.

Dik E, “Türkiye’de Resmî Gazete’nin Serüveni”, C. 4, S.11, 2009, Memleket Siyaset Yönetim, ss. 163-178.

Duran L, “Resmî Gazetenin Yayınları Üzerine”, C. 3, S. 1, 1970, Amme İdaresi Dergisi, ss. 5-15.

Duru A A, “Yerel Yönetimlerce Çıkarılan Yönetmeliklerin Yayın ve Kalite Sorunu”, 5.Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Kongresi: Krizler, Belirsizlikler ve Arayışlar Özel Sayısı, 2021, Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 147-178.

Encyclopedia Britannica, “gazette”, (<https://www.britannica.com/topic/gazette>), (s.e.t. 05.02.2024).

Erdoğan M, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.

European Forum of Official Gazettes (Avrupa Resmî Gazeteler Forumu), “France” (Fransa) (<https://op.europa.eu/en/web/forum/france-oj>), (s.e.t. 05.02.2024).

Giffard A C, “Ancient Rome's Daily Gazette”, C. 2, S. 4, 1975, Journalism History, ss. 106-132.

Gebece E, “Tarih araştırmalarına bir kaynak olarak Takvim-i Vekayi (1831-1840)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Eskişehir, 2014.

Gözler K, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: Isdar”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, ss. 897-950.

Gözübüyük A Ő, Açıklamalı Türk Anayasaları 1876,1921,1924,1961, 1982 Yapılışları, Özellikleri ve Yapılan Değişiklikler, 8. baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.

Güneş İ, Türk Parlamento Tarihi Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, C. I, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.

Hirş E, Pratik Hukukta Metod, Çev. Volf Çernis, 3. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.

İba Ő, Osmanlıdan Günümüze... Meclis İ Tüzük Metinleri, TBMM Basımevi Müdürlüğü, Ankara, 2007.

İlkorkor Y E, “Kamu Hizmetlerinde Etkinliği Sağlama”, S.158, 2013, İdarecinin Sesi Dergisi, ss. 31-36.

İletişim Başkanlığı, “Cumhurbaşkanı Erdoğan, Resmî Gazete’nin kuruluşunun 100. yılını kutladı”, 07.10.2020, (<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/cumhurbaskani-erdogan-resmi-gazetenin-kurulusunun-100-yilini-kutladi>), (s.e.t. 05.02.2024).

Karayalçın Y, “Resmi Gazete’nin Yeni Şekli Hakkında Notlar”, S. 1, 1978, Ankara Barosu Dergisi ss. 38-41.

Keskenler M F/ Keskenler E F, “İlk Resmi Türk Gazetesi: Takvim-i Vekayi”, C. 3, S.1, 2015, Takvim-i Vekayi, ss. 1-13.

Keskin N E (ed.), Açıklamalı Yönetim Zamandizimi 1919-1938, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2012.

Koloğlu O, Takvim-i Vekayi Türk Basımında 150 Yıl 1831 - 1981, Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayınları, Ankara, 1982.

Koloğlu O, Osmanlı’dan 21. Yüzyıla Basın Tarihi, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2006.

Koloğlu O, İlk Gazete İlk Polemik, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2014.

Köküsarı İ, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Levy R, “The Daily Press in France”, C. 13, S. 4, 1929, The Modern Language Journal, ss. 294-303.

Ortaylı İ, “Tanzimat Devri Basını Üzerine Notlar”, Cahit Talas’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 1990, ss. 397-404.

Öner S, “Türk Basınının İlk Resmi Gazetesi Takvim-i Vekayi’de Padişah Portresine İlişkin Haberler”, S.29, 2011, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, ss. 149-168.

Riley J, “Celebrating 350 Years of History”, 06.11.2015, (<https://blog.nationalarchives.gov.uk/celebrating-350-years-history/>), (s.e.t. 05.02.2024).

Seyitdanlıoğlu M, “Takvim-i Vekayi 1908 - 1918”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi, Yakınçağ Tarihi Ana Bilim Dalı, 1985.

Silay Y E/ İlkörk Y E/ Güneri E vd., İstiklâl Harbi Döneminde Resmî Gazete’de Yayımlanamayan 205 Kanun, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2020.

Söyler Y, “Karşılaştırmalı Hukukta Resmî Gazeteler ve Hukuki Güvenlik İlkesi”, C. 6, S. 2, 2016, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 107-134.

Söyler Y/ Atabey M, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Külliyyatı Özeti (09.07.2018 - 03.03.2023), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Tan T, “Resmî Gazetede Yayımlanacak Yönetmelikler ve Resmî Gazete Yayınları Üzerine”, C. 18, S.1, 1985, Amme İdaresi Dergisi, ss. 64-70.

Topuz H, 100 Soruda Türk Basın Tarihi, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1973.

Türesay Ö, “Nizam’dan Tanzimata, Reayadan Tebaaya Gidilirken: 1830’ların Başında Takvîm-i Vekayi’nin Siyasî Dili ve Söylemi”, S.20, 2022, Tarih ve Toplum-Yeni Yaklaşımlar, ss. 98-142.

Türesay Ö, “Osmanlı Devleti’nin Fransızca Resmî Gazetesi: Le Moniteur Ottoman (1831-1836)”, S. 53, 2022, Kebikeç: İnsan Bilimleri İçin Kaynak Araştırmaları Dergisi, ss. 157-214.

Yazıcı N, Takvim-i Vekayi “Belgeler”, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu Yayınları, Ankara, 1983.

Yazıcı N, “Vakayi-i Mısriye Üzerine Birkaç Söz”, C. 2, S. 2, 1991, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, ss. 267-278.

Yazıcı N, “Takvîm-i Vekâyi”, TDV İslam Ansiklopedisi, ([429](https://islamansiklopedisi.org.tr/takvim-i-vekayi#:~:text=Takv%C3%AEm%2Di%20Vek%C4%81yi%2C%20Osmanl%C4%B1,korunmu%C5%9F%20olmas%C4%B1n%C4%B1n%20%C3%B6nemli%20rol%C3%BC%20vard%C4%B1r), (s.e.t. 05.02.2024).</p></div><div data-bbox=)

CEZA KANUNNAME-İ HÜMAYUNU İLE KANUN-İ CEDİD'DE DÜZENLENEN TEŞHİR-İ SİLAH (SİLAH ÇEKME) SUÇU

The Crime of Teshir-i Silah (Drawing a Gun) in Ceza Kanunname-i Humayunu and Kanun-i Cedit

Av. Samet SARIKAYA*

Öz: Silah çekme/teşhir-i silah suçu, 1840 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunları'nda düzenlenmiş olan bir suç tipidir. Çalışmamızda öncelikle Tanzimat sonrası Osmanlı hukuku, özellikle ceza hukuku alanında, açıklamalar yapılmış ve suç tipinin yer aldığı kanunlar genel olarak incelenmiştir. Dönemin mevzuatından, şer'iyye sicillerinden, mühimme defterlerinden, arşiv kayıtlarından, literatürden yararlanılarak hukuk tarihi metodolojisine uygun bir biçimde silah çekme suçu bu çalışmada izah edilmeye çalışılmıştır. Bunun ardından, kanunlarda yer alan düzenlemeler ele alınmış ve suç tipi, unsurlarına uygun olarak başlıklandırılmak suretiyle incelenmiştir. Burada, -konunun daha anlaşılabilir olması amacıyla- hem günümüz ceza hukuku metodları kullanılarak düzenlemelerin açıklanması hedeflenmiş hem de ilgili başlıklarda ilgili arşiv belgelerine yer verilerek konunun net bir biçimde aktarılması amaçlanmıştır. Tanzimat sonrası dönemdeki asayiş problemlerini çarpıcı bir biçimde ortaya koyan bu suç tipine ilişkin, arşiv belgelerinde ilgi çekici bulgulara ulaşılmıştır. Sarhoşluğun kusura olan etkisi, yaş küçüklüğünün cezanın tayini kapsamındaki yeri ve meşru savunma ile görevin ifasına ilişkin kayıtlara rastlanmıştır. Silah çekme suçunun temel cezası; düzenlendiği ilk kanunda kürek, ikincisinde ise pranga olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle, bir cezalandırma yöntemi olarak kürek ve pranga cezalarının Tanzimat sonrası dönemde karşıladıkları kavramlar, uygulamadaki kayıtlar ışığında incelenmiştir. Çalışmada; silah çekme suçunun, yer aldıkları kanunların genel yapısını yansıttığı, uygulamada faillerin kürek (pranga) ve kimi zaman sürgün cezalarıyla cezalandırıldığı ve kişinin kendi rızası sonucunda sarhoş olması durumunda bu suç işlemesi neticesinde, bunun kusura etkisinin olmadığı bulgularına ulaşılmıştır. **Anahtar Kelimeler:** Silah çekme suçu, Teşhir-i silah, Tanzimat sonrası Osmanlı ceza hukuku, Ceza Kanunname-i Hümayunu, Kanun-i Cedit.

Abstract: The crime of drawing a gun (teshir-i silah) is a type of crime regulated in the Ottoman Penal Codes dated 1840 and 1851. In our study, first of all, Ottoman legal system after the Tanzimat period, especially in the field of criminal law, was explained and the laws that included types of crimes were examined in general. The crime of drawing a gun has been attempted to be explained in this study, in accordance with the methodology of legal history, by utilizing the legislation of the period, sharia registers, mühimme books, archive records and literature. Following this, the regulations in the laws were discussed and the type of crime was examined by titling the crime in accordance with its elements. Here, it is aimed to explain the regulations using today's criminal law methods -in order to make the subject more understandable- and to convey the subject clearly by including the relevant archive documents under the relevant headings. Interesting findings have been found in archive documents regarding this type of crime, which strikingly reveals the public order problems in the post-Tanzimat period. Records were found regarding the effect of drunkenness on fault, the place of underage in the determination of punishment, and self-defense and performance of duty. The basic penalty for the crime of drawing a weapon; In the 1840 Penal Code it was regulated, it was expressed as a shovel, and in the 1851 Penal Code, it was expressed as a shackle. For this reason, the concepts of shovel and shackle punishments as a punishment method in the post-Tanzimat period were examined in the light of the records in practice. In the study; It has been found that the crime of drawing a gun reflects the general structure of the laws in which it applies, that in practice the perpetrators are punished with shovel (shackles) and sometimes exile, and if a person commits this crime while being intoxicated, of his own accord, it does not diminish the culpability.

Keywords: The crime of drawing a gun, Teşhir-i Silah, Ottoman Criminal Law after the Tanzimat, Ceza Kanunname-i Hümayunu, Kanun-i Cedit

* Eskişehir Barosu, av.sametsarikaya@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4110-9144.

Makale Geliş Tarihi: 10.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 28.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484054

GİRİŞ

1840 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunları'nda, silah çekme suçu düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemelerle beraber; dönem itibarıyla kişisel savunma ve avlanma amacıyla toplumda pek çok kişinin sahip olduğu silahların, tehdit unsuru olarak kullanılmasının önüne geçilmesinin hedeflendiği ifade edilebilir. Ayrıca madde metinlerinde silahın ateşlenmesi, mağdurun yaralanması veya ölmesi gibi durumlar da ayrı ayrı düzenlenerek kişilerin korunması hedeflenmiştir. Çalışmamıza, şimdiye dek öğretilen detaylı olarak ele alınmamış olan bu suç tipi konu edilmiştir.¹

Çalışmada ilk olarak, silah çekme suçunun düzenlendiği 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu ve 1851 tarihli Kanun-i Cedid, genel hatlarıyla açıklanmıştır. Burada, hukuk tarihçilerinin görüşlerin yanı sıra özellikle kanunların modern ceza hukukuyla olan farklılıkları ve bu bakımdan yöneltilen eleştirilere yer vermek adına günümüz ceza hukukçularının da fikirlerine yer verilmiştir. Bunun ardından, her iki kanunda da yer alan düzenleme karşılaştırılmış ve modern ceza hukuku metotları vasıtasıyla söz konusu düzenlemeler incelenmiştir. Suç tipi hakkında, iki ayrı kanundaki düzenlemeler detaylı olarak açıklanırken suçun unsurları kapsamında yapılan değerlendirmede, kanunlardaki düzenlemeler ayrı ayrı ele alınmıştır. Böyle bir yöntem izlenmesinin sebebi; ilerleyen bölümlerde detaylı olarak bahsedileceği üzere, her iki kanunda da silah çekme suçunun benzer bir yapıyla düzenlenmesidir. Daha net ifade etmek gerekirse; silah çekme suçu Kanun-i Cedid'te düzenlenirken yalnızca hâkime takdir yetkisi verilmiş ve cezalandırılma yöntemi ismen değiştirilmiştir. Bu iki değişiklik haricinde madde metni dahi neredeyse birebir aynı şekildedir. Gerçekleştirilen değişiklikler suçun unsurları üzerinde herhangi bir değişime neden olmamıştır.

¹ Literatürde, Tanzimat sonrası döneme dair; hakaret, kumar, ıskat-ı cenin, parada sahtecilik ve tecavüz gibi birçok suçun ayrıntılı olarak incelendiği görülmektedir. Ayrıca Akgündüz'ün, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması" isimli eserinde ve Avcı'nın Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler isimli eserlerinde dönemin kanunlarında düzenlenen pek çok suç tipine dair açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Buna karşın, çalışmamızın konusu olan silah çekme suçu daha önce herhangi bir çalışmada ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. İlgili suç tiplerine dair bahsi geçen eserler için bkz. Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2010; Said Nuri Akgündüz, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2017; Belkıs Konan, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", S. 29, 2011, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 149-172; Muhammed Emin Kızılay, "Hakaret Suçu Çerçevesinde Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuku ve Türk Pozitif Hukuku Mukayesesi", S. 56, 2021, İlahiyat Tetkikleri Dergisi 47-70; Feyza Kurnaz Şahin, "Tanzimat Sonrasında Osmanlı Devleti'nde Kumar Yasalarının Gelişimi", C. 17, S. 34, 2021, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi, 549-582; Samet Sarıkaya, Osmanlı Ceza Hukukunda İskat-ı Cenin Suçu, Anadolu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir 2024, s. 102-135; Harun Karakaya, Osmanlı Ceza Hukuku'nda Parada Sahtecilik Suçu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2020, s. 79-147.

Çalışmanın amacı, ilgili suç tiplerinin özelliklerini daha detaylı bir biçimde açıklamak ve düzenlendikleri ceza kanunlarının sistematiklerine yönelik tartışmalar yapmaktır. Bu sayede, biraz önce belirttiğimiz üzere literatürde daha önce yer verilmemiş olan bu suç tipine yönelik ayrıntılı bilgilere yer verilmek suretiyle suç tipinin unsurlarının neler olduğu, suçun kimler tarafından kimlere karşı işlenebileceği ve özellikle arşiv belgelerine de yansıyan uygulamadaki durumun ne olduğu sorularına cevap aranacaktır. Suç tipi, unsurlarına uygun bir biçimde incelenirken ilgili başlıklara dair arşiv belgelerindeki görünümlere yer verilmiş ve uygulamaya yansıyan durumlar da ele alınmıştır.

I. ÇALIŞMANIN SINIRLARI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Çalışmada, 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları'nda yer alan silah çekme suçuna ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar incelendiğinden dolayı tarih bakımından bir sınırlamaya gidilmiştir. Bu doğrultuda, 3 Mayıs 1840 ile 8 Ağustos 1858 tarihleri aralığında işlenen suçlar bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Bunun yanı sıra silah çekme suçunun düzenlendiği madde hükümlerinde, silahın ateşlenmesinden bahsedildiği için suç, “ateşli silahlar” kapsamında değerlendirilmelidir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; bir kimseye karşı kılıcını göstererek tehdit etmek, bu suç kapsamında nitelendirilmeyecektir. Yani silahlı çekme suçundan bahsedilebilmesi için mutlaka tabanca, tüfek vs. gibi mutlaka ateşli bir silahın varlığından bahsedilmesi gerekir.

Çalışmamızda suçun isimlendirilmesiyle ilgili “silah çekme” kavramı tercih edilmiştir Bunun sebebi kanunlardaki düzenlemelerde suçun, silah çekme olarak isimlendirilmesidir. Devellioğlu da “*teşhir-i silah*” ifadesinin karşılığını “silah çekme” olarak belirtmektedir². Nitekim uygulamaya yansıyan belgelerde, *teşhir-i silah*³ teriminin de bu suç karşılığını ve kimi kayıtlarda *teşhir-i silah*; kimlerinde ise silah çekme olarak kullanıma gidildiğini belirtmekte fayda vardır.

II. SİLAH ÇEKME SUÇUNUN YER ALDIĞI TANZİMAT DÖNEMİ CEZA KANUNLARA GENEL BİR BAKIŞ

Silah çekme suçu Tanzimat döneminde oluşturulan ilk iki ceza kanunnamesinde yer almaktadır. Sultan Abdülmecid döneminde, 3 Kasım 1839 tarihinde Tanzimat Fermanı ilan edilmiştir. Fermanda devletin kendisini yenileyeceği ve Fransız İhtilali'nin yaratmış olduğu olumsuz etkilerden kurtulmak istendiğinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Fermanda; hukuk, idare, eğitim ve maliye gibi alanlarda pek çok alanda değişime gidileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda; eğitim sisteminde reform

² Ferit Devellioğlu, Osmanlı-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 9. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1990, s. 1317.

³ “Bir şahsa karşı katl veya cerh kasdile silah çekmektir. Üzerine böyle bir silah çekilen kimseye de <müşteherün aleyh> veya <meşhurün aleyh> denilir.” bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu 3. Cilt, 1. Baskı, Ravza Yayınları, İstanbul, 2013, s. 25.

çalışmalarına gidilmiş, mali kurumlar düzenlenmeye çalışılmış ve idari alanda modern bir yönetim sisteminin benimsenmesi hedeflenmiştir.⁴

Tanzimat Fermanı'yla birlikte hukuki alanda da yenileşmeye gidilmiştir. 1850 yılında Fransız Ticaret Kanunu örnek alınarak bir Ticaret Kanunnamesi hazırlanmıştır.⁵ 1863 yılında, Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi'yle deniz ticareti hukuku hükümleri düzenlenmiştir.⁶ Medeni hukuk alanında 1858 yılında Arazi Kanunnamesi hazırlanmıştır. 1869-1876 yılları arasında ise on altı kitaptan oluşan ve İslam hukuk tarihinin ilk medeni/borçlar kanunu olma özelliği taşıyan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye oluşturulmuştur.⁷ 1861 yılında Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi, 1879 yılında ise Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı oluşturulmuş ve medeni usul hukuku alanında uygulanmışlardır.⁸

A. 1840 TARİHLİ CEZA KANUNNAME-İ HÜMAYUNU

Osmanlı ceza hukuku alanında da diğer pek çok hukuk dalında olduğu gibi Tanzimat Fermanı'nın ardından yenileşmeye gidilmiştir. Öyle ki Ferman'ın ilan edilmesinden yalnızca altı ay sonra 3 Mayıs 1840 (1 Rabiulevvel 1256) tarihinde Ceza Kanunname-i Hümayunu hazırlanmıştır. Diğer hukuk alanlarında, Tanzimat sonrası kanunlaştırma hareketleri en erken on yıl sonra gerçekleşmesine karşın ceza hukukunda bu denli bir hızda düzenleme yapılması dikkat çekicidir.⁹ Bunun en önemli nedenlerinden birisi, Tanzimat Fermanı'nda böyle bir ceza kanununun hazırlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmasıdır.¹⁰ Ceza Kanunname-i

⁴ Tanzimat Dönemi'nde hedeflenen ve gerçekleşen değişimlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz Özdemir / Erol Çiydem / Elif Aktaş "Tanzimat Fermanı'nın Arka Planı", C. 2 S. 1, 2014, Kastamonu Eğitim Dergisi, s. 333-335; Burak Koçak / Emine Sancaktutan "Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi Yenilikleri: Tanzimat Fermanı Sonrası Yeni Kurumlar", C. 56 S. 3, 2021, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, s. 1937-1943; Mansur Atalay "Tanzimat Hareketinde İktisadi Kalkınma Çabaları", S. 9, 1991, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 114-120; Tefvik Güran "Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi", C. 49, 1999, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, s. 79-91.

⁵ Seda Örsen Esirgen "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", S. 62-63, 2019, Adalet Dergisi, s. 448; Mahmut Yardımcıoğlu / Medine Ruhiye Gül "Türk Ticaret Hukukunun Tarihsel Süreci", C. 3 S. 2, 2019, Al-Farabi International Journal of Social Sciences, s. 132.

⁶ Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 433.

⁷ Mecelle hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun Üçok / Ahmet Mumcu / Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 15. Baskı, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2011, s. 352-355.

⁸ Örsen Esirgen, s. 469-470.

⁹ Bizim de katıldığımız, Üçok / Mumcu / Bozkurt'a göre bunun nedeni; İslam hukukunda, devlet yöneticisine verilen ceza tayin etme yetkisidir. Bu nedenle ilk düzenlemenin ceza hukuku alanında yapılması herhangi bir tepkiye sebep olmayacaktır. Bkz. Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 343.

¹⁰ İlgili hüküm şu şekildedir: "...ulema ve vüzeradan velhasıl her kim olursa olsun kavanini şer'iyeye muhalif hareket edenlerin kabahati sabitlerine göre tedibati layıklarının hiç rütbe

Hümayunu'nun en önemli özelliği, Osmanlı ülkesindeki tüm vatandaşlar için ayrıcalıksız bir biçimde uygulanacak olan ilk kanun olmasıdır.¹¹ Kanunda “*dağdaki bir çobanla bir vezirin eşit tutulacağı*” belirtilmiştir.¹²

Kanun, sistematik olarak Batı'da hazırlanan ceza kanunlarına benzese de eski Osmanlı kanunlarının içeriğini taşımaktadır.¹³ Kanunda, genel suç teorisine ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle birçok yazar tarafından, günümüz ceza hukuku tekniğinden uzak olduğu ifade edilmektedir.¹⁴ Buna karşın kanunda dönem itibarıyla devrimsel olarak nitelendirilebilecek genel düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin suçların yasallığı ve eşitlik ilkesine yer verilerek cezalandırmada keyfililiğin önlenmesi amaçlanmıştır.¹⁵ Ölüm cezasının infazı devlet başkanının onayına tabi tutulmuştur.¹⁶ Ayrıca soruşturma esnasında işkence açıkça yasaklanmıştır.¹⁷

ve hatıra ve gönüle bakılmaksızın icrası zımında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsin...”. Tanzimat Fermanı'nın sadeleştirilmiş metni için bkz. [https://www.academia.edu/30125761/Tanzimat_Fermanı_Günümüz_Türkçesi_ve_İngilizcesi_Tarih_Durağı_\(s.e.t.:_29.04.2023.\)](https://www.academia.edu/30125761/Tanzimat_Fermanı_Günümüz_Türkçesi_ve_İngilizcesi_Tarih_Durağı_(s.e.t.:_29.04.2023.)).

- ¹¹ Söz konusu ifade, 1. faslın 1. maddesinde yer almaktadır. Örsten Esirgen, s. 436; Akgündüz, 2017, s. 80; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 103; Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 76, dipnot 232; Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021, s. 178.
- ¹² Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 343; İlhan Akbulut, Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2018, s. 317.
- ¹³ Akgündüz, 2017, s. 80; Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 343; Said Nuri Akgündüz “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, C. 4 S. 8, 2016, Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 7; Rabia Beyza Candan “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, C. 1 S. 1, 2015, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 72; Örsten Esirgen, s. 436. Artuk, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “*Kanun hazırlanırken Avrupa mevzuatından ziyade Avrupa fikriyatından istifade edilmiştir.*” bkz. Mehmet Emin Artuk, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunlarından 1840 ve 1851 Tarihli Kanunların İncelenmesi”, S. 16, 2013, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 7.
- ¹⁴ Üçok / Mumcu / Bozkurt, 2011, s. 343; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 67; Artuk / Gökçen / Alşahin vd., s. 76; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020, s. 99; Örsten Esirgen, s. 437; Candan, s. 72-73. Kimi yazarlara göre bu kanun, günümüz anlamında bir ceza kanunu niteliğinde dahi değildir. Bkz. Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 99. Dülger ise kanunu, ilk batı tipi, belirli bir konuya özgü ve sistematığı olan ceza yasası olarak nitelendirmektedir bkz. Dülger, s. 178.
- ¹⁵ Ahmet Gökçen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1987, s. 23; Artuk / Gökçen / Alşahin vd., s. 76.
- ¹⁶ Centel / Zafer / Çakmut, s. 99; Candan, s. 73; Akbulut, s. 318.
- ¹⁷ Rudolph Peters, Crime and Punishment in Islamic Law, 1. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 127. Esasen İslam hukukunda soruşturma amaçlı işkence yasaklanmış ve pek çok alim tarafından açıkça karşı çıkmıştır.

Kanunun en büyük eksikliklerinden birisi ise birçok maddesinde, hâkime takdir yetkisi tanımayan sabit cezalar öngörmesidir.¹⁸ Ayrıca kanunun bazı maddelerinde yalnızca emir ve yasaklar belirtilmiş, yaptırımlarına ilişkin düzenlemeler yapılmamıştır.¹⁹

Kanunda had ve kısas cezaları bakımından şeriata atıf yapılarak yalnızca tazir cezaları²⁰ düzenlenmiştir.²¹ Yargılama yetkisi bakımından, suçlar eğer İstanbul'da işlenirse Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'de; İstanbul dışında işlenirse il meclislerinde yargılama faaliyeti yürütülmüştür.²² Cezalandırma yöntemi olarak ise; idam, kürek, hapis, sürgün, memuriyetten çıkartma ve tekdir cezaları uygulanmıştır.²³ 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu, Kanun-i Cedid yürürlüğe girene kadar 11 yıl yürürlükte kalmıştır.

B. 1851 TARİHLİ KANUN-İ CEDİD

14 Temmuz 1851 (15 Ramazan 1267) tarihinde, Meclis-i Vala-yı Ahkamı Adliye tarafından yeni bir ceza kanunu hazırlanmıştır. Bu kanunun oluşturulmasının başlıca sebebi, Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun eksikliklerini gidermektir.²⁴ Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda bazı suçların cezalarının bulunmaması, cezalardan bazılarının uygulanmasında zorluk çekilmesi ve çeşitli zamanlarda önceki yasaya yapılan eklerin ayrı ayrı yerlerde bulunmalarından dolayı bunların birleştirilmesi gerekmiştir.²⁵ Kanunun giriş kısmında bu ceza yasasının oluşturulma sebepleri sayılmıştır.

Buna karşın azınlıkta olan görüşe göre; etin yaralanmaması ve kemiklerin açığa çıkmaması koşuluyla kimi ağır suçların soruşturulması esnasında bu yöntemlere başvurulabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Matthew Lippman / Sean McConville / Mordechai Yerushalmi, *Islamic Criminal Law and Procedure*, 1. Baskı, Praeger Publishers, New York, s. 63 vd.

¹⁸ Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 343; Akbulut, s. 67; Artuk / Gökçen / Alşahin vd., 2018, s. 77; Centel / Zafer / Çakmut, s. 99; Dülger, s. 178.

¹⁹ Örsten Esirgen, s. 437.

²⁰ “*Had ve kısas cezaları gerektirmeyen, Allah'a veya kişiye karşı işlenen suçlarda miktarı önceden tespit edilmemiş cezalara tazir denir.*”. Tazir cezaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Yakut, *Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 25 vd. Tazir cezalarında İslam'ın beş temel güvencesinden biri veya birden fazlası korunmaktadır. Bunlar; dini uygulama, aklın gelişimi, üreme hakkı, güvenlik hakkı ve mal sahibi olma haklarıdır bkz. Lippman / McConville / Yerushalmi, s. 52.

²¹ Akgündüz, 2017, s. 80; Demirbaş, s. 103; Örsten Esirgen, s. 436. Bu noktada belirtmek gerekir ki 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları'nın kaynaklarından birisi de İslam ceza hukukudur. Bu nedenle çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde İslam ceza hukukuna ilişkin de bazı açıklamalara yer verilecektir.

²² Peters, s. 127.

²³ Gökçen, s. 29-30; Akbulut, s. 318; Artuk / Gökçen / Alşahin vd., s. 76.

²⁴ Aydın, s. 430; Akgündüz, 2017, s. 81; Demirbaş, s. 104; Artuk / Gökçen / Alşahin vd., s. 77; Centel / Zafer / Çakmut, s. 34; Gökçen, s. 31.

²⁵ Artuk, s. 11; Dülger, s. 178.

Buna göre; ceza kanunlarının ara sıra değişikliğinin gerekli olduğu, 1840 tarihli kanunda yer alan bazı suçların cezalarının bulunmaması ve cezalardan bazılarının uygulanmasında zorluk çekilmesi ve çeşitli zamanlarda önceki yasaya yapılan eklerin ayrı ayrı yerlerde bulunmalarından dolayı bunların birleştirilmesinin gerekmesi sonucunda bu yasa oluşturulmuştur.²⁶

Önceki kanunda bulunmayan birtakım suç ve cezalara yer verilmiş, tekerrür ile iştirake ilişkin düzenleme yapılmış ve önceki kanunun aksine sabit cezalar öngörülmeyle hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.²⁷ Öldürme suçunda, ölenin mirasçılara diyet ödenmesi veya failin affedilmesi halinde dahi siyaseten katl cezası getirilmiştir.²⁸ Bu doğrultuda suçların kovuşturulması kapsamında devletin etkinliği artarak ceza hukukunun kamusal niteliği benimsenmiştir.²⁹ 1858 yılında yeni bir ceza kanunu oluşturuluncaya kadar uygulanmıştır.³⁰

Genel hatlarıyla ele aldığımız 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları'nda düzenlenen bir suç tipi de silah çekme suçudur. Bu suçun söz konusu kanunlarda nasıl düzenlendiği ve unsurlarının neler olduğu bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

III. SİLAH ÇEKME SUÇU

A. GENEL OLARAK

Ceza Kanunname-i Hümayunu ve Kanun-i Cedid'te silah çekme suçuyla ilgili düzenlemeler şu şekildedir. Ceza Kanunname-i Hümayunu 8. fasıl 3. madde:³¹ “*Umuru zabtiye³² ve rabtiye³³ memurlarına karşı durup silah çekmek misillü halat-ı reddiyeye cesaret edenler mukayyeden³⁴ dersaadete getirtilip*

²⁶ Kanun metni için bkz. Gökçen, s. 140 vd.

²⁷ Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 344; Akgündüz, 2017, s. 82; Akbulut, 2018, s. 319; Akbulut, 2021, s. 68; Demirbaş, s. 104; Centel / Zafer / Çakmut, s. 99; Dülger, s. 178. Peters'a göre; bu döneme kadar hazırlanan kanunlarda belirli bir suçun tazirle cezalandırılacağını belirtmekten öteye gitmezken, yeni ceza kanunları, cezalandırma türünü ve süresini belirtiyorlardı bkz. Peters, s. 129.

²⁸ Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 344; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 99.

²⁹ Peters, s. 130; Centel / Zafer / Çakmut, s. 99; Özbek / Doğan / Bacaksız, 2021, s. 99.

³⁰ Üçok / Mumcu / Bozkurt, s. 344; Akbulut, 2018, s. 319.

³¹ Gökçen, s. 137.

³² Zaptiye memurları, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması için görevlendirilmiş olan memurlardır. Tanzimat sonrası ortaya çıkan bu teşkilat, ilerleyen dönemlerde jandarma teşkilatına dönüşmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Sönmez, “Osmanlı Devleti'nde İç Güvenliğin Dönüşümü, Zaptiye Teşkilatından Jandarmaya”, 38. Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi, Ankara Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Ankara, 2007, s. 2860-2862.

³³ *Avci*, zabtiye ve rabtiye kavramını “kolluk memurları” olarak günümüz Türkçesine çevirmiştir bkz. Mustafa Avcı, “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima”, C. 1 S. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, s. 8.

³⁴ “*Ayağında zincir ve pranga bulunan*”, Devellioğlu, s. 812.

iki sene ve silah boşalmış olduğu halde velev rastgelmemiş olsa bile üç sene ve gerek kurşun ve sair alet-i cariha³⁵ ile mecruh etmiş olduğu surette dahi iltiyamına³⁶ kadar masarifi ondan alınıp kendisi beş sene müddet için vaz'ı kürek oluna. Ve mecruh olan adam cerihan vefat ettiği halde artık madde-i katl meselesine intikal etmiş olacağından fasl-ı evvelde munderic olan³⁷ ahkam-ı kısısiyeye tatbikan icrası lazım gelür.” Kanun-i Cedid 1. fasıl 16. madde:³⁸ “Umuru zabtiye ve rabtiye memurlarına karşı durup silah çekmek misillü halat-ı reddiyeye cesaret edenler işbu kabahatden maada zabıta ademi itaat töhmetiyle dahi müttehem olacağından derece-i cünhasına göre iki aydan iki sene ve silah boşalmış olduğu halde üç aydan üç seneye ve gerek kurşun ve sair alat-ı cariha ile cerh etmiş olduğu surette iltiyamına kadar mesarifi ondan alınıp kendisi beş aydan beş seneye kadar tayin-i müddetle vaz'ı pranga olunarak hidamat-ı süfliyede istihdam oluna ve mecruh olan adam cerihan vefat ettiği halde artık madde-i katl meselesine intikal edeceğinden iktizan-i şer'i ve kanunisi icra oluna.”

Her iki kanunda da ilerleyen maddelerde benzer ifadelere rastlanmaktadır. Örneğin, Ceza Kanunname-i Hümayunu 9. fasıl 1-2. maddeler şu şekildedir:³⁹ “Aleltilak nastan⁴⁰ birisi diğerine silah çektiği halde bir sene ve silah boşalmış ise iki sene ve mecruh eylemiş olduğu surette kezalik iltiyamına kadar masarifi alınmak üzere üç sene müddet için küreğe vaz' oluna. Cerhden mütesiren vefat vukuunda kezalik madde-i kısısiye icra kılınmak icrap eder.” Kanun-i Cedid 1. fasıl 17. madde⁴¹ de benzer bir biçimde şöyledir: “Aleltilak nasdan birisi diğerine silah çektiği halde derece-i cünhasına göre bir aydan bir sene ve silah boşalmış ise iki aydan iki seneye ve cerh etmiş ise kezalik iltiyamına kadar mesarifi alınmak üzere cerhin derecesine nazaran üç aydan üç seneye kadar prangaya konula. Ve cerhden müteessiren vefatı vukuunda icabı şer'i ve kanunisi icra kılınma.” şeklindedir. Görüleceği üzere, silah çekme düzenlemesi olarak adlandırılabilirimiz bu suç tipinde⁴² aslında her kanun bakımından sekiz ayrı ihtimale yer verilmiştir. Memura ve diğer kimselere karşı işlenmesi ayrı ayrı cezalara tabi tutulmuş ve verilecek cezanın ağırlığı her iki mağdur bakımından da dört kalemde sayılmıştır. Suç tipi ve verilecek cezanın daha iyi anlaşılabilmesi adına düzenlemelerle ilgili aşağıda tabloya yer verilmiştir:

³⁵ Cerh, baş veya yüzden başka uzuvlardan herhangi birisinin yaralanmasıdır bkz. Bilmen, s. 10.

³⁶ Yaranın kapanması, onarılması anlamına gelmektedir, bkz Devellioğlu, s. 515.

³⁷ “İçinde bulunan, yer almış (içinde)” Devellioğlu, s. 867.

³⁸ Gökçen, s. 145-146.

³⁹ Gökçen, s. 137-138.

⁴⁰ “Umumiyetle, genel olarak, mutlaka, nasıl olursa olsun, rastgele.” Devellioğlu, s. 34.

⁴¹ Gökçen, s. 146.

⁴² Bu isimlendirmemizin nedeni, belirttiğimiz üzere esasen birden fazla düzenlemenin bulunmasıdır.

	Ceza Kanunname-i Hümayunu	Kanun-i Cedid
Zaptiye ve Rabtiye Memurlarına karşı	<p>Silah çekilmesi: 2 yıl kürek cezası verilir.</p> <p>Ateş edilmesi: 3 yıl kürek cezası verilir</p> <p>Kurşunun isabet etmesi halinde: Tedavi masrafları tazmin edilir ve 5 yıl kürek cezası verilir.</p> <p>Kişi ölürse: Kısas hükümleri uygulanır</p>	<p>Silah çekilmesi: 2 aydan 2 yıla kadar pranga cezası verilir.</p> <p>Ateş edilmesi: 3 aydan 3 yıla kadar pranga cezası verilir.</p> <p>Kurşunun isabet etmesi halinde: Tedavi masrafları tazmin edilir ve 5 aydan 5 yıla kadar pranga cezası verilir.</p> <p>Kişi ölürse: Kısas hükümleri uygulanır</p>
Diğer kimselere karşı	<p>Silah çekilmesi: 1 yıl kürek cezası verilir.</p> <p>Ateş edilmesi: 2 yıl kürek cezası verilir.</p> <p>Kurşunun isabet etmesi halinde: Tedavi masrafları tazmin edilir ve 3 yıl kürek cezası verilir.</p> <p>Kişi ölürse: Kısas hükümleri uygulanır</p>	<p>Silah çekilmesi: 1 aydan 1 yıla kadar pranga cezası verilir</p> <p>Ateş edilmesi: 2 aydan 2 yıla kadar pranga cezası verilir</p> <p>Kurşunun isabet etmesi halinde: Tedavi masrafları tazmin edilir ve 3 aydan 3 yıla kadar pranga cezası verilir.</p> <p>Kişi ölürse: Kısas hükümleri uygulanır</p>

Tablo-1

Tabloda da belirtildiği üzere, iki kanun arasındaki düzenlemelerde büyük bir değişiklik yapılmamış, yalnızca Kanun-i Cedid'in kendine has özellikleri yeni düzenlemede kendini göstermiştir. Bunların ilki, cezalandırmada hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmesidir. Pek çok suç tipinde olduğu gibi silah çekme suçunda da hâkime çok geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır.⁴³

Tanzimat ceza kanunlarının en önemli özelliğinin herkes bakımından uygulama alanının bulunmasıdır. Bu suç tipinde de vatandaşlar bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeden cezalar tayin edilmiştir. Kanaatimizce zaptiye ve rabtiye memurları ile vatandaşlar bakımından ayırma gidilmesi, bu durumun istisnası değildir. Keza kamu görevlilerine karşı işlenen suçlar, modern ceza kanunlarında da daha ağır bir biçimde cezalandırılmaktadır.⁴⁴

⁴³ Örneğin Fasil-1 Evvel m. 5'te düzenlenen fesadlı sözler söyleme suçu, Fasil-1 Sani m. 2'de düzenlenen iftira suçu veya aynı Fasil m. 7'de düzenlenen darp etme suçu gibi. (Bahsi geçen suçlarla ilgili bkz. Gökçen, s. 143-149)

⁴⁴ Günümüz ceza kanunlarında olduğu gibi; kamu görevlilerine karşı, üstlenmiş oldukları kamu görevi nedeniyle bir suç işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olması, söz konusu düzenlemede yer almamaktadır. Daha yalın bir ifadeyle, mağdurun, suçun işlendiği esnada kamu görevini ifa etmesi zaruri değildir. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere mağdurun kamu görevlisi olması bu maddenin uygulanması için yeterli olacaktır.

B. KORUNAN HUKUKSAL DEĞERLER

Düzenlemelerle korunan hukuksal değerler; kişilerin huzuru ile sükunu, kişinin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkıdır. Belirtildiği üzere ilgili düzenlemelerde birden çok ihtimale yer verilmiştir. Bu ihtimallerde sırasıyla korunan hukuksal değerler şu şekildedir: Bir kimseye silah çekilmesi durumunda esasen günümüz ceza kanunlarında düzenlenen silahla tehdit suçu meydana gelecektir. Burada korunan hukuksal değer, kişilerin huzuru ve sükunudur.⁴⁵ Çekilen silahla ateş edilmesi neticesinde yaralanma meydana gelmesi durumunda ise silahla yaralama suçu meydana gelecektir. Burada korunan hukuksal değer ise yaralanan kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkıdır.⁴⁶ Kişinin ölmesi ihtimalinde ise öldürme suçu gündeme gelecektir. Bu suçta korunan hukuksal değer, yaşam hakkıdır.⁴⁷ Daha yalın bir ifadeyle, söz konusu düzenlemede korunan hukuksal değerler; kişilerin huzuru ve sükunu, kişinin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkıdır.

C. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipiklik

a. Suç tipinin genel özellikleri

Tipiklik, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin kanundaki suç tanımına uygun olmasını ifade etmektedir.⁴⁸ Bir eylemin suç sayılabilmesi için kanunda belirtilen suç tanımıyla örtüşmesi gerekmektedir.

İlgili suç tipi, herkes tarafından işlenebilecek bir suçtur. Bu sebeple özgü suç olarak değerlendirilemeyecektir. Suçun işlenmesi ihmalle gerçekleşmeyecek, yalnızca icrai hareketlerle bu suç işlenebilecektir. Her iki kanunda yer alan düzenlemelerde, özellikle suçun silahla işlenmesi aranmaktadır. Dolayısıyla suç, bağlı hareketli suç olma özelliğini taşımaktadır.⁴⁹ Neticeli bir zarar suçudur. Suçun tamamlanma anıyla ilgili ise

⁴⁵ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 391.

⁴⁶ Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 198-199; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 195.

⁴⁷ Koca / Üzülmöz, 2020, s. 71. Tanzimat Fermanı'nda "*Dünyada candan, ırz ve namustan daha değerli bir şey yoktur.*" ve "*...bu kişinin canından ve namusundan emin olduğunda doğruluk ve sadakatten ayrılmayacağı; bütün işinin ve gücünün devletine ve milletine iyi hizmet etmek olacağı da açık ve bellidir.*" ifadeleriyle yaşam hakkına işaret edilmiştir. Tanzimat Fermanı'nda belirtilen yaşam hakkı, silah çekme suçunda korunan hukuksal değer olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁸ Hakan Karakehya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 48.

⁴⁹ Bağlı hareketli suçlar, kanunda hangi hareketlerle işlenebileceği belirtilmiş olan suçlardır. Silah çekme suçunda da silahın bir kimseye doğrultulması zorunlu bir harekettir. Bu nedenle bağlı hareketli suç kapsamında değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Bağlı hareketli suçlara ilişkin bkz. Koca / Üzülmöz, s. 124.

düzenlemelerdeki farklılıklardan dolayı çeşitli ihtimaller mevcuttur. İlk ihtimalde, yani kişiye karşı silah çekilmesinde suç tamamlanacaktır. İkinci ihtimalde ise silahın çekilip ateş edilmesinde suç tamamlanmış olacaktır. Diğer ihtimallerde ise ateş edilen kurşunun isabet edip kişinin yaralanmasında veyahut kişinin ölmesinde suç tamamlanmış olacaktır. Görüldüğü üzere suçun tamamlanma anıyla ilgili dört ayrı ihtimal mevcuttur.

b. Maddi unsur

Maddi unsur, düzenlemede yer alan eylemin, dış dünyadaki görünümüne ilişkin özellikleri ifade eder.⁵⁰ Belirtildiği üzere kanunlardaki düzenlemeler aslen iki ayrı başlık altında değerlendirilebilir. İlkinde suçun mağduru yalnızca, zaptiye veya rabtiye memuru olmalıdır. Yani suçun mağduru özel bir sığata sahiptir. Her iki kanunda da ilerleyen maddelerde düzenlenen durumlarda ise mağdur herhangi bir kimse olabilir. Daha yalın bir ifadeyle, zaptiye veya rabtiye memurlarına karşı işlenen silah çekme suçunun mağduru özellik gösterirken diğer ihtimallerde mağdur özel bir sığata sahip değildir. Her iki düzenlemede de suçun failinin herhangi bir özelliğı bulunmamaktadır. Failin milleti veya mensubu olduğu dinin de herhangi bir önemi bulunmamaktadır.⁵¹ Suçtaki hareket unsuru, silahın bir kimseye karşı doğrultulmasıdır. Bunun yanı sıra devam eden düzenlemelerde, ateş edilmesi ve ateş edilen merminin isabet etmesi suçtaki hareket unsurlarıdır. Bir kimseye karşı silah doğrultulması tek hareketli suç kapsamındadır. Ateş edilmesi veya bir kimsenin yaralanması veya ölmesi ise ancak birden fazla hareketin yapılması durumunda gerçekleşecektir. Bu nedenle devam eden düzenlemeler, çok hareketli suç kapsamında değerlendirilmelidir.

c. Manevi unsur

Günümüz ceza kanununda kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir gibi manevi unsura⁵² ilişkin öğeler düzenlenmiştir. Buna karşın, Ceza Kanunname-i Hümayunu ve Kanun-i Cedid'te bu tarz bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle bir kimseye karşı silah doğrultma eylemi yalnızca kastla gerçekleştirilebileceğinden dolayı, suçun manevi unsurunun temel

⁵⁰ Karakehya, 2022, s. 49.

⁵¹ Örneğın Ahız Yorgi Tarayko ve Bedek gibi gayrimüslim kimselerin de bu suçtan dolayı cezalandırıldıkları görülmektedir bkz. A.MKT.MVL./97-100-0. H-02-11-1274; A.MKT.MVL./3-34-0. H-01-01-1263.

⁵² Suçun manevi unsuru; fail ile fiil arasındaki psişik bağıdır. Suçun hareket unsuru; davranış ve bu davranışa bağılı olarak ortaya çıkan neticeden ibaret bir bütün olarak belirtildiğinde, failin iradesi hem davranışını hem de neticeyi kapsar şekildeyse, failin kastından söz edilecektir. Aksi halin varlığında, yani failin iradesinin yalnızca davranışa yönelik ve neticeyi kapsamaması durumunda ise taksirin varlığından söz edilecektir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Hakan Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 16-17.

şeklinin kast olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Buna karşın, ateş edilmesi, mağdurun yaralanması veya ölmesi taksirli hareketlerle de gerçekleşebilir. Kanunda böyle bir ihtimal düzenlenmemiştir. Böyle bir ihtimal düzenlenmemesinden dolayı bir kimseye karşı silah doğrultan ancak ateş etme kastı olmayan bir kişinin, silahının ateş alması durumunda hangi hükmün uygulanacağı meçhuldür. Kanaatimizce kanunlardaki ceza hukukunun genel hükümlerine ilişkin olan eksiklikler, bu suç tipinde kendini belirgin bir biçimde göstermektedir.

d. Netice

Suçun oluşabilmesi için kanun koyucu silah çekme eylemini yeterli görmektedir. Buna karşın; ateş edilmesi, kişinin yaralanması veya ölmesi halleri kanuni tipte hükümlere bağlanmıştır. Yani bu suç özelinde, netice bakımından ayrı ayrı dört farklı hal düzenlenmiştir. Bu nedenle silah çekme suçunu; neticeli bir zarar suçu olarak tanımlamak mümkündür.

2. Hukuka aykırılık unsuru

1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları'nda, silah çekme suçu düzenlemesi yapılarak hukuka aykırılık unsuruna yer verilmiştir. Bir başka deyişle, bu düzenlemelerle söz konusu eylemin/eylemlerin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Günümüz ceza hukuku düzenlemelerine göre, hukuka uygunluk nedeni bulunması durumunda hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmakta ve sanığa cezai sorumluluk yükletilememektedir. Çalışmamızın konusu olan suçun yer aldığı ceza kanunlarında hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmemiştir. Buna karşın uygulamaya yansıyan birtakım arşiv kayıtlarında meşru savunma ve görevin ifası, hukuka uygunluk nedenleri olarak kendilerini göstermektedirler.

Kanunların yürürlükte olduğu tarihte gerçekleşen bir olayda, Hüseyin isimli bir kimse hırsızlık yaptığı esnada zaptiye memurlarına silah çekmiştir. Bunun üzerine zaptiye memurları Hüseyin'e karşı ateş etmişler ve Hüseyin'i öldürmüşlerdir. Ayrıca Hüseyin'in yanında yer alan oğlu Bayram'ı da yaralamışlardır. Bu olayların ardından 25 Ağustos 1852 tarihli belgeye göre söz konusu memurlar tahliye edildikleri görülmektedir.⁵³ Benzer bir biçimde, 31 Mayıs 1844 tarihli belgeye göre, nasihatle yola gelmeyen firari askerlerin silah çekmeleri üzerine, bu eylemlerine karşı silah kullanılabileceği belirtilmiştir.⁵⁴

Bahsi geçen ilk kayıтта, uygulamada meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir. İkinci kayıтта ise görevin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulduğu belirtilebilir. Söz konusu hukuka uygunluk nedenleri, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, hukuka uygunluk nedenlerinin ilgili tarihlerde uygulama alanı bulması, kanunda bir hüküm bulunmasından ziyade hâkimin takdir yetkisini kullanmasından kaynaklanmaktadır.

⁵³ BOA.A.MKT.MVL./55-47-0. H-9-11-1268.

⁵⁴ C.AS./399-16458-0. H-13-6-1260.

D. KUSUR

Kusur yeteneği; gerçekleştirilen eylemin, fail tarafından hukuki anlam ve sonuçlarını anlayıp hareketlerini bu doğrultuda yönlendirebilme yeteneğini ifade eder.⁵⁵ Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, uyku veya baygınlık hali, yaş küçüklüğü, zorunluluk hali ve sarhoşluk İslam ceza hukukunda da belirtilen ve kusuru etkileyen hallerdir.⁵⁶

Silah çekme suçu özelinde bir değerlendirme yapmak gerekirse; uyku veya baygınlık halinin bu suç tipinde kusur yeteneğini etkilemesi beklenemez. Nitekim bir kimsenin bu suçu işleyebilmesi için uyku halinde veya baygın bir halde olmaması gerekmektedir. İlgili suç tipinde, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya yaş küçüklüğü durumları uygulama alanı bulabilecektir.

Arşiv belgelerinde, failin yaşının küçük olmasından dolayı sürgün cezası verilmesine rastlanmaktadır. 2 Şubat 1852 tarihli belgeye göre⁵⁷; yüksek dinî ilimleri okuyan bir öğrenci⁵⁸ öldürme amacı güderek hasmına karşı silah çekmiştir. Burada, esasen pranga cezası verilmesi gereken bir durum mevcuttur. Buna karşın öğrencinin, babasının bulunduğu Şam'a sürgüne gönderilmesine karar verilmiştir.⁵⁹

Sarhoşluk durumuna, konuyla ilgili dönemin arşiv belgelerinde sıklıkla rastlanmaktadır. Buna göre; 25 Haziran 1851 tarihinde İnebolulu Süleyman Kapudan'ın Anadolu kavağında bulunan sefinesi taifelerine sarhoş bir halde silah çekilmiştir. Olaya müdahale etmeye çalışan çavuşa da karşı gelinmiştir. Bunun üzerine fail, altı ay müddetle hapis cezasına çarptırılmıştır.⁶⁰ Olayda, Kanun-i Cedid'te düzenlenen, zaptiye memuruna karşı silah çekme suçu gerçekleşmiştir. Silah ateşlenmemiş ve herhangi bir yaralama eylemi gerçekleşmemiştir. Bu sebepten dolayı, ilk düzenleme

⁵⁵ Bilmen, 2013, s. 151; Karakehya, 2022, s. 150; Mustafa Cevat Akşit, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976, s. 45.

⁵⁶ Bu hususla ilgili olarak Hz. Peygamber'in "Ümmetimden üç sınıf insanın cezai sorumluluğu yoktur, bunlar buluğa erinceye kadar çocuk, uyuyan ve akıl hastası olanlardır." hadisi bulunmaktadır, Buhari, Talak, 11 ve Ebu Davud, Hudud, 17'den aktaran Muhammed Ebu Zehra, İslam Hukukunda Suç ve Ceza Cilt 1, Çev. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 364.

⁵⁷ C.ZB. /11-545-0. H-10-4-1268.

⁵⁸ Talebe-i ulum / talebe-i ulûm.

⁵⁹ İslam ceza hukukuna göre, temyiz kudretine sahip olmayan veya erginliğe ulaşmamış çocuklara had, kısas ve tazir cezası verilmemektedir. Buna karşın, suç işleyen çocuklar için güvenlik tedbiri uygulanabilir ve diyet cezası ile cezalandırılabilirler. Örneğin öldürme suçunu işleyen bir çocuk ıslah evine gönderilebilir. Söz konusu belgede ise fail çocuğun yaşı tam olarak bilinmemekle birlikte, yaşının, cezanın tayinine etkisi olduğunu belirtmek mümkündür. Hâkim, takdir yetkisini kullanarak pranga cezasını sürgün cezası olarak uygulamaya karar vermiştir. İslam ceza hukukunda yaş küçüklüğüyle ilgili bkz. Abdullah Demir, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s. 217; Avcı, 2010, s. 119; Ebu Zehra, s. 40.

⁶⁰ BEO.AYN.d., 478: 60-2 (Aktaran: Özlem Poyraz / Merve Öner "Osmanlı İmparatorluğu'nda Asayiş Problemleri", 2022, Prof. Dr. Ensar Aslan'a Armağan (ed. Salahaddin Bekki / Yeliz Saygılı Savaş) s. 809).

uygulanmış ve 2 aydan 2 yıla kadar pranga cezasına hükmolunması gereken madde metni uygulanmıştır. Hâkimin bu noktada takdir yetkisini kullandığı ve alt sınıra daha yakın olarak altı aylık bir cezaya hükmettiği belirtilebilir. Ayrıca sarhoşluk hali, kusuru kaldıran bir durum olarak da değerlendirilmemiştir⁶¹. Benzer nitelikte bir olaya 2 Nisan 1843 tarihli belgede de rastlanmaktadır⁶². Buna göre Belgrad Kalesi'nde kale muhafızı (müstahfız) olarak görev yapan Hüseyin isimli bir kimse zaptiyelere karşı; harbiye askeri olan Adem isimli bir kimse de Yusuf isimli bir kimseye sarhoş halde silah çekmişlerdir. Bunun sonucunda failerin her ikisi de pranga cezasına çarptırılmıştır.⁶³

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Günümüz ceza kanunlarında teşebbüs, iştirak ve içtima⁶⁴ gibi kurumlara yer verilmesi suretiyle suçun özel görünüm biçimleri düzenlenmektedir. Buna karşın ilgili suç tipinin yer aldığı kanunlarda buna benzer bir biçimde genel hükümler bağlamında düzenlemelere gidilmemiştir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; zaptiye memuruna karşı sövme suçu ile birlikte silah çekme suçunu işleyen bir kimsenin yalnızca cezası en ağır olan suçtan mı cezalandırılacağı yoksa her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılması mı gerektiği kanunlarda açık değildir. Benzer bir biçimde ilgili suç tipi, teşebbüs kurumu bakımından da bir takım problemlere sahiptir. Silah çekme suçuna teşebbüsün hangi aşamada başladığı meçhuldür. Bunun nedeni ise belirtildiği üzere, kanunlarda genel hükümlere ilişkin maddelere yer verilmemesidir⁶⁵.

G. YAPTIRIM

Silah çekme suçunun temel yaptırımı Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda kürek; Kanun-i Cedid'te ise pranga olarak belirlenmiştir.

⁶¹ Nitekim İslam ceza hukukunda da kişinin kendi rızasıyla alkol tüketmesi sonucunda işlediği suçlarda cezai ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. Zorla alkol tükettirilen kimselerin ise cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s. 217; Aydın, s. 174-175; Abdülkerim Zeydan, Fıkıh (İslam Hukuku) Usulü, Çev. Ruhi Özcan, 1. Baskı, Ankara Yüksek Teknik Öğretmen Okulu Ofset Matbaa Tesisleri, Ankara, 1979, s. 168; Yaşar Yiğit, İslam Ceza Hukuku, 1. Baskı, Fecr Yayınları, Ankara, 2022, s. 260.

⁶² A.MKT./6-46-0. H-2-3-1259.

⁶³ Yine bir meyhanede gerçekleşen silah çekme vakasına ilişkin bkz. C.DH./222-11052-0. H-21-11-1263.

⁶⁴ *Avcı*'ya göre Osmanlı ceza kanunlarında suçların içtimasını düzenleyen hükümler yer almamaktadır. Buna karşın, bu düzenlemede de olduğu gibi yasa metninden -örneğin silah çekme ve ardından ateş etme eylemi gerçekleştiğinde ateş edilmesinden dolayı cezalandırılması- çıkarım yapılabilir. Bkz. *Avcı*, 2021, karaks. 8.

⁶⁵ Arşiv belgelerinde silah çekme suçuna teşebbüse ilişkin herhangi bir kayda rastlanılmamıştır. Kanunlardaki genel hükümlere yönelik olan bu eksikliğin uygulamada, hâkimler tarafından takdir yetkisi kullanmak suretiyle giderilmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

Burada belirtilmesi gereken en önemli husus, ağır işlerde çalıştırma olarak ifade edilebilecek olan ceza türünün, Tanzimat sonrası dönemde kürek veya pranga olarak isimlendirilmesidir. Hemen belirtmek gerekir ki kanunlarda “kürek” ifadesine yer verilmesinin sebebi, bu ifade kullanımının yerleşik hale gelmesidir.⁶⁶ Gemilerde belirli bir süre (veya hayat boyu) kürek çekme cezası, zamanla ağır işlerde çalıştırılma cezasını genel olarak niteleyen bir tabire dönüşmüştür. Tanzimat öncesi kanunnamelerde sıklıkla kullanılan bu ifade Tanzimat sonrası ceza kanunlarında da kendine yer bulmuş ve ağır işlerde çalıştırma cezasını kapsayan tüm cezalar, kürek cezası şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁷ Bu doğrultuda pranga cezası da kavram olarak bu durumu karşılamaktadır. Prangabentlik tabiri kürek cezasının tatbikatı esnasında mahkumların ayağına pranga takılarak ceza infaz edilmesinden gelmektedir.⁶⁸ Kürek ve pranga kavramları o derece iç içe geçmiştir ki silah çekme suçuna dair belgelerde de her ikisinin de kullanımına rastlamak mümkündür. Örneğin 3 Kasım 1847 tarihli belgede Tirebolulu Hasan isimli bir kimsenin silah çekme ve çeşitli suçlardan dolayı yedi ay pranga cezasına çarptırılmış olduğu bilgisine yer verilmektedir.⁶⁹ Yine benzer bir biçimde, 22 Aralık 1847 tarihli belgeye göre, kimliği belirlenemeyen ancak Yunan olduğu belirtilen bir kimse Arnavutköy’e gitmek üzere sarhoş olarak bindiği kayığı devirmiştir. Bunun sonucunda kayıkçı ve diğer müşteri denize düşmüştür. Ardından silah çekmesinden dolayı yakalanmış ve beş ay müddetle pranga cezasına, cezasının bitmesinden itibaren ise memleketine sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.⁷⁰ Her iki belgede de görülebileceği üzere, olaylar Ceza Kanunname-i Hümayunu döneminde yaşanmıştır. Kanundaki düzenleme “kürek cezası” şeklindedir. Buna karşın Kanun-i Cedid’te yer alacak olan “pranga” teriminin kullanılması yoluna gidilmiştir.

Kanunlarda yer alan cezalandırma süreleri ise değişiklik göstermektedir.⁷¹ Ceza Kanunname-i Hümayunu’na nazaran Kanun-i

⁶⁶ Ahmet Kılınc “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlihi”, C. 79 S. 285, 2021, Belleten, s. 534.

⁶⁷ Tanzimat sonrası dönemde her iki kavramın da ağır işlerde çalıştırılmayı kapsadığına dair bkz. Özlem Poyraz “Abdülmeccid Dönemi Hürriyet Bağlayıcı ve Kısıtlayıcı Ceza Uygulamalarına Dair Bir İnceleme”, S. 43, 2020, Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, s. 508-510; Kaya Göktepe “Osmanlı Bahriyesinde Bir İşgücü Kaynağı Olarak Kürek Mahkumlarının İstihdamına Dair Bazı Tepitler, C. 37 S. 1, 2022, Tarih İncelemeleri Dergisi, s. 205 dipnot 140. Ayrıca bu cezalandırma yöntemine, 1858 tarihli bir sonraki ceza kanununda teşhir uygulaması da eklenmiştir. Buna göre; hükümlü, bulunduğu şehir meydanına götürülerek göğsüne söz konusu cezayı neden aldığına ilişkin divan mazbatasının özeti yerleştirilir ve yaklaşık iki saat bekletilirdi. Bunun ardından ayaklarına demir konularak cezanın uygulanacağı yere götürülürdü bkz. Mehmet Özkan “Tanzimat Sonrası Osmanlı Ceza Hukuku Düzenlemeleri”, S. 15, 2022, Balıkesir İlahiyat Dergisi, s. 260-262.

⁶⁸ Gökçen, s. 54.

⁶⁹ A.MKT.MVL./6-18-0. H-24-11-1263.

⁷⁰ C.ZB./40-1989-0. H-14-01-1264.

⁷¹ Sürelerle ilgili Tablo-1’de detaylı bir biçimde bilgi verilmesinden dolayı tekrara düşmemek adına bu bölümde sürelerle ilişkin değerlendirme yapılmamıştır.

Cedid'te cezanın süresi bakımından hâkime geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır.⁷² Ayrıca yaralama gerçekleşmesi durumunda tedavi masraflarının failden tazmini ve silah çekme suçunun, öldürme suçuna vücut verdiği durumlarda öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.⁷³

SONUÇ

Osmanlı'da Tanzimat sonrası dönemde gerçekleşen modernleşme ceza kanunları kapsamında da kendine yer edinmiştir. Bu bağlamda oluşturulan ilk iki ceza kanunu ,örfi hukuk kurallarından beslense de kendine has özelliklere sahiptirler. Çalışmada incelenen silah çekme suçu, bu kanunlarda düzenlenen suç tiplerinden birisi olup kanunların kendine has özelliklerini bünyelerinde taşımaktadırlar. Örneğin Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenen silah çekme suçunda hâkime takdir yetkisi tanınmamışken Kanun-i Cedid'te yer alan düzenlemede hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

Silah çekme suçu, bir çok ihtimale sahip olan bir suç tipidir. Çalışmamızda yer verdiğimiz tabloda da görülebileceği üzere her bir kanun bakımından gerçekleşmesi muhtemel sekiz ayrı ihtimal mevcuttur. Suçun neticesi itibarıyla böylesine detaylı bir düzenleme yapılması, her bir ihtimal için ayrı ayrı cezalar belirlenmesi dönemin kanunlaştırma hareketlerine göre yapısal bir modernlik olarak ifade edilebilir. Buna karşın her iki kanunun da günümüz kanunlarına nazaran en önemli eksikliklerinden olan genel hükümlere ilişkin düzenlemeler içermemesi, bu suç kapsamında da eksik hususların oluşmasına sebebiyet vermektedir. Örneğin silah çekme suçunda teşebbüsün ne derecede uygulanabilir olduğu, eylemin ne zaman başladığı veya başka bir suçla beraber işlendiğinde nasıl bir cezalandırma yönteminin uygulanacağı kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir. Kanunlarda yer alan ve birçok yazar tarafından eleştirilen hususlar, silah çekme suçunda da gözlemlenebilmektedir.

Gerçekleştirilen silah çekme eylemlerinde ise pek çok belgede de görüldüğü üzere failin sarhoş olduğu gözlemlenmektedir. Her iki kanunda da kusur yeteneğini azaltan haller açıkça düzenlenmemiştir. İslam hukukçuları arasında, sarhoşluğun kusura olan etkisi tartışmalı bir vaziyette

⁷² Genel olarak alt sınıra daha yakın cezalar verildiği gözlemlenmektedir. Örneğin bindiği kayığı devirip iki kişinin suya düşmesine sebebiyet veren ve ardından silah çeken kimsenin, suçun kanunda yer alan cezasına nazaran çok daha az bir süre olan beş aylık süreyle cezalandırılmasına hükmedilmiştir. Yine benzer bir biçimde, silah çeken ve aynı zamanda çeşitli suçlardan cezalandırılan Tirebolulu Hasan için toplamda yedi aylık bir cezaya hükümlenmiştir bkz. C.ZB./40-1989-0. H-14-01-1264; A.MKT.MVL./6-18-0. H-24-11-1263.

⁷³ Örneğin 19 Mayıs 1858 (olayın geçtiği tarih itibarıyla Kanun-i Cedid'in yürürlükte olduğu) tarihli bir vakada, iki kişi arasında tartışma çıkmıştır. Fail, tabancasını çıkartmış ve merhumu sol kasıgından vurarak öldürmüştür. Bu olayda görüleceği üzere madde metninde sıralanan; silah çekme, ateş etme, yaralama ve öldürme eylemleri sırasıyla gerçekleşmiştir. Olayın neticesinde, failin ailesi kısas talep etmişlerdir. Olay metni için bkz Akgündüz, 2017, s. 128-129.

olsa da silah çekme vakalarında sarhoşluk kusuru azaltan veya ortadan kaldıran bir etmen olarak değerlendirilmemiştir.⁷⁴ Silah çekme suçunda, yaş küçüklüğü bakımından uygulama alanı bulan; pranga cezasının uygulanması gereken bir durumda, babasının bulunduğu kente sürgüne gönderilmekle yetinilen fail hakkındaki belge de önem teşkil etmektedir.⁷⁵ Bir takım belgeler ise, kürek cezası ve pranga cezasının aslında aynı cezalandırma yöntemini belirttiğini kanıtlar niteliktedir.⁷⁶ Silah çekme suçu bakımından meşru savunma kurumu kapsamında değerlendirilebilecek bir belgeye de rastlanmaktadır.⁷⁷

Silah çekme suçu, yer aldığı kanunlar itibarıyla geçiş dönemi olarak belirtilebilecek bir dönemde düzenlenmiş bir suç tipidir. Bundan dolayı düzenlenişi ve uygulanması bakımından döneminin özelliklerini oldukça iyi yansıtmaktadır. Asayiş problemlerinin sıklıkla gözlemlenebildiği 19. yüzyıl ortalarında bu suç tipine rastlamak tesadüfi değildir. Bilakis; kademeli bir yapıyla düzenlenen suç tipinde uygulamada meydana gelebilecek ihtimalleri düzenleyebilecek genel hükümlere yer verilmemesi, düzenlemeyle beraber devlet memurlarının özel olarak korunmasının hedeflenmesi, kürek ile pranga cezalarına yer verilmesi ve uygulamada sıklıkla rastlanan sarhoşluk neticesinde çıkan, güvenlik problemleri teşkil eden durumlara rastlanması suç tipinin düzenlenmiş olduğu dönemi pekâlâ yansıtmaktadır.

⁷⁴ Bu doğrultuda bkz. A.MKT./6-46-0. H-2-3-1259; C.DH./222-11052-0. H-21-11-1263.

⁷⁵ C.ZB. /11-545-0. H-10-4-1268.

⁷⁶ A.MKT.MVL./6-18-0. H-24-11-1263; C.ZB./40-1989-0. H-14-01-1264.

⁷⁷ C.AS./399-16458-0. H-13-6-1260.

KAYNAKÇA

A.MKT./6-46-0.

A.MKT.MVL./3-34-0.

A.MKT.MVL./55-47-0.

A.MKT.MVL./6-18-0.

A.MKT.MVL./97-100-0.

Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Akbulut İ, Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2018.

Akgündüz S N, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, C. 4 S. 8, 2016, Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 1-16.

Akgündüz S N, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2017.

Akşit M C, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976.

Artuk M E / Gökçen A / Alşahin M E vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Artuk M E, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunlarından 1840 ve 1851 Tarihli Kanunların İncelenmesi”, S. 16, 2013, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 5-20.

Atalay M, “Tanzimat Hareketinde İktisadi Kalkınma Çabaları”, S. 9, 1991, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 110-120.

Avcı M, “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda İçtima”, C. 1 S. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, ss. 1-30.

Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013.

Bilmen Ö N, Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu 3. Cilt, 1. Baskı, Ravza Yayınları, İstanbul, 2013.

C.AS./399-16458-0.

C.DH./222-11052-0.

C.ZB. /11-545-0.

C.ZB./40-1989-0.

Candan R B, “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, C. 1 S. 1, 2015, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 63-81.

Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020.

Demir A, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Devellioğlu F, Osmanlı-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 9. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1990.

Dülger M V, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021.

Ebu Zehra M, İslam Hukukunda Suç ve Ceza Cilt 1, Çev. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.

Gökçen A, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1987.

Göktepe K “Osmanlı Bahriyesinde Bir İşgücü Kaynağı Olarak Kürek Mahkumlarının İstihdamına Dair Bazı Tepitler”, C. 37 S. 1, 2022, Tarih İncelemeleri Dergisi, ss. 177-214.

Güran T, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi”, C. 49, 1999, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, ss. 79-95.

Karakaya H, Osmanlı Ceza Hukuku’nda Parada Sahtecilik Suçu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2020.

Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Karakehya H, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.

Kılınç A, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili”, C. 79 S. 285, 2021, Belleten, ss. 531-558.

Kızılay M E, “Hakaret Suçu Çerçevesinde Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuku ve Türk Pozitif Hukuku Mukayesesi”, S. 56, 2021, İlahiyat Tetkikleri Dergisi ss. 47-70.

Koca M / Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Koçak B / Sancaktutan E, “Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi Yenilikleri: Tanzimat Fermanı Sonrası Yeni Kurumlar”, C. 56 S. 3, 2021, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, ss. 1936-1948.

Konan B, “Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, S. 29, 2011, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, ss. 149-172.

Kurnaz Şahin F, “Tanzimat Sonrasında Osmanlı Devleti’nde Kumar Yasalarının Gelişimi”, C. 17, S. 34, 2021, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 549-582.

Lippman M / McConville S / Yerushalmi M, Islamic Criminal Law and Procedure, 1. Baskı, Praeger Publishers, New York, 1988.

Örsten Esirgen S, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, S. 62-63, 2019, Adalet Dergisi, ss. 429 – 480.

Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Özdemir Y / Çiydem E / Aktaş E, “Tanzimat Fermanı'nın Arka Planı”, C. 2 S. 1, 2014, Kastamonu Eğitim Dergisi, ss. 321-338.

Özkan M, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Ceza Hukuku Düzenlemeleri”, S. 15, 2022, Balıkesir İlahiyat Dergisi, ss. 241-277.

Peters R, Crime and Punishment in Islamic Law, 1. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Poyraz Ö / Öner M “Osmanlı İmparatorluğu'nda Asayiş Problemleri”, 2022, Prof. Dr. Ensar Aslan'a Armağan (ed. Salahaddin Bekki / Yeliz Saygılı Savaş) ss. 799-816.

Poyraz Ö “Abdülmeçid Dönemi Hürriyet Bağlayıcı ve Kısıtlayıcı Ceza Uygulamalarına Dair Bir İnceleme”, S. 43, 2020, Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, ss. 497-518.

Sarıkaya S, Osmanlı Ceza Hukukunda Iskat-ı Cenin Suçu, Anadolu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir 2024.

Sönmez A, “Osmanlı Devleti'nde İç Güvenliğin Dönüşümü, Zaptiye Teşkilatından Jandarmaya”, 38. Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi, Ankara Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Ankara, 2007, ss. 2855-2865.

Üçok C / Mumcu A / Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi, 15. Baskı, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2011.

Yakut E, Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Yardımcıoğlu M / Gül M R, “Türk Ticaret Hukukunun Tarihsel Süreci”, C. 3 S 2, 2019, Al-Farabi International Journal of Social Sciences, ss. 129-135.

Yiğit Y, İslam Ceza Hukuku, 1. Baskı, Fecr Yayınları, Ankara, 2022.

Zeydan A, Fıkıh (İslam Hukuku) Usulü, Çev. Ruhi Özcan, 1. Baskı, Ankara Yüksek Teknik Öğretmen Okulu Ofset Matbaa Tesisleri, Ankara, 1979.

ÖZEL HUKUK
PRIVATE LAW

YAZILIMLARIN PATENTLE KORUNMASINDA TEKNİK KARAKTER UNSURU

Technical Character in Patent Protection of Software

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK*
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ**

Öz: Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 82/2 ve European Patent Convention (EPC) m. 52/2'ye göre yazılımlar kural olarak patent koruması kapsamı dışındadır. Bunun nedeni, yazılımların kendi başlarına teknik karakter ihtiva etmemeleridir. Buna karşılık, teknik karaktere sahip olan yazılımlar ise tıpkı teknolojinin diğer alanlarındaki buluşlar gibi patent korumasının kapsamındadır. O halde yazılımın patent ile korunması için kilit rolü teknik karakter kavramı oluşturmaktadır. Teknik karakter kavramı kanun koyucu tarafından tanımlanmamıştır. Yazılımların doğası gereği teknik araçlarla çalışması, teknik karaktere sahip olup olmadıklarının tespitini diğer buluşlara göre daha karmaşık hale getirmektedir. Yazılımların patentle korunması Türk hukuku için yeni bir meseledir. Bu nedenle, yazılımın hangi durumlarda teknik karaktere sahip kabul edileceğinin SMK m. 82/2'deki düzenleme ile mehz Avrupa Birliği hukukundaki düzenleme ve uygulamalar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir. Bu çalışmada SMK ve EPC'nin yazılımlara ilişkin düzenlemeleri, Avrupa Patent Ofisi'nin (European Patent Office – EPO) bu konuda benimsediği yaklaşımlar ve mevcut uygulaması göz önünde bulundurularak yazılımların hangi durumlarda teknik karaktere sahip olduğu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yazılımın patentle korunması, teknik karakter, SMK m. 82/2, EPC m. 52/2-3.

Abstract: According to Article 82/2 of the Turkish Industrial Property Law (SMK) and Article 52/2 of the European Patent Convention (EPC), software is generally excluded from the scope of patent protection. The reason for this is that software by itself does not have technical character. On the other hand, software with technical character is within the scope of patent protection just like inventions in other fields of technology. Therefore, the concept of technical character plays a key role in the patent protection of software. The concept of technical character is not defined by the legislator. The fact that software works with technical means by its nature makes the determination of whether it has technical character more complex than other inventions. Patent protection of software is a new issue for Turkish law. Therefore, it is necessary to evaluate the conditions under which software is considered to have technical character by taking into consideration the regulation in Article 82/2 of the SMK and the regulations and practices in the European Union law. In this study, the regulations of the SMK and the EPC on software, the approaches adopted by the European Patent Office (EPO) in this regard and its current practice are taken into consideration and the circumstances under which software has a technical character are examined.

Keywords: Patent protection of software, technical character, Art. 82/2 of SMK, Art. 52/2-3 of EPC.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9974-7459.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fbcakir.celebi@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5090-8373.

Makale Geliş Tarihi: 04.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 22.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484057

GİRİŞ

Yazılımlar kural olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında “eser” olarak korunurlar. Günümüzde yazılımlar sadece bilgisayar ortamında kullanılan bir biçimden teknolojinin tüm alanlarında kullanılır hale geldiğinden bazı yazılımlar için buna ek koruma araçlarına ihtiyaç doğmuştur. FSEK’in yazılımlar için öngördüğü koruma, yalın olarak yazılımları ve kanunda düzenlenen eser sahipliği hakları bağlamında, örneğin izinsiz çoğaltmaya, işlemeye veya değiştirmeye karşıdır¹. Oysa değeri milyonlarca doları bulan ve büyük şirketlerin rekabette öne çıkmasını sağlayan yazılımların korunması için bundan daha kapsamlı bir korumaya ihtiyaç bulunduğu açıktır. Ayrıca, farklı boyuttaki etkileriyle, teknolojinin ve neredeyse hayatın her alanına giren yazılımlar için sektörde gelişme ve büyümeyi teşvik etmek için daha kapsamlı bir koruma gerekmektedir. Teknik karaktere sahip yazılımlar için bu korumayı patent hakkının sağlayacağı açıktır. Zira patent hakkı ile hak sahibi, rakiplerin yazılımlarının aynısını geliştirmelerini ve izinsiz kullanımını engelleyebilmektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 82/2 ve European Patent Convention (EPC) m. 52/2 uyarınca bilgisayar programları, diğer bir ifadeyle yazılımlar² buluş niteliğinde değildir. Ancak patentin yazılımla ilgili olması halinde yazılımın *sadece kendisi* patentlenebilirliğin dışında kalır. Buna göre, yazılımlar *kendi başlarına* Türkiye’de patent kapsamında korunamazlar. Fakat bu durum yazılımların hiçbir şekilde patentlenemeyeceği anlamına gelmez. Teknik karaktere sahip olan yazılımlar, diğer şartları da sağladıkları takdirde patent korumasından yararlanabilir. Teknik karaktere sahip olmayan yazılımlar ise FSEK çerçevesinde ilim ve edebiyat eseri olarak korunur.

Yazılımların kural olarak patent korumasının kapsamı dışında bırakılmasının nedeni yazılımların *sadece kendi başlarına* teknik karakter ihtiva etmemesidir. Zira patent koruması teknik nitelikteki buluşlar içindir.³ Diğer bir ifadeyle, patent korumasından yararlanabilmesi için buluşun teknik bir alanla ilgili olması ve teknik bir sorunun çözümü hakkında fikir ihtiva etmesi gerekir.⁴

¹ Yazılımın Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku çerçevesinde koruma kapsamı için bkz. Arslan Kaya/ Numan Sabit Sönmez, İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (1), s. 83-97; Bayram Daşbaşı, Bilgisayar Tabanlı Buluşların İş Metotlarının Patentlenebilirliği: Dünyadaki Uygulamalar ve Ülkemizdeki Durum, Türk Patent Enstitüsü, Patent Uzmanlık Tezi, Ankara, 2013, s. 22-25.

² Çalışmada “yazılım” ve “bilgisayar programı” kavramları, uygulamaya paralel olarak, eş anlamlı kullanılacaktır. İki kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Betül Çakır Çelebi, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımlarının Satışının Değerlendirilmesi”, C. 27, S.4, 2023, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 129-165.

³ Cahit Suluk/ Rauf Karasu/ Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 258.

⁴ Rıza Ayhan /Hayrettin Çağlar/ Burçak Yıldız vd., Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 210.

EPC m. 52 ile SMK m. 82'ye göre, teknolojinin her alanındaki buluşlara patent verilebilir. Diğer herhangi bir teknoloji alanı gibi yazılımlar da patent ile korunabilmelidir. Günümüzde teknolojik yeniliklerin en önemli unsurlarından biri haline gelen yazılımların patentle korunması, teknik yenilik ve gelişmenin teşviki için son derece önemlidir. Nitekim SMK m. 82'nin gerekçesi ile Avrupa Patent Ofisinin İnceleme Kılavuzunda⁵ teknik karaktere sahip yazılımların patent koruması kapsamında olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, teknik karaktere sahip olmaları ve diğer koşulları sağlamaları kaydıyla yazılımların da patent korumasından yararlanmaları gerekir.

Yazılımın patentle korunmasında kilit rolü teknik karakter kavramı oluşturur. Teknik karakter kavramının kapsamının dar tutulması, aslında patent ile korunmayı hak eden bazı yazılımların koruma kapsamı dışında kalmasına neden olabileceken, bunun tersi, kanun koyucunun amacına aykırı olarak, bilgisayarda çalışan her yazılımın korunması anlamına gelebilecektir. Bu durum da aslında SMK m. 82/2 ve EPC m. 52/2 uyarınca buluş niteliği taşımayan yazılımların patentle korunması gibi istenilmeyen, kamunun menfaatlerini de hukuka aykırı olarak sınırlandıran durumların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Patenti kötüye kullananları önlemek ve gerçek yazılım inovasyonunu geliştirmek amacıyla yazılım patentinin kapsamı sınırlandırılabilir.⁶ O halde teknik karakter kavramının kapsamının sağlam hukuki gerekçeler dikkate alınarak ve kamu ile yazılımı geliştiren arasındaki çıkar dengesi de gözetilerek belirlenmesi gerekir. Çalışmada teknik karakter kavramı mehz hukuk olan Avrupa Birliği Hukuku da dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır. Ancak teknik karakter kavramına geçmeden önce, yazılımın kural olarak buluş kabul edilmemesi nedeniyle, çalışma için önemli olduğunu düşündüğümüz “buluş” ve “teknik” kavramlarına değinilecektir.

I. PATENT HUKUKUNDA BULUŞ VE TEKNİK KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK

SMK ve EPC'de yazılımların kural olarak teknik karaktere sahip olmadığı gerekçesiyle buluş sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, yazılımın patentle korunabilmesi için sahip olması gereken “teknik karakter” unsurunu incelemeye geçmeden önce, buna göre temel nitelikte olan “buluş” ve “teknik” kavramları incelenecektir. Zira bu kavramların genel patent hukuku çerçevesinde nasıl ele alındığı ve değerlendirildiğinin incelenmesi yazılımın patent korumasından yararlanabilmesi için bulunması gereken “teknik karakter” şartının daha net bir şekilde anlaşılmasını sağlayacaktır.

⁵ Guidelines for Examination in the European Patent Office.

⁶ Yahong Li, “The Current Dilemma and Future of Software Patenting”, C.50, 2019, IIC s. 823.

B. BULUŞ KAVRAMI

Buluş, patent hukukunun temel kavramıdır. Patentin konusu buluştur. Teknolojik ilerlemelere bağlı olarak korumayı sınırlandırılabilmesi için buluş kavramı tanımlanmamıştır.⁷ Buluş, bir teknik alanda ortaya çıkan özel bir problemin çözümüne ilişkin fikri üründür.⁸ Meydana getirilen ürünün patente konu olabilmesi için teknik karakter taşıması, teknik öğreti içermesi gerekir⁹. Avrupa Patent Ofisi (EPO) Temyiz Kurulu kararlarında buluş, teknik karaktere sahip olan konu şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰

C. TEKNİK KAVRAMI

Patent hukukunun diğer temel kavramı ise “teknik” kavramıdır. Patent hakkı kapsamında bir buluştan bahsedilebilmesi için her şeyden önce teknik alana ilişkin bir buluşun bulunması gerekir. “Teknik” kavramının kanun koyucular tarafından tanımlanmamasının, bunun sınırlarının her geçen gün gelişen teknoloji karşısında daralmaması adına olduğu söylenebilir. Buna karşılık hem SMK hem de EPC ile buluşun teknolojinin bir alanında bulunması, diğer bir ifadeyle *teknik* olması gerektiği açık bir şekilde düzenlenmiştir. SMK m. 82/1 uyarınca “*Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir*”. EPC m. 52/1’e göre, “*Avrupa patentleri, teknolojinin her alanında, yeni olmaları, buluş basamağı içermeleri ve endüstriyel uygulamaya elverişli olmaları koşuluyla, her türlü buluş için verilecektir*”¹¹. Nitekim EPO tarafından da teknik karakterin tüm buluşlar için mutlaka bulunması gereken bir şart olduğu ifade edilmektedir¹².

Bu çerçevede, teknik karaktere sahip olan buluşlara verilirken, teknik saha dışında sayılan buluşlara patent belgesi verilemez.¹³ Ancak teknik alanın belirlenmesinden sonra buluşun koruma şartlarını sağlayıp sağlamadığı incelenebilir.¹⁴ Bu nedenle, teknik karakter kavramının tespiti de patent

⁷ Suluk/Karasu/Nal, s. 226; Fülurya Yusufoglu, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 18.

⁸ Suluk/Karasu /Nal, s. 226; Yusufoglu, s. 154; Cansu Korkmaz, Sınai Mülkiyet Haklarının Haczi, Ankara, 2023, s. 60.

⁹ Yusufoglu, s. 154.

¹⁰ T 0931/95 (Controlling pension benefits system) 08-09-2000; T 0258/03 (Auction method/HITACHI) 21-04-2004; T 0619/02 (Odour selection/QUEST INTERNATIONAL) 22-03-2006, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

¹¹ EPC Article 52/1; “European patents shall be granted for any inventions, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application”.

¹² EPO Guidelines for Examination: C-IV, 1.2. “Ayrıca teknik karakterin buluş için bir gereklilik olduğuna ilişkin kararlar için bkz. T 0154/04 (Estimating sales activity/DUNS LICENSING ASSOCIATES) 15-11-2006; T 0022/85 (Document abstracting and retrieving) 05-10-1988; T 0931/95 (Controlling pension benefits system) 08-09-2000, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

¹³ Suluk/Karasu/Nal, s. 227.

¹⁴ Yusufoglu, s. 152.

hukuku için son derece önemlidir. Teknik, doğadaki kuvvet kaynakları ve maddelerin belirli amaçlarla kullanılmasıdır.¹⁵ Doğanın yanında insan, bitki ve hayvan gibi canlılar da tekniğin konusunu oluşturur.¹⁶ Teknik, sanai ürünlerin üretimine hizmet eden araçların tümünü kapsar.¹⁷

Patent hukuku anlamında teknik kavramı *geleneksel olarak* doğayı kontrol edebilme ile ilişkilendirilerek ele alınır.¹⁸ Bu anlamda, teknik kavramının pozitif ve mühendislik bilimleri alanında biçimlendiği,¹⁹ ancak süreç içerisinde, bu temel esas alınarak bu bilimlerin etkileştiği alanların da teknik kavramının kapsamına alındığı²⁰ söylenebilir. Bu çerçevede günümüzde buluşun teknik niteliğinin belirlenmesinde esas alınan doğa bilimlerine, bu bilimler yoluyla elde edilen *bilgi* de eklenerek teknik kavramının kapsamı genişletilmiştir.²¹ Zira teknik kavramı durağan bir kavram olmayıp yeni gelişmelere açık bir kavramdır.²²

II. YAZILIMIN PATENTLE KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Yazılım, bilgisayarın kendisinden beklenen bir görevi gerçekleştirebilmesi için hazırlanan birbiri ile uyum içerisindeki komutlar silsilesidir.²³ Yazılımlar patent korumasından kaynak ve nesne kodları, problem veya sistem analizi, program akış planı ve kodlama aşamaları bakımından yararlanamaz.²⁴ Bu sayılanlar yazılımlarda teknik karakteri oluşturmaz. Teknik karaktere sahip olmayan yazılımlar, SMK m. 82/2'de ifade edildiği üzere, patent korumasının kapsamı dışında kalır. Bu durum sadece yazılımın kendisi için geçerlidir. Patent koruması için gerekli şartları sağlamasa da yazılımlar FSEK uyarınca aranan koruma şartlarını sağladığı takdirde ilim ve edebiyat eseri olarak korunur.

Yazılımların patentle korunması Türk hukuku için yeni sayılabilecek bir meseledir. Bu nedenle, hangi yazılımların patent korumasının kapsamı dışında kalıp hangilerinin buna dahil olacağı meselesinin, bu alanda geniş uygulama ve içtihadı sahip olan mehz Avrupa Birliği hukuku bağlamında incelenmesi gerekir.

¹⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 227.

¹⁶ Suluk/Karasu/Nal, s. 227.

¹⁷ Yusufoglu, s. 150.

¹⁸ Mustafa Aksu, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta, İstanbul, 2006, s. 225.

¹⁹ Aksu, s. 231.

²⁰ Aksu, s. 231.

²¹ Aksu, s. 227.

²² Aksu, s. 226-227.

²³ Mustafa Fadıl Yıldırım, "Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler", Tekin Memiş (Ed.) Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2010, Oniki Levha, 2011, s. 574.

²⁴ SMK Gereke, m. 82/2.

Yazılımın hangi durumlarda patent koruması kapsamında olacağıın tespiti için kanaatimizce teknik karakter kavramının, SMK m. 82/2'deki düzenleme ile mehaz Avrupa Birliği hukukundaki düzenleme ve uygulamalar göz önünde bulundurulmalıdır.

Bir yazılımın patent hakkı ile korunup korunmayacağı meselesi iki aşamalı bir incelemeyi gerektir. İlk aşamada, yazılımın patent koruması kapsamında olup olmadığı, diğer bir ifadeyle teknik karaktere sahip olup olmadığı, ikinci aşamada ise yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenir. Bu iki aşamayı geçen buluşlar patent belgesi ile korunmaya hak kazanabilir. Bununla birlikte, çalışmanın konusu, uygulamada sahip olduğu önem nedeniyle, yazılımın hangi durumlarda veya şartlarda patent koruması kapsamında olacağına ilişkin birinci aşamadaki inceleme ile sınırlandırılmıştır.

B. YAZILIMLARIN PATENTLE KORUNMASINA İLİŞKİN SMK VE EPC'DE YER ALAN DÜZENLEMELER

SMK ve EPC'ye göre, gerekli şartları yerine getirmeleri şartıyla, *teknolojinin her alanındaki buluşlar* patent ile korunabilir. Bununla birlikte, her iki düzenleme ile buluş sayılamayacak konu ve faaliyetler patent korumasının dışında tutulmuştur.

Görüldüğü üzere, yazılımların patent hukuku kapsamında korunmasına ilişkin hem SMK²⁵ hem de EPC²⁶'de yer alan düzenlemeler incelendiğinde, ilk bakışta yazılımların buluş sayılmayarak patent koruması kapsamı dışında kaldığı sonucu ortaya çıkabilir.²⁷ Ancak hükümler incelendiğinde yazılımların “*sadece kendisi*”nin veya “*as such*” nitelikte olanların patent koruması kapsamı dışında kalacağı anlaşılacaktır.

²⁵ SMK m. 82/2 uyarınca; “*Aşağıda belirtilenler buluş niteliğinde sayılmaz. Patent başvurusu veya patentin aşağıda belirtilen konu veya faaliyetlerle ilgili olması halinde, sadece bu konu veya faaliyetlerin kendisi patentlenebilirliğinin dışında kalır:*

Keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler.

Zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara ilişkin plan, kural ve yöntemler.

Bilgisayar programları.

Estetik niteliği bulunan mahsuller, edebiyat ve sanat eserleri ile bilim eserleri.

Bilginin sunumu.”

²⁶ EPC m. 52/2 ve 3 uyarınca, “*Özellikle, aşağıdakiler 1. paragraf anlamında buluş olarak kabul edilmeyecektir:*

a) keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler,

b) estetik yaratımlar,

c) zihinsel eylemlerin gerçekleştirilmesi, oyun oynanması veya iş yapılmasına ilişkin şemalar, kurallar ve yöntemler ile bilgisayar programları.

Paragraf 2, burada atıfta bulunulan konu veya faaliyetlerin patentlenebilirliğini, yalnızca bir Avrupa patent başvurusu veya Avrupa patentinin söz konusu konu veya faaliyetlerle ilgili olduğu ölçüde hariç tutar”.

²⁷ Aksu, s. 168.

SMK m. 82/2'ye göre; patent başvurusu veya patentin yazılımlarla ilgili olması halinde, yazılımların *sadece kendisi* patentlenebilirliğin dışında kalır. Mevzu düzenleme olan EPC m. 52/2 ile de yazılımların buluş sayılamayacağı ifade edildikten sonra, EPC m. 52/3'te, SMK m. 82/2 ile paralel bir şekilde, yazılımların sadece söz konusu konu ve faaliyetlerle (*as such*) ile ilgili olduğu durumlarda patent hakkının kapsamı dışında kalacağı ifade edilmiştir. Ancak düzenlemelerde geçen *sadece ... kendisi* ve *as such* kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ne SMK ne de EPC'de açıklanmıştır. Bununla birlikte, hem SMK m. 82/2'nin gerekçesi hem de Avrupa Patent Ofisi'nin İnceleme Rehberi'nin²⁸ EPC m. 52'ye ilişkin kısımları incelendiğinde bu kavramlara ilişkin açıklamaların bulunduğu görülmektedir.

SMK m. 82/2'nin, gerekçesine göre yazılımların, bilgisayarda veya bu nitelikteki herhangi bir cihazda çalıştırıldıklarında cihaz içinde yer alan işlemcide, bellekte meydana getirdikleri fiziksel değişimler sıradan teknik etki olarak kabul edilmekte ve yazılımın patentle korunması için yeterli olmamaktadır²⁹. Yazılımın patentle korunabilmesi için göstermiş olduğu bu sıradan teknik etkinin ötesinde *ileri bir teknik etki* göstermesi aranmaktadır³⁰. Bu çerçevede, *ileri bir teknik etki göstermeyen* yazılımların *sadece kendisi* patent korumasının kapsamında olmayacak, buna karşılık bu nitelikteki yazılımlar bir cihaz ile birlikte patent koruması kapsamında yer alabilecektir.³¹

EPC m. 52/2'nin lafzı incelendiğinde *as such* nitelikte yazılımların patent koruması kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir.³² Fakat *as such* kavramı ile hangi yazılımların kastedildiği madde metninden anlaşılmamaktadır. İlk olarak EPC m. 52/2'de bu kavramı kullanarak yasa koyucunun yazılımlara patent koruması verme noktasında tüm kapıyı kapatmayıp aralık bıraktığı belirtilmektedir³³. Avrupa Patent Ofisi İnceleme Rehberi'nde EPC m. 52/2'de sayılan konu ve faaliyetlerin patent korumasının kapsamı dışında tutulmasının "*as such*" nitelikteki konu ve faaliyetlerle sınırlandırıldığı ifade edilmiştir.³⁴ İnceleme Rehberine göre, teknik karaktere sahip yazılımlar "*as such*" nitelikte değildir.³⁵ Teknik karaktere sahip olması, diğer bir ifadeyle, patent koruması dışında

²⁸ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G-II,2, <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

²⁹ SMK Gerekçe, m. 82.

³⁰ SMK Gerekçe, m. 82.

³¹ SMK Gerekçe, m. 82.

³² Rosa Maria Ballardini, Software patents in Europe: the technical requirement dilemma, Journal of Intellectual Property Law & Practice, C. 3, S. 9, 2008, s. 564; Justine Pila, "Software Patents, Separation of Powers, and Failed Syllogisms: A Cornucopia from the Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office", Legal Research Paper Series, 48/2010, s. 28.

³³ Uğur Çolak, Türk Patent Hukuku, Adalet Yayınları, İstanbul, 2022, s. 155.

³⁴ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 2. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

³⁵ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 15. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

tutulmaması için bir yazılımın bir donanımda çalıştırıldığında “ileri bir teknik etki” üretmesi gerekir.³⁶ İleri teknik etki, yazılım ile üzerinde çalıştırıldığı donanım arasındaki “normal fiziksel etkileşimlerin ötesinde” bir teknik etkinin ortaya çıkması durumunda söz konusu olur.³⁷ Bir yazılımın çalıştırılmasının normal fiziksel etkileri, örneğin bilgisayardaki elektrik akımlarının dolaşımı veya örneğin eriştiği bir ortamdaki veriyi okuyarak bunu ekrana yansıtması bir bilgisayar programına teknik nitelik kazandırmak için tek başına yeterli değildir.³⁸ O halde bir yazılımın sadece bilgisayarda uygulanıyor olmasının ötesinde teknik bir etkinin ortaya çıkması halinde ileri bir teknik etkinin varlığından bahsedilir.³⁹ Örneğin, bir arabadaki kilitlenmeyi önleyici fren sistemini kontrol etme, bir X-ray cihazı ile emisyonları belirleme, videoyu sıkıştırma, bozulmuş bir dijital görüntüyü geri yükleme veya elektronik iletişimi şifreleme yöntemini belirten bir yazılım, bir donanımda çalıştırıldığında ileri bir teknik etki ortaya çıkardığı kabul edilebilir.⁴⁰

EPO Temyiz Kurulu IBM kararında, EPC m. 52/2 ve 3 hükümlerinden yasa koyucunun bilgisayar programlarını tamamen patent korumasının kapsamı dışında bırakmak istemediğinin anlaşıldığını, buna göre, yalnızca *as such* nitelikteki yazılımların patent korunmasından yararlanamayacağını ifade etmiştir.⁴¹ Kurula göre, *as such* nitelikteki yazılımlar, teknik nitelikten yoksun, yalnızca soyut yazılımlar anlamına gelmektedir.⁴² Bu çerçevede, *teknik karaktere* sahip olan yazılımlar patent hakkının kapsamındadır.

Görüldüğü üzere, patent korumasının dışında tutulan konu ve faaliyetler, doğrudan ileri teknik bir sonucu hedeflemeyen, sadece soyut ve yalın bir niteliğe sahip konu ve faaliyetlerdir. Diğer bir ifadeyle, patentlenebilirlik istisnasının kapsamı, *yalnızca bu tür soyut nitelikteki konu ve faaliyetler ile ilgili olanlarla* sınırlıdır. Buna karşılık, bu konu ve faaliyetlerin teknolojinin diğer alanındaki buluşlar gibi *teknik karaktere* sahip olmaları durumunda SMK m. 82/2 ve EPC m. 52/2’de yer alan istisnanın uygulanmaması gerekir. O halde hem SMK hem de EPC uyarınca bir yazılımın istisna kapsamında olmaması, diğer bir ifadeyle, hükümlerde geçen *as such* veya *sadece...kendisi* ifadelerinin kapsamından çıkabilmesi için

³⁶ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 15. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

³⁷ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 15. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

³⁸ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 15. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

³⁹ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 17. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

⁴⁰ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 15. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc> (28.02.2024).

⁴¹ T 1173/97 (Computer program product/IBM) 01-07-1998, www.epo.org (05.03.2024).

⁴² T 1173/97 (Computer program product/IBM) 01-07-1998, www.epo.org (05.03.2024).

doğası gereği bizzat kendisi bir teknik karakterde olduğundan, bundan daha ileri bir teknik karaktere sahip olması gerekir.

Bu kapsamda, patent koruması için yazılımları teknik karaktere sahip olup olmamalarına göre değerlendirmek gerekir. Eğer teknik bir karaktere sahip iseler buluş kapsamında değerlendirilerek patent korumasından yararlanabilecek, aksi halde bunun dışında kalacaklardır.⁴³

C. YAZILIMIN BULUŞ OLARAK KABUL EDİLMESİNDE TEKNİK KARAKTER UNSURU

1. Genel Olarak

Bir buluşun “*teknik karaktere sahip olup olmadığı*” hususu ile patent korumasının şartlarından biri olan “*teknik bilinen durumunun (buluş basamağı) aşılması*” farklı kavramlardır.⁴⁴ Buluş, teknik alanda özel bir problemin çözümü olarak tanımlanabilir.⁴⁵ Bu çerçevede, teknik karakter veya nitelik patent hakkının kazanılmasının örtülü bir gerekliliğidir.⁴⁶ Başka bir ifadeyle, bir buluşun var olması, teknik karakterin varlığını gerekli kılmaktadır.⁴⁷ Diğer tüm buluşlar için geçerli olduğu gibi yazılım için patent başvurusu yapıldığında da ilk olarak yazılımın teknik karaktere sahip olup olmadığı incelenmelidir.⁴⁸ Diğer bir ifadeyle, ilk olarak başvurusu yapılan şeyin buluş olup olmadığı incelenmelidir. Ancak bu nitelikte olduğu tespit edilen yazılımlar için yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilebilir. Bu çerçevede, teknik karakter koşulu, önceki tekniğe başvurulmadan değerlendirilmelidir.⁴⁹

SMK ve EPC’de patentin teknolojinin tüm alanlarındaki buluşlar için verileceği ifade edilmiş olsa da “*teknik karakter*” kavramı tanımlanmamıştır. Diğer bir ifadeyle, bir yazılımın SMK m. 82/2 ve EPC m. 52/2’de yer alan istisna kapsamında değerlendirilmemesini sağlayacak teknik karakter kavramına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna ek olarak, yazılımın teknik nitelikte olup olmadığı tespiti diğer buluşlara göre daha karmaşıktır. Bu yazılımın doğasından kaynaklanmaktadır. Zira yazılım doğası gereği teknik nitelikte olan bilgisayar ya da bilgisayarla bağlantılı diğer cihazlarda çalışır veya bu cihazlara yüklenir. Buna karşılık, yazılımın teknik araçlarda çalışması veya bunlara uygulanması yani teknik bir alana ilişkin

⁴³ Aksu, s. 173; Pila, s. 5.

⁴⁴ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, 2. Examination Practice, para 3; Yusufoglu, s. 143; Pila, s. 28.

⁴⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 258.

⁴⁶ T 0931/195 Controllin Pension Benefit System/PBS Patnership, 2001.

⁴⁷ Çolak, s. 225.

⁴⁸ T 0931/95 (Controlling pension benefits system/PBS PARTNERSHIP) 08-09-2000, www.epo.org (05.03.2024).

⁴⁹ T 1543/06 (game machine/GAMEACCOUNT) 29-06-2007, www.epo.org (05.03.2024).

olması, onun patent koruması için gerekli olan “*teknik karaktere*” sahip olduğunu göstermez.⁵⁰

Hangi durumlarda teknik karaktere sahip olacağı ile ilgili yasal bir düzenlemenin bulunmaması ve doğası gereği sürekli teknik araçlarla bir arada olması nedeniyle yazılımların patentle korunması hususunda bazı farklı yorum ve kararlar ortaya çıkmıştır.⁵¹ Bu çerçevede, Avrupa Patent Ofisi Teknik Temyiz Kurulu tarafından yazılımın hangi durumlarda teknik karaktere sahip olduğunun kabul edilebileceğine ilişkin birbirinden farklı birçok yaklaşım benimsenmiştir.

2. Yazılımın Patentle Korunmasında Teknik Karakterin Sağlanmasına İlişkin Yaklaşımlar

a. Genel Olarak

Yazılımların patentlenmesine ilişkin talepler Avrupa Patent Sözleşmesi kabul edildikten sonra da⁵² devam etmiş, hatta Avrupa Birliğinde en hızlı büyüyen patent alanlarından biri haline gelmiştir.⁵³ Son otuz yılda Avrupa Patent Ofisinin bilgisayarla ilgili buluşları içeren on binden fazla vakayı incelediği ifade edilmektedir.⁵⁴

Teknik karakter unsurunun değerlendirilmesi bazı buluşlar için kolay değildir.⁵⁵ Fizik, kimya, mühendislik gibi doğa bilimleri alanlarına ilişkin buluşların teknik karaktere sahip olduğuna ilişkin belirleme nispeten kolayken, yazılımlar bakımından bu belirlemenin yapılması çok daha zordur.⁵⁶ Zira yazılımlar doğaları gereği teknik araç niteliğinde olan bilgisayar veya bağlantılı diğer cihazlar ile birlikte çalışır.

Avrupa Patent Ofisi tarafından hangi yazılımların EPC m. 52/2'nin kapsamı dışında kalacağını, yani teknik karaktere sahip kabul edileceklerinin tespiti için son kırk yılda “*teknik katkı*”, “*herhangi bir donanım*”, “*ileri teknik etki*” gibi yaklaşımlar benimsenmiştir⁵⁷. Avrupa Patent Ofisine göre, 2006 yılından önce bir yazılımın patentlenebilmesi için alana “*teknik katkı*” sunmuş veya “*teknik etki*” yapmış olması gerekiyordu.⁵⁸ 2006 yılından sonra ise bu yaklaşım değişti ve yalnızca *teknik karaktere* sahip olan yazılımların patent korumasının kapsamında olduğu kabul edildi.⁵⁹ Ancak

⁵⁰ Aksu, s. 220.

⁵¹ Li, s. 839.

⁵² Avrupa Patent Sözleşmesi 1973 yılında kabul edilmiştir.

⁵³ Bently, L./Sherman, B./ Gangjee, D. vd. Intellectual Property Law, 5. Baskı, Oxford University Press, 2018, s. 496.

⁵⁴ Bently/Sherman/Gangjee/ Johnson, s. 496.

⁵⁵ Çolak, s. 229.

⁵⁶ Çolak, s. 229.

⁵⁷ Ballardini, s. 565.

⁵⁸ Li, s. 835.

⁵⁹ Li, s. 835.

teknik karakteri ortaya çıkaran özellikler bakımından Avrupa Patent Ofisi'nin yalnızca bir yaklaşımı benimsediğini ve uyguladığını söylemek mümkün değildir. Bir yazılımın teknik karaktere sahip olması için bazen *ileri teknik etkinin* bulunması aranırken, bazen de istemlerde yalnızca teknik bir donanımın örneğin bilgisayarın geçmesi yeterli sayılmaktadır.

b. Teknik Katkı Yaklaşımı

Bu yaklaşım EPO Teknik Temyiz Kurulu'nun 1986 tarihli *Vicom*⁶⁰ kararı ile ortaya çıkmıştır. *Vicom*, görüntüleri ve ilgili aparatları dijital olarak işleme yöntemine yönelik talepleri içeriyordu.⁶¹ Karara göre, genel patent verilebilirlik kriterlerine göre patent hakkı tanınabilecek bir buluş, gerçekleştirilebilmesi için sırf yazılım kullanılması nedeniyle patent koruması kapsamı dışında bırakılmamalıdır.⁶² Buna göre, burada belirleyici kriter, istemde tanımlanan ve *bir bütün olarak* ele alınan buluşun *teknik bilinen durumuna katkı sağlamasıdır*.⁶³ Bu nedenle, bu yaklaşıma göre, yazılımın teknik karaktere sahip olup olmadığı, buluş bir bütün olarak ele alındığında teknik bilinen durumuna katkı yapıp yapmadığı ışığında belirlenmektedir.⁶⁴ Teknik bilinen durumuna gerekli teknik katkıyı sağlayan yazılımın patentlenebilir olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵ Buna göre, teknik katkı yaklaşımına göre, yazılımın teknik karaktere sahip olup olmadığı detaylı olarak incelenmeden buluş basamağı şartını sağlayıp sağlamadığı incelenir.⁶⁶ Bu çerçevede, buluşun teknik bilinen durumuna yaptığı katkının niteliği, teknik karaktere sahip olup olmadığını belirlemek için kullanılır.⁶⁷ Teknik katkı yaklaşımı, *Electronic computer components*,⁶⁸

⁶⁰ T 0208/84 (Computer-related invention) 15-07-1986, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁶¹ Dhenne, Mathieu, "Technical Character in European Patent Law", June 30, 2020, SSRN Electronic Journal, (Technical Character), s. 25, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639200> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3639200> (15.11.2023); Li, 835.

⁶² T 0208/84 (Computer-related invention) 15-07-1986, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁶³ Dhenne, Mattihieu, *The AIPPI and Computer-Implemented Inventions*, *European Intellectual Property Review*, 2019, s. 623; Dhenne, 2020, s. 25; Çolak, s. 156.

⁶⁴ Dhenne, 2019, s. 623; Ballardini, s. 565.

⁶⁵ Yusufoglu, s. 156.

⁶⁶ Çalışkan, Mustafa Güney, *Türk Patentte Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri – Bölüm I*, 8 Şubat 2021, <https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-bulusların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/> (03.03.2024).

⁶⁷ Çalışkan, Mustafa Güney, *Türk Patentte Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri – Bölüm I*, 8 Şubat 2021, <https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-bulusların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/> (03.03.2024).

⁶⁸ T 0164/92 (Electronic computer components) 29-04-1993, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

X-ray apparatus⁶⁹ ve Text processing⁷⁰ kararlarında uygulanmış ve geliştirilmiştir.⁷¹ İngiliz patent hukukunda bir yazılımın patentlenebilir olup olmadığı bu yaklaşım kullanılarak tespit edilmektedir.⁷²

Görüldüğü üzere, teknik katkı yaklaşımına göre bir yazılımın patent koruması kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için tekniğin bilinen durumu dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu yaklaşıma göre, yazılımın patentle korunabilmesi için tekniğin bilinen durumuna katkı sağlaması ve buluş basamağını aşması gerekir. Ancak bir yazılımın SMK m. 82/2 ve EPC m. 52/2 kapsamında olup olmadığını, diğer bir ifadeyle, yazılımın buluş olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti ile patent verilebilirlik şartlarının⁷³ sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi farklı meselelerdir. Patent verilebilirlik şartları incelenmeden önce yazılımın patent koruması kapsamında olup olmadığını incelenmesi gerekir.⁷⁴ Bu çerçevede, bir yazılımın teknik nitelikte olup olmadığı buluş basamağı şartından önce ve ondan bağımsız olarak ele alınmalıdır.⁷⁵ Teknik karaktere sahip bir yazılımın bulunup bulunmadığı incelenirken teknik katkı aranır, teknik karaktere sahip olma ön şartı ile yenilik ve buluş basamağı şartları karıştırılmış olur.⁷⁶ Zira teknik alana katkının sağlanmış olup olmadığının tespiti için inceleme konusu buluşun tekniğin bilinen durumu ile karşılaştırılması gerekir.⁷⁷

Nitekim *Pension Benefit Systems Partnership* kararında EPO Temyiz Kurulu, patent koruması kapsamında bir buluşun bulunup bulunmadığına ilişkin mesele ile buluşun yeni, sanayiye uygulanabilir olma ve buluş basamağını aşma gibi şartları sağlaması gerekmesine ilişkin meselenin birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır.⁷⁸ Bu çerçevede, Kurul, patent koruması kapsamında bir buluş bulunup bulunmadığı sorusunun yeni ve buluş basamağı gibi koruma şartları ile karıştırıldığını belirterek, teknik katkı yaklaşımını uygulamak için hiçbir yasal dayanak bulunmadığını ifade etmiştir.⁷⁹

⁶⁹ T 0026/86 (X-ray apparatus) 21-05-1987, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁷⁰ T 0038/86 (Text processing) 14-02-1989, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁷¹ Li, s. 836; Bently/Sherman/Gangjee vd., s. 496.

⁷² Bently/Sherman/Gangjee vd., s. 496.

⁷³ Yenilik, buluş basamağı, sanayiye uygulanabilir olma.

⁷⁴ Li, 836.

⁷⁵ Li, s. 836.

⁷⁶ Yusufoglu, s. 148.

⁷⁷ Yusufoglu, s. 156; David Kitchen, *The Role of the Technical Contribution to the Art in Modern Patent Law*, GRUR International, No.1, 2021, s. 721.

⁷⁸ T 0931/95 (Controlling pension benefits system/PBS PARTNERSHIP) 08-09-2000, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁷⁹ T 0931/95 (Controlling pension benefits system/PBS PARTNERSHIP) 08-09-2000, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

c. İleri Teknik Etki Yaklaşımı (*Further Technical Effect*)

2000 yılların başında ortaya çıkan ileri teknik etki yaklaşımının (*further technical effect*) temeli Avrupa Patent Ofisinin T 1173/97 sayılı *Computer program product/IBM* kararı ile atılmıştır. Bu yaklaşıma göre, ilk olarak, bir yazılımın yalnızca bilgisayarla bağlantılı olarak çalışması nedeniyle teknik karakter şartını sağladığının kabul edilemeyeceğinin belirtilmesi gerekir.⁸⁰ Zira bilgisayarlar için yazılımlar tarafından verilen talimatların yürütülmesinden kaynaklanan *donanımın normal fiziksel etkileşimi*, yazılımların patentle korunması için gerekli olan *teknik karakter* unsurunu tek başına sağlamaz.⁸¹ Yazılımın çalışan herhangi bir yazılımın ortaya çıkardığı gibi bir teknik etki üretmesi, onun patent kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için yeterli değildir.⁸² Diğer bir ifadeyle, *yazılım ile donanım arasındaki normal fiziksel etkileşimin*, yazılımı EPC m. 52/2 ve SMK m. 82/2 kapsamı dışından çıkarması mümkün değildir. Bu nitelikteki etkileşimler tüm yazılımların ortak özelliğidir ve bu nedenle bu özellikler bir yazılımın teknik karaktere sahip olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınamaz.⁸³ Teknik karaktere sahip olduğunun kabul edilebilmesi için yazılımın donanım üzerinde normal işleyişinden doğan olağan sonuçlardan başka sonuçlar meydana getirmesi gerekmektedir.⁸⁴ Buna göre, bir yazılımın teknik karaktere sahip olduğunun kabul edilebilmesi için bilgisayarda çalıştırıldığında *ileri teknik etkinin* ortaya çıkması gerekir.⁸⁵

İleri teknik etki, yazılım ve bilgisayar arasındaki *normal fiziksel etkileşimlerin ötesine geçen* bir teknik etkiyi ifade etmektedir.⁸⁶ Yazılım bir donanım üzerinde çalıştırıldığında, herhangi bir yazılımın çalıştırılmasından kaynaklanacak olandan *daha fazla teknik bir etki* ortaya çıkarıyorsa *ileri teknik etkinin* varlığından söz edilebilecektir. Bu çerçevede, teknik karakter, yazılım ve donanım arasındaki *normal fiziksel etkileşimlerin* ötesine geçen *ileri teknik etkiyi* ifade eder.⁸⁷ İleri teknik etki, bir bilgisayarın teknik sürecini veya dahili işleyişini ya da ara yüzlerini kontrol edebilmelidir.⁸⁸

İleri teknik etkinin ortaya çıktığının kabul edilebilmesi için bu etkinin *bilgisayarın içinde veya dışında* gerçekleşmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

⁸⁰ T 0935/97 (Computer program product II/IBM) 04-02-1999; T 1173/97 (Computer program product/IBM) 01-07-1998, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁸¹ T 0935/97 (Computer program product II/IBM) 04-02-1999; T 1173/97 (Computer program product/IBM) 01-07-1998, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁸² Bently/Sherman/Gangjee vd., s. 503.

⁸³ T 0935/97 (Computer program product II/IBM) 04-02-1999; T 1173/97 (Computer program product/IBM) 01-07-1998, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁸⁴ Çolak, s. 157; Yusufoglu, s. 106.

⁸⁵ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, para 2.

⁸⁶ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, para 2.

⁸⁷ Li, s. 847.

⁸⁸ Li, s. 847.

Önemli olan ileri teknik bir etkinin ortaya çıkmasıdır. Buna göre, ileri teknik etki bilgisayarda çalıştırılan bir yazılımın sonucu olarak bilgisayar içinde ortaya çıksa da patent ile korunabilecektir.

İleri teknik etkinin bulunup bulunmadığı, önceki tekniğe bakılmaksızın değerlendirilir.⁸⁹ Zira önceki tekniğe ilişkin değerlendirmeler, yenilik ve buluş basamağına ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak daha sonraki aşamalarda yapılmalıdır. İleri teknik etkinin bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme ise ortada bir buluşun olup olmadığının belirlenmesi için yapılmaktadır. Bu çerçevede, ileri teknik etki olarak nitelendirilecek özelliğin yeni olup olmaması, diğer bir ifade ile tekniğin bilinen durumuna dahil olup olmaması önemli değildir.

Yazılımın bir arabadaki kilitlemeyi önleyici fren sistemini kontrol etmesi, videoyu sıkıştırması, bozulmuş bir dijital görüntüyü düzeltmesi, elektronik iletişimi şifrelemesi,⁹⁰ cep telefonları arasında hızlı iletişimi sağlaması, veri şifrelemesi yaparak güvenli veri akarını sağlaması,⁹¹ kamera tarafından üretilen video görüntülerinde ışık titremesini azaltması veya kameraya gelen görüntünün niteliğini analiz ederek örneğin eşyanın niteliğini veya kişilerin kimliklerini belirlemesi gibi durumlar ileri teknik etkinin bulunduğu yazılımlara örnek verilebilir. Buna ek olarak bilgisayarın daha iyi, daha hızlı çalışmasını sağlayan, diğer bir ifadeyle bilgisayarın iç işleyişini iyileştiren yazılımların da ileri teknik etkiye sahip olduğu söylenebilir.⁹² İşlemin verimliliğini veya güvenliğini güçlendiren, bilgi iletimini hızlandıran yazılımlar da aynıdır.⁹³

Buna karşılık, yeni bir açık arttırma işlemini gerçekleştiren veya emekli maaşı katkılarının hesaplanmasını sağlayan yazılımlar teknik karaktere sahip değildir.⁹⁴ Zira bu durumlarda yazılım ile donanım arasında *normal fiziksel etkileşimin ötesine geçen bir ileri teknik etki* bulunmamaktadır. İleri teknik etkinin bulunup bulunmadığı her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Yukarıda değinildiği üzere, yazılımların hangi durumlarda patent koruması kapsamında olacağı hususunda SMK m. 82/2'nin gerekçesinde ve Avrupa Patent Ofisi İnceleme Kılavuzunun yazılımların korunmasına ilişkin ilgili kısmında bu yaklaşımın uygulanacağı belirtilmiştir.

⁸⁹ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, para 3.

⁹⁰ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, para

⁹¹ Mustafa Güney Çalışkan, Türk Patentte Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri – Bölüm I, 8 Şubat 2021, <https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanli-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/> (03.03.2024).

⁹² Bently/Sherman/Gangjee vd., s. 503.

⁹³ Yusufoglu, s. 106.

⁹⁴ Mustafa Güney Çalışkan, Türk Patentte Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri – Bölüm I, 8 Şubat 2021, <https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanli-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/> (03.03.2024).

d. Herhangi Bir Donanım Yaklaşımı

Avrupa Patent Ofisinde patent uygunluğunun değerlendirilmesine ilişkin mevcut uygulama, *Pension Benefit Systems Partnership*⁹⁵ kararı ile ortaya çıkan ve daha sonra *Hitachi* kararıyla büyük ölçüde genişletilen "herhangi bir donanım yaklaşımına (*any hardware approach*)" kaymıştır.⁹⁶ Bu yaklaşıma göre, bir buluş, bilgisayar gibi bazı teknik araçları içerdiği veya bunlar tarafından uygulandığı sürece, söz konusu teknik araçların bilinen ve sıradan olduğuna bakılmaksızın, buluş, EPC m. 52/2 kapsamına girmeyecektir.⁹⁷

Pension Benefit Systems Partnership kararı, emeklilik yardımları programını kontrol etmek için bir yöntem ve bir cihaz talep eden bir Avrupa patent başvurusuyla ilgilidir.⁹⁸ EPO Temyiz Kurulu, yöntem taleplerini ve cihaz taleplerini ayrı değerlendirerek, yalnızca ekonomik kavramları ve iş yapma uygulamalarını içeren yöntem taleplerinin EPC m. 52/1 anlamında buluş olmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁹ Buna karşılık, cihaz talebi için herhangi bir donanım yaklaşımını uygulamış ve ekonomik bir faaliyeti gerçekleştirmeye veya desteklemeye uygun fiziksel bir varlık veya somut bir ürün oluşturan bir cihazın EPC m. 52/1 anlamında bir buluş olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁰ Nitekim *Hitachi* kararında EPO Temyiz kurulu herhangi bir teknik araç içeren buluşların teknik karaktere sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁰¹

Bu çerçevede, herhangi bir donanım yaklaşımına göre, bir yazılımın teknik karaktere sahip olup olmadığını belirlemek için sorulması gereken soru, istemin fiziksel bir donanım veya onun bir parçasının kullanımını kapsayıp kapsamadığıdır.¹⁰² Bu soru olumlu cevaplandığında yazılım EPC m. 52/2 kapsamında olmaz. Bu nedenle, *herhangi bir donanım* yaklaşımının yazılımın patente korunması eşiğini düşürdüğü kabul edilmektedir.¹⁰³

3. Avrupa Patent Ofisi Tarafından Benimsenen Mevcut Yaklaşım

EPC m. 52/2 ve 3'te yer alan düzenlemeler çerçevesinde, teknik karaktere sahip olan yazılımlar patent koruması kapsamındadır. Diğer bir ifadeyle, yalnızca soyut nitelikteki yazılımlar EPC m. 52/2 çerçevesinde buluş kabul edilmezler.

⁹⁵ T 0931/95 (Controlling pension benefits system/PBS PARTNERSHIP) 08-09-2000, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

⁹⁶ *Bently/Sherman/Gangjee* vd. s. 505; *Li*, s. 837; *Ballardini*, s. 566.

⁹⁷ *Booton, David*, "The Patentability of Computer-Implemented Inventions", C. 92, 2007, *Intellectual Property Quarterly*, s. 102; *Bently/Sherman/Gangjee* vd., s. 505; *Li*, s. 837; *Ballardini*, s. 566.

⁹⁸ *Li*, s. 837.

⁹⁹ *Li*, s. 837.

¹⁰⁰ *Li*, s. 837-838.

¹⁰¹ T 0258/03 (Auction method/HITACHI) 21-04-2004, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

¹⁰² T 0931/95 (Controlling pension benefits system/PBS PARTNERSHIP) 08-09-2000, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

¹⁰³ *Li*, s. 838; *Bently/Sherman/Gangjee* vd., s. 505

Yazılımların hangi durumlarda teknik karaktere sahip olacağı hususunda ise Avrupa Patent Ofisi kararları ve uygulamalarında bir birlik yoktur. Bazı kararlarda ileri teknik etki yaklaşımı uygulanırken, *daha yaygın olarak herhangi bir donanım yaklaşımı* benimsenmektedir. Avrupa Patent Ofisinin İnceleme Kılavuzunda da yazılımların teknik karaktere sahip olması için ileri teknik etkinin ortaya çıkması gerektiğinin yer alması da durumu epey karmaşık hale getirmektedir.

Bu çerçevede, Avrupa Patent Ofisi, yazılımların patent koruması kapsamında kabul edilebilmesi için herhangi bir donanım yaklaşımını uygulamaktadır. Bu yaklaşıma göre, istemlerinde herhangi bir teknik araçtan bahsedilen yazılımlar “*as such*” niteliğinden çıkmaktadır.

D. TÜRK HUKUKUNDA TEKNİK KARAKTER UNSURU

SMK m. 82/2 uyarınca, bilgisayar programları buluş niteliğinde sayılmaz. Patent başvurusu veya patentin bilgisayar programı ile ilgili olması hâlinde, *sadece bu konu veya faaliyetlerin kendisi* patentlenebilirliğin dışında kalır. Daha önce de belirtildiği üzere, SMK m. 82/2, EPC m. 52/2 ve 3’e paralel bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, *teknik karaktere* sahip olmayan yazılımlar patentle korunamaz.

SMK m. 82’nin gerekçesinde bir yazılımın patentle korunabilmesi için *ileri bir teknik etki* göstermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁴. Gerekçede ileri teknik etkiye sahip yazılımlara örnek olarak, iki mobil cihaz arasında daha hızlı veri iletişimini sağlayan metodu gerçekleştiren yazılım ile veri şifreleme metodunu gerçekleştiren yazılım verilmiştir.¹⁰⁵ Bu çerçevede, gerekçeye göre, bu şekilde çalıştırıldıklarında bilgisayar veya diğer donanımlarda ortaya çıkan sıradan teknik etkinin ötesinde teknik etkiler üreten yazılımlar patent korumasının kapsamında olacaktır.¹⁰⁶

Uygulamaya bakıldığında ise TÜRK PATENT tarafından Avrupa Patent Ofisinin kararlarının takip edildiği tespit edilmektedir. Buna göre, istemlerinde bilgisayar, cep telefonu gibi teknik araçtan bahseden buluşların teknik karaktere sahip olduğu kabul edilerek,¹⁰⁷ yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik incelemelerine geçilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Türk hukukunda da yazılımın patent koruması kapsamında olması için *herhangi bir donanım* yaklaşımı uygulanmaktadır.

Nitekim, TÜRK PATENT Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu’nun 2021/012503 sayılı patent başvurusuna ilişkin 17/08/2022 tarihli itirazın incelendiği kararında “*Bir buluş konusunun patentlenebilir bir konu olabilmesi için “teknik karakter” içermesi gerekmektedir. “Teknik” kelimesinin tanımı 6769 sayılı SMK’da ve onun uygulanabilir yönetmeliğinde bulunmamaktadır.*

¹⁰⁴ SMK m. 82/2’nin gerekçesi.

¹⁰⁵ SMK m. 82/2’nin gerekçesi.

¹⁰⁶ SMK m. 82/2’nin gerekçesi.

¹⁰⁷ Mustafa Güney Çalışkan, Türk Patentte Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri – Bölüm I, 8 Şubat 2021, <https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-bulusların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/> (03.03.2024).

Bunun yerine 6769 sayılı SMK'nın 82'nci maddesinin 2'nci fıkrasında tek başlarına patent ile korunamayacak konular belirtilmiştir. Bunlar:

Keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler.

Zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara ilişkin plan, kural ve yöntemler.

Bilgisayar programları.

Estetik niteliği bulunan mahsuller, edebiyat ve sanat eserleri ile bilim eserleri.

Bilginin sunumu.

Yukarıda belirtilen konular teknik olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenlerle sadece bunlara yönelik hazırlanan başvurular için 6769 sayılı SMK'nın 96'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası kapsamında araştırma raporu düzenlenmemektedir.

Bir buluş konusunun teknik olup olmadığı uygulamalarda şu şekilde belirlenmektedir:

Teknolojinin herhangi bir alanına dahil olması,

Teknik bir problemin çözülmesi,

Tarifname takımında yer alan istemlerin en az bir teknik unsur (bilgisayar, sunucu, veritabanı vb) içermesi.

Yukarıdaki durumlarından herhangi birisi sağlanırsa buluş konusunun teknik olduğu kabul edilmektedir... Ancak yukarıda da belirtildiği üzere başvurunun istemlerinde en az bir teknik karakter (bilgisayar, sunucu, veritabanı, mobil cihaz, ...vb) içeriyorsa buluşun teknik olduğu kabul edilmektedir. Bilgisayar tabanlı iş metotları bu nedenle teknik olarak kabul edilmektedir ve yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik kriterleri açısından değerlendirme yapılabilmektedir” denilmiştir.

Buna göre, ilgili Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararına göre, bir yazılım için patent başvurusu yapıldığında istemlerde en az bir teknik araca atıf yapılması, buluşu teknik hale getirecek ve SMK m. 82/2'nin kapsamından çıkaracaktır.

III. DEĞERLENDİRME

Türk ve AB hukukuna göre, yalnızca *teknik karaktere* sahip yazılımlar patent koruması kapsamındadır.¹⁰⁸ Tüm buluşlarda bulunması gereken teknik karakter, teknik bir sorunun teknik etkileri ve teknik çözümünde bulunabilir.¹⁰⁹ Buna göre, yazılımın hangi durumlarda teknik bir karaktere sahip olacağı sorusunun cevaplanması gerekir. Bu soru cevaplanırken kanaatimizce ilk olarak, bir yazılımın yalnızca bilgisayarla bağlantılı olarak çalışması nedeniyle teknik karakter şartını sağladığının kabul edilemeyeceğinin belirtilmesi gerekir.¹¹⁰ Bu çerçevede, yazılımların doğası gereği bilgisayar gibi teknik cihazlar vasıtası ile çalışması, EPC m. 52/2 ve

¹⁰⁸ Guidelines for Examination in the European Patent Office – March 2023, G II, para 1.

¹⁰⁹ Bently/Sherman/Gangjee vd., s. 498.

¹¹⁰ T 0935/97 (Computer program product II/IBM) 04-02-1999; T 1173/97 (Computer program product/IBM) 01-07-1998, <https://www.epo.org> (05.03.2024).

SMK m. 82/2 ile birlikte göz önünde bulundurulduğunda, teknik karakter şartı için *ileri teknik etkinin* aranması ilk bakışta oldukça isabetli görünmektedir. Gerçekten de tüm yazılımların çalışması için bir donanım ile etkileşim halinde olmaları gerekir. Bu durumun yazılımı teknik karaktere sahip hale getirdiğini kabul etmek EPC m. 52/2 ve SMK m. 82/2 karşısında mümkün olmayacaktır. Zira söz konusu düzenlemeler ile *“as such”* nitelikteki yazılımlar ile yazılımların *“sadece kendisinin”* buluş sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, yazılım için patent başvurusu yapıldığında, teknik karaktere ilişkin ön incelemede yazılımın ileri teknik etki ortaya çıkarıp çıkarmadığını araştırmak bu aşamada nitelikli bir inceleme yapılmasını gerektirecektir. Bu nedenle, ileri teknik etkiye ilişkin incelemenin bu aşamayı buluş basamağı incelemesindeki aşamaya yaklaştıracığı dahi düşünülebilir. Ancak kanaatimizce yazılımın teknik karakteri sağlayıp sağlamadığına ilişkin ön inceleme aşamasında buluş *bir bütün olarak* incelenerek, diğer bir ifadeyle *teknik nitelikte olan unsurlar ile bu nitelikte olmayan unsurlar birlikte değerlendirilerek ileri teknik etki potansiyelinin olup olmadığı* değerlendirilmelidir. İleri teknik etkinin gerçekten bulunup bulunmadığı ise teknik olan ve olmayan unsurların ayrı ayrı ele alınıp değerlendirileceği buluş basamağı incelemesinin işidir. Bu çerçevede, kanaatimizce, yazılımın çalışması sonucu bilgisayarın güçlendirilmesi ve hızlandırılması gibi ileri bir teknik etkinin varlığından bahsedilmesi yeterli sayılmalıdır.

Bununla birlikte, EPO ve TÜRK PATENT tarafından benimsenen *herhangi bir donanım* yaklaşımı uyarınca istemlerde yazılımla beraber teknik bir araca yer verilmesi teknik karakter aşamasının kolaylıkla olumlu olarak neticendirilmesi için yeterlidir¹¹¹. Yazılımın gerçekten teknolojinin bilinen durumuna bir yenilik getirip getirmediği yenilik ve buluş basamağına ilişkin koruma şartlarında detaylı olarak inceleneceğinden, hak etmeyen yazılımların patentle korunması da söz konusu olmayacaktır. Bu haliyle yaklaşım tamamen sorunsuz görünmektedir. Ancak bu yaklaşımın kabul edilmesi kanaatimizce kanun koyucunun EPC m. 52/2 ve 3 ile SMK m. 82/2’de karşılığını bulmuş olan iradesiyle çelişmektedir. Zira böyle bir kabul, söz konusu hükümleri tamamen işlevsiz hale getirerek, kural olarak tüm yazılımların patent koruması kapsamında kabul edilmesine neden olacaktır. Bu kapsamda istemlerde herhangi bir teknik aletle birlikte ifade edilen yazılımlar tıpkı patent koruması kapsamında olan diğer buluşlar gibi doğrudan yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik kriterleri bakımından incelenecek, ancak bu şartları sağlamayan -tıpkı diğer buluşlar gibi- yazılımlar için koruma talebi reddedilecektir.

Yazılımların teknik karakteri değerlendirilmesinde, bunların bilgisayar ile beraber çalışmasına değil, hangi alandaki bir sorunu çözmeyi amaçladığına bakılmalıdır.¹¹² Diğer bir ifadeyle, buluşun teknik karaktere sahip olup olmadığının belirlenebilmesi için buluşun ifade ediliş şekline ziyade içeriğine bakılması gerekir.¹¹³ Nasıl ki bir buluşun teknik olmayan

¹¹¹ Ballardini, s. 566.

¹¹² Aksu, s. 236.

¹¹³ Yusufoglu, s. 158.

araçlarla tasvir edilmesi onun teknik karakterini kaybetmesine sebep olmazsa, teknik karaktere sahip olmayan fikri ürünlerin teknik araçlarla birlikte ifade edilmesi de onu teknik hale getirmeyecektir¹¹⁴.

Yapılan tüm bu açıklamalar çerçevesinde, yazılımların teknik karaktere sahip olması hususunda başvurulabilecek iki yol bulunmaktadır. *Bunlardan ilki* yazılımların doğası ve EPC ile SMK'da yer alan hukuki düzenlemeler ile SMK m. 82/2'nin gerekçesi ile Avrupa Patent Ofisinin İnceleme Kılavuzunda yazılımların teknik karaktere sahip olması için ileri teknik etkinin üretilmesi gerektiğine ilişkin açıklamaların birlikte değerlendirilmesi çerçevesinde ileri teknik etki yaklaşımının kabul edilmesidir. Ancak teknik karakter unsurunun incelendiği ön inceleme aşamasında yazılım bir bütün olarak ele alınmalı, ileri teknik etkinin ortaya çıkıp çıkmadığına ilişkin araştırma ve değerlendirmelerden kaçınılmalı, ileri teknik etki potansiyelinin bulunması teknik karakterin sağlanması için yeterli sayılmalıdır.

İkinci yol ise bilgisayar programlarının EPC m. 52/2 ile SMK m. 82/2'nin kapsamından çıkarılarak *herhangi bir donanım* yaklaşımının uygulanmasına devam etmektir. Zira bilgisayar programının buluş sayılmayacağına yönelik açık düzenleme bulunmasına rağmen, *herhangi bir donanım* yaklaşımı uygulanmak suretiyle bu düzenlemeler işlevsiz hale getirilmektedir. Bu nedenle, bilgisayar programlarının buluş sayılmayacak konu ve faaliyetlerin arasından çıkarılması suretiyle hukuki düzenlemeler ile uygulanan hukuk uyumlu hale getirilmiş olacaktır.

SONUÇ

SMK m. 82/2 ve EPC m. 52/2 uyarınca yazılımlar buluş niteliğinde değildir. Fakat bu durum yazılımların hiçbir şekilde patentlenemeyeceği anlamına gelmez. Teknik karaktere sahip olan yazılımlar, diğer şartları da sağladıkları takdirde patent korumasından yararlanabilir. Yazılımların patenle korunması Türk hukuku için yeni sayılabilecek bir meseledir. Bu nedenle, hangi yazılımların teknik karaktere sahip olacağı meselesinin, bu alanda geniş uygulama ve içtihadı sahip olan mehzaz Avrupa Birliği hukuku bağlamında incelenmesi gerekir.

SMK ve EPC'de patentin teknolojinin tüm alanlarındaki buluşlar için verileceği ifade edilmiş olsa da teknik karakter kavramı tanımlanmamıştır. Yazılımın teknik karaktere sahip olup olmadığının tespiti diğer buluşlara göre daha zordur. Bu yazılımın doğasından kaynaklanmaktadır. Zira yazılım doğası gereği teknik nitelikte olan bilgisayar ya da bilgisayarla bağlantılı diğer cihazlarda çalışır veya bu cihazlara yüklenir. Ancak bu durum yazılıma tek başına teknik karakter katmak için yeterli değildir.

Yazılım hangi durumlarda teknik karaktere sahip olacağı ile ilgili yasal bir düzenleme bulunmaması ve yazılımın doğası gereği sürekli teknik araçlarla bir arada olması yazılımların patenle korunması hususunda tutarsız yorumların ve kararların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu çerçevede, Avrupa Patent Ofisi Teknik Temyiz Kurulu tarafından yazılımın

¹¹⁴ Yusufoglu, s. 158-159.

hangi durumlarda teknik karaktere sahip olduğunun kabul edilebileceğine ilişkin “teknik katkı”, “herhangi bir donanım”, “ileri teknik etki” gibi birbirinden farklı birçok yaklaşım benimsenmiştir. Yazılımların hangi durumlarda teknik karaktere sahip olacağı hususunda ise Avrupa Patent Ofisi kararları ve uygulamalarında bir birlik yoktur. Bazı kararlarda ileri teknik etki yaklaşımı uygulanırken, *daha yaygın olarak herhangi bir donanım yaklaşımı* benimsenmektedir. Avrupa Patent Ofisinin İnceleme Kılavuzunda da yazılımların teknik karaktere sahip olması için ileri teknik etkinin ortaya çıkması gerektiğinin yer alması da durumu daha da karmaşık hale getirmektedir.

SMK m. 82'nin gerekçesinde de bir yazılımın patente korunabilmesi için *ileri bir teknik etki* göstermesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Uygulamaya bakıldığında ise TÜRKPATENT tarafından Avrupa Patent Ofisinin kararlarının takip edildiği tespit edilmektedir. Buna göre, istemlerinde bilgisayar, cep telefonu gibi teknik araçtan bahseden buluşların teknik karaktere sahip olduğu kabul edilerek, Türk hukukunda da yazılımın patent koruması kapsamında olması için *herhangi bir donanım yaklaşımı* uygulanmaktadır.

Kanaatimizce yazılımlar için teknik karakter değerlendirmesinde herhangi bir donanım yaklaşımının benimsenmesi SMK 82/2 ve EPC m. 52/2 ile 3'ün işlevsiz kalmasına neden olacaktır. Bu nedenle, herhangi bir donanım yaklaşımının hukuka uygun bir şekilde uygulanabilmesi için bilgisayar programlarının SMK m. 82/2 ile EPC m. 52/2'nin kapsamından çıkarılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bilgisayar programlarının ilgili düzenlemelerin kapsamında yer aldığı mevcut durumda ise kanaatimizce ileri teknik etki yaklaşımının uygulanması gerekir. Bu yaklaşım uygulanırken buluş bir bütün olarak incelenmeli, istemlerde ileri teknik etki potansiyelin bulunması teknik karakter unsurunun sağlanması için yeterli sayılmalıdır.

¹¹⁵ SMK m. 82/2'nin gerekçesi.

KAYNAKÇA

- Aksu M, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, Beta, İstanbul, 2006.
- Ayhan R/Çağlar H/Yıldız B/İmirlioğlu D, Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara 2021.
- Ballardini R M, Software patents in Europe: the technical requirement dilemma, Journal of Intellectual Property Law & Practice, C. 3, S. 9, 2008.
- Bently L/Sherman B/ Gangjee D/Johnson P, Intellectual Property Law, 5. Baskı, Oxford Universty Press, 2018,
- Booton D, “The Patentability of Computer-Implemented Inventions”, Intellectual Property Quarterly 92 (2007)
- Çakır Ç, F B, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tükenme İlkesi Çerçevesinde İkinci El Yazılımlarının Satışının Değerlendirilmesi” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S. 4, Y. 2023, s. 129-165.
- Çalışkan M G, Türk Patentte Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri – Bölüm I, 8 Şubat 2021, <https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-bulusların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/> (03.03.2024).
- Daşbaşı B, Bilgisayar Tabanlı Buluşların İş Metotlarının Patentlenebilirliği: Dünyadaki Uygulamalar ve Ülkemizdeki Durum, Türk Patent Enstitüsü, Patent Uzmanlık Tezi, Ankara, 2013
- Dhenne M, “Technical Character in European Patent Law”, SSRN Electronic Journal, 2020 (Technical Character).
- Dhenne M, The AIPPI and Computer-Implemented Inventions, European Intellectual Property Review, 2019 (AIPPI).
- Kaya A/ Sönmez N S, İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (1), s. 83-97.
- Kitchin D, The Role of the Technical Contribution to the Art in Modern Patent Law, GRUR International, No.1, 2021.
- Korkmaz C, Sınai Mülkiyet Haklarının Haczi, Ankara, 2023.
- Li Y, “The Current Dilemma and Future of Software Patenting”, IIC, 50, 2019.
- Pila J, “Software Patents, Separation of Powers, and Failed Syllogisms: A Cornucopia from the Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office”, Legal Research Paper Series, 48/2010.
- Suluk C/ Karasu R/Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2023.
- Yıldırım M F, “Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler”, Tekin Memiş (Ed.) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Oniki Levha, 2011.
- Yusufoglu F, Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014

SOSYAL SİGORTA GELİR VE AYLIKLARINDA ZAMANAŞIMI, HAKKIN DÜŞMESİ VE AVANS

Statute of Limitations, Forfeiture of Rights and Advance Payment in Social Insurance Income and Allowances

Prof. Dr. İştar URHANOĞLU*

Öz: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda zamanaşımı konusu m.93 ve m.97'de olmak üzere iki maddede düzenlenmiştir. Ancak her iki maddenin uygulama alanı birbirinden farklıdır. 5510 sayılı Kanun m.93, Kurumun prim ve diğer alacakları ile, 5510 sayılı Kanun'a göre açtığı tazminat ve rücu davalarında uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkindir. 5510 sayılı Kanun m.97 ise, Kurumun m.93 kapsamına alınmayan sigortalılar ile hak sahiplerinin Kurum nezdinde doğan alacaklarına uygulanacak olan zamanaşımı ve hak düşürücü süreye ilişkindir. 5510 sayılı Kanun m.97'nin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yer alan karşılığı adı geçen Kanun'un 99. maddesidir. Ancak 506 sayılı Kanun m.99'da yer almayan bazı hükümler 5510 sayılı Kanun m.97'ye dahil edilmiştir. Bu bağlamda 5510 sayılı Kanun m.97'nin, 506 sayılı Kanun m.99'a göre daha kapsamlı ve detaylı olduğunu söyleyebiliriz. 506 sayılı Kanun m.99'un uygulandığı dönemde söz konusu olan bazı belirsizlikler ve duraksamalar da 5510 sayılı Kanun m.97 ile açıklığa kavuşturulmuştur. Öğretide 506 sayılı Kanun m.99 döneminde yapılmış olan değerlendirmeler ve yine aynı dönemde Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlar uygun düştüğü ölçüde 5510 sayılı Kanun m.97 için de geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, hakkın düşmesi, avans

Abstract: Law No. 5510, governing Social Insurance and General Health Insurance, delineates the statute of limitations through two distinct articles: Article 93 and Article 97. Nonetheless, the application scopes of these articles differ significantly. Article 93 pertains to the statute of limitations concerning the Institution's premiums, other receivables, as well as compensation and recourse lawsuits filed pursuant to Law No. 5510. On the other hand, Article 97 addresses the statute of limitations and limitation periods applicable to the receivables of the Institution arising from its application, concerning insured individuals and their beneficiaries not encompassed within the purview of Article 93. Article 97 of Law No. 5510 corresponds to Article 99 of Social Insurance Law No. 506. However, certain provisions not included in Article 99 of Law No. 506 are encompassed within Article 97 of Law No. 5510. In this regard, Article 97 of Law No. 5510 is deemed more comprehensive and detailed than Article 99 of Law No. 506. Furthermore, Article 97 of Law No. 5510 elucidates certain uncertainties and ambiguities that arose during the application of Article 99 of Law No. 506.

The scholarly evaluations conducted during the period when Article 99 of Law No. 506 was in force, as well as the decisions rendered by the Court of Cassation, are also applicable to Article 97 of Law No. 5510 to the extent deemed appropriate..

Keywords: Statute of limitations, Forfeiture of rights, Advance payment

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ıstarurhanoglu@hacettepe.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-3769-9260.

Makale Geliş Tarihi: 01.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 04.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484065

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda zamanaşımı konusu m.93 ve m.97'de olmak üzere iki maddede düzenlenmiştir. Ancak her iki maddenin uygulama alanı birbirinden farklıdır. 5510 sayılı Kanun m.93, Kurumun prim ve diğer alacakları ile, 5510 sayılı Kanun'a göre açtığı tazminat ve rücu davalarında uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkindir. 5510 sayılı Kanun m.97 ise, Kurumun m.93 kapsamına alınmayan sigortalılar ile hak sahiplerinin Kurum nezdinde doğan alacaklarına uygulanacak olan zamanaşımı ve hak düşürücü süreye ilişkindir.

5510 sayılı Kanun m.97'nin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yer alan karşılığı adı geçen Kanun'un 99. maddesidir. Ancak 506 sayılı Kanun m.99'da yer almayan bazı hükümler 5510 sayılı Kanun m.97'ye dahil edilmiştir. Bu bağlamda 5510 sayılı Kanun m.97'nin, 506 sayılı Kanun m.99'a göre daha kapsamlı ve detaylı olduğunu söyleyebiliriz.

506 sayılı Kanun m.99'un uygulandığı dönemde söz konusu olan bazı belirsizlikler ve duraksamalar da 5510 sayılı Kanun m.97 ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Öğretide 506 sayılı Kanun m.99 döneminde yapılmış olan değerlendirmeler ve yine aynı dönemde Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlar uygun düştüğü ölçüde 5510 sayılı Kanun m.97 için de geçerlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Bağ-Kur Kanunu m.78, 5510 sayılı Kanun m.97'nin kısmen karşılığını oluşturmaktadır. Ancak Bağ-Kur Kanunu m.78, salt hak düşürücü süreye ilişkin olup, zamanaşımı konusu aynı Kanun'un 70. maddesinde düzenlenmektedir. Bağ-Kur Kanunu; iş kazası, meslek hastalığı ve analık sigortasını kapsamına almadığı için doğal olarak aynı Kanun'un 78. maddesinin içeriği çok dar tutulmuştur. TCESK m.116'da da zamanaşımı konusu yer almakla birlikte maddenin kapsamının oldukça dar olduğu görülmektedir.

Çalışmamızda 5510 sayılı Kanun 97. maddesi, Yargıtay kararları çerçevesinde incelenmiş ve bazı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Yargıtay kararlarına ve bazı kararlarda bulunan *karşı oy* yazılarına detaylı şekilde yer verilmiştir. Bunun nedeni konunun, Yargıtay kararları çerçevesinde şekillenmiş olmasıdır.

I. ZAMANAŞIMI (İş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü, ölüm sigortası gelir ve aylıklarının bağlanmasıdaki zamanaşımı süresi)¹

5510 sayılı Kanun m.97/I'e göre; "Bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar."

5510 sayılı Kanun'da, 506 sayılı Kanun'da da yer alan "*bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde*" kavramı aynen korunmuş olmakla beraber,

¹ 506 sayılı SSK dönemi için bkz. Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, s.742-747.

birinci fıkradan “*analık sigortası ile hastalık sigortası*” ifadesi çıkartılmış; anılan fıkra, sadece iş kazaları, meslek hastalıkları, vazife malullüğü ve ölüm sigortalarıyla sınırlı tutulmuş, bunlar dışında kalan sosyal sigorta türleri fıkranın kapsamına alınmamıştır. Ayrıca değişiklikten önce “*hakkı doğuran olay tarihinden başlanarak beş yıl içinde istenmezse düşer*” şeklinde ifade edildiği halde, değişiklikten sonra “*zamanaşımına uğrar*” hükmüne yer verilmiştir. Böylece hak düşürücü süre kuralı, zamanaşımına dönüşmüştür.²

5510 sayılı Kanun m.97/1’de yer alan zamanaşımı kavramı *iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm* hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıklara ilişkin olup genişletici yoruma tabi tutulamaz.³

Zamanaşımının başlangıcı hakkı doğuran olay tarihidir. İş kazaları ile meslek hastalıkları ve vazife malullüğü sigortasından gelir bağlama yönünden hakkı doğuran olay tarihi sürekli iş göremezlik derecesini saptayan sağlık tesislerince verilen rapor tarihidir. Hak sahiplerinin gelire hak kazandıkları tarih ise sigortalının ölüm tarihidir. Ölüm sigortasında ise kural olarak hakkı doğuran olay tarihi sigortalının ölüm tarihidir. Ancak gerek sigortalı gerekse hak sahipleri daha sonraki bir tarihte gelire ve ölüm aylığına hak kazanmışlarsa, hakkı doğuran olay tarihi daha sonraki tarih olacaktır. Zira anılan maddede somut olarak herhangi bir tarih belirtilmemiştir.⁴

İş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm sigortası gelir ve aylıklarından yararlanılabilmesi için; sigortalı veya hak sahiplerinin Kuruma başvurmaları şarttır. Kurum kendisine yapılan başvuru olmadan gelir ve aylık bağlayamaz. Müracaatın, Kuruma yapılması gerekir; kolluk kuvvetlerine yapılan şikayetler, Kuruma müracaat anlamına gelmez.⁵ Gelir /aylık, talep tarihini takip eden aybaşından itibaren bağlanır. Buradaki yazılı talep koşulu hem geçerlik hem de ispat koşuludur.⁶

² Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırmalı), Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.1556; Bektaş Kar, Sosyal Güvenlik Hukuku, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s.1689; A. Can Tuncay / Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 22. Baskı, İstanbul 2023, s.615-618.

³ Aslanköylü, s.1560.

⁴ Yaşlılık aylığı ile malullük aylığının m.97/1 kapsamına alınmamış olmasının nedeni bu iki sigorta türünden aylığa hak kazanılması için yazılı başvuru şartı aranıyor olmasıdır (Aslanköylü, s.1560-1561).

⁵ Aslanköylü, s.1556, 1561; Ali İnceman, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Açıklama, Mukayese ve İçtihatlar, Cilt 2, m.60-109, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.1630; Mahmut Çolak / Akın Şimşek, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Ekin Yayın Pazarlama, Ankara 2013, s.520-522.

⁶ Aslanköylü, s.1561; örneğin hak sahibi 01.01.1990 tarihinde ölüm aylığına hak kazanmış olmasına karşın Kurumdan 01.01.1999 tarihinde yazılı talepte bulunmuşsa talep tarihini takip eden 01.02.1999 tarihinden geçerli olmak üzere ölüm aylığı bağlanır; m.97/1, son cümlelerin emredici nitelikte olması nedeniyle, ölüm aylığının başlangıcı 01.01.1990 tarihine götürülemez (Aslanköylü, s.1561).

Şayet 5510 sayılı Kanun'da aksine bir hüküm yoksa iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıklar, hakkın kazıldığı tarihten itibaren (başvuru koşulu hakkı doğuran olay tarihinden itibaren) beş yıl içinde istenmez ise istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar; beş yıl içinde istenirse hakkı doğuran olayı takip eden ay başından itibaren gelir ve aylık bağlanır. Başvuru, beş yıldan daha uzun zaman sonra yapılmışsa bu durumda, zamanaşımına uğrayan kısımlar değil son beş yıllık süre için gelir ve aylık bağlanır. Beş yılı aşan kısım ise zamanaşımına uğrar.⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki, beş yıl içinde gelir ve aylıkların bir kısmı istenmiş bir kısmı istenmemiş ise istenmeyen kısım zamanaşımına uğrar.⁸ Maddenin açık hükmü karşısında söz konusu beş yıllık süre hak düşürücü değil, zamanaşımı süresidir. Burada önemli olan husus gelir ve aylık alma hakkının hiçbir zaman düşmeyeceği konusudur. Zamanaşımına uğrayan, gelir ve aylıkların hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmıdır.⁹ Beş yıl içerisinde istenmeyen gelir ve aylık miktarı zamanaşımına uğramış olsa bile sigortalı veya hak sahibi her zaman Kuruma başvurarak zamanaşımına uğramayan gelir ve aylıkların ödenmesini isteyebilirler. Sözü edilenlerin Kuruma başvurup yeniden gelir ve aylık bağlanmasını talep etmelerine gerek yoktur. Zira daha önce bağlanan gelir ve aylık bağlama kararları geçerli olup ortadan kalkmamıştır.¹⁰

Hakkın özüne ilişkin olması nedeniyle m.97/1'de yer alan iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylık süresiz olarak zamanaşımına uğramaz. Her beşer yıllık kesimden sonra yeni bir beş yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Örneğin iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinden on yıl sonra gelir ve aylık istenmişse ilk beş yıla isabet eden gelir ve aylık zamanaşımına uğrar, ikinci beş yıllık gelir ve aylığın ödenmesi gerekir. İş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinden kaynaklanan sosyal sigorta hakkı hiçbir zaman düşmemektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi ikinci beş yıllık zamanaşımı süresinden yararlanabilmek için yazılı talepte bulunmak şarttır.¹¹

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2021 yılında vermiş olduğu konu ile ilgili kararına göre¹²; "... bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan durumlarda, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı günden itibaren 5 yıl içinde istenmeyen kısmının zamanaşımına uğrayacağı açıklanmakla 5510 sayılı Yasa 97. maddesinin gözetilmeksizin karar verilmesi yerinde bulunmamıştır. ...".

⁷ Aslanköylü, s.1556; İncecan, s.1630.

⁸ Aslanköylü, s.1556.

⁹ Aslanköylü, s.1556.

¹⁰ Aslanköylü, s.1556-1557.

¹¹ Aslanköylü, s.1559-1560.

¹² Y10HD 08.06.2021, E.2021/5171, K.2021/7811 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2023 yılında vermiş olduğu bir kararına¹³ göre; “... 506 sayılı Kanun’un, “Zamanaşımı ve hakkın düşmesi” başlıklı 99/1 inci maddesinde, bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve ölüm sigortalarından hak kazanılan gelir ve aylıkların, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren 5 yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrayacağı, bu durumda olanların gelir ve aylıklarının, yazılı istek gününü izleyen ay başından itibaren başlayacağına öngörüldüğü, diğer taraftan 5510 sayılı Kanun’un 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren “Zamanaşımı, hakkın düşmesi ve avans” başlığını taşıyan 97/1 inci maddesinde ise bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan durumlarda, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı günden itibaren 5 yıl içinde istenmeyen kısmının zamanaşımına uğrayacağına düzenlendiği, hak sahipleri bakımından lehe olan 5510 sayılı Kanun’un 97’nci madde hükmünün uygulanması gerektiği, ... karar verilmiştir.”

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2022 yılında vermiş olduğu kararına¹⁴ göre; “... 01.09.2007 tarihinden itibaren babası üzerinden 1479 sayılı Yasa kapsamında ölüm aylığı alan davacının, annesi üzerinden 23.09.2013 tarihli tahsis talebi üzerine 01.10.2008 tarihinden itibaren 506 sayılı Yasa kapsamında aylık bağlandığı, daha sonra bu aylığın yersiz olduğundan bahisle başlangıçtan itibaren kesildiği belirgin olan işbu davada, mahkemece yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde değerlendirme yapıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken bu hususlar tartışılmaksızın karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

Kararda bulunan karşı oyda ise özetle; 4447 sayılı Kanun’un geçici 5’nci maddesi ile 17.8.1999 Marmara depreminden sonra malul, dul/yetim kalanlara kolaylaştırılmış malullük ve ölüm aylığı bağlanmasının kabul edildiği, maddede kolaylaştırılmış malullük/ölüm aylığı için sigortalı yönünden 360 gün prim ödenmiş olması yeterli görüldüğü; ancak hak sahipleri yönünden de malullük/ölüm aylığı bağlanabilmesi için “her ne ad altında olursa olsun sosyal güvenlik kurumlarından gelir veya aylık almamak şartı” getirildiği, daha sonra 21.1.2000 tarihli ve 592/2 sayılı KHK ile 17.8.1999 tarihinden sonraki tarihlerde meydana gelen depremler sonucunda malul kalan veya ölen sigortalıları da kapsayacak şekilde maddenin kapsamı genişletildiği, bu bakımdan 4447/geçici 5 hükmünün, gelecekte meydana gelecek depremler bakımından da uygulanabilecek nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Karşı oya göre, belirtilen madde uyarınca kolaylaştırılmış ölüm aylığından yararlanılabilmesi için hak sahibinin sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almamaları yasa gereği bulunmaktadır. Bu nedenle babasından ölüm aylığı alan hak sahibinin, aynı zamanda annesinden de ölüm aylığı alması mümkün değildir. Bunlardan fazla olan hangisi ise onun bağlanması yasa gereğidir. Burada bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Kanunların, sözüne ve amacına göre yorumlanması gerekir. Ülkemizde yıkıcılık etkisi yüksek olan

¹³ Y10HD 17.10.2023, E. 2023/8113, K. 2023/9838
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁴ Y10HD 24.06.2022, E. 2019/3510, K. 2022/9813
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

17.8.1999 Marmara depremi ile çok sayıda bina yıkılmış ve ölümler meydana gelmiştir. Kanun koyucu mağdur kalan kişilere destek olmak amacıyla kolaylaştırılmış ölüm veya malullük aylığı bağlanmasını kabul etmiştir. Ancak devlet bu yardımları mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirebilecektir (Anayasa m.65). Bu nedenle büyük bir depremle ülkenin zor durumda olduğu dönemde kolaylaştırılmış ölüm aylığı için Kurumdan başka gelir ve aylık alınmaması şartı bulunmaktadır. Kanunun bu hükmü göz ardı edilerek babasından ölüm aylığı alan kişiye, annesinden de ölüm aylığı bağlanmasının yasanın sözüne ve özüne aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2021 yılından vermiş olduğu bir başka kararında¹⁵ da; “... Davacı tarafından ölüm aylığının talep edildiği tarihte yürürlükte bulunan ve davacının lehine olan 01/10/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın 97. maddesinin 1. fıkrasında “Bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar.” düzenlemesine yer verilmektedir. Mahkemece, anılan madde irdelenerek hüküm tesisi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” ifadesi yer almıştır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin, geçirilen kazanın iş kazası olduğu ve olay tarihinden itibaren ölüm geliri bağlanması gerektiğini tespiti ile ölüm gelirlerinin yasal faizi ile birlikte tahsili talebiyle açılan bir davada vermiş olduğu karara¹⁶ göre; “... Yapılacak iş, iş kazasına ilişkin tespit davalarında zamanaşımı süresi söz konusu olmayacağından işin esasına girilerek davacının murisinin uğradığı kazanın iş kazası olup olmadığını değerlendirmek, ölüm gelirinin bağlanması talebi ile ilgili olarak 506 sayılı Yasa’nın 99; 5510 sayılı Yasa’nın 97. maddelerini de değerlendirerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2015 yılında vermiş olduğu bir kararına¹⁷ göre ise; “Murisin 1964 tarihinde vefat ettiği nazara alındığında, 506 sayılı Kanun’un geçici 12. Maddesi gereği, 6100 sayılı yasa dönemindeki çalışmalarda 506 sayılı yasa kapsamında kabul edilmektedir. Buna göre, 2928 sayılı Kanun’un 8. Maddesi gereği, 506 sayılı Kanun kapsamındaki ölüm aylığı tahsis şartları irdelenmelidir. 506 sayılı Kanunun “Ölüm sigortasından aylık bağlama şartları” başlığını taşıyan 66’ncı maddesinde 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinde en az 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalı primi

¹⁵ Y10HD 19.04.2021, E. 2020/4489, K. 2021/5524

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

¹⁶ Y21HD 10.04.2018, E. 2016/15225, K. 2018/3645; bkz. aynı yönde Y10HD 20.02.2017 E. 2016/3180 K. 2017/1197 (kararlar için bkz. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)).

¹⁷ Y10HD 22.06.2015, E. 2015/10203, K. 2015/12394; bkz. aynı yönde Y10HD 13.02.2020, E. 2019/2094, K. 2020/1176; Y21HD 21.01.2018, E. 2018/4940, K. 2019/293; Y21HD 27.11.2018, E. 2017/3754, K. 2018/8741; Y21HD 08.02.2018, E. 2016/10655, K. 2018/869; Y10HD 17.01.2016, E. 2016/12593, K. 2017/143; Y10HD 12.05.2016, E. 2016/6860, K. 2016/8150

(kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

ödemiş durumda ölen sigortalının hak sahibi kimselerine aylık bağlanacağı öngörülmüştür. Anılan Kanun'un, Zamaşımı ve hakkın düşmesi başlıklı 99. maddesinde, "Bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve ölüm sigortalarından hak kazanılan gelir ve aylıklar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse zamaşımına uğrar. Bu durumda olanların gelir ve aylıkları yazılı istek tarihini takibeden aybaşından itibaren başlar", hükmü ile 5510 sayılı Kanun'un, zamaşımı, hakkın düşmesi ve avans başlıklı 97. maddesinin "Bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamaşımına uğrar. Kuruma müracaat etmemenin haklı bir sebebe dayandığını genel hükümlere göre ispat edenler hakkında, yukarıdaki hükümler uygulanmaz" hükümleri yer almaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığı altında, Mahkemece, murisin, 12.11.1954 tarihinde Emekli Sandığı kapsamında çalışmaya başladığı ve Kurum'un yazısına göre, 2 yıl 8 ay hizmeti olduğu yani 960 gün hizmeti bulunduğu anlaşıldığından, murisin 506 sayılı Kanun kapsamında ölüm aylığı bağlanma şartlarını taşıdığı gözetilerek 5510 sayılı Kanun'un 97. Maddesine göre de 01.10.2008 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlanması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, davacının ölüm aylığına hak kazandığının tespiti, ödenmeyen aylıkların faizi ile ödenmesi istemine ilişkin olan bir davada 2022 yılında vermiş olduğu kararına¹⁸ göre; "506 sayılı Yasa'nın ölüm aylığına ilişkin 66/C maddesinde toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda, ölen sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanacağı belirtilmiş, anılan maddenin "en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup sigortalılık süresinin her yılı için ortalama 180 gün" kısmı Anayasa Mahkemesinin 12.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 2001/479 Esas, 2005/1 Karar sayılı 6.1.2005 tarihli kararı ile iptal edilmiş, 506 sayılı Yasa'nın 66/C maddesi 16.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5561 sayılı Yasa ile değiştirilerek "5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinde en az 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalıları primi ödemiş durumda ölen sigortalının hak sahibi kimselerine ölüm aylığı bağlanacağı" bildirilmiştir. 5561 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile 506 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 93. maddesinde ise Kanun'un 66'ncı maddesinin (c) bendi ile 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26'ncı maddesinin (a) bendinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce bu değişiklikte öngörülen şartları yerine getiren sigortalının hak sahiplerinin aylıkları bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ödeme dönemi başından geçerli olmak üzere başlatılacağı bildirilmiş, 5561 sayılı Yasa 18.10.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 32/2-a maddesinde ise en az 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya Yasa'nın 4. maddesinin 1/a bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş durumda iken ölen

¹⁸ Y10HD 10.10.2022, E. 2022/9004, K. 2022/12059

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

sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. Diğer taraftan, 506 sayılı Yasanın “Zamanaşımı ve Hakkın Düşmesi” başlıklı 99. maddesi ile “Bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve ölüm sigortalarından hak kazanılan gelir ve aylıklar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrar. Bu durumda olanların gelir ve aylıkları, yazılı istek tarihini takibeden aybaşından itibaren başlar. İş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından kazanılan diğer haklar ile hastalık ve analık sigortalarından doğan haklar ise, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse düşer. Geçici iş göremezlik ödeneğini veya herhangi bir döneme ilişkin gelir veya aylığını beş yıl içinde almayanların, söz konusu ödenek, gelir veya aylıkları ödenmez.” düzenlemesine yer verilmiş iken bu maddeye koşut bir düzenleme olarak 01/10/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın 97. maddesinin 1. fıkrası ile “Bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar. Kuruma müracaat etmemenin haklı bir sebebe dayandığını genel hükümlere göre ispat edenler hakkında, yukarıdaki hükümler uygulanmaz.” hükmüne amirdir. Somut olayda, davacı, 506 sayılı Yasa kapsamında sigortalı iken 26.12.1983 tarihinde vefat eden eşinden dolayı, 01.07.1987 tarihli ve 22.08.1988 tarihli dilekçeleri ile Kuruma başvurarak ölüm aylığı bağlanmasını talep etmiştir. ... Davacının 01.07.1987 tarihli tahsis talebi bulunması, davacı murisinin mükerrer sicilde kayıtlı olup da kurum tarafından dikkate alınmayan toplam 2039 prim günü olduğunun anlaşılması, toptan ödemenin 05.04.1988 tarihinde yapılmış olması nedeniyle bu tarih öncesinde tasfiye edilmiş bir hizmet olmadığından ölüm aylığı koşulları bulunduğunun anlaşılması karşısında, 506 sayılı Yasanın 99.madde hükmü dikkate alınarak, zamanaşımına uğramadığı açık olan 01.01.1984-05.04.1988 tarihleri arasındaki dönemde, davacıya ölüm aylığı bağlanması için gerekli prim gün sayısı koşulunun bulunduğu, 01.01.1984-05.04.1988 tarihleri arasındaki dönemde davacının aylığa hak kazandığı dikkate alınmaksızın, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin, uyuşmazlığın, esnaf Bağ-Kur sigortalısı olan babasının ölümünden sonra ölüm aylığı bağlanan ve 18 yaşının tamamlaması sebebiyle 01/12/1990 tarihinde ölüm aylığı kesilen davacının malul erkek çocuğu sıfatıyla ölüm aylığı almaya devam edip edemeyeceği noktasında toplandığı 2017 yılında vermiş olduğu bir kararına¹⁹ göre; “... Davacı açısından malul erkek çocuğu sıfatıyla ölüm aylığı alıp alamayacağıнын belirlenmesi gereken tarih 18 yaşını doldurması sebebiyle ölüm aylığının kesildiği 01/12/1990 tarihidir. Bu durumda, 5510 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi gereğince davacının talebinin 1479 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesi ve bu Yasanın 46. maddesinin son fıkrası gereğince malul erkek çocuğu olarak ölüm aylığı almaya hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, davacının talebi değerlendirilirken 1479 sayılı Yasanın 78/2. maddesinde yer alan “Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından herhangi bir döneme ilişkin aylığını beş yıl içinde almayanların bu döneme ilişkin aylıkları ödenmez.” hükmü ile 5510 sayılı Yasanın 97/1. maddesinde “Bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı

¹⁹ Y21HD 30.11.2017, E. 2016/7540, K. 2017/9921 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

zamanaşımına uğrar.” hükmü de dikkate alınmalıdır. Yapılacak iş, davacının ölüm aylığının kesildiği 01/12/1990 tarihinde çalışamayacak durumda malul olup olmadığı ve bu maluliyetinin devam edip etmediğini belirlemek, 1479 sayılı Yasanın 78/2. maddesi ile 5510 sayılı Yasanın 97/1. maddesi hükümlerini de göz önünde bulundurarak sonucuna göre bir karar vermektir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

Bilindiği üzere, sosyal güvenlik hakkı temel insan haklarından olup, uluslararası hukuk normları ile Anayasa’da güvence altına alınmıştır. Bireyleri toplum içinde iktisadi bakımdan desteklemeyi, muhtaçlığa düşmesini önlemeyi, sosyo – ekonomik ve fizyolojik risklerin sonuçlarına karşı korumayı hedef alan bir haktır. Ölüm ise gerçekleşmesi mutlak, ancak ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen tipik bir sosyal güvenlik riskidir. Bu risk hak sahibi konumunda olan dul eş ve yetim çocuk yönünden etkili olacaktır. Sigortalının ölümü ile birlikte sağ kalan hak sahibi aile bireyleri gelir kaybına uğrayacak bu nedenle sosyal güvenlik yönünden bir korumaya gereksinim duyacaklardır. İşte bu noktada ölüm sigortası ile risk altında olan hak sahiplerinin sosyal güvenlik hakları koruma altına alınmıştır. Ancak sosyal güvenlik hakkının kullanımı yasa ile sınırlanmış ve belirli koşulların varlığına bağlanmıştır. Sigortalının ölümü ile birlikte sosyal güvenlik hakları koruma altına alınan hak sahiplerinin de ölüm sigortasından yararlanabilmeleri için kanun koyucu tarafından belirli sınırlamalar getirilmiştir. İşte 506 sayılı Kanun’un 68. maddesinin son fıkrası da bu sınırlamalardan biridir. 506 sayılı Kanun kapsamında hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla, ölüm aylığı bağlanma koşulları ile bağlanmış ölüm aylığını kesme nedenleri anılan Kanun’un 68. maddesinde düzenlenmiştir. 506 sayılı Kanun’un 02.07.1973 tarihli 1753 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile yeniden düzenlenen 68. maddesinin I/C-a bendine göre; *“yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan”, “Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi bir işte çalışmayan, buralardan gelir veya aylık almayan”* kız çocuklarına ölüm aylığı bağlanabilecektir. Aynı maddenin VI. bendi hükmüne göre de kız çocuklarına bağlanan ölüm aylıkları Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi işlerde çalışmaya başladıkları ya da evlendikleri tarihi takip eden devre başından itibaren kesilecektir. Ayrıca VI. bendin son cümlesinde; *“... evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kimseye bu aylıklardan fazla olanı ödenir...”* düzenlemesine yer verilmiştir. 06.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanun’un 35. maddesi ile 506 sayılı Kanun’un 68. maddesine ek düzenleme yapılarak, anılan maddenin VI numaralı bendindeki *“çalışmaya”* kelimesinden sonra gelmek üzere *“buralardan gelir veya aylık almaya”* ibaresi eklenmiştir. Öte yandan 4958 sayılı Kanun’un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun’a getirilen Ek 47. madde ile de *“kız çocuklarının sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerdeki sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmaya başlamaları veya bu ülkelerin sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almaya başlamaları”* bağlanmış gelir ve aylıklar bakımından kesme nedeni sayılmıştır. Yine davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Yasa’nın 29.07.2003 tarihli 4958 sayılı Yasa ile gelen değişiklikten önceki 93’üncü maddesinde yer alan *“sigortalı olan ana ve babaların ölümlerinde her ikisinden de gelir veya aylık bağlanmasına hak kazanan çocuklara, bunlardan intikal eden gelir ve aylıklardan yüksek olanın tümü, eksik olanın yarısı bağlanır”* hükmü mevcuttur. Diğer taraftan, 506 sayılı

Yasa'nın "Zamanaşımı ve Hakkın Düşmesi" başlıklı 99. maddesi ile "Bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve ölüm sigortalarından hak kazanılan gelir ve aylıklar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrar. Bu durumda olanların gelir ve aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden aybaşından itibaren başlar. İş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından kazanılan diğer haklar ile hastalık ve analık sigortalarından doğan haklar ise, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren beş yıl içinde istenmezse düşer. Geçici iş göremezlik ödeneğini veya herhangi bir döneme ilişkin gelir veya aylığını beş yıl içinde almayanların, söz konusu ödenek, gelir veya aylıkları ödenmez." düzenlemesine yer verilmiş iken bu maddeye koşut bir düzenleme olarak 01/10/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 97. maddesinin 1. fıkrası ile "Bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar. Kuruma müracaat etmemenin haklı bir sebebe dayandığını genel hükümlere göre ispat edenler hakkında, yukarıdaki hükümler uygulanmaz." hükmüne amirdir.²⁰

5510 sayılı Kanun m.97/2'ye göre; "Kuruma müracaat etmemenin haklı bir sebebe dayandığını genel hükümlere göre ispat edenler hakkında, yukarıdaki hükümler uygulanmaz." hükmü yer almaktadır.

Zamanaşımına uğrayan gelir ve aylıkların ödenmesi için ilgililer tarafından açılan davada Kurum zamanaşımı def'inde bulunmuş ve iddia kanıtlanmış ise hâkimin davayı kabul etmesi gerekir. Ancak haklı nedenlerle Kuruma başvuramadıklarını genel hükümlere göre kanıtlamış olanlara bu maddenin birinci fıkrası (m.97/1) uygulanmaz. Bu hüküm pozitif hukukumuzda ilk defa girmiş olup *kanaatimizce* isabetli bir yasal düzenlemedir. Kısa vadeli sigorta kollarından ve ölüm sigortasından kazanılan diğer haklar hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmez ise hak düşürücü süreye uğrar. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı ile ölüm sigortasından bağlanan gelir ve aylıklar hiçbir zaman hak düşürücü süreye uğramaz. Gelir ve aylıkların dışında kalan diğer haklar (geçici iş göremezlik ödeneğinde olduğu gibi) hak düşürücü süreye uğrar. Madde hükmünde, beş yıllık süre geçtikten sonra başvurmanın haklı sebeplerinin bulunduğu genel hükümlere göre kanıtlanması halinde beş yıldan önceki kısmın da istenebileceği belirtilmiştir. Bu durumda 5510 sayılı Kanun'un 01.10.2008'de yürürlüğe girdiği ve önceki mevzuatta bulunmayan hakkın bu Kanun ile ilk defa verildiği gözetilerek en fazla 01.10.2008'e kadar geri gitmek mümkün olacaktır.²¹

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, uyuşmazlığın davacının murisinden ölüm aylığı almaya hak kazandığı başlangıç tarihinin tespiti noktasında toplandığı bir konuda 2019 yılında vermiş olduğu bir kararına²² göre; "506

²⁰ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.95, 386.

²¹ Aslanköylü, s.1557; İnceman, s.1630-1631; Kar, s.1689; Y10HD, 11.09.2014, 2014/9426, K.2014/17133; Y10HD 16.02.2016, E. 2015/8837, K. 2016/2053 (kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²² Y21HD 26.09.2019, E. 2018/5109, K. 2019/5569; bkz. aynı yönde Y21HD 12.09.2019, E. 2019/4960, K. 2019/5056; Y10HD 19.09.2018 E. 2015/21002 K. 2018/6768;

sayılı Yasa'nın 99. Maddesinde zamanaşımı ve hakkın düşmesi ile ilgili düzenleme yer almaktadır. ... Somut olayda; hak sahipleri bakımından lehe olan 5510 sayılı Yasa'nın 97/1. madde hükmünün uygulanması gerekmekte olup buna göre ölüm aylığı bağlama başlangıç tarihi olarak madde hükmünün yürürlüğe girdiği tarih olan 01/10/2008 tarihinden öncesine gitmenin mümkün olmadığı dikkate alınmadan Mahkemece dava tarihinden geriye doğru beş yıl öncesine gidilmesi suretiyle yazılı şekilde varılan sonuç hatalı olmuştur.”

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin haklı bir sebebe dayanma ile ilgili olarak 2022 yılında vermiş olduğu karara²³ göre; “Somut olayda, ... , ilk kez 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun'un 97/II madde hükmünde bu ibareye yer verildiği de gözetilerek 5 yıllık zamanaşımı süresinin olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi, Kuruma müracaat etmemenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının yapılacak inceleme ve araştırma neticesinde net bir şekilde ortaya konulması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Mahkemece 506 sayılı Yasa'nın 99. ve 5510 sayılı Yasa'nın 97. maddelerine ilişkin eksik inceleme ve araştırma neticesi, yanlışlı değerlendirme ile hükmün tesis edildiği anlaşılmakla, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar. Zamanaşımına uğrayan sürenin tespitinde, sigortalı ve hak sahiplerinin talep tarihinden geriye doğru gidilerek beş yıla kadar olan bölümü ödenmekte; ancak beş yılı aşan süreye ilişkin gelir ve aylıklar zamanaşımına uğradığından ödenmemektedir.²⁴

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2019 yılında verdiği kararına²⁵ göre; “... Davacı, 05.06.2013 tarihinde davalı kurumdan gelir bağlanmasını talep etmiş olup, davacının bu tarihten önce kuruma başvurusunun olup olmadığı araştırılması gerekir. Davacının bu tarihten önce başvurusunun olmaması halinde 05.06.2013 tarihli talep dikkate alınarak ve yukarıda söz edilen ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 97. madde hükümleri gözetilerek davacının gelire hak kazandığı tarihin belirlenmesi gerekir. Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

İş kazası ve meslek hastalıkları sigortası yönünden zamanaşımı uygulaması konusunda; 506 sayılı Kanun'un mülga 99. maddesinde *hakkı doğuran olay tarihi* 5510 sayılı Kanun'un 97. maddesinde ise *hakkın kazanıldığı*

Y10HD 03.07.2017, E. 2015/17046, K. 2017/5343; Y21HD 11.05.2017, E. 2016/20542, K. 2017/3883; Y10HD 28.11.2016, E. 2015/3573, K. 2016/14251 (kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²³ Y10HD 26.01.2022, E. 2021/9022, K. 2022/1147; bkz. aynı yönde Y10HD 14.10.2021, E. 2021/2309, K. 2021/12312; Y10HD 10.02.2020, E. 2019/2272, K. 2020/925 (kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²⁴ İnceman, s.1631.

²⁵ Y10HD 04.11.2019, E. 2017/3398, K. 2019/8029
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

tarihten itibaren 5 yıllık süre için belirleme yapılmıştır. Her iki Kanun'a göre yapılacak zamanaşımı tespitlerinde sürekli iş göremezlik gelirinun başlangıç tarihi esas alınmaktadır.²⁶

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin olarak 2020 yılında vermiş olduğu kararına²⁷ göre; “... Anılan düzenleme uyarınca davacının Kuruma başvuru tarihi olan 16.03.2015 tarihinden geriye doğru beş yıl süreye ilişkin talepte bulunma hakkı olup, bu tarihin başlangıcı 16.03.2010 dur. Bu nedenle, ilk derece mahkemesince bu tarihi takip eden aybaşı olan 01.04.2010 tarihinden itibaren sürekli iş göremezlik geliri bağlanmasına ilişkin kararı yerinde iken Bölge Adliye Mahkemesince davacının Kuruma başvuru dilekçe tarihinin sehven 16.03.2014 kabulü nedeniyle sürekli iş göremezlik gelirinun 01.04.2009 tarihinden itibaren bağlanmasına dair kararı hatalı olup, kararın bozulması gerekmektedir.”

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2020 yılında verdiği bir kararına²⁸ göre; “5510 sayılı Kanun’un 97. maddesinin I. fıkrasında, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmının zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca davacının Kuruma başvuru tarihi olan 16.03.2015 tarihinden geriye doğru beş yıl süreye ilişkin talepte bulunma hakkı olup, bu tarihin başlangıcı 16.03.2010 dur. Bu nedenle, ilk derece mahkemesince bu tarihi takip eden aybaşı olan 01.04.2010 tarihinden itibaren sürekli iş göremezlik geliri bağlanmasına ilişkin kararı yerinde iken Bölge Adliye Mahkemesince davacının Kuruma başvuru dilekçe tarihinin sehven 16.03.2014 kabulü nedeniyle sürekli iş göremezlik gelirinun 01.04.2009 tarihinden itibaren bağlanmasına dair kararı hatalı olup, kararın bozulması gerekmektedir.”

II. BAĞLANMIŞ BULUNAN AYLIKLARIN HESAPTAN ÇEKİLMEMESİ HALİ

506 sayılı Kanun’un mülga m.99/3 ile 1479 sayılı Kanun’un mülga m.78/2 fıkralarında; bağlanmış bulunan gelir ve aylıkların beş yıl içinde alınmaması halinde, söz konusu gelir ve aylıkların ödenmeyeceğine ilişkin düzenleme bulunmaktaydı. Bu nedenle mülga mevzuat döneminde bankaya gönderilen gelir ve aylıkların beş yıl içinde çekilmemesi halinde, gelir ve aylıklar ödenmeyecektir.²⁹

5510 sayılı Kanun m.97’de ise mülga mevzuattan farklı olarak, bağlanmış bulunan gelir ve aylıkların herhangi bir sürede çekilmemesi durumunda ödenmeyeceği veya zamanaşımına uğrayacağı yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle 01.10.2008’den sonra Kurumdan alınmayan gelir ve aylıklar, zamanaşımına uğramaz.³⁰ Fakat Kurumca bankaya gönderilen aylıklar 12 ay hareket görmezse, banka tarafından Kuruma iade olunmaktadır. Zira madde 97/4 hükmüne göre; “Bu Kanun’a göre bağlanan gelir ve aylıklarını tahakkuk ettirildiği tarihlerden itibaren aralıksız on iki ay sonuna kadar tahsil etmeyenlerin gelir ve aylıkları, gelir ve aylık bağlanma

²⁶ İnceman, s.1631.

²⁷ Y10HD 23.01.2020, E. 2019/971, K. 2020/543 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²⁸ Y10HD 23.01.2020, E. 2019/971, K. 2020/543 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²⁹ İnceman, s.1631.

³⁰ İnceman, s.1631.

şartlarının devam edip etmediğinin tespiti amacıyla durdurulur.” Amaç vefat eden sigortalı veya hak sahiplerine yersiz ödeme yapılmamasının sağlanmasıdır. Sigortalı veya hak sahibinin başvurusu halinde bu miktar ilgililere ödenmektedir.³¹ Söz konusu hüküm takdiri değil, emredici niteliktedir.³²

Kuruma iade olunan aylıklar için zamanaşımı süresi bulunmadığından, sigortalı veya hak sahipleri ne zaman talep ederlerse o zaman ödeme yapılacaktır. Bu konuyla ilgili olarak, sosyal güvenlik kapsamında ödenen yaşlılık aylığının geri alınması ve ödeme yapılmayan döneme ilişkin talebin zamanaşımı süresi geçtiğinden reddine karar verilmesi nedenleriyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin Anayasa Mahkemesine yapılan hak ihlali başvurusu nedeniyle, Anayasa Mahkemesi; Kurum tarafından, sigortalının hesabına gönderilen aylıkların beş yıl boyunca hareket görmemesi üzerine paranın banka tarafından SGK’na iade edildiğini, paranın sigortalının hesabına geçmesiyle onun mülkiyetine geçtiğini, bu para üzerinde tasarruf yetkisinin sadece sigortalıda bulunduğunu, paranın Kuruma iadesi işleminin herhangi bir yasal dayanağının bulunmadığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.³³

Temerrüt faiz başlangıcı konusunda ise burada 5510 sayılı Kanun m.41 hükmü uygulanmaz. Sebepsiz zenginleşme ile ilgili temerrüdü düzenleyen TBK m.117/2 uyarınca; sebepsiz zenginleşmenin iyi niyetli olması halinde bildirim tarihinden itibaren, iyi niyetli olmaması halinde ise haksız zenginleşme tarihinden itibaren, ödemenin yapıldığı tarihe kadar yasal faiz uygulanacaktır. 818 sayılı BK m.63 döneminde ise iyi niyet ayrımı yapılmamıştır. Bu nedenle her halükârda haksız zenginleşme tarihinden ödemenin yapıldığı tarihe kadar yasal faiz uygulanması gerekecektir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 11.07.2006 gün ve 2006/1347 Esas ve 2006/10584 Karar sayılı kararında, faiz talebi için kusurun aranmayacağını, salt aylığın geç ödenmesinin yeterli olacağını, ancak faiz hakkının saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir.³⁴

Kurum, kanun gereği olarak, 12 ay hareketsiz kalan hesaptaki aylık ödemelerine el koyduğundan, kötü niyeti söz konusu olamaz. Bu nedenle iade talebinden itibaren, geri ödemenin yapıldığı tarihe kadar temerrüt faizi uygulanması gerekir.³⁵

Yaşlılık aylıklarının temadi eden alacaklardan olması sebebiyle zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmektedir. Kanun’da bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu alacaklara ilişkin ferî niteliğinde olan faiz alacağı da zamanaşımına uğramaz.³⁶

³¹ İnceman, s.1631; Aslanköylü, s.1557

³² Aslanköylü, s.1557; Kar, s.1689.

³³ AYM 12/062019, Başvuru No: 2016/5490, RG 17 Temmuz 2019, Sayı: 30834; Ayrıca bkz. İnceman, s.1631-1632.

³⁴ İnceman, s.1631-1632.

³⁵ İnceman, s.1631-1632.

³⁶ İnceman, s.1632.

Asıl borç, ifa yahut başka bir sebeple sona erdiği takdirde, asıl borcun ferileri olan faiz borcu gibi yan borçlar da sona erer. Bu kuralın istisnası, ihtirazi kayıt ileri sürülme halinde söz konusu olmaktadır. Somut olayda ihtirazi kayıt beyanı iki şekilde bulunabilir (6098 sayılı TBK m.131, 818 sayılı BK m.113): alacaklı alacağını tahsil ederken en geç ifa tarihi itibarıyla faiz hakkını saklı tuttuğuna ilişkin ihtirazi kayıt beyanını karşı tarafa tebliğ edecek şekilde yapabilir veya durumun özelliğinden faiz hakkının sakı tutulduğu hususu anlaşılır. İhtirazi kayıt ileri sürülmezse veya usulen karşı tarafa tebliğ edilmezse faiz hakkı düşer. Zımni olarak ferilere ilişkin alacaktan vazgeçildiği kabul edilir.³⁷

Faiz alacağının saklı tutulduğuna ilişkin ihtirazi kayıt beyanı ise, en geç ifa anına kadar karşı tarafa ulaşacak şekilde bildirilmesi suretiyle yapılmalıdır. Beyanın ifadan önce veya en geç ifanın ardından derhal yapılması gerekir. Alacak henüz ifa edilmeden önce faiziyle ödenmesinin istenmesi, ihtirazi kayıt niteliğinde sayılır. Uygulamada, bizim de katıldığımız görüşe göre ve hatalı olarak, yasal haklarını saklı tutma beyanı, banka dekontuna yazılarak aşılımaya çalışılmaktadır. Beyanın karşı tarafa e-posta, mektup, noter ihtarı, faks gibi yollarla ulaştırılması gerekir. İhtirazi kayıt beyanında bulunulmadığı veya usulüne uygun olarak karşı tarafa ulaştırılmaması durumunda, alacaklı için borçludan alacak kalemi dışındaki faiz ve benzeri taleplerde bulunulması mümkün olmaz.³⁸

Durum veya koşullardan faiz hakkının saklı tutulduğunun anlaşılması halinde de ihtirazi kayıt beyanının mevcut olduğu kabul edilir. Somut olay yorumlanarak, faiz hakkının saklı tutulup tutulmadığı konusunda değerlendirme yapılmalıdır.³⁹

Alacak ifa edilmeden önce faiziyle birlikte ödenmesi istenmişse, dava açıldıktan sonra ödeme yapılmışsa, ihtirazi kayıt beyanı karşı tarafa ulaştırılmak suretiyle yapılmışsa faiz hakkı saklı tutulmuş sayılır.⁴⁰

³⁷ İnceman, s.1632.

³⁸ İnceman, s.1632-1633.

³⁹ İnceman, s.1633.

⁴⁰ YHGK 20.12.2002, E.2002/10-1091, K.2002/1089

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Önceden alacağın faiziyle ödenmesi talep edilmişse ayrıca ödeme sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek olmaması (YHGK 05.04.2006, E.2006/21-130, K.2006/130

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); İhtirazi kayıt hususunun tespiti, ileri sürülmesi, halin icabından anlaşılması (YHGK 04.12.2013, E.2013/21445, K.2013/1625, YHGK 10.12.2003, E.2003/10-739, K.2003/737; YHGK 02.02.2005, E.2004/10-771, K.2005/24, YHGK 18.11.2009, E.2009/21-435, K.2009/544 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)); Y10HD 06.06.2017, E.2015/20371, K.2017/4805 (kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>); ayrıca bkz. İnceman, s.1633-1634.

III. HAKKIN DÜŞMESİ

5510 sayılı Kanun m.97/3'e göre; *"Kısa vadeli sigorta kollarından ve ölüm sigortasından kazanılan diğer haklar, hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmezse düşer."*

Söz konusu fıkrada sadece kısa vadeli sigorta kolları ile ölüm sigortası dahil edilmiş olup uzun vadeli sigorta kollarından malullük ve yaşlılık sigortası dahil edilmemiştir. Bu durumda m.97/3'te yer almayan malullük, yaşlılık sigorta kollarından yararlananlara hak düşürücü süre kuralı uygulanmaz.⁴¹

Bu kapsama geçici iş göremezlik ödeneği, ölüm sigortasından yapılan evlenme ve cenaze yardımları girecektir. Burada hak düşürücü süre işlediğinden, söz konusu haklar beş yıl içinde istenilmezse, bir daha ödenmeyecektir.⁴² Aynı şekilde madde 97/5'e göre; *"Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin alacakları, hakkı doğuran olayın öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren ise beş yıl sonunda düşer."*⁴³

Gaiplik olayının söz konusu olduğu durumlarda hak sahiplerinin gaiplik kararı alınmadan aylık bağlanması talebinde bulunamayacakları göz önüne alındığında, hak sahiplerine bağlanacak gelir ve aylıklarla yapılacak toptan ödemeler ve genel sağlık sigortasına ait alacaklarla ilgili zamanaşımı ve hak düşürücü süre, sigortalının mahkemece gaipliğine hükmolunan ölüm tarihi yerine, gaipliğe ilişkin kararın kesinleştiği tarihte başlamaktadır.⁴⁴

Gaipliğe ilişkin mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren 5 yıl içinde müracaat edilmesi halinde;⁴⁵

Mahkeme kararının gerekçe veya hüküm bölümünde sigortalının gaip olduğu tarih belirtilmiş ise gelir ve aylıklar, mahkeme kararında belirtilen tarihi takip eden aybaşından itibaren başlatılırken,

Mahkeme kararının gerekçe veya hüküm bölümünde sigortalının gaip olduğu tarih belirtilmemiş ise gelir ve aylıklar, mahkeme kararının kesinleştiği tarihi takip eden aybaşından itibaren başlatılmaktadır.

Gaipliğe ilişkin mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde müracaat edilmemesi halinde, müracaat tarihinden geriye doğru beş yıllık gelir ve aylık ödenmektedir. Bu çerçevede yapılacak toptan ödemeler için beş yıllık hak düşürücü süre uygulaması yapılmaktadır.⁴⁶

Sigortalı veya hak sahiplerinden herhangi bir döneme ilişkin gelir/aylığını zamanında alamayanların mirasçılarınca bu miktarların talep

⁴¹ Aslanköylü, s.1557; Kar, s.1689.

⁴² İnceman, s.1635.

⁴³ Y10HD 13.10.2016, E. 2016/732, K. 2016/12422; Y21HD 24.04.2014, E. 2013/3695, K. 2014/8788 (kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>); ayrıca bkz. Aslanköylü, s.1557; Kar, s.1689.

⁴⁴ İnceman, s.1635.

⁴⁵ İnceman, s.1635.

⁴⁶ İnceman, s.1635.

edilmesi durumunda, mirasçuların talebinin zamanaşımı yönüyle değerlendirilmesinde genel zamanaşımı hükümleri uygulanır.⁴⁷

6098 sayılı TBK m.82’de yer alan “*Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak 2 yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar.*” hükmü gereğince işlem yapılmaktadır.⁴⁸

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2013 yılında vermiş olduğu kararına⁴⁹ göre; “*Davacı tarafından yapılan ödemelerin, sigortalı adına ve sigortalının tedavi giderlerine ilişkin olduğu gözetildiğinde, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımını düzenleyen Mülga Borçlar Kanunu’nun 66. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı değil, anılan Kanununun 125. maddesindeki 10 senelik zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmekte olup; tedavinin yapılarak borcun doğduğu ve davalı Kurum’dan ödemesinin istenilebileceği 2004 yılı Aralık ayından itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi geçmeden davalı Kurum’a başvurulmuş olduğu ve davanın açıldığı gözetildiğinde, uyumsuzluğun, işin esasına girilerek çözümlenmesi gerekir. Mahkemece, tedavi ve faturaya ilişkin belgeler getirtilmeli; fatura bedeli esas alınarak Kurum tarafından karşılanması gereken tedavi bedeli Kurum’dan sorulmalı; Kurum’un, sadece tedavi ve tıbbi cihaza ilişkin ödemelerden, temerrüde düşürüldüğü 12.01.2010 tarihinden itibaren yürütülecek yasal faizden sorumlu olacağı gözetilmeli; Kurum tarafından fatura bedeli ile ilgili ödenebilecek miktara davacının itirazının bulunması durumunda, faturada yazılı tedaviye ilişkin giderin tamamının ödenmesi gerektiği, tedavide, ayrıca tıbbi cihaz kullanılmış olması durumunda ise, bununla sınırlı olarak, tıbbi cihazın tıbben gerekli olup-olmadığı ve rayiç bedeli belirlenip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*”

Kararın karşı oyuna göre ise; somut olayda davacının murisi olan babası, 1479 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığı almakta olduğu, sigortalı adına 24-27.12.2004 tarihlerinde tedavi gideri yapıldığı, tedavi masraflarının davacı tarafından kısmen nakden kısmen senet verilerek ödendiği, senet bedelinin ödenmemesi üzerine ilgili hastane tarafından 30.1.2006’da icra takibi yapıldığı, bu arada 11.11.2006’da sigortalının vefat ettiği, 03.09.2009 tarihinde, davacının tüm takip bedelini ödediği, bunun üzerine davacının, 12.01.2010 tarihinde davalı SGK’na başvurarak ödediği meblağın tahsilini istediği görülmüştür. Ödeme yapılmaması üzerine de davacı bu davayı açmıştır. Davalı SGK tarafından süresi içinde zamanaşımı defii ileri sürülmüştür. Mahkemece, 5510 sayılı Kanun m.97/5 uyarınca, 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir. Daire ile Mahkeme arasındaki görüş ayrılığı; uyumsuzluk konusu alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresi hakkındadır. Daire, olayda BK m.125’deki 10 yıllık genel zamanaşımı kuralının uygulanması gerektiğini belirtmekte; Mahkeme ise 5510 sayılı Kanun m.97/5’deki 2 ve 5 yıllık zamanaşımı kuralının uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Yüksek Dairenin çoğunluk görüşüne aşağıdaki sebeplerle katılmıyorum: Uyumsuzluk konusu sağlık giderleri 24-27.12.2004 tarihlerinde yapılmıştır. Bu tarih itibarıyla 1479

⁴⁷ İnceman, s.1635.

⁴⁸ İnceman, s.1635.

⁴⁹ Y10HD 27.12.2013, E.2012/7452, K. 2013/25951 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gereklidir. 1479 sayılı Kanun'da, sağlık giderleri yönünden zamanaşımını düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmadığından genel hükümlere gidilmesi gereklidir. Daire çoğunluğu, bu konuda genel hükümlere ilişkin BK m.125'teki 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanacağı görüşündedir. Fakat genel hükümlere gidildiğinde, sebepsiz iktisaba ilişkin 818 sayılı BK m.61 ve devamı hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira somut olayda davacı gerçekte borçlu olmadığı bedeli ödemiş; sonra bu bedelin tahsilini isteyerek sebepsiz iktisaba dayalı işbu davayı açmıştır. Sebepsiz iktisapta zamanaşımı, BK m.66'da düzenlenmiştir. Maddeye göre; zarar görenin zararı öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl veya her halükârda hakkın doğduğu tarihten itibaren 10 yılın geçmesiyle alacağın zamanaşımına uğraması gereklidir. Yargıtayın kökleşmiş içtihatlarına ve bilimsel görüşlere göre 1 yıllık süre, zarar görenin mal varlığındaki eksilmenin miktarı ile sebepsiz iktisapta bulunan şahsı tam olarak öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Somut olayda davacının, tedavi giderini ödediği 27.12.2004 tarihinde gerçek alacağının ne olduğunu bildiği veya bilecek durumda olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle zamanaşımı süresi 27.12.2004'te başlamıştır. Ödeme tarihi ile dava tarihi arasında 1 yıldan fazla süre geçtiğinden davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmesi isabetlidir. Fakat mahkeme, 5510 sayılı Kanun m.97/5 hükmüne dayanarak davanın reddine karar verdiğinden, hükmün farklı gerekçeyle onanması isabetli olacaktır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun 1.10.2008'de yürürlüğe girmiştir. Somut olayda davacı, dava konusu alacağı, ilk defa 12.1.2010 tarihinde davalı SGK'na başvurarak talep etmiştir. Bu tarihte yürürlükte olan 5510 sayılı Kanun m.97/5 hükmünde; *"...Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin alacakları, hakkı doğuran olayın öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren ise beş yıl sonunda düşer..."* denilmiştir. Bu maddeden de alacağın sebepsiz iktisaba dayalı olacak olduğunun yasa koyucu tarafından kabul edildiği görülmektedir. Mahkemenin kabulüne göre de talep tarihi itibarıyla yürürlükte olan 5510 sayılı Kanun uygulandığında da davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Karşı oyda sonuç olarak ilk derece mahkemesinin kararının usule ve yasaya uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

Zamanaşımı süreleri hakkın kazanıldığı tarih itibarıyla başlarken, hak düşürücü süreler hakkın doğduğu tarih itibarıyla başlamaktadır. Buna göre;⁵⁰

Hakkın kazanıldığı tarih:

İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hak kazanılan sürekli iş göremezlik geliri için, şayet alınıyorsa geçici iş göremezlik ödeneğinin sona erdiği tarihi, geçici iş göremezlik tespit edilemeden sürekli iş göremezlik durumuna girilmişse bu duruma ait sağlık kurulu raporu tarihini takip eden aybaşıdır.

⁵⁰ İnceman, s.1636.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanacak gelir için, sigortalının ölüm tarihini takip eden aybaşıdır.

Ölüm aylığı için, 4/b kapsamındaki sigortalılar için prim ve prime ilişkin herhangi bir borç olmaması şartıyla; sigortalının ölüm tarihini takip eden aybaşı iken⁵¹, hak sahibi olma niteliğinin ölüm tarihinden sonra kazanılması halinde bu niteliğin kazanıldığı tarihi takip eden aybaşıdır.

Hakkın doğduğu tarih:

İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hak kazanılan geçici iş göremezlik ödenekleri için, usulüne uygun olarak alınmış olan rapor ile istirahatli olunan tarihtir.

Cenaze ödenekleri ve ölüm toptan ödemesi için, ölüm tarihidir.⁵²

Aylık veya gelir almakta olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi için, evlenme tarihidir.

IV. AVANS

Malullük ve yaşlılık aylıklarında olduğu gibi, sigortalıların bu Kanun'un uygulanması bakımından hak ettikleri alacaklarının süresi içinde ödenememesi halinde avans verilmesine Kurum yetkilidir.⁵³ Bu durum m.97/6'da açıklanmıştır. Buna göre; *“Sigortalılar ile bunların hak sahiplerinin, genel sağlık sigortalıları ile bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, bu Kanun'un uygulanması bakımından hak ettikleri alacaklarının süresi içinde ödenememesi halinde, avans verilmesine Kurum yetkilidir.”* Mülga 506 sayılı Kanun m.100'de avans verilmesi zorunlu tutulmuşken⁵⁴, 5510 sayılı Kanun'da ise Kurumun takdirine bırakılmıştır.⁵⁵

Ölüm aylıkları devir ve temlik edilemez; m.88'e göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez (m.93/1). Haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir. Bu hükümlerle, düzenlemenin kamu düzenine ilişkin mutlak emredici niteliği ortadan kalkmıştır.⁵⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki 15.07.2016

⁵¹ Y21HD 05.04.2016, E.2016/1360, K.2016/6045 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁵² Y10HD 29.04.2021, E.2020/4595, K.2021/6225 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁵³ İnceman, s.1636; Ali Güzel / Ali Rıza Okur / Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 18. Baskı, İstanbul 2020, s.588-589, 646.

⁵⁴ Çenberci, s.746; 506 sayılı Kanun m.100 hükmüne göre; *“Kurum, gelir, aylık veya toptan ödeme işlemlerine başlanmış bulunan ve gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazandığı anlaşılan sigortalıya veya hak sahibi kimselerine, ileride alacaklarından kesilmek üzere, avans verebilir.”* Madde hükmüne göre; Kurumun avans verme yükümü, gelir, aylık ve toptan ödeme ile sınırlıdır. Örneğin, geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanan sigortalılar avanstaki yararlanamazlar (506 sayılı SSK dönemindeki uygulama için ayrıca bkz. Çenberci, s.746-747)

⁵⁵ Aslanköylü, s.1557-1558; İnceman, s.1636; Güzel / Okur / Caniklioğlu, s.646.

⁵⁶ Güzel / Okur / Caniklioğlu, s.646.

tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemi ile bu eylemin devamı niteliğindeki eylemler sebebiyle hayatını kaybedenlerin hak sahiplerine bağlanan aylıkların haczi ise mümkün değildir (667 sayılı KHK m.7/3).⁵⁷

SSİY m.82/2'ye göre; yaşlılık aylığının 90 gün içinde ödenememesi halinde, yazılı talepte bulunulursa, ilerideki alacaklarından mahsup edilmek suretiyle avans verilebilecektir. Avans miktarı her üç ay için bağlanacak aylıklarda net asgari ücretin üç katını, gelirlerde ise iki katını geçmemek üzere Kurumca belirlenir. Avansın mahsubu birikmiş aylıktan yapılır. Fazlalık olursa müteakip aylıklardan ¼ oranında kesilerek tahsil edilir.⁵⁸

5510 sayılı Kanun m.97/7'ye göre; "Sağlık hizmeti sunucuları, sunmuş oldukları hizmetlere ilişkin bir ay içinde düzenledikleri fatura ve eki belgeleri izleyen ayın on beşine kadar Kuruma teslim ederler. Fatura teslim tarihi; süresi içinde teslim edilen faturalar için teslim edildiği ayın on beşinci günü, süresi içinde teslim edilmeyen faturalar için ise teslim edildiği ayı takip eden ayın on beşinci günü olarak kabul edilir. Fatura bedelinin tamamı, fatura teslim tarihinden itibaren, altmış gün içinde, sağlık hizmet sunucularına avans olarak ödenir. Fatura ve eki belgeler, fatura teslim tarihinden itibaren üç ay içinde incelenerek avans hesabı kapatılır. İnceleme süresinin takip eden mali yıla sirayet etmesi durumunda, avans artıkları hakkında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 35'inci maddesindeki akreditiflere ilişkin hükümler uygulanır.". Sosyal Güvenlik Kurumu Özel Sağlık Sunucularından Sağlık Hizmeti Satın Alma Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin 2009/44 sayılı Genelge m.7.2.2 ve 2011/62 sayılı Fatura Bedellerinin Ödenmesi (mülga) Genelge m.1.11.7'ye göre; fazla ödeme varsa kurum alacağından mahsup edilir. Bu düzenlemeye bağlı olarak yapılan ödeme yersiz kabul edilemeyeceği gibi, faiz kesintisi uygulamasının da yasal dayanağı bulunmamaktadır.⁵⁹

Bu fıkranın amacı, genel sağlık sigortası hizmetlerinin aksamadan, doğru ve düzenli bir biçimde sağlanması bağlamında kuruma ve sağlık hizmeti sunucularına kolaylık sağlamaya yöneliktir. Zira sağlık hizmeti

⁵⁷ 667 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (RG 23 Temmuz 2016, Sayı: 29779). Adı Geçen Kararname 18.10.2016 Tarih ve 6749 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile Kanunlaştırılmıştır (RG 29 Ekim 2016, Sayı: 29872).

⁵⁸ İnceman, s.1636-1637.

⁵⁹ Konu ile ilgili kararlar için bkz. Y3HD 25.02.2021, E.2020/7128, K.2021/1907; Y13HD 15.10.2020, E.2016/27198, K.2020/152; Y3HD 12.05.2022, E.2022/449, K.2022/4508; Y13HD 16.06.2016, E.2015/8387, K.2016/15346; Y13 HD 25.06.2019, E.2018/772, 2019/7662; Y13HD 11.04.2018, E.2017/5103, K.2018/4418; Y13HD 12.10.2016, 2016/24330, K.2016/18360; Y3HD 20.10.2022, E.2022/6307, K.2022/8065; Y3HD 08.06.2023, E. 2023/391, K. 2023/1857; Y3HD 16.03.2023, E. 2022/8446, K. 2023/652; Y3HD 04.02.2021, E.2020/1571, K.2021/912; Y3HD 18.11.2020, E.2020/1384, K.2020/6709, Y3HD, 12.05.2022, E.2022/449, K.2022/4508; Y3HD 25.02.2021, E.2020/7128, K.2021/1907; Y3HD 16.06.2020, E.2020/1536, K.2020/3018; Y3HD, 15.03.2022, E.2021/6622, K.2022/2235 (kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>); ayrıca bkz. Aslanköylü, s.1557-1558.

bedellerinin ödenmesi kesintiye uğrar ve/veya aksar ise bu hizmetlerin sağlanması da aynı derecede aksamış olur.⁶⁰

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 2023 yılında vermiş olduğu bir kararı ile⁶¹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi 2021/2384 E., 2022/2842 K. sayılı kararı onanmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesinin anılan kararına göre; “Mahkemece (Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesi 2019/122 E., 2021/403 K.) ... davacı ... sağlık kurumuna ait faiz kesintileri tespit edilerek bu kesintiler üzerinden yapılan hesaplama sonucunda, davalı Kurumca yayınlanan 2011/62 sayılı fatura bedellerinin ödenmesi konulu Genelgenin ödeme işlemlerine ilişkin 1.11 maddesi uyarınca davalı SGK 60 ... içinde fatura incelemelerini tamamlayamadığından 5510 sayılı Kanun gereği faiz işletilemeyeceği, davalı Kurumun davacı ... sağlık kurumunun alacaklarından yaptığı toplam 214.458,48 TL faiz kesintisi işleminin yersiz olduğu, davalı Kurum tarafından 90 günlük yasal süresi içinde mutabakat tamamlanmadığı için ödeme genelgesine istinaden SHS'ye avans olarak ödenen tutarlar üzerinden avans kapatma esnasında sistem tarafından “avans faizi” kesildiği, bu faiz kesintilerinin davalı Kurum tarafından yayınlanan sağlık mevzuatına ve kanuna dayanmaksızın re'sen yapıldığı, dava konusu faiz kesintisine ilişkin olarak, davacıya bağlı olmaksızın, davalı Kurumun faturaları geç incelenmesi nedeniyle meydana geldiğinden davacı firmaya ait ... sağlık kurumundan kesilen toplam 214.458,48 TL avans (mutabakat) faizi kesintisinin, kesinti tarihlerinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davacıya iade edilmesi gerektiği, ancak mahkemece, anılan gerekçeye dayalı olarak davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemişse de, hükmedilen alacağa kesinti tarihi yerine dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesinde ise isabet bulunmadığından, davalının istinaf talebinin esastan reddine, mahkemece verilen karar usul ve yasaya aykırı olduğundan davacının istinaf talebinin ise kabulü ile kaldırılmasına, davanın kabulüne, 214.458,48 TL' nin 30.01.2019 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmiştir.” Davalı vekili tarafından Bölge Adliye Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir. Yargıtayın onama kararının karşı oyu bulunmaktadır. Önemi nedeniyle çalışmamızda karşı oy metnine geniş bir şekilde yer verilmiştir. Karşı oya göre; dava, davalı Kurumca 5510 sayılı Kanun'un 97/7'nci maddesi uyarınca ödenen fazla avanslara yersiz faiz işletilmesi nedeniyle istirdat istemidir. Daire çoğunluğu ile aramızdaki ihtilaf, 5510 sayılı Kanun'un 97/7'nci maddesi uyarınca sağlık hizmet sunucularına fazla ödediği avansa faiz isteme hakkı bulunup bulunmadığı ve maddede belirtilen üç aylık süre içinde avans hesabı kapatılmadığında da Kurum lehine faiz alacağı doğup doğmadığı noktasında toplanmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumunca sigortalıların sağlık hizmetlerinin sağlık hizmet sunucuları ile sağlanması esastır (5510 sK. m. 66/1). Sağlık hizmeti sunucusu: Sağlık hizmetini sunan ve/veya üreten; ... kişiler ile kamu ve ... hukuk tüzel kişilerini ve bunların tüzel kişiliği olmayan şubelerini ifade eder (5510 sK. m. 3/1-25). 5510 sayılı Kanun'un 18.2.2009 tarih 5838 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile değişik 97/7'nci maddesine göre, “Sağlık hizmeti sunucuları, sunmuş oldukları hizmetlere ilişkin bir ay içinde

⁶⁰ Aslanköylü, s.1558.

⁶¹ Y3HD 11.09.2023, E.2022/8572, K. 2023/2175 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

düzenledikleri fatura ve eki belgeleri izleyen ayın on beşine kadar Kuruma teslim ederler. Fatura teslim tarihi; süresi içinde teslim edilen faturalar için teslim edildiği ayın on beşinci günü, süresi içinde teslim edilmeyen faturalar için ise teslim edildiği ayı takip eden ayın on beşinci günü olarak kabul edilir. Fatura bedelinin tamamı, fatura teslim tarihinden itibaren, altmış ... içinde, sağlık hizmet sunucularına avans olarak ödenir. Fatura ve eki belgeler, fatura teslim tarihinden itibaren üç ay içinde incelenerek avans hesabı kapatılır. İnceleme süresinin takip eden mali yıla sirayet etmesi durumunda, avans artıkları hakkında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 35 ... maddesindeki akreditiflere ilişkin hükümler uygulanır." Yedinci fıkranın 18.2.2009 t. ve 5838 SK m. 2 ile değişmeden önce 17.4.2008 t. 5754 SK m. 57 ile değişik şekli, "Sağlık hizmeti sunucularına, tahakkuk etmiş alacaklarının %75'i ilâ %90'ı arasındaki tutar, faturaların teslim tarihinden itibaren en geç kırk beş ... içinde alacaklarından mahsuben avans olarak ödenir. Doksan ... içinde de fatura ve eki belgelerin incelenmesi tamamlanarak geri kalan tutar ödenir." şeklindeydi. Sağlık hizmet sunucuları (SHS) sigortalılara verdikleri hizmetleri fatura ederek Kuruma sunmakta, Kurum da fatura karşılığını Sağlık Uygulama Tebliğine (SUT) göre ödeme yapmaktadır. Kurumca faturalara yansıyan sağlık hizmeti yüzlerce hatta binlerce hastayı kapsayabildiğinden Kurumca inceleme zaman alacağından SHS'lerin sundukları faturalar karşılığı Kurumca avans olarak ödenmekte, inceleme sonuçlarınınca mahsuplaşma yapılmaktadır. Dolayısıyla SHS'lerin sundukları faturaların SUT'a uygun olması gerekmektedir. Yerel mahkeme ve BAM tarafından Kurumun avans ödemelerine faiz işletemeyeceği gerekçesine dayanılmış ise de bu gerekçe hatalıdır. Zira 5510 sayılı Kanun'un 103'üncü maddesine göre; "Kurumca yapılan inceleme neticesinde; a) Sağlık hizmeti sunulmadığı halde sağlık hizmetini fatura ettiği, b) Faturayı veya faturaya dayanak oluşturan belgeleri, gerçeğe aykırı olarak düzenlediği, c) 64 üncü madde gereğince kapsam dışı tutulan sağlık hizmetlerini, kapsam içinde olan sağlık hizmetleri gibi gösterdiği, d) Sağlık hizmetlerine hak kazanmayan kişilere, sağlık hizmeti sunarak Kuruma fatura ettiği, e) 73 üncü madde gereğince belirlenen tavanın üzerinde ilave ücret aldığı, tespit edilen sağlık hizmeti sunucuları hakkında genel hükümlere göre takip yapılır. Bu fiiller nedeniyle Kurumun yersiz ödediği tutar 96 ncı maddeye göre geri alınır. Ayrıca bu fiilleri işleyen veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandığı tespit edilen sağlık hizmeti sunucularının Kurum ile yaptıkları sözleşmeleri feshedilebilir ve Kurumca belirlenecek süre içinde tekrar sözleşme yapılmaz. 71 ... maddede yer ... kimlik tespiti yükümlülüğünü yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından uğranılan zarar geri alınır. (...)". 5510 sayılı Kanun'un 96'ncı maddesi, Kurumca yersiz ödemelerin faiziyle geri alınmasını düzenlemektedir. Kanun koyucu da yapılan avans ödemelerine faiz uygulanacağını kabul ederek SHS'lerin 16.1.2012 tarihinden önceki faiz borçlarının terkin edileceğine dair yasal düzenleme yapmıştır. Geçici 49. Madde: "97 nci maddenin yedinci fıkrası gereğince, sağlık hizmet sunucularının sunmuş oldukları hizmetlere ilişkin olarak 16.1.2012 tarihinden önce Kuruma teslim ettikleri fatura ve eki belgelerden, teslim tarihinden itibaren üç ay içinde incelenemediği için avansı kapatılamayan fatura ve eki belgelerin, bu süreden sonraki dönemde yapılan incelemesi sonucunda sağlık hizmet sunucusuna yersiz ödeme yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, tespit edilen yersiz ödeme tutarı için kanuni faiz tahakkuk ettirilmez. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce, sağlık

hizmet sunucuları tarafından 16.1.2012 tarihinden önce Kuruma teslim edilen fatura ve eki belgelerden dolayı Kurumca tahakkuk ettirilen faizle ilgili dava konusu edilen faiz tutarları, davacının davasından feragat etmesi hâlinde terkin edilir. Bu madde kapsamına giren fiiller için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce uygulanmış faize ilişkin tahsil edilen tutarlar iade ve mahsup edilmez.” 5510 sayılı Kanun’un 22.12.2022 tarih 7429 sayılı Kanun’un 5 ... maddesi ile yürürlüğe giren Geçici 90’ıncı maddesi ile de götürü bedel üzerinden hizmet alım sözleşmesi imzalayan kamu üniversitesi sağlık hizmeti sunucularının ödenen avans tutarları Kurumca giderleştirileceği düzenlenmiştir. Söz konusu Geçici 90’ıncı maddeye göre; *“Genel sağlık sigortası kapsamında yer ... kişilere, finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerine ilişkin olarak Kurum ile götürü bedel üzerinden hizmet alım sözleşmesi imzalayan kamu üniversitesi sağlık hizmeti sunucularının sözleşmeyi imzaladıkları mali yıldan önce düzenleyerek 97 nci maddenin yedinci fıkrasına göre Kuruma teslim ettikleri fatura ve eki belgelerin, belirlenen sürelerde inceleme sürecinin tamamlanamaması nedeniyle, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden bir ay içerisinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Kurumca giderleştirilir. Götürü bedel üzerinden hizmet alım sözleşmesi imzalamış kamu üniversitesi sağlık hizmeti sunucularınca sözleşme öncesinde incelenen fatura dönemine ait oluşan kesinti tutarlarına karşı açtıkları davalardan kesinleşmemiş olanlarının tamamından bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde feragat ederler. Sağlık hizmeti sunucusu tarafından itiraza konu edilmeyen olsa da bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce incelenen fatura dönemine ait oluşan tutarlardan sağlık hizmet sunucusunun mahsup edilmeyen alacakları Kurum tarafından terkin edilir.”* Sağlık hizmet sunucuları, Kurum sigortalılarına verdikleri hizmetler nedeniyle Kuruma yanlış, hatalı veya gerçeğe aykırı fatura ettiklerinde, başka deyişle 97’nci maddeye göre almaları gereken avanstaki fazla ödeme almaları halinde faiziyle geri alınacağı 103’üncü maddede düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun’un 97/7’nci maddesinde, sağlık hizmet sunucularının tahakkuk etmiş alacaklarının, fatura ettikleri bedellerin tamamı, fatura teslim tarihinden itibaren altmış ... içinde avans olarak ödeneceği, üç ay içinde de incelenerek avans hesabının kapatılacağı belirtilmiştir. Maddede Kuruma üç aylık inceleme süresi verilmiş ise de sağlık hizmet sunucularının hatalı olarak fazla tahsil ettikleri avans nedeniyle faiz alınacağına dair 103’üncü madde yürürlüktedir. Üç aylık inceleme süresi içinde inceleme yapılmadığı takdirde artık faiz istenemeyeceği yorumu maddeler birlikte değerlendirildiğinde uygun görülmemektedir. Zira aynı Kanun’un geçici 49 ve 90’ıncı maddelerinde Kurumun faiz alacağı doğduğu kabul edilerek faiz alacağının nasıl terkin edileceği düzenlenmiştir. SHS’lerin kusurları ile fazla ödeme almaları ve fazla ödemenin faiziyle geri verme yükümlülüğü Kurumun üç aylık inceleme süresi nedeniyle Kurum aleyhine değerlendirilemez. İdari olarak bir inceleme süresi öngörülmüş ise de Kanun’da bir müeyyide getirilmemiştir. Kanun’un Kuruma üç aylık inceleme süresi verdiği, Kurumun bu süreden sonra yaptığı incelemelerde artık sağlık hizmet sunucularının sorumlu olmayacağı düşünülse bile en azından üç aylık süre sonuna kadar Kurumun fazla ödemesi nedeniyle faiz hakkının doğduğunun kabulü gerekecektir. SHS’lerin hataları ile Kurumdan fazla ödeme almaları halinde Kanun’da faiz ödeyeceklerine dair hüküm bulunmadığı görüşü yerinde olmadığı gibi genel hükümlere göre de fazla ödemenin her zaman faiziyle geri alınacağının kabulü gerekir. Aksi halde SHS’ler bilerek Kuruma

fazla ödemeyi fatura ederler ve Kurumun fazla ödemeyi tespit ettiği ve geri aldığı tarihe kadar faizsiz kredi kullanmış olurlar.

Aynı maddenin 8. fıkrasına göre ise; *“(Ek fıkra: 17/4/2008-5754/57 md.) 66 ncı madde gereği sağlanan sağlık hizmetlerinin bedelleri için, yurt dışında bulunan sağlık hizmet sunucusunun talebi halinde, sağlık hizmetinin sunumundan önce de avans ödenebilir.”*

Söz konusu hükmün amacı, sağlık hizmeti sunucusuna kurumca yapılacak ödemelerin bir sisteme bağlanması ve ödemelerin gecikme olasılığı karşısında sağlık hizmeti sunucusunun zarara uğramasını önlemektir.⁶²

SONUÇ

5510 sayılı Kanun m.97/1’de yer alan zamanaşımı kavramı iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıklara ilişkin olup genişletici yoruma tabi tutulamaz.

Zamanaşımının başlangıcı, hakkı doğuran olay tarihidir. İş kazaları ile meslek hastalıkları ve vazife malullüğü sigortasından gelir bağlama yönünden hakkı doğuran olay tarihi sürekli iş göremezlik derecesini saptayan sağlık tesislerinde verilen rapor tarihidir. Hak sahiplerinin gelire hak kazandıkları tarih ise sigortalının ölüm tarihidir. Ölüm sigortasında ise kural olarak hakkı doğuran olay tarihi sigortalının ölüm tarihidir.

İş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü, ölüm sigortası gelir veya aylıklarından yararlanılabilmesi için sigortalı veya hak sahiplerinin Kuruma başvurmaları şarttır. Kurum, kendisine yapılan başvuru olmadan gelir ve aylık bağlayamaz.

Şayet 5510 sayılı Kanun’da aksine bir hüküm yoksa iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıklar, hakkın kazıldığı tarihten itibaren (başvuru koşulu hakkı doğuran olay tarihinden itibaren) beş yıl içinde istenmez ise istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar; beş yıl içinde istenirse hakkı doğuran olayı takip eden ay başından itibaren gelir ve/veya aylık bağlanır.

Hakkın özüne ilişkin olması nedeniyle m.97/1’de yer alan iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylık süresiz olarak zamanaşımına uğramaz.

Zamanaşımına uğrayan gelir ve aylıkların ödenmesi için ilgililer tarafından açılan davada kurum zamanaşımı def’inde bulunmuş ve iddia kanıtlanmış ise hâkimin davayı kabul etmesi gerekir. Ancak haklı nedenlerle Kuruma başvuramadıklarını genel hükümlere göre kanıtlamış olanlara m.97/1 uygulanmaz. *Kanaatimizce* bu hüküm pozitif hukukumuzda ilk defa girmiş olup isabetli bir yasal düzenlemedir.

Kısa vadeli sigorta kollarından ve ölüm sigortasından kazanılan diğer haklar hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmez ise hak düşürücü süreye uğrar. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı ile ölüm

⁶²

Aslanköylü, s.1558.

sigortasından bağlanan gelir ve aylıklar hiçbir zaman hak düşürücü süreye uğramaz.

Kısa vadeli sigorta kollarından ve ölüm sigortasından kazanılan diğer haklar, hakkın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmezse düşer.

İş kazası ve meslek hastalıkları sigortası yönünden zamanaşımı uygulaması konusunda; 506 sayılı Kanun'un mülga 99. maddesinde *hakkı doğuran olay tarihi* 5510 sayılı Kanun'un 97. maddesinde ise *hakkın kazanıldığı tarihten itibaren 5* yıllık süre için belirleme yapılmıştır. Her iki Kanun'a göre yapılacak zamanaşımı tespitlerinde sürekli iş göremezlik gelirinun başlangıç tarihi esas alınmaktadır.

Bu Kanun'a göre bağlanan gelir ve aylıklarını tahakkuk ettirildiği tarihlerden itibaren aralıksız on iki ay sonuna kadar tahsil etmeyenlerin gelir ve aylıkları, gelir ve aylık bağlanma şartlarınınun devam edip etmediğinin tespiti amacıyla durdurulur.

5510 sayılı Kanun m.97'de, mülga mevzuattan farklı olarak, bağlanmış bulunan gelir ve aylıkların herhangi bir sürede çekilmemesi durumunda ödenmeyeceği veya zamanaşımına uğrayacağı yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle 01.10.2008'den sonra Kurumdan alınmayan gelir ve aylıklar, zamanaşımına uğramaz.

Fakat Kurumca bankaya gönderilen aylıklar on iki ay boyunca hareket görmezse, banka tarafından Kuruma iade olunmaktadır. Amaç vefat eden sigortalı veya hak sahiplerine yersiz ödeme yapılmamasının sağlanmasıdır. Sigortalı veya hak sahibinin başvurusu halinde bu miktar ilgililere ödenmektedir. Söz konusu hüküm takdiri değil, emredici niteliktedir. Kuruma iade olunan aylıklar için zamanaşımı süresi bulunmadığından, sigortalı veya hak sahipleri ne zaman talep ederlerse o zaman ödeme yapılacaktır.

Temerrüt faiz başlangıcı konusunda ise 5510 sayılı Kanun m.41 hükmü uygulanmaz. Sebepsiz zenginleşme ile ilgili temerrüdü düzenleyen TBK m.117/2 uyarınca, sebepsiz zenginleşmenin iyi niyetli olması halinde bildirim tarihinden itibaren; iyi niyetli olmaması halinde ise haksız zenginleşme tarihinden itibaren, ödemenin yapıldığı tarihe kadar yasal faiz uygulanacaktır.

Kurum, kanun gereği olarak, 12 ay hareketsiz kalan hesaptaki aylık ödemelerine el koyduğundan, kötü niyeti söz konusu olamaz. Bu nedenle iade talebinden itibaren, geri ödemenin yapıldığı tarihe kadar temerrüt faizi uygulanması gerekir.

Yaşlılık aylıklarının temadi eden alacaklardan olması sebebiyle zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmektedir.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin alacakları, hakkı doğuran olayın öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl içinde istenmezse zamanaşımına uğrar, hakkı doğuran olay tarihinden itibaren ise beş yıl sonunda düşer. Söz konusu fıkra sadece kısa vadeli sigorta kolları ile ölüm sigortası dahil edilmiş olup uzun vadeli sigorta kollarından malullük ve yaşlılık sigortası dahil edilmemiştir. Bu durumda m.97/3'te yer almayan malullük, yaşlılık sigorta kollarından yararlananlara hak düşürücü süre kuralı uygulanmaz.

Bu kapsama geçici iş göremezlik ödeneği, ölüm sigortasından yapılan evlenme ve cenaze yardımları girecektir. Burada hak düşürücü süre işlediğinden, söz konusu haklar beş yıl içinde istenilmezse, bir daha ödenmeyecektir.

Zamanaşımı süreleri hakkın kazanıldığı tarih itibarıyla başlarken, hak düşürücü süreler hakkın doğduğu tarih itibarıyla başlamaktadır.

Sigortalılar ile bunların hak sahiplerinin, genel sağlık sigortalıları ile bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, bu Kanun'un uygulanması bakımından hak ettikleri alacaklarının süresi içinde ödenememesi halinde, avans verilmesine Kurum yetkilidir.

Ölüm aylıkları devir ve temlik edilemez; m.88'e göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez (m.93/1). Hacı yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir. Bu hükümlerle, düzenlemenin kamu düzenine ilişkin mutlak emredici niteliği ortadan kalkmıştır.

KAYNAKÇA

Arıcı K, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

Aslanköylü R, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırmalı), Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Çenberci M, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1977.

Çolak M / Şimşek A, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Ekin Yayın Pazarlama, Ankara 2013.

Güzel A / Okur A R / Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 18. Baskı, İstanbul 2021.

İnceman A, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Açıklama, Mukayese ve İçtihatlar, Cilt 2, m.60-109, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Kar B, Sosyal Güvenlik Hukuku, Legem Yayınevi, Ankara 2024.

Tuncay A C / Ekmekçi Ö, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 19. Bası, İstanbul 2017.

ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ KAYNAKLI NORM VE KİŞİ BAZLI HUKUKİ SORUMLULUK

Norm and Person-Based Legal Liability Arising from Generative Artificial Intelligence

Doç. Dr. Semih YÜNLÜ*

Öz: Teknolojik gelişmelerin en önemli ve popüler örneklerinden biri üretici yapay zekâdır. Üretici (veya üretken) yapay zekâ, hizmete sunulduğu platform üzerinde, kullanıcılarına özellikle yazı, ses ve görüntü formatlarında çıktılar üreterek faaliyet gösterir. Yapay zekâ bu üretimi yapabilmek için, özellikle gerçek ve tüzel kişilere ait metin, ses ve görüntü başta olmak üzere çok sayıda veriyle beslenir. Üretici yapay zekânın kullanıcılarına hızlı ve kolayca içerik elde etme imkânı sunması, onu sıklıkla tercih edilir hâle getirmiştir. Ancak üretici yapay zekânın gerek kaynak ve üretim yöntemleri gerek ürünlerin kendisi muhtelif hukuk normlarına temas etmektedir. Bu durum ise hangi hukuk normlarının ihlal edilebileceği ve kimlerin sorumlu olabileceği sorularını doğurmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda, öncelikle ihlali muhtemel normlar genel hatları ile ele alınacaktır. Özellikle kişilik hakkı, kişisel veriler, fikri haklar, haksız rekabet gibi normların ihlal edilebilme ihtimali yüksektir. İkinci olarak ise kimlerin sorumlu olabileceği üzerinde durulmalıdır. Bu noktada ise kullanıcının sorumluluğu ile üretici yapay zekâyı kullanıma sunan platformun sorumlulukları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Üretici Yapay Zekâ, Üretken Yapay Zekâ, Hukuki Sorumluluk, Kişilik Hakkı, Kişisel Veriler, Fikri Haklar, Ürün Sorumluluğu, 5651

Abstract: One of the most important and popular examples of technological developments is generative artificial intelligence. Generative artificial intelligence operates by producing outputs for its users, especially in text, audio and image formats, on the platform where it is put into service. In order to produce these outputs, artificial intelligence is fed with a large amount of data, including text, audio and video, belonging to real and legal persons. The fact that generative artificial intelligence provides users the opportunity to obtain content quickly and easily has made it frequently preferred. However, both the source and production methods of generative artificial intelligence and the outputs themselves touch upon various legal norms. This situation raises the questions of which legal norms may be violated and who may be liable. In this context, in our study, firstly, the norms that are likely to be violated will be discussed in general terms. In particular, norms such as personality rights, personal data, intellectual property rights and unfair competition are likely to be violated. Secondly, it is necessary to examine who may be liable. At this point, the liabilities of the user and the platform that offers generative artificial intelligence to the user will be examined.

Keywords: Generative Artificial Intelligence, Legal Liability, Personality Rights, Personal Data, Intellectual Rights, Unfair Competition, Product Liability, 5651

* Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, syunlu@nku.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-2191-1482.

Makale Geliş Tarihi: 02.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 30.04.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484067

GİRİŞ

Günümüz teknolojileri içerisinde yapay zekânın ayrı bir yeri olduğunda şüphe yoktur. Hemen her gün yapay zekâ sistemleri ile ilgili yeni bir platform, web sitesi, internet-sosyal medya uygulamasının hayatımıza girdiğini görmekteyiz. Yapay zekâ platformları aracılığıyla çok daha kolay ve hızlı bir şekilde mevcut (yazı, ses, fotoğraf, resim, video, animasyon vb. formatlardaki) unsurlar üzerinde manipülasyonlar yapılabilmekte¹; üretilen bu yeni unsurlar gerek kişisel gerek ticari amaçlarla kullanılabilir. Kullanıcıların kendisine sorduğu sorulara yanıtlar veren sohbet botları² ile görüntü/ses düzenleme platformları en popüler uygulamalardır³.

Bu kapsamda, text-to-image⁴ (T2I) olarak ifade edilen uygulamalar vasıtasıyla kullanıcıların yazı ile verdiği talimatlara uygun fotoğraf, resim ve illüstrasyonlar yapay zekâ tarafından hızlıca üretilebilmekte; text-to-video⁵ (T2V) uygulamaları sayesinde kullanıcının yazılı talimatlarına uygun video ve animasyonlar⁶ hazırlanmakta; text-to-speech⁷ (T2S) uygulamaları ile kişilerin seslerinin kullanıldığı veya taklit edildiği sahte konuşma metinleri, diyaloglar, telefon görüşmeleri vb. hazırlanabilmekte; yine genel olarak text-to-text⁸ (T2T) şekilde işleyen sohbet botları yardımıyla istenilen temalara uygun metinler oluşturulabilmektedir⁹. ChatGPT, DALL-E, Midjourney, Adobe Firefly vb. platformlar, popüler bu teknolojilerin ticari hâldeki günümüz örneklerindedir. Bunlar dışında, günümüzde diğer çok sayıda başka platform bulunduğu ve gelecekte sayılarının ve manipülasyon kabiliyetlerinin hızlıca artacağını öngörmek son derece kolaydır. Öyle ki, metinden içerik üreten uygulamaların akabinde sestense üreten speech-to-

¹ Ryan Abbott/Elizabeth Rothman, "Disrupting Creativity: Copyright Law in the Age of Generative Artificial Intelligence", Florida Law Review, Vol. 75, 2023, s. 1152.

² İnc. Mahmut Furkan Balaban/Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "ChatGPT Gibi Sohbet Yazılımlarının (Sohbet Botları/ Chatbots) Neden Olduğu Hukuka Aykırılıkların Önlenmesi", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023, s. 749 vd.

³ Yakın zamana kadar eserlerde sıklıkla deepfake kavramı izah edilmeye çalışılırken, bugün üretici yapay zekânın süratle gelişen yetenekleri ve yaygınlığı, teori ve uygulamada yoğun bir yer tutmaktadır; özellikle yüz değişikliği yapılmak amacıyla kullanılan ve müstehcenlik, pornografi vb. içeren hukuka aykırı içerik üretiminde önemli bir kavram olan deepfake hususunda ayrıca bkz. İlayda Anıkaydın, "Deepfake Uygulamalarının Hukuki Boyutu", Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 2, 2022, s. 736; Leonardo Banh/Gero Strobel, "Generative Artificial Intelligence", Electronic Markets, Vol. 33, 2023, s. 9.

⁴ Metinden sabit görüntüye; Abbott/Rothman, s. 1152.

⁵ Metinden hareketli görüntüye.

⁶ Animasyon ve yapay zekâ hususunda ayr. bkz. Özlem Ayvaz Tunç/Hasret Yavuz, "Yaratıcı Süreçlerin Dijital Evrimi: Animasyon ve Yapay Zekâ", Marmara Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi, C. 14, S. 2, 2023, s. 121 vd.

⁷ Metinden konuşmaya/sese.

⁸ Metinden metine.

⁹ Semih Yünlü, Görüntü Üzerinde Kişilik Hakkı, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 195.

speech (S2S) ve görüntüden görüntü üreten image-to-image (I2I) / video-to-video (V2V) yapay zekâ platformlarının da sayısı artmaktadır.

İşaret edilen uygulamalarla örneğin, bir fotoğraf makinesine ve detaylı görüntü işleme kabiliyetine dahi sahip olmadan, bir kişi istenilen yerde, istenilen şekilde tasvir edilebilmekte; kişiyi istenilen bir davranışı gerçekleştirirken gösteren videolar oluşturulabilmektedir. Popüler bir futbolcunun rakip takım forması giyerken çekilmiş bir fotoğrafının üretilmesi istendiğinde günümüz yapay zekâ uygulamaları bunu kolaylıkla yerine getirir. Kamuya mal olmuş bir kimseyi yaşlandırmak, gençleştirmek, başka şekillerde tasvir etmek gibi hiciv, parodi amaçlı kullanımlar da sıklıkla başvurulan işlemelerdendir.

Verilen örnekler son derece masumane ve çeşitli açılardan hukuka uygun olsa da, yapay zekâ platformları aracılığıyla üretilen içerikler her zaman aynı şekilde hukuka, ahlaka uygun olmayabilir. Mesele de tam olarak bu noktada ortaya çıkmaktadır. Ünlü bir kimsenin ahlaka aykırı bir davranışı gerçekleştirmesini konu edinen bir video hazırlanması; kişinin iş arkadaşını bir suçun işlendiği senaryo içerisine konumlandırması; hiç yaşanmamış bir ahlaka aykırı diyalogun metinler sese dönüştürülmek suretiyle oluşturulması; kişiye hakaret içeren, onu kötü gösteren, şeref ve onuruna saldırı teşkil eden bir içeriğin üretilmesinin istenmesi gibi örneklerde durum bu şekildedir.

Öncelikle, hukuka aykırı içeriğin üretilmesi talimatını veren kişi bakımından inceleme yapıldığında bu kimsenin doğrudan ihlale sebebiyet veren kimse olduğunda şüphe yoktur. Bu bakımdan yapay zekâ platformunu kullanarak fotoğraf veya video içeriğinin üretilmesini talimat veren kullanıcı doğrudan sorumlu olacaktır. Burada somut olayın şartlarına göre, kişilik hakkı ihlali, haksız fiil gibi hukuki sorumluluk normlarının ele alınması yanında; hakaret başta olmak üzere çeşitli cezai¹⁰ yaptırım incelemelerinin yapılması da mümkün olabilir. Özetle, kullanıcının bu noktadaki konumu çok daha açıktır.

Çalışmamızda bunlar dışında bilhassa değinilmesi önem arz eden husus ise bahse konu içeriklerin üretilmesinde kullanılan yapay zekâ platformlarının hukuki sorumluluk zinciri içerisinde değerlendirilmeleridir. Bu bakımdan, söz konusu içerikleri üretme talimatı veren kimseler yanında yapay zekâ platformlarının sorumluluklarına ilişkin ihtimalleri de farklı örnekler üzerinden incelemek uygun olacaktır.

¹⁰ Ceza hukuku bakımından inceleme için bkz. Berrin Akbulut, “Yapay Zeka Ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 4, 2023, s. 285 vd.

I. ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİ VE HUKUKA AYKIRI İÇERİK ÖRNEKLERİ

A. GENEL OLARAK

Artificial Intelligence/Yapay Zekâ kavramının hem günlük hayattaki teknolojik ürünlerde hem de hukuk metinlerinde giderek daha sıklıkla karşımıza çıktığını söylemek yanlış olmaz. Oldukça popüler olması sebebiyle, teknik boyutu dışında çoğu kişi tarafından az veya çok bilgi sahibi olunan veya ismen bilenen bir kavram olduğunda da şüphe bulunmayacaktır¹¹. Genel olarak yapay zekâ denildiğinde, bir varlığın (çoğunlukla bir bilgisayar veya bilgisayar tarafından kontrol edilen robot veya botun), geleneksel olarak insan zekâsı ve muhakeme yeteneği gerektiren işi, işlemi, durumu vb. çözüme kavuşturacak, yerine getirecek yeteneğe sahip olabildiğini anlamak mümkündür¹². Alanın genişliği ve son derece teknik bir husus olması sebebiyle çok sayıda farklı tanıma ulaşmak; hatta gelecekte farklı yönde yeni tanımlamalara da rastlamak şaşırtıcı olmayacaktır¹³.

Yapay zekânın, burada değinmeyeceğimiz, çok sayıda dikey ve yatay sınıflandırması yapılabilecek olmakla birlikte, çalışmamızda özel olarak incelenecek olan ise Üretici Yapay Zekâ / Generative Artificial Intelligence (Kısaca GAI veya GenAI) ve onun tarafından üretilen dijital içeriklerdir. Teknik olmayan en basit anlatımla, kendisinden talep edilen özellikle ses, görüntü ve metin formatlarındaki içerikleri, öğrenimde yararlandığı tüm veriler yardımıyla oluşturarak kullanıcıya sunan ve çoğunlukla özgün

¹¹ Yapay zekâ kavramı, arka planda bir dizi alt kavrama da götürmektedir. Bunlar özellikle (machine learning) makine öğrenmesi ve (deep learning) derin öğrenmedir. Bkz. Akbulut, s. 272; Ezgi Turgut Bilgiç, “Genel Veri Koruma İlkelerinin Yapay Zekâ Karşısında Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 15, S. 57, 2024, s. 250; Ayvaz Tunç/Yavuz, s. 118; Şafak Narbay/Şerife Nur Kirazlı, “Otonom Araçlarda Yapay Zekâ, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2023, s. 51 vd.; kavramlar için ayrıntılı olarak bkz. Osman Gazi Güçlütürk, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 57 vd.; makine öğrenmesi “*analitik model oluşturmayı otomatikleştiren bir veri analiz yöntemidir. Sistemlerin verilerden öğrenebileceği, kalıpları belirleyebileceği ve minimum insan müdahalesi ile karar verebileceği fikrine dayanan yapay zekânın alt dalıdır.*” ve derin öğrenme ise “bilgisayarların yüksek bilişsel fonksiyonları gerçekleştirilebilmesi için geliştirilen bir makine öğrenimi tekniğidir. Çok sayıda yapay nöron katmanından oluşan sinir ağlarının kullanımınıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır., <https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/> (s.e.t.: 24.01.2024)

¹² Bkz. <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (s.e.t.: 24.01.2024); muhtelif tanımlar için ayr. bkz. Cemil Güner, “Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 8, S. 15, 2020, s. 231; Harry Surden, “Artificial Intelligence And Law: An Overview”, Georgia State University Law Review, Vol. 35, Iss. 4, 2019, s. 1307.

¹³ Akbulut, s. 271; Narbay/Kirazlı, s. 51; bu noktada yapay zekânın detaylı teknik tanımlamalarına girmekten özellikle imtina edilmiştir.

içerikler üretmesi beklenen bu yapay zekâ türü, uygulamada sıklıkla üretken¹⁴ yapay zekâ olarak da adlandırılmaktadır.

Yapay zekâ teknolojileri günümüzde oldukça popüler bir teknik kavram olmasının yanı sıra, hukuki etkileri bakımından oldukça önemli örnekleri de barındırmaktadır. Örneklerin hukukun farklı alanlarına ilişkin normlara temas etmesi, bu vesileyle haksız fiil, borca aykırılık, kişilik hakkı, haksız rekabet, fikri haklar, vekaletsiz işgörme gibi genel kavramların ele alınabilmesi olasıdır¹⁵. Meselenin diğer hukuk alanlarına, ceza hukukuna, toplumun huzur ve güvenliğine¹⁶, bilgi kirliliği ve dezenformasyona¹⁷, siber güvenliğe¹⁸ vb. hususlara doğrudan veya dolaylı olarak temas etmesi de beklenebilir etkilerdendir. Bu sebeptendir ki, zaman zaman bilim insanları ve sektör kaynaklarının yapay zekâ teknolojileri ile ilgili tehlikeli noktalara ilişkin uyarılarına şahit olabilmekteyiz¹⁹. Keza mevcut ve muhtemel olumsuz yönleri sebebiyle bazı ülkelerde çeşitli yapay zekâ platformlarına ilişkin yasaklama kararları alındığı²⁰; hatta bazı yapay zekâ uygulamalarının ise salt hukuka aykırı amaçlara hizmet etmek için özel olarak geliştirildikleri ifade edilmektedir²¹.

Bahsedilen bu hukuk normları ve olumsuz etkilerin somutlaştırılabilmesi bakımından aşağıdaki başlıklarda en yaygın, mevcut ve muhtemel örnekler vurgulanacak; ardından geri kalan bölümlerde ise bu örneklerin de içerisinde bulunduğu durumların hukuki sorumluluk çerçevesindeki ele alınışına yer verilecektir.

B. ÖRNEKLER

Yapay zekâ sistemleri yardımı ile oluşturulan içeriklerin değişik formatlarda karşımıza çıkması ve hukuki ele alınış bakımından farklı normları ihlal edebilmesi mümkündür. Yapay zekâ içeriklerinin tümünün örneklenebilmesi mümkün olmayacaksa da ihlal ortaya koyacak en önemli

¹⁴ Bkz. Akbulut, s. 282; ve ayrıca teknik boyuta ilişkin bkz. Melisa Gözet/Ulaş Filiz/Asım Egemen Yılmaz, “Üretken Yapay Zekâ”, *International Journal of Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies*, C. 7, S. 1, 2023, s. 32 vd.; üretici olarak bkz. Başak Ozan Özparlak/Müge Çetin, “ChatGPT ve Üretici Yapay Zekâ Modellerinde Mahremiyet ve Güvenliğin Hukuki Boyutu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 29, S. 2, 2023, s. 1003 vd.;

¹⁵ Güner, s. 232; Akbulut, s. 270.

¹⁶ Banh/Strobel, s. 9.

¹⁷ İnc. Derya Gül Ünlü/Zafer Küçükşabanoglu, “Dezenformasyon ve Yapay Zekâ: Dezenformasyonla Mücadele Yollarına Yapay Zekâ Uzmanlarının Gözünden Bakmak”, *İletişim ve Diplomasi*, S. 11, 2023, s. 86 vd.

¹⁸ Akbulut, s. 275.

¹⁹ Akbulut, s. 276.

²⁰ Erhan Can, “Yapay Zekâ Sistemlerinin Siber Suçlarla Mücadeledeki Rolü: Bilişim Ve Uluslararası Hukuk İncelemesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, 2023, s. 373.

²¹ İnc. Akbulut, s. 284 vd.

ihtimallerin irdelenmesi, hukuki nitelendirme bakımından da önemli olacaktır. Bu bağlamda aşağıda, özellikle yazılı, sesli ve görüntülü içeriklere ilişkin genel nitelikte ve kısa örnekler verilecektir.

1. Yazılı İçerikler

Yapay zekâ tarafından üretilen ve konumuz kapsamında ele aldığımız içeriklerden ilki yazılı unsurlar, yani kısaca metinlerdir. Özellikle OpenAI ChatGPT²², Google Gemini²³, Microsoft Copilot²⁴, Meta Llama 2²⁵ gibi uygulamalar yardımı ile oluşturulan içerikler, kullanıcılara yazılı formatta sonuçlar üretmektedir. Kendisine sorulan sorulara ve verilen talimatlara uygun cevaplar üreten uygulamalar, talep edilen neticeye ve sahip olduğu imkânlarla göre farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Öyle ki bu programlar, kendisine sorulan bir matematik sorusunu çözebilir; yemek tarifi verebilir; dava dilekçesi şablonu çıkarabilir; bir hikâyeye yazabilir; bilgisayar programları için kodlar üretebilir; bir sözlük veya ansiklopedi gibi bilgiler sunabilir veya en basit hâliyle kullanıcı ile muhtelif konularda sohbet edebilir. Örneğin ChatGPT'ye sorulan “Yapay Zeka nedir?” sorumuz, “*Yapay Zeka (YZ veya AI - Artificial Intelligence), bilgisayar sistemlerine belirli görevleri yerine getirme yeteneği kazandırmak için tasarlanan yazılımları ve algoritmaları içeren bir bilim ve mühendislik alanıdır. Yapay zeka, bilgisayar sistemlerini insan benzeri düşünme ve problem çözme yetenekleriyle donatmayı amaçlar...*” şeklinde yanıtlanmıştır²⁶. Google BARD (veya yeni adıyla Gemini) ise aynı soruya

²² <https://chat.openai.com/> (s.e.t.: 24.01.2024); Özparlak/Çetin, s. 1004 vd.

²³ <https://gemini.google.com/> (s.e.t.: 03.05.2024); ayr. bkz. Google BARD <https://bard.google.com/chat> (s.e.t.: 24.01.2024)

²⁴ <https://copilot.microsoft.com/> (s.e.t.: 24.01.2024)

²⁵ <https://ai.meta.com/llama/> (s.e.t.: 24.01.2024); Özparlak/Çetin, s. 1012.

²⁶ Cevabın devamında ise şu bilgiler yer almaktadır: “*Yapay zeka, genel olarak iki ana kategoride incelenir:*

1. *Zayıf Yapay Zeka (Weak AI veya Narrow AI):* Bu tür yapay zeka, belirli bir görevi gerçekleştirmek üzere özel olarak tasarlanmıştır. Örneğin, sesli asistanlar, oyunlardaki yapay zeka karakterleri veya belirli tıbbi teşhis araçları bu kategoriye örnek olarak verilebilir. Zayıf yapay zeka, spesifik bir alanda sınırlı bir zeka seviyesine sahiptir.

2. *Güçlü Yapay Zeka (Strong AI veya General AI):* Bu tür yapay zeka, genel anlamda insan zekasına benzer bir düşünme kapasitesine sahip olma hedefini taşır. Henüz bu seviyede bir yapay zeka geliştirilememiş olup, genel zeka ve öğrenme yeteneklerine sahip bir yapay zeka oluşturmak, etik ve teknik zorlukları içerir.

Yapay zeka, bir dizi teknik alt kategoriye içerir:

1. *Makine Öğrenimi (Machine Learning - ML):* Bilgisayar sistemlerine belirli bir görevi doğrudan programlama olmadan öğrenme ve geliştirme yeteneği kazandırmak amacıyla kullanılır.

2. *Derin Öğrenme (Deep Learning):* Yapay sinir ağlarını kullanarak karmaşık görevleri gerçekleştirmek üzere tasarlanan bir makine öğrenimi alt dalıdır. Ses ve görüntü tanıma gibi karmaşık problemleri çözmek için yaygın olarak kullanılır.

Yapay zeka, birçok sektörde kullanılmakta olup, otomotiv, sağlık, finans, eğitim, iletişim ve daha birçok alanda çeşitli uygulamalara sahiptir. Ancak, Yapay Zeka'nın kullanımıyla ilgili etik, gizlilik ve güvenlik gibi sorunlar da beraberinde gelmektedir. Bu nedenle, yapay zeka

“Yapay zeka (AI), genellikle insan zekasıyla ilişkilendirilen bilişsel görevleri yerine getirme yeteneğine sahip makineleri veya bilgisayar programlarını içeren bir bilgisayar bilimi alanıdır. Bu görevler arasında öğrenme, akıl yürütme, problem çözme, dil işleme ve yaratıcılık yer alır...” şeklinde cevap vermiştir²⁷.

Yapay zekâ, kendisine yöneltilen bir soru karşısında doğru bilgi vermek, bilgi vermemek veya hatalı bilgi vermek şeklindeki ihtimallerden en az birisi ile kullanıcıya geri dönüş yapacaktır²⁸. Yaşanan bazı örneklerde verilen hatalı (gerçeğe aykırı) cevapların davalara konu olabildiği ve uluslararası şekilde basına yansıdığı görülmektedir. Bunlardan birisinde²⁹ yapay zekâ, bir hukuk profesörü hakkında öğrencisini taciz ettiği yönünde bir bilgi üretmiş; yine diğer bir olayda³⁰ ise bir belediye başkanı hakkında rüşvetten tutuklandığı yönünde içerik oluşturmuştur. Devam eden süreçte benzer örneklerin ve hukuk yargılamalarının artacağını öngörmek pek zor değildir. Kişilerin, bu gibi platformlardaki yanıt ve bilgileri, tıpkı bir ansiklopediden alınan bilgiler gibi, sorgusuz şekilde doğru kabul etmesinin bilgi kirliliği, dezenformasyon, itibar kaynaklı kişilik hakkı zedelenmesi gibi hızlıca akla gelebilecek etkileri ortaya koyması mümkündür. Dolayısıyla bu platformların işleyişlerindeki hataların bu yönden de bireysel ve toplumsal olarak olumsuz neticeleri doğurabileceği görülecektir.

Keza, kendisinden bilgi istenen yapay zekânın bir şey, insan veya tüzel kişi hakkında yanlış, yanıltıcı bilgi vermesi ihtimali yanında, kullanıcıların da yapay zekâyı bizzat böyle bir bilgiyi üretmek için kullanabilmesi mümkündür. Örneğin, herhangi bir şirket veya kişi hakkında hukuka aykırı bir olaya dahil olduğu yönünde haber yazması istendiğinde veya ilgili kişinin ahlaka aykırı bir davranış içerisinde hikâyeleştirilmesi istendiğinde,

teknolojilerinin geliştirilmesi ve kullanılması konusunda dikkatli bir yaklaşım benimsenmektedir.”

²⁷ Cevabın devamında ise şu bilgiler yer almaktadır: *“...Yapay zekanın bazı yaygın uygulamalarından bazıları şunlardır:*

Görsel tanıma: Yapay zeka, görüntülerden anlam çıkarmak için kullanılabilir. Bu, yüz tanıma, nesne tanıma ve görüntü sınıflandırma gibi uygulamalarda kullanılmaktadır.

Doğal dil işleme: Yapay zeka, insan dilini anlamak ve üretmek için kullanılabilir. Bu, konuşma tanıma, çeviri ve soru yanıtlama gibi uygulamalarda kullanılmaktadır.

Makine öğrenimi: Yapay zeka, verilerden öğrenmek için kullanılabilir. Bu, tahminleme, sınıflandırma ve regresyon gibi uygulamalarda kullanılmaktadır.

Derin öğrenme: Yapay zeka, insan beynini taklit eden bir tür makine öğrenimidir. Bu, görüntü tanıma, doğal dil işleme ve makine çevirisi gibi uygulamalarda kullanılmaktadır...”

²⁸ Hatalı bilgi üretebilme ihtimali sebebiyle, önemli ve riskli meselelere ilişkin çıktıların olumsuz neticeleri olabilir. Bu sebeple temkinli yaklaşmak; yüksek riskli işlerde çıktıları mutlaka teyit etmek gerekecektir.; Özparlak/Çetin, s. 1005; Örneğin, salt yapay zekâ verisine güvenerek tıbbi teşhis ve tedavi icra edilmesinin kullanıcı (hekim) yönünden kusur olarak addedebileceğini belirtmeliyiz.

²⁹ <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/04/05/chatgpt-lies/> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁰ <https://www.reuters.com/technology/australian-mayor-readies-worlds-first-defamation-lawsuit-over-chatgpt-content-2023-04-05/> (s.e.t.: 24.01.2024)

bu talimatlara uygun şekilde üretilen içerik de yine hukuki nitelik itibariyle çeşitli açılardan incelenmeye müsait olacaktır.

Özetle, yapay zekânın yazılı metinler üretmek için sıklıkla kullanıldığını ve bu içeriklerin kimi zaman hatalı ve/veya hukuka aykırı olarak nitelendirilebileceğini görmekteyiz. Buna bağlı olarak kullanıcının veya yapay zekâ platformunun çeşitli hukuki normlar kapsamında sorumluluğunu doğurabilecek ihtimalleri ele almak mümkün hâle gelecektir.

2. Sesli İçerikler

Tıpkı yazılı içeriklerde olduğu gibi sesli içeriklerde de hukuka aykırı neticelerin oluşması olasıdır. Yapay zekâ ile oluşturulan sesli içerikler bahsinde genel itibariyle iki husus ön plana çıkacaktır. Bunlardan birincisi, kullanıcı tarafından verilen yazılı metnin istenilen niteliklerdeki bir ses örneği yardımıyla işitsel bir ürün hâline getirilmesidir. Verilen metnin seçilen ses niteliklerine uygun şekilde seslendirilmesi bu şekildedir. Bu seslendirme yapay zekâ tarafından anonim hâde oluşturulan bir ses olabileceği gibi, uygulamada çoğunlukla görüldüğü üzere kamuya mal olmuş mevcut bir kişinin ses özellikleri kopya ediliyor da olabilir ³¹. Bir şarkı sözü yazarak bunun X şarkıcısının sesi ile söylenmesi en bilindik ve tartışmalı teknolojik örneklerden biridir.

İkinci olarak, başka bir kimseye ait müzik, efekt veya insan sesi gibi bir işitsel unsur, yapay zekâ yardımı ile manipüle edilebilir. Bu ikinci durumla ilgili de çok çeşitli alt örneklere ulaşmak mümkündür. Herhangi bir kimsenin sesi analiz ve kopya edilerek, sahte konuşma, telefon görüşmesi vb. diyaloglar oluşturulması böyledir. Keza, mevcut bir konuşma diyalogu veya şarkıcı performansı gibi bir unsur, yapay zekâ yardımı ile başkalaştırılabilir.

Konu ile ilgili birkaç somut teknolojik örnek verilmek gerektiğinde sayıları her geçen gün artan çok sayıda girişimden bazılarını hızlıca sayabiliriz. Örneğin, kişinin sesinin dijital kopyasının ³² hızlıca oluşturulabildiği Lyrebird ³³; herhangi bir kimsenin sesi kullanılmadan da stok ses örnekleri üzerinden belirli metinler seslendirilebilen Synthesia ³⁴; duraksamalar, hatalar vb. gibi insanlara ait özellikleri dahi kopya ederek sesli iletişim diyalogları oluşturabilen Google Duplex ³⁵; kişinin sesini klonlama ve verilen metinleri istenilen dilde sesli olarak üretme imkânı sunan Elevenlabs

³¹ Bununla ilgili örneklerin artmasıyla birlikte, kişilerin ses ve görüntülerinin reklam gibi amaçlarla hukuka aykırı şekilde işlenmesine bağlı kişilik hakkı bağlantılı davalar da açılmaktadır. Örneğin, “Ünlüler üzerinden deepfake sahtecilik: Scarlett Johansson”: <https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/blog/unluler-uzerinden-deepfake-sahtecilik-scarlett-johansson/1816703> (s.e.t.: 24.01.2024)

³² Örnek için bkz. Bloomberg Originals, “This AI Can Clone Any Voice, Including Yours”, <https://www.youtube.com/watch?v=VnFC-s2nOtI> (s.e.t.: 24.01.2024)

³³ <https://www.descript.com/lyrebird> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁴ <https://www.synthesia.io/> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁵ <https://ai.googleblog.com/2018/05/duplex-ai-system-for-natural-conversation.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁶; video-translate özelliğiyle, kişinin görüntüsünün de yer aldığı videoyu hem istenilen dile çeviren hem de mimik uyum ve senkronizasyonu sağlayan HeyGen ³⁷ gibi çok sayıda yapay zekâ platformu ile sesli içerikler üretilebilmesi mümkündür.

Bu platformların hukuka uygun veya hukuka aykırı şekilde kullanılması ise genellikle kullanıcıya bağlıdır. Kişi kendi sesini sadece eğlenmek için yapay zekâ ile işleyebileceği gibi bir başkasının sesini kullanarak telefon aramaları yapabilir; bir siyasetçinin belirli bir kimseye hakaret ettiği, rüşvet verdiği kurgu bir ses kaydı oluşturabilir. Burada ayrıca önemli olan ise bu teknolojilerin hemen herkes tarafından kolay ulaşılabilir bir hâl almasıdır. Konu ile ilgili basına yansıyan bir olayda ³⁸ bir anne, kızının kaçırıldığı konusunda aranmış ve kıza ait ses kullanılarak kendisinden para istenmişse de aslında kızın güvende olduğu, sesin ise sahte olduğu ortaya çıkmıştır. Bir insana ait sesin bu derece kolay şekilde kopya edilebiliyor olması, özellikle örnekteki gibi dolandırıcılık fiillerinin artmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir ³⁹. Arama yapan kötü niyetli bir kimse, arananın eşi, ana-babası, arkadaşı, patronu gibi kimselerin ses kopyalarını kullanabilir. Bu durum şahıs ve mala zarar verebilme ihtimali yüksek bir tehlikedir. Zira bu teknoloji o kadar iyi çalışmaktadır ki, aranan veya dinleyen kimsenin duyduğunun aksini düşünebilmesi çok zordur.

Ünlü sanatçıların seslerinin dijital olarak klonlanması ve istenen sözler ile şarkı söylenmesi, müzikler yapılması da hem akla gelen hem de gerçekleşen örneklerden birisidir. Buna ilişkin yine basına yansıyan ünlü bir örnekte, bir kimse ChatGPT ile ürettiği şarkı sözlerini yine başka bir uygulama olan Uberduck ⁴⁰ ile seslendirmiş ve netice olarak ünlü bir şarkıcının (Eminem) sesi kullanılarak bir video oluşturulmuş; video itiraz üzerine Youtube tarafından yayından kaldırılmıştır ⁴¹. Benzer şekilde ünlü şarkıcıların sesi kullanılarak yapay zekâ ile oluşturulmuş bir şarkı, online platformlarda (TikTok, Spotify ve Youtube gibi) milyonlarca kişi tarafından dinlenmiş; bu durum uluslararası ilgi uyandırması yanında birçok soru işaretlerini beraberinde getirmiştir ⁴². Bu olay akabinde ve içinde bulunduğumuz süreçte çok sayıda kullanıcının benzer şarkılar ürettiği ve özellikle video paylaşım platformlarına yükledikleri görülmektedir. Elbette bu gibi örneklerin de fikri mülkiyet, kişilik hakkı, haksız rekabet, vekaletsiz işgörmeye gibi çeşitli açılardan incelenebilmesi mümkündür.

³⁶ <https://elevenlabs.io> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁷ <https://www.heygen.com/video-translate> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁸ <https://edition.cnn.com/2023/04/29/us/ai-scam-calls-kidnapping-cec/index.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

³⁹ Bu gibi fiillerin hukuki manada karşılığı bulunsa da asıl önemli olan teknik imkânlar ile bunların önünün alınması veya diğer bir ifade ile sahteliği tespit edebilecek karşı imkânların oluşturulmasıdır.

⁴⁰ <https://uberduck.ai/> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁴¹ <https://www.webtekno.com/yapay-zeka-eminem-sesi-kullanilarak-yapilan-sarki-kaldirildi-h133596.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁴² <https://www.webtekno.com/drake-the-weeknd-heart-on-my-sleeve-yapay-zeka-h133889.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

Örneklenen ses kopyalama uygulamaları için bir kimsenin ses örneklerine ihtiyaç duyulacağından, bu uygulamalar ile sesleri en çok işlenecek olan kişiler kamuya mal olmuş kişiler olacaktır. Zira bu gibi kimselere ait ses örneklerini bulmak oldukça kolaydır. Ancak diğer kişilerin de seslerinin hukuka aykırı şekilde işlenmesi mümkündür. Kendisi ile telefon görüşmesi yapılan kimsenin görüşme kaydı; ders veren profesörün ders anlatım kaydı; banka veya herhangi bir müşteri hizmetleri ile görüşme yapan müşterinin ses kaydı; sosyal medya hesabından paylaştığı içerikte konuşan kişinin ses kaydı gibi örnekler yardımı ile kolaylıkla dijital ses klonlarının oluşturulması mümkündür. Dolayısıyla, yapay zekâ teknolojilerinin bu noktada ciddi riskleri de barındırdığını söylemek yanlış olmaz.

3. Görsel İçerikler

Yazılı ve sesli içerikler yanında, nihayet yapay zekâ tarafından üretilen içeriklerden bir diğeri ise görsel içeriklerdir⁴³. Günümüzde çok sayıda yapay zekâ platformunun ve teknoloji girişimlerinin görsel üretme üzerine yoğunlaştığı görülmektedir. Bahsi geçen teknolojiler yardımıyla gerek sabit bir resim, fotoğraf gerek hareketli bir animasyon, video üretilebilmektedir. DALL-E⁴⁴, Midjourney⁴⁵, Shutterstock⁴⁶, Imagen⁴⁷, Adobe Firefly⁴⁸, Leonardo⁴⁹, Nvidia AI⁵⁰, Microsoft Designer⁵¹, Sora⁵² gibi platformlar yapay zekâ yardımıyla görüntü oluşturulması noktasında uygulamada sıklıkla zikredilen mecralardır⁵³. Bu platformların her geçen gün hem sayıca arttığını hem de nitelik yönünden kuvvetlendiğini belirtmek gerekir.

Yapay zekâ tarafından işlenen görüntünün kaynağı kimi zaman görüntü işleme talimatı veren kullanıcı iken, kimi zaman yapay zekânın kendisidir. Diğer bir ifade ile yapay zekâ platformuna bir kimsenin görüntüsü kullanıcı tarafından yüklenerek bunun üzerinde manipülasyonlar yapılması istenebileceği gibi kişinin ilgili platformun veri tabanlarında yer alan veya internet ortamında bulunan bir görüntüsü de yapay zekâ tarafından çekilerek işlenebilir.

⁴³ Yünlü, s. 71, 195; Özparlak/Çetin, s. 1013.

⁴⁴ <https://openai.com/product/dall-e-2> (s.e.t.: 24.01.2024); Abbott/Rothman, s. 1152 vd.

⁴⁵ <https://www.midjourney.com/home/> (s.e.t.: 24.01.2024); Ayvaz Tunç/Yavuz, s. 125.

⁴⁶ <https://www.shutterstock.com/discover/shutterstock-ai> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁴⁷ <https://imagen.research.google> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁴⁸ <https://www.adobe.com/sensei/generative-ai/firefly.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁴⁹ <https://leonardo.ai> (s.e.t.: 24.01.2024); Ayvaz Tunç/Yavuz, s. 125.

⁵⁰ <https://www.nvidia.com/en-us/ai-data-science/> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁵¹ <https://designer.microsoft.com/> (s.e.t.: 24.01.2024)

⁵² <https://openai.com/index/sora> (s.e.t.: 03.05.2024)

⁵³ Elbette bunlar dışında da çok sayıda platform bulunmaktadır ve sayıları giderek artacaktır.

İşlenen görüntünün mevcut bir bireye ait olması mümkün ve çoğu durumda olasıdır. Ünlü bir kişinin görüntüsü işlenerek saç rengi, kıyafetleri, jest ve mimikleri, cinsiyeti, bulunduğu zaman ve mekân gibi sınırlı sayıda olmayan öğelerde değişiklik yapılması böyledir. Burada var olan bir kişiye ait gerçek bir görüntünün manipüle edildiği görülür. Ancak hiç yaşamamış bir kimsenin görüntüsünün oluşturulması da imkân dahilindedir. Örneğin yapay zekâ, olmamış bir olayı canlandırmak için, verilen tarife uygun bir kimseyi tasvir edebilir. Aynı görsel, nitelik ve nicelikleri sipariş veren tarafından somutlaştırılmamış olsa bile, tamamen yapay zekâ inisiyatifi ile de meydana getirilebilir. Bu ihtimaller somut olaya bağlıdır. Reklam afişi hazırlamak isteyen reklamcı, katalog tasarımı yapan tasarımcı veya kıyafetlere baskı yapan bir konfeksiyoncu, bu iş için, belirlediği özelliklere sahip kişilerin tasvir edilmesini yapay zekâdan isteyebilir ve üretilen görseller bu şekilde kullanılabilir.

Diğer taraftan, çoğu zaman bir normu ihlal anlamına gelecek içerik insan tasviri içerecekse de yapay zekânın insan dışındaki şeylere ilişkin görüntüleri de oluşturabileceğini hatırlatmak gerekir. Bu bağlamda yapay zekânın, bilhassa sanatçıların ürünlerini kopya ederek yeni ürünler oluşturduğu iddiaları-hususu güncel tartışmalardan biridir⁵⁴. Tasarımı bir kimseye ait olan ürünün aynısının veya benzerinin yapay zekâ tarafından üretilmesinin istenmesi ve bunun izinsiz şekilde bilhassa ticari olarak kullanılması böyledir.

Nesnelere (fikri ürünler gibi) ve özellikle kişilere ilişkin görüntülerin hukuka uygunluk sebepleri bulunmaksızın işlenmesi hâlinde çok çeşitli hukuk normlarına aykırılıklar oluşabilir. Kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı, özel hayatın gizliliği, kişisel veriler, haksız rekabet, vekaletsiz işgörmeye vb. kavramlar bunlardan yalnızca birkaçıdır. Söz konusu davranışların cezai sonuçları da olabilir. Bu kapsamda aşağıda, ihlal ihtimali en yüksek ve yaygın hukuki sorumluluk kavram ve normlarından bazılarını değinilecek olup; bu sorumluluk normları kişi bazı sorumluluğun inceleneceği daha sonraki kısımlarda ayrıca ele alınmayacaktır.

Bu noktada güncel olarak ayrıca belirtmek gerekir ki, AB tarafından kabul edilen ve kısaca Yapay Zekâ Yasası olarak adlandırılan düzenlemede deepfake teknolojilerine de yer açılarak, bu ürünlerin deepfake olduğunun dışı karşı açıklanması, etiketlenmesi gerektiğine değinilmiştir⁵⁵. Bu durum,

⁵⁴ Bu iddia ve olgulara bağlı olarak gerek sanatçılardan gerek stok veri tabanları gibi görsel ürün ticareti yapan şirketler gibi diğer kimselerden hemen her geçen gün yeni bir dava haberi gelebilmektedir.; Örn. “Visual artists fight back against AI companies for repurposing their work”, <https://apnews.com/article/artists-ai-image-generators-stable-diffusion-midjourney-7ebcb6e6ddca3f165a3065c70ce85904> (s.e.t.: 24.01.2024); “Getty Images sues AI art generator Stable Diffusion in the US for copyright infringement”, <https://www.theverge.com/2023/2/6/23587393/ai-art-copyright-lawsuit-getty-images-stable-diffusion> (s.e.t.: 24.01.2024); inc. Claudio Novelli/Federico Casolari/Philipp Hacker/Giorgio Spedicato/Luciano Floridi, “Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity”, SRRN, 2024, s. 17.

⁵⁵ İnc. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_EN.html#title1 (s.e.t.: 03.05.2024)

yapay zekâya ilişkin gelişmeler ve yaşanan olaylar karşısında kanun koyucular tarafından alınan önlemlere bir örnek oluşturmaktadır.

Son olarak, yapay zekâ ile oluşturulan içeriklerin veya yapay zekânın sunduğu hizmetlerin bunlarla sınırlı olmadığını, örneğin sağlık hizmetlerinde kullanılmak gibi farklı alanlarda da içerikler üretebildiğini görmekteyiz ⁵⁶. Ancak çalışmamızda incelenen üretici yapay zekâ ürünlerinin bilhassa yazı, ses ve görüntüler olduğunu belirtmeliyiz.

II. HUKUKA AYKIRILIK VE SORUMLULUK

Yukarıda genel kapsamı ele alınan örnekler doğrultusunda gerek ülkemizde gerek dünyada üretici yapay zekâya ilişkin yeni soru işaretleri oluşmuş; bahse konu işlemlerin hukuken nasıl nitelendirildiği noktasında özellikle kullanıcıların tereddüt içerisinde olduğu görülmüştür. Bu sebeple, hayatımıza çok hızlı bir şekilde giriş yapmış olan bu etkili teknolojilerin rizikolarını da göstermek gerekmiş; hukuki ele alınışlarını da izah etmek ihtiyacı doğmuştur. Bu kapsamda aşağıda, yapay zekâ tarafından üretilen içeriklerden doğan muhtemel sorumluluklar genel hatları ile incelenecek, çeşitli örnekler verilecek ve bilhassa son olarak yapay zekâ platformlarının bu hukuki sorumluluk içerisinde nasıl konumlandırılması gerektiği de ele alınacaktır ⁵⁷.

A. İHLAL EDİLEN HUKUK NORMUNA GÖRE

1. Genel Olarak: Haksız Fiil Sorumluluğu - Borca Aykırılık

Yapay zekâ tarafından üretilen bir içerik sebebiyle doğan sorumluluk, çoğu durumda bir haksız fiil formunda görünüm kazanacaktır ⁵⁸. Örneğin, üçüncü kişinin görüntüsünün hukuka aykırı bir içerik hâline getirilmesi; bir gerçek veya tüzel kişi hakkında bilgi istenildiğinde, gerçeğe veya ahlaka aykırı bir yanıt verilmesi; hikâyeye yazması istenen yapay zekânın başka bir kimseye ait hikâyeyi veya kişisel verileri izinsiz ve hukuka aykırı şekilde işlemesi gibi, üçüncü kişilerin şahıs ve malvarlığı değerlerine hukuka aykırı şekilde müdahale içeren hâller böyledir. Fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur temel unsurlarının bir arada bulunduğu bu gibi durumlarda

⁵⁶ Özparlak/Çetin, s. 1014.

⁵⁷ Genel olarak muhtelif normlara bağlı yapay zekâ kaynaklı hukuki sorumluluk değerlendirmesi içeren bir inceleme için ayr. bkz. Erdem Doğan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2022, s. 218 vd.

⁵⁸ İspat hususu yönünden incelendiğinde, çalışma faaliyetleri erişime nispeten kapalı bir alan olduğundan, yapay zekâ işletenin haksız fiil sorumluluğunun, borca aykırılıktan doğan sorumluluğa göre daha zor tespit edilebileceği de ifade edilmektedir, bkz. Erdem Büyüksağış/Elif Ceren Türkoğlu/Onur Alptekin, "Yapay Zekâ İşletenin Hukuki Sorumluluğu", Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, Edt.: Erdem Büyüksağış, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 87 vd.

haksız fiilden bahsedilir ⁵⁹. Bu genel haksız fiil durumu, özel hayatın gizliliğini ihlal, fikri haklara ve ticari menfaatlere saldırı vb. şekillerde özel bir nitelendirmeyi de haiz olabilir, ki bunlardan bazılarında aşağıda ayrıca değinilecektir.

Yapay zekâ tarafından üretilen bir içeriğin haksız fiil dışında borca aykırılık içeren hukuka aykırılıklara sebebiyet vermesi de mümkündür. Bu durumda ilgili özel norm, borca aykırılık üst başlığıyla birlikte ele alınmak suretiyle uygulanacaktır. Örneğin, kendisinden istenen yazıyı yazması, bilimsel bir bilgi ile ilgili gerçekleri listelemesi, kamuya mal olmuş bir kimse hakkındaki haberleri sıralaması istenen yapay zekâ uygulamasının bunu yaparken hatalı şekilde hareket etmesi durumunda borcun olması gerektiği gibi ifa edilemediği sonucuna varılabilecektir. Burada yapay zekâ platformunun sağladığı bilgilerin doğru olmayabileceği konusunda kullanıcı ile sorumsuzluk anlaşması yapabilmesi mümkünse de yapay zekânın ayrı bir kişiliği olmaması sebebiyle onun davranışlarının ilgili platformun bizzat kendisine ait sayılacağını ve kişinin bizzat kendi davranışlarından sorumluluğunun ise ağır kusur hariç olacak şekilde kaldırılabilirliğini eklemeliyiz ⁶⁰. Ayrıca, kullanıcının tüketici sıfatına sahip olması ve şartların da oluşması hâlinde, tüketiciye sunulan bu yapay zekâlı hizmet kapsamında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un da uygulanabilir hâle geleceğini düşünebiliriz.

Bütünleşik bir farklı örnekte, yapay zekâ platformundan bir görüntü veya ses oluşturması istenmiş; yapay zekâ ise bu içeriği başkalarının fikri haklarını ihlal ederek oluşturmuş olsun. Burada fikri varlıklarına hukuka aykırı şekilde müdahale edilen kişide oluşan zararların genel görünümü haksız fiildir. Sorumlunun kim olduğunun tespiti ise kullanıcı ve yapay zekânın somut olaydaki kusurlarına ve bir kusursuz sorumluluk hükmünün ihlal edilip edilmediğine göre ayrıca incelenir. Öte yandan, yapay zekâ platformunun kullanıcıya karşı sorumluluğu hususuna gelindiğinde, bu içeriğin kullanılması neticesinde durumdan haberi olmayan kullanıcının uğrayabileceği zararlar ve karşılaştığı hukuki engellere bağlı kayıplar ise borca aykırılık kapsamında yapay zekâ platformunun karşısına çıkabilir. Zira yapay zekânın kendisinden istenen içeriği oluştururken hukuka aykırı yol ve yöntemler kullanmaması da beklenir ⁶¹.

⁵⁹ İnc. Fikret Eren/Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt 2, Yetkin, Ankara, 2023, s. 1061 vd.; Andreas Furrer/Markus Müller-Chen/Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 310 vd.

⁶⁰ TBK md. 115/1: "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*"; nitekim pratikte, yapay zekâ uygulamalarının giriş pencerelerinde veya ilk kullanım öncesinde ekrana getirilen sözleşme metninde uyarı olarak, yapay zekânın ürettiği bilgilerin doğru olmayabileceği yönünde bilgilendirmeler sunulabildiği görülmektedir.

⁶¹ Burada yapay zekâyı hukuka aykırı içeriğin oluşturulması talimatının bilerek ve istenerek verilmesi veya içeriğin hukuka aykırı olduğunun anlaşılmasına rağmen yine de kullanılması gibi hâllerde kullanıcı, yani işleme talimatı veren kişi de kendi konumunun gerektirdiği şekilde ayrıca sorumlu olur. İçeriğin başkası (yani yapay zekâ) tarafından üretildiği, dolayısıyla sorumluluğun yapay zekâ platformunda olduğu savunması, durumu bilen veya bilmesi gereken kullanıcıyı sorumluluktan

Aşağıda gerek haksız fiil gerek borca aykırılık şeklinde ortaya çıksın, somut örneklerin bazı muhtelif özel hukuk normları karşısındaki ele alınışlarına ve sorumluluk ihtimallerine değinilecektir.

2. Özel Olarak

i. KİŞİLİK HAKKI

Normun önemi ve ihlalin uygulamadaki yaygınlığı sebebiyle, yapay zekâ tarafından üretilen içerikler yoluyla temas edilecek değerlerden değinilmesi gereken ilki kişilik hakkıdır⁶². Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan ve sınırlı sayıda olmayan değerlerden oluşan bir bütündür⁶³. Kişinin şerefi, özel hayatı, sesi, adı, görüntüsü, ticari sır ve menfaatleri, yaşam ve vücut bütünlüğü gibi değerler bunlardan birkaçıdır⁶⁴. Bu değerlere hukuk düzeninin cevaz vermediği şekilde yapılan her türlü temas ise kişilik hakkının ihlali anlamına gelir⁶⁵. Bu bağlamda yapay zekâ tarafından üretilen yazılı, sesli, görüntülü içeriklerin kişilik hakkı değerlerine doğrudan veya dolaylı olarak temas edebileceğinde şüphe olmayacaktır.

Örneğin, bir kimse hakkında hikâye oluşturması veya bilgi vermesi istenen yapay zekânın, ürettiği yazı vasıtasıyla ilgili kimseye hakaret teşkil eden bir içerik oluşturması durumunda, kişinin şerefi-haysiyeti-onuru üzerindeki kişilik hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Kişinin sesinin rızası dışında ve hukuka aykırı bir amaçla işlendiği, dijital kopyası oluşturularak kullanıldığı durumda da kişilik hakkı ihlali başta olmak üzere çeşitli hukuki sonuçlar oluşur. Kişinin görüntüsünün işlenmesi hâllerinde de kişilik hakkı ihlali oluşabilecektir, ki günümüzde yapay zekâ uygulamaları ile en çok işlenen kişisel değer/verinin görüntüler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kişinin sosyal medya hesabındaki görüntüsünün alınarak üzerinde manipülasyonlar yapılması; görüntünün bir video içerisine yerleştirilmesi; literatürde de üzerinde durulduğu üzere kişinin görüntüsünün müstehcen içerikler oluşturulmak için kullanılması gibi sair durumlarda, somut olayın şartlarına göre kişinin görüntüsü, şerefi-haysiyeti-onuru, özel hayatı gibi sair değerleri üzerindeki kişilik hakkının ihlal edildiği sonucuna varılır⁶⁶. Örneklerin çoğaltılabilmemesi mümkündür.

kurtarmaz. Bu ihtimallerin somut bir görünüme kavuşması için olay incelemesi gerekir.

⁶² Yünlü, s. 196; genel olarak kişilik hakkı hususunda bkz. Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz, İstanbul, 2022, s. 99 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz, İstanbul, 2024, s. 184 vd.

⁶³ Yünlü, s. 96; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 187.

⁶⁴ İnc. Dural/Öğüz, s. 104 vd.; Yünlü, s. 105 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 188 vd.

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 240; Dural/Öğüz, s. 152; Yünlü, s. 173.

⁶⁶ Deepfake ve yapay zekânın en yaygın şekilde kullanıldığı görülen hukuka aykırı amaçlardan birisi, müstehcen içerikleri üretmek ve paylaşmaktır. Bu bağlamda ve

Örneklerde yer alan fiillerin hukuka aykırı sayılması ve kişilik hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi için bunların yapay zekâ platformunun (yani üreten-işleyen) veya kullanıcının (yani işleme-üretme talimatı veren) kusuru etkisi ile icra edilmesi gerekmez. Kişilik hakkını koruyucu davaların kusuru olmayan kimseye yöneltilmesi mümkündür⁶⁷. İhlal tehlikesi devam ettikçe önleme, ihlal süresince durdurma ve ihlal sona erip etkileri devam ettikçe tespit davaları açılabilir⁶⁸. Örneğin, üretilen içeriğin yapay zekâ platformunun web sitesinden çıkarılması ve ilgili platformun veri tabanlarından kaldırılması için platformun kusuruna ihtiyaç yoktur. Keza, bahse konu davalar bir mutlak hak olan kişilik hakkını koruduklarından, belirli bir süreye tabi değildirler⁶⁹. Şartlar devam ettiği müddetçe ilgili davanın açılması mümkündür.

Öte yandan, ihlalin tazmin boyutu incelendiğinde ise gerek kusur gerek zamanaşımı yönünden farklılıklar bulunduğunu görürüz. Bu kapsamda ihlal sebebiyle maddi ve manevi tazminat talep edilebilmesi mümkünse de bunun için kural olarak davalının kusuru aranır⁷⁰. Örneğin, yapay zekâ veya yapay zekâyı hâkimiyeti altında bulunduran platform ilgili içeriğin hukuka aykırı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise üretim fiili kapsamında kusurlu olduğu ve tazminle yükümlü olacağı kabul edilir. Aynı ayırım ve değerlendirme yapay zekâyı içerik ürettiren ve bunu kullanan kullanıcı için de geçerlidir. Zamanaşımı yönünden ise ihlalin bir haksız fiil mi yoksa borca aykırılık mı olduğuna bakılır. Haksız fiil ise TBK md. 72'deki⁷¹ iki ve 10 yıllık, borca aykırılık ise TBK md. 146'daki⁷² 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır⁷³. Ancak, haksız fiil aynı zamanda ceza kanunlarındaki daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi fiili de içeriyorsa, daha uzun olan süre uygulanacaktır⁷⁴.

Özetle, yapay zekâ tarafından üretilen içerikler neticesinde gerek ilgili platformun gerek kullanıcının, bir kimsenin kişilik hakkının ihlaline

ilgili hususlarda cezai sorumluluk kapsamında inc. E. Eylem Aksoy Retornaz, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 81 vd.

⁶⁷ Dural/Öğüz, s. 161; Yünlü, s. 322.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 274; Dural/Öğüz, s. 156-159; detaylı olarak inc. Yünlü, s. 322 vd.

⁶⁹ Yünlü, s. 332.

⁷⁰ Dural/Öğüz, s. 161; Yünlü, s. 341; Kusursuz sorumluluk hâlleri ise ayrıdır. İhlal oluşturan fiil bir kusursuz sorumluluk normuna temas ederse davalının kusuru aranmayacaktır.

⁷¹ "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar..."

⁷² "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir."

⁷³ Dural/Öğüz, s. 161-162.

⁷⁴ TBK md. 72/1: "...Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."

sebebiyet verebileceğini ve bunun tazmin dahil çeşitli davalara konu edilebileceğini öngörebiliriz.

ii. KİŞİSEL VERİLER

Üretici yapay zekânın işleyişi irdelendiğinde, veri kavramı en önemli hususlardan biri olacaktır ⁷⁵. Öyle ki, yapay zekânın ve buna ilişkin hizmet sunan platformların çalışma sistemi için verilerin elzem nitelikte olduğunda şüphe yoktur ⁷⁶. Her türlü verinin bu sistemlerin ham maddesi olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim, en önemli yapay zekâ platformlarına yöneltilen ne tarz veriler kullandığı sorusu genel olarak;

makaleler, kitaplar, sosyal medya mesajları, internet içerikleri başta olmak üzere çeşitli unsurları içeren metin verileri,

fotoğraflar, resimler ve diğer görüntü koleksiyonlarını içeren görüntü verileri,

ses kayıtları, konuşma transkriptleri gibi unsurları içeren ses ve konuşma verileri,

bunlar dışında zaman verileri, sayısal veriler, yapısal ve ilişki verileri, gibi çok çeşitli verilerin kullanıldığı şeklinde cevaplanacaktır ⁷⁷.

Burada görüldüğü üzere, konuşma metinleri, görüntüler, sesler gibi gerçek kişilere ait olabilecek çok sayıda unsurun da işlendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yapay zekânın kişisel veri niteliğini haiz unsurlara temas etmesi beklenen bir durumdur ⁷⁸. Buna bağlı olarak yapay zekâ, kişinin adresi, telefon numarası, adı-soyadı, eğitim bilgileri, sağlık durumu, sesi, görüntüsü gibi verileri yazılı, sesli ve görüntülü içerikler üretirken kullanılacaktır. Bu bilgiler ise bu başlık altında kişisel veriler olarak nitelendirilirler ⁷⁹. Keza yapay zekânın mevcut verilerden çıkarımlar yaparak yeni kişisel veriler elde etmesinin dahi mümkün olduğu zikredilmektedir ⁸⁰. O hâlde, kişisel

⁷⁵ İnc. Ş. Barış Özçelik, “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk Ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, Adalet Dergisi, S. 66, 2021, s. 93; Arnold J. F. Lukas, “Generative Artificial Intelligence under German Copyright Law (Part 1)”, SSRN, 2023, s. 2; Ayvaz Tunç/Yavuz, s. 117.

⁷⁶ Özparlak/Çetin, s. 1015; Öyle ki, yapay zekânın kendisi de “Üretici yapay zeka nedir?” sorusu kapsamında bu hususu doğrudan izah etmektedir. Bkz. ChatGPT: “...Genel olarak, üretici yapay zeka, veri setlerini kullanarak belirli bir görevi öğrenen ve bu görevi yerine getiren bir model ifade eder. Bu tür modeller, genellikle sürekli olarak eğitilebilirler ve zamanla daha fazla veriyle beslenerek performanslarını artırabilirler. Bu, bir tür deneyim biriktirme ve öğrenme yeteneği olarak düşünülebilir...”; Narbay/Kirazlı, s. 51.

⁷⁷ Bkz. ChatGPT ve BARD/Gemini.

⁷⁸ Güner, s. 235; Akbulut, s. 279 vd.; Turgut Bilgiç, s. 253 vd.; Balaban/Kulular İbrahim, s. 757 vd.

⁷⁹ KVKK md. 3/1-d: “...*Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi...*”

⁸⁰ Narbay/Kirazlı, s. 51

verilerin korunması hususu üretici yapay zekâ faaliyetleri noktasında ele alınabilecek önemli konular arasındadır⁸¹.

Günümüzde yapay zekâ platformlarının, üretimler için ihtiyaç duyduğu verileri elde ederken kişisel verilerin korunması amacıyla konulan kurallara uydukları söylenemez⁸². Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olabilmesi içinse Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda sayılan uygunluk hâllerinden en az birinin bulunması gerekir⁸³; ki yapay zekânın eğitimi için kullanmak bu hukuka uygunluk hâllerinden biri değildir. Buna göre ya kişinin bu buna ilişkin açık rızası olmalı ya da rızaya alternatif hâldeki diğer unsurlardan birisi mevcut olmalıdır. Aksi durumda kişisel verilerin usulsüz şekilde işlenmiş olduğu sonucuna varılır.

Yapay zekâ platformundan bir kimseye ilişkin yazı yazması veya görüntü oluşturması istendiğinde, yapay zekânın bunu (kendisine veya bir başkasına ait) bir veri tabanından çektiği bilgileri ile yaptığını düşünelim. Somut olayda bu verilerin bu şekilde işlenmesini hukuka uygun kılmak bir sebep olmadıkça, yapılan işlem kişisel verilere yönelik hukuka aykırı bir fiil olacaktır. Örneğin, mobil haberleşme veya sosyal medya uygulamalarının veri tabanlarında bulunan görüşme kayıtlarına, seslere ve görüntülere erişim sağlayan ve bu kayıtlardaki veriler ile üretim yapan bir yapay zekânın kişisel verilere (hatta özel hayatın gizliliğine) temas ettiği açıkça görülür.

Kaldı ki, eğer kişisel verilerin ilgili kişinin elinde bulunması hukuka uygun değilse, bu veriler ile bir içerik üretilmiş olmasına gerek kalmaksızın hukuka aykırılık oluşmuş olur. Örneğin, bir platform gerçek kişilere ilişkin her neviden veriyi daha sonradan kullanmak veya yapay zekâyı eğitmek üzere kendi veri tabanlarında tutuyorsa; veya henüz kullanmamış olsa bile ilgili verileri başka veri tabanlarından kendisine aktarmış ise bu gibi durumlarda üretilen içerikten bağımsız olarak kişisel verilere yapılan

⁸¹ Bu husus yalnızca Türk hukukunda değil, diğer ulusal hukuklarda da aynı şekilde önemli bir inceleme teşkil eder, inc. Novelli/Casolari/Hacker/Spedicato/Floridi, s. 9 vd.

⁸² Özparlak/Çetin, s. 1016.

⁸³ Kişisel verilerin işlenebilmesinin genel şartları ise md. 5'te "*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*

Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) *Kanunlarda açıkça öngörülmesi.*

b) *Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.*

c) *Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.*

ç) *Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.*

d) *İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.*

e) *Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.*

f) *İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.*" şeklinde düzenlenmiştir.

müdahaleler ayrı bir incelemeye tabi olur. Bu veriler ile yeni bir içerik oluşturulması ise ihlali yineler ve arttırır.

Özetle, yapay zekâ platformlarının üretilen içerikler için ham maddeye ihtiyaç duyduğunu, bu ham maddenin çoğunlukla gerçek kişilere ilişkin kişisel veri niteliğindeki bilgiler olacağını, bu durumda kişisel verilerin ihlaline ilişkin meselelerin ortaya çıkabileceğini belirtebiliriz. Ana konunun aşılması adına kişisel verilerin korunmasına ilişkin daha detaylı inceleme yapılamayacak olmakla birlikte, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kurallara riayet edilmemesi durumunda bu Kanun kapsamında sorumlu olarak nitelendirilebilecek kimselerin hukuki ve hatta cezai⁸⁴ açıdan sorumlu olabileceklerini belirtebiliriz.

iii. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

Yapay zekâ platformlarının hızlı ve kolay bir şekilde görüntü ve ses işlemleri yapabilmesinin en çok yankı uyandırdığı alanların başında fikri mülkiyet alanı gelmektedir⁸⁵. Özellikle yazar, fotoğrafçı, ressam, grafik tasarımcı, müzisyen, şarkıcı gibi kimselerin, kendilerine ait ürünlerin yapay zekâ tarafından sınırsızca kopya edildiği ve kullanıldığına ilişkin şikâyet ve eleştiride bulunduğu çok sayıda güncel haber ile karşılaşılabiliriz. Bu anlaşılabilir bir durumdur, zira üretici yapay zekâ öğrenme faaliyetini gerçekleştirirken çoğunluğu yasal koruma altındaki fikri ürünleri kullanır⁸⁶. Kullanılan ürünler, gerçek kişiler yanında çoğu zaman ticari şirketlerin veri tabanları, markaları, modelleri, tasarımları ve diğer her türden kopya edilmeye müsait unsurlarıdır. Bu sebeptendir ki, yapay zekâyâ karşı açılan davaların sayısı ve çeşitliliği giderek artmaktadır⁸⁷.

Öncelikle, içerisinde ses, yazı ve görüntü barındıran ürünlerin şartları oluşması hâlinde Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunması mümkündür. Kanuna göre genel olarak İlim ve edebiyat eserleri (md. 2); Musiki eserleri (md. 3); Güzel sanat eserleri (md. 4); Sinema eserleri (md. 5) bu Kanun kapsamında korunan eser türleri içerisinde sayılmıştır⁸⁸. Burada

⁸⁴ Bkz. Suçlar başlıklı KVKK md. 17: “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 nci madde hükümleri uygulanır.*

Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiş iken; kabahatler ise md. 18’de yer almaktadır.

⁸⁵ İnc. Özçelik, s. 107; Van Lindberg, “Building and Using Generative Models Under US Copyright Law”, Rutgers Business Law Review, Vol. 18, No. 2, 2023, s. 1 vd.; Lukas, s. 5 vd.; Novelli/Casolari/Hacker/Spedicato/Floridi, s. 17 vd.; Abbott/Rothman, s. 1143 vd.

⁸⁶ Lindberg, s. 1, 2.

⁸⁷ Üretici yapay zekâyâ ilişkin mevcut ve sayısı her geçen gün artmakta olan güncel davalara ilişkin ayr. bkz. <https://sustainabletechpartner.com/topics/ai/generative-ai-lawsuit-timeline/> (s.e.t.: 03.05.2024)

⁸⁸ FSEK md. 1/B/1-a), “*Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri...*”; inc. Rauf Karasu/Cahit Suluk/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 87 vd.

ayrıntılı şekilde incelenmeyecek olan özel şartların gerçekleşmesi durumunda eser niteliğini kazanan unsurlar üzerinde, onu meydana getiren kimselerin eser sahibi olmak sıfatıyla çeşitli hakları bulunur⁸⁹. Bunlar mali⁹⁰ ve manevi⁹¹ haklar olarak ayrıma tabi tutulurlar⁹². Bu haklar ayrıntılı bir şekilde FSEK md. 13 vd. hükümlerinde sıralanmıştır. Örneğin, Umuma arz salahiyeti, Eserde değişiklik yapılmasını menetmek vd. manevi haklar içerisinde sayılmışken; İşleme hakkı, Çoğaltma hakkı, Yayma hakkı, Temsil hakkı, İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı ve uzantıları ise mali haklar içerisinde zikredilmiştir. Bu haklara Kanununun cevaz vermediği şekilde yapılan her türlü müdahale ilgili hakkın ihlal edildiği anlamına da gelecektir. Bu durumda hakları ihlal edilen kimselerin Kanundan doğan davaları açabilmeleri, özellikle saldırının durdurulması ve önlenmesi, maddi-manevi tazminat ve kazancın iadesi gibi talepleri ileri sürmeleri mümkün hâle gelir. Konumuz kapsamı itibarıyla özel olarak incelenmeyecek bu hukuki talepler FSEK md. 66 vd. hükümlerinde düzenlenmiş; keza çeşitli cezai yaptırımlar ise yine md. 71 vd. hükümlerinde ele alınmıştır.

Fikri hakların ihlali anlamına gelecek davranışlardan doğan sorumluluk yapay zekâ platformuna isnat edilebileceği gibi, kullanıcıya da isnat edilebilir. Bunun için somut olay incelenmelidir. Kendisinden bir görsel içerik üretmesi istenen yapay zekâ, FSEK kapsamında korunan bir eserden hukuka aykırı şekilde faydalanıyorsa ya da hukuka uygun bir hususta kendisine soru sorulan platform, bu soruya ilişkin cevabı hukuka aykırı şekilde işlediği kişisel verilere veya ticari sırlara dayandırıyorsa, platforma yöneltilecek bir sorumluluk ve husumetten bahsedilir. Bu şekilde üretilen içeriğin kullanıcı tarafından nasıl kullanıldığı veya hukuka aykırılığın bilinip bilinmediği gibi değişkenler ise kullanıcının sorumluluğu bahsinde ele alınır. Örneğin, Kanun tarafından korunan bir sesi veya görüntüyü, bu durumu bilmesine rağmen, ticari amaçla kullanmak için yapay zekâyâ işleten kimsenin kusurlu hareket ettiği açıktır ve sorumlu olması beklenir.

Diğer taraftan, genel hukuka uygunluk sebepleri dışında bu Kanunda (md. 30 vd.) özel olarak sayılmış sınırlamalardan⁹³ biri kapsamında gerçekleştirilen fiillerde-işlemlerde ise ihlal olmadığı, diğer bir ifade ile fiillerin hukuka uygun olduğu sonucuna varılacaktır⁹⁴. Örneğin, eğitim-öğretim amacıyla ilgili eserlerden makul ölçüde yararlanmak veya adil kullanım olarak nitelendirilecek işlemleri sipariş etmek böyledir.

Sonuç olarak, yapay zekânın belirli bir çıktıyı üretirken üçüncü kişilere ait bir eseri işlemesi; bu işlemenin eser sahiplerinin Kanunda sayılan

⁸⁹ Yünlü, s. 449 vd.

⁹⁰ Bkz. FSEK md. 20 vd.; Karasu/Suluk/Nal, s. 116; İlhami Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 144 vd.

⁹¹ Bkz. FSEK md. 14 vd.; Güneş, s. 172 vd.; Karasu/Suluk/Nal, s. 111.

⁹² Yünlü, s. 449; Karasu/Suluk/Nal, s. 109 vd.; Güneş, s. 141 vd.

⁹³ Karasu/Suluk/Nal, s. 131 vd.

⁹⁴ İnc. Yünlü, s. 452 vd.

haklarından en az birine müdahale içermesi; son olarak bu müdahalenin başta rıza (özel olarak lisans) olmak üzere hukuka uygunluk sebeplerinden en az birini barındırmaması durumunda, yapay zekânın üretim faaliyetlerinden ve üretilen içerikten dolayı platformun ve kullanıcının sorumluluğu inceleme bulabilir.

iv. HAKSIZ REKABET

Yapay zekâ platformlarının ürettiği ürünlere yönelik en sık eleştirilerden birisi, bu platformların başkalarına ait ürünleri izinsiz olarak ve hukukun cevaz vermediği şekilde kullanarak yeni içerikler üretmeleridir⁹⁵. Bu husus ise yukarıda ele alınan kavramlar yanında haksız rekabet ve vekaletsiz işgörme normlarını akla getirmektedir. Bu başlık altında genel olarak haksız rekabet ihtimaline değinilecek; vekaletsiz işgörme ise aşağıda ayrıca incelenecektir.

Haksız rekabet, bilhassa gerek Türk Borçlar Kanunu gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında özel olarak düzenlenmiş normlardan birisidir⁹⁶. TBK md. 57’de yer alan haksız rekabet düzenlemesi çerçevesinde inceleme yapıldığında, sair şekillerde icra edilecek fiiller nedeniyle müşterileri azalan ya da kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişinin, bu fiillerin sona erdirilmesi ve varsa zararlarının giderilmesini dava edebileceği düzenlenmiştir⁹⁷. Buna göre örneğin, yapay zekâ tarafından oluşturulan görseller ve yazılan yazılar ile bir kimse veya işletmesi hakkında olumsuz imaj çizilmesi ve bunun da ilgili kimsenin müşterilerinin azalmasına, kayıplar yaşamasına sebep olması durumunda (ve tehlikesinde), haksız rekabet kavramına da gidilebilmesi mümkün olur.

Haksız rekabet Türk Ticaret Kanunu kapsamında incelendiğinde ise md. 54 vd. hükümlerinde düzenlenen çok sayıda örneğin sıralandığı görülmektedir⁹⁸. Bu kapsamda md. 54/2’de “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” denildikten sonra, md. 55’te haksız rekabet hâllerinin başlıcaları oldukça ayrıntılı bir biçimde örneklenmiştir⁹⁹. Madde incelendiğinde çok

⁹⁵ Özellikle fotoğraf, video vb. içeren görüntülü ürünler bağlamında inc. Yünlü, s. 421 vd.

⁹⁶ Yünlü, s. 521.

⁹⁷ “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir...*”

⁹⁸ Yünlü, s. 523; inc. Engin Erdil, Haksız Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 71 vd.; Selma Çetiner/Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, 151 vd.; Aytekin Çelik, Ticaret Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 65 vd.

⁹⁹ Hükme göre, “Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar”, “Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek”, “Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma”, “Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek”, “İş şartlarına uymamak”, “Dürüstlük kuralına aykırı işlem

sayıda ihtimalde haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yapay zekâ tarafından üretilen içerik yardımı ile rakiplerin iş ve ürünlerinin kötülenmesi, müşteri üzerinde olumsuz kamu oluşturulması (bkz. md. 55/1/a); yapay zekâ tarafından üretilen yazı, ses ve görüntüler yardımı ile kendisinde olmayan bilgi, tecrübe, teknik imkân, başarı vb. hususlarda yanıltıcı ürünler, bilgiler üretilmesi veya kullanıcının kendisini haksız şekilde yetkin olarak tasvir ettirmesi (bkz. md. 55/1/a); başkasına ait gerek işletme aracı gerek ürün niteliğinde olan unsurların yapay zekâ tarafından kolaylıkla kopya edilmesi, çoğaltılması vb. şekillerde kullanılması (bkz. md. 55/1/c) gibi çok sayıda hâlde haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Örneğin,

yapay zekâyâ hazırlattığı görseller yardımı ile işletmesini olduğundan çok daha yüksek bir teknik kapasiteye sahipmiş gibi gösteren¹⁰⁰,

başkasının iş ve işlemlerini kötüleyecek bir yazıyı yapay zekâyâ yazdırarak bunu paylaşan;

başkasının üretim, sunum ve satışında başarılı olduğu ürün paketleri, kutular, ambalajlar ile araç giydirmeleri, tanıtım ses ve müzikleri, reklam sloganları, ürün bilgilendirme yazıları, işletme dekorasyonları, iş kıyafetleri vb. unsurların benzeri veya aynısını yapay zekâ ile tasarlatan ve kullanan;

kendisini bir başkasına ait tesislerin önünde, içinde ve sanki kendi tesisleriymiş gibi tasvir ettiren ve bunları kullanan;

üçüncü kişilere ait ses, yazı, görüntü gibi temel unsurları yapay zekâyâ işleterek, kendi ürün ve işletmesinin övüldüğü veya tercih edildiği algısını oluşturan¹⁰¹,

vb. davranışlarda bulunan kimseler haksız rekabet normu kapsamında sorumlu olabileceklerdir.

Öte yandan bir kimse aynı olayda haksız rekabet yanında diğer hukuk normlarını da ihlal ediyor olabilir. Örneğin, ses klonlama veya görüntü oluşturma uygulamaları kullanılarak bir sanatçının sesinin kopyalanması veya yine görüntüsünün oluşturulması, bu sayede bir ürünü kullanır veya bir malı över şekilde tasvir edilmesi gibi bir örnekte haksız rekabet yanında ilgili kişilerin ses ve görüntüleri üzerindeki kişilik haklarının da ihlal edildiği görülecektir. Dolayısıyla farklı kişilere karşı ve farklı normlar kapsamında sorumluluklar meydana gelebilecektir.

Bu Kanun kapsamındaki haksız rekabet hâlleri karşısında kimlerin, kimlere karşı ve hangi taleplerle dava açabilecekleri (md. 56 vd.)¹⁰², bu

şartları kullanmak” hâlleri haksız rekabet fiillerinin üst başlıkları olarak gösterilmiş; ayrıca bu üst başlıklara ilişkin örneklerle de yer verilmiştir.

¹⁰⁰ Kendini olduğundan daha üstün göstermek, ayr. inc. Erdil, s. 105 vd.

¹⁰¹ Özellikle kamuya mal olmuş kişilerin ses ve görüntüleri ile oluşturulan reklamlar giderek artmakta olan hukuka aykırılık örneklerindedir. Bu gibi bir durumda ses ve görüntüsü izinsiz kullanılan kimselerin kişilik hakları (ayr. bkz. İmaj hakkı) ihlal edilmesi yanında, vekaletsiz işgörmeye ve hatta haksız rekabet neticelerinin doğduğu da görülecektir. Ayr. bkz. “Yapay zekâyâ hazırlanan YouTube reklamları yanıltıyor”: <https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/aktuel/yapay-zekayla-hazirlanan-youtube-reklamlari-yaniltiyor/1817129> (s.e.t.: 24.01.2024)

davalara ilişkin zamanaşımı süreleri (md. 60), ihtiyati tedbir (md. 61) ve hatta cezai yaptırım (md. 62, 63) ihtimalleri ise ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Son olarak, Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nun da haksız rekabete yer verdiğini belirtmeliyiz¹⁰³. Bu kapsamda md. 83/1'e göre bir eserin adı, alametleri, çoğaltılmış nüshaların şekilleri, diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında iltibasa meydan verebilecek surette kullanılamayacak olup, bu fıkra hükmü tacir olmayan kimseler için de aynı şekilde uygulanacaktır. Keza md. 84'de ise bir resmi, sesi ya da işareti bir alet üzerine tespit eden veya ticari amaçlarla haklı şekilde çoğaltan veya yayan kimsenin, aynı unsurların başkaları tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltulmasını veya yayımlanmasını menedebileceği düzenlenmiş; yine tacir olmayanların da bu kapsamda ele alınabileceği ayrıca belirtilmiştir. Burada özellikle ifade etmek gerekir ki, haksız rekabet değerlendirmesine konu olabilecek unsurlar yalnızca bu Kanun uyarınca eser olarak nitelendirilecek unsurlar değildir. Bu maddenin son fıkrasında da belirtildiği üzere eser niteliğinde olmasalar bile her tür fotoğraf, resim ve sinema ürünleri hakkında da aynı madde hükmü uygulanacaktır¹⁰⁴. Örneğin,

ünlü bir sanatçının Kanun tarafından korunan yazılı eserlerinin yapay zekâ yardımı ile kopyalanmak, harmanlanmak veya diğer bir uygun olmayan yöntemle yararlanmak gibi şekillerde kitaba veya film senaryosuna dönüştürülmesi durumunda;

yine bir web sitesi hazırlaması istenen yapay zekâ uygulamasının, kendisine verilen tariflere uygun olarak internet üzerinde bulunduğu başkalarına ait görüntüleri, yazıları, sesleri kullanarak bir web sitesi tasarımı yapması durumunda;

endüstriyel bir tasarım yapması istenen yapay zekânın başkalarına ait korunan tasarımları kopya ederek bir dizayn oluşturması gibi bir olayda,

özetle, oluşturulan sözlü, yazılı, görsel içeriğin bu Kanun tarafından korunan ürünlere Kanunun müsaade etmediği şekillerde müdahale içerdiği durumlarda, genel olarak hukuka aykırılık ve özel olarak ise haksız rekabet normları inceleme bulabilecektir. Örneklerde görüldüğü üzere, hukuka aykırı şekilde işlenen ürünlerin eser vasfını taşıması da gerekmemektedir.

Netice olarak, yapay zekâ tarafından üretilen bir içeriğin ilgili kanunlarda ayrı ayrı düzenleme bulmuş olan haksız rekabet normuna aykırılık teşkil edebileceğini ve buna ilişkin hükümlerin de uygulanabilir olduğunu belirtmeliyiz.

¹⁰² Ayr. inc. Erdil, s. 248 vd.; Çetiner/Bozkurt-Yüksel, 163 vd.

¹⁰³ Yünlü, s. 528; Güneş, s. 387 vd.; Erdil, s. 221 vd.; Deniz Açıkgöz, Çalışanın Haksız Rekabet Eylemleri ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2023, s. 52.

¹⁰⁴ Yünlü, s. 530 vd.

v. VEKALETSİZ İŞGÖRME

Kişilere ait yazı, ses, görüntü, veri vb. formatlardaki unsurların işlenmesiyle ortaya çıkacak bir diğer kavram ise vekaletsiz işgörmedir¹⁰⁵. Vekaletsiz işgörme kapsamında inceleme yapılabilmesi için bu örneklenen unsurların gerçek bir kişi yanında, bir hayvana, eşyaya veya tüzel kişiye ait olması da mümkündür.

Vekaletsiz işgörme ile kastedilen ise elbette hak sahibinin rızası olmayan, istemediği işgörmelerdir. Keza buradaki işleme, hak sahibinin değil işgörenin (yani ürettirenin) menfaatine yapılmaktadır. Dolayısıyla gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeden bahsetmekteyiz¹⁰⁶. Nitekim görülen işin iş sahibinin menfaatine olduğu durumlarda gerçek vekaletsiz işgörme kavramı kullanılırken; iş sahibinin rızası ile hareket edilen hâllerde veya izinsiz işgörmeye iş sahibinin daha sonradan onay verdiği durumlarda ise vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır¹⁰⁷. O hâlde, belirli değişkenlere bağlı olarak benzer olayların hukuki nitelendirilmesi farklılaşabilir¹⁰⁸.

Vekaletsiz işgörme kapsamında çeşitli örnekler ile karşı karşıya kalınabilmesi mümkündür. Örneğin,

izinsiz bir şekilde yayımlanmak üzere, yapay zekâdan bir kimseye ait verileri toplayarak hayat hikâyesine bağlı bir film senaryosu yazması istendiğinde;

bir yazarın eserlerini önemli ölçüde kopya ederek bir kitap üretmesi istendiğinde;

¹⁰⁵ Kişilik hakkının ihlali bağlamında inc. Yünlü, s. 361 vd.; Dural/Öğüz, s. 159 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 293.

¹⁰⁶ Dural/Öğüz, s. 160; Vekaletsiz işgörme kendi içinde, gerçek-gerçek olmayan, caiz-caiz olmayan, iyiniyetli-kötüniyetli vekaletsiz işgörme gibi alt ayrımlara da tabi tutulabilmektedir.

¹⁰⁷ TBK md. 531: “İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır.”

¹⁰⁸ Bkz. YHGK, E: 2017/1257, K: 2020/661, T: 23.09.2020, “...Vekâletsiz iş görme, yasal düzenleme uyarınca gerçek (caiz olan) vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olmak üzere ikili bir ayrıma tabiidir.

24. TBK'nın 526. maddesine göre, bir kimsenin vekâleti olmaksızın iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak veya onun hukuka ve ahlaka aykırı yasaklaması olmadan gördüğü iş, gerçek vekâletsiz iş görmedir. Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş gören iş sahibinin menfaatine ve yararına iş görme iradesi ile hareket etmektedir. TBK'nın 530. maddesinde ise iş görenin başkasının işini kendi menfaatine görmesi suretiyle oluşan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme düzenlenmiştir. Bu hükme göre göre iş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. Görüleceği üzere gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş göründe başkasının işini görme iradesi bulunmamaktadır. İş gören başkasının hukuk alanına girerek bir iş görmekte ise de bu işi kendi işi olarak kendi menfaatine yapmaktadır. Kanundaki bu hükme göre iş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir...” (https://karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t.: 24.01.2024)

nl futbolcuların internette yer alan görüntüleri derlenmek ve manipüle edilmek suretiyle oluşturulan yeni görsellerin oyun kartları veya tirtler üzerine basılarak satılması amaçlandığında;

bir firmanın, yayınlamak istediği reklamları veya diğer herhangi dijital içeriği seslendirmek için ünlü bir ses sanatçısının sesinin klonlanmasını sağladığında,

vb. Çok çeşitli durumlarda, üretilen yeni içeriğin vekaletsiz igrme kavramı altında incelenebilmesi mümkün hle gelir.

Vekaletsiz igrme durumunda igrenden, öncelikle elde ettiği kazancın iadesi talep edilebilecektir. Örneğin, bir sinema filmindeki, reklamdaki, müzik klibindeki belirli sahnelerin (video ve fotoğraf kareleri olarak) yapay zek ile düzenlenmek suretiyle ticari ürün meydana getirilmesi (rn. tirt üzerine basılarak satılması) durumunda veya yukarıda verilen diğer örneklerde, elde edilen kazancın iadesi gündeme gelebilecektir ¹⁰⁹. TBK md. 530'a göre isahibi, yani burada hakkına izinsiz Şekilde tecavüz edilen kişi, igrmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir. Bununla birlikte zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlü olduğu da düzenlenmiştir.

Keza Şartları oluşmuş ise maddi-manevi tazminat başta olmak üzere diğer kalemlerin ileri sürülebilme imknı ise saklıdır. Örneğin, satıŐları yapay zek tarafından hukuka aykırı Şekilde oluşturulan kopya içerikler sebebiyle düşen hak sahibi kimse, bu zararının tazminini de talep edebilecektir.

Diğer taraftan bir iş, isahibinin menfaatine olmak gayesiyle icra edilmiş olabilir. Bu durumda kural olarak ilgili hükme ¹¹⁰ göre belirli masraf ve kalemlerin isahibinden talep edilebilmesi mümkündür. Ancak somut olayda bunun aksine ulaşılması, dolayısıyla işin kabul edilmemesi ve masrafların istenememesi de gerekebilir. Örneğin, kişinin fotoğrafını çeken veya sosyal medya hesabından alan kimse, bunu yapay zek uygulaması ile düzenleyerek görüntü sahibine verirse, burada her ne kadar fiiller isahibinin, yani görüntüsü iŐlenenin, menfaati (faydalanması, hoŐnutluęu vb.) için icra edilmiş olsa da, kendisinden neticeyi kabulü ve masrafların ödenmesi istenemez. Burada kişinin görüntüsünün bu Şekilde işlenmesi gereklilik, ihtiyaç unsurunu barındırmaz. Kaldı ki bu durumda kişinin görüntüsünün izinsiz Şekilde işlendiği, görüntü üzerindeki kişilik hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmak da mümkündür. Bu ise başlı başına bir hukuka aykırılık oluşturur.

¹⁰⁹ Keza aynı örnekte fikri mülkiyet haklarının ihlal edildiği de anlaşılabilir durumdadır.

¹¹⁰ TBK md. 529: *“İŞsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hlindedir, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır.*

İŞgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir.”

Vekaletsiz işgörmeye neticesindeki kazancın iadesine bağlı yükümlülük¹¹¹ işgören sıfatı ile kural olarak yapay zekâyı kullanan kullanıcıya yöneltilmelidir. Yapay zekâ platformu ise varsa ihlal edilen diğer hukuk normlarından sorumlu olur.

vi. DİĞER

Görüldüğü üzere, yapay zekâ tarafından üretilen bir içeriğin kişilik hakkı, kişisel veriler, fikri mülkiyet, haksız rekabet, vekaletsiz işgörmeye gibi normlar kapsamında ele alınabilmesi mümkündür. Ancak bunlar dışında uygulanabilecek özel hükümler, hukuk normları olabilir. Örneğin:

Bir içeriğin üretilmesi ve kullanılması ile birlikte bir kimsenin mal veya emeğinden sebepsiz şekilde zenginleştiği sonucuna varılması ve diğer şartları da oluşması hâlinde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilir hâle gelir¹¹².

Yapay zekâ tarafından üretilen içeriğin bir tasarıma¹¹³ veya marka¹¹⁴ hakkına tecavüz oluşturması durumunda ele alınabilecek düzenlemelerden birisi Sınai Mülkiyet Kanunu'dur¹¹⁵.

Bilhassa gerçek kişilere ait ses ve görüntülerin yapay zekâ ile üretilerek sosyal medya mecralarında paylaşılması, bulundurulması gibi ihtimallerde 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerine başvurulabilir; içeriğin çıkarılması, erişimin engellenmesi talep edilebilir.

Gerek kamu makamları gerek gerçek-tüzel kişiler tarafından üretilen içeriğin gerçek kişilerin özel yaşamlarına hukuka aykırı şekilde

¹¹¹ Bkz. TBK md. 530: *"İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür."* ve TMK md. 25: *"...Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır..."*

¹¹² Bkz. TBK md. 77 vd.

¹¹³ SMK md. 55/1: *"Tasarım, ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür."*

¹¹⁴ SMK md. 4: *"Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir."*

¹¹⁵ Keza, yapay zekâyla meydana getirilen buluşların patentlenebilirliği ve buna bağlı olarak buluş ve patent sahipliği temaları üzerinden uluslararası alanda dikkat çekici örnekler de ortaya çıkabilmektedir. Bu konuda meşhur ve güncel bir örnek olarak DABUS isimli yapay zekâyı ilişkin bkz. Sevdâ Bora Çınar, "Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihanı: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir Mi?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2023, s. 391 vd.

müdahale içerdiği durumlarda, Anayasa¹¹⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde¹¹⁷ düzenlenen ilgili hükümler de inceleme bulabilecektir.

Yukarıda incelenen normlar kapsamında hukuka aykırı olan bir işleme, haksız fiil oluşturabileceği gibi cezai sonuçları da beraberinde getirebilir. Bu gibi bir durumda ise ilgili cezai hükümler uygulanabilecektir. Üretilen içeriğin müstehcenlik, hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin usulsüzce işlenmesi gibi neticelere temas etmesi durumları böyledir ve ilgili fiillerin başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiş yaptırımlara bağlanmış olması olasıdır.

Yapay zekânın meydana getirdiği çıktının Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamında bir ürün sayılması ve bu üründen dolayı bir zarar meydana gelmesi durumunda ürün sorumluluğu çerçevesinde inceleme yapılması mümkündür.

Yapay zekâ platformu ile bu platformu kullanan kişi arasındaki ilişkinin niteliğine göre bu hizmet veya üründen dolayı meydana gelen sorumlulukta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanabileceği de hatırlatılabilir.

Verilen örnekleri ve doğrudan veya dolaylı şekilde uygulanabilecek hükümleri artırabilmek mümkündür. Ancak bu talepler arasında (kanun ayrıca izin vermediği müddetçe) mükerrerlik oluşturulamayacağını da eklemeliyiz. Dolayısıyla örneğin, kişi hem vekaletsiz işgörmeye göre kazancın iadesini isteyip hem de aynı kalemler için sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamaz. Zira hâlihazırda ilk talep, davadan beklenen menfaati sağlamaya elverişlidir. Bunun dışında, birbirinden farklılık arz eden hukuki imkânların kullanılması, ileri sürülmesi ise mümkündür. Örneğin, kişinin görüntülerinin bir veri tabanından izinsizce alınarak işlendiği, bunlarla müstehcenlik içeren bir ürün oluşturularak satışa sunulduğu olayda, kişisel verilerin ve kişilik hakkının ihlali ile vekaletsiz işgörmeye kavramları haksız fiil görünümünde bir araya gelmekte; meselenin cezai boyutu ise ayrı bir husus oluşturmaktadır. Bu örnekte ilgili içeriğin yok edilmesi, üretilen üründen elde edilen kazancın iadesi, ihlal edilen değerler sebebiyle uğranılan zararların tazmini ve bu fiillere isabet eden cezai yaptırımların uygulanması amacıyla dava açabilecektir.

B. SORUMLU OLACAK KİŞİYE GÖRE

Üretici yapay zekâ teknolojileri, özellikle görsel ve işitsel öğelerin hâkimiyetindeki sosyal medya çağında, çoğu kullanıcı tarafından

¹¹⁶ Bkz. md. 20: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz...”

¹¹⁷ Bkz. md. 8: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

tereddütsüz bir şekilde kabul edilmiş ve popülerlik kazanmıştır. Gerçek ve tüzel kişiler çok çeşitli amaçlarla bu yapay zekâ platformlarını kullanmaktadır. Ancak yukarıdaki başlıklarda görüldüğü üzere, bu platformlar aracılığıyla üretilen dijital ürünlerin meydana getirilmesi veya kullanılması çeşitli normlara bağlı hukuka aykırılıklara sebebiyet verebilir. Bu noktada cevap bekleyen soru ise üretici yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünlerden doğan hukuki sorumluluğu kimin üstleneceği ile ilgilidir. Bu bağlamda yapay zekânın, ilgili platformun ve kullanıcının sorumlu olup olmadığının irdelenebileceği çeşitli durumlar ortaya çıkar. O hâlde aşağıda, bahsi geçen teknolojik üretimlerden ve bunların kullanılmasından dolayı kimlerin hangi kapsamda sorumlu olacağını incelemek gerekecektir.

1. Ürettirenin (Kullanıcının) Sorumluluğu

Yukarıda genel hatları ile incelenen hukuk normlarından birisini ihlal eden içeriğin üretilmesi talimatını veren kimsenin sorumluluğu incelenirken, bu kimsenin iradesi, kusuru vb. dahil olmak üzere çeşitli değişkenler rol oynayacaktır.

Öncelikle, kişinin ihlal ettiği değer ve normun bilincinde olmaması, icra edilen fiilin hukuka aykırı olmadığını düşünmesi, ihlalin doğması noktasında kural olarak etkisizdir. Bu durumda örneğin, yapay zekâ vasıtasıyla oluşturulan içeriğin bir kimsenin kişilik hakkını, kişisel verilerini, fikri haklarını vs. ihlal ettiğini bilmemek önem arz etmez. Hatta kişi, hukuka uygun bir içerik üretmesini beklerken yapay zekâ buna kendi inisiyatifi ile uymamış olsa dahi buradaki içerik hukuka aykırı kabul edilir. Örneğin, bir kullanıcı kitap olarak yayımlamak için yapay zekâdan özgün bir hikâye, roman, senaryo oluşturmasını ister. Yapay zekâ ise bu işi başka eserlerden usulsüzce alıntılar yapmak suretiyle yerine getirir. Böyle bir durumda meydana gelen ürünü kitap hâline getirip basan kişinin bilgisizlik ve kusursuzluğu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Hatta, ilgili kitabın yapay zekâ tarafından kaleme alındığını belirten bir ibarenin okuyucuya sunulmuş olması da etkisizdir. Dolayısıyla ihlal edilen norma göre hukuka aykırı içeriğin imha edilmesi; web sitesinde yer alan içeriğin çıkarılması, erişimin engellenmesi; hukuka aykırılığın duyurulması; yinelenebilecek ihlal tehlikesinin önlenmesi gibi talepler ileri sürülebilir. Özellikle mutlak haklar zamanaşımına tabi olmadıklarından, ihlal devam ettiği müddetçe bunlara ilişkin tedbirlerin alınması, aykırılıkların giderilmesi talep edilebilir. İhlal vasıtasıyla elde edilen değerler ise gerek sebepsiz zenginleşme gerek özel olarak vekaletsiz işgörme hükümlerine göre ilgili zamanaşımı süresi içerisinde ihlal edenden istenebilir.

Diğer taraftan hukuka aykırı içeriklerin kişilerin maddi-manevi zarara uğramalarına sebebiyet veren boyutu ise kural olarak kusur incelemesini gerekli kılar. Örneğin, yapay zekâyâ bir kimsenin sesini alarak işlemesi ve dijital bir içerik oluşturması talimatını veren kullanıcı, somut olayda rıza gibi bir hukuka uygunluk unsuru bulunmuyorsa, kasten (bilerek ve isteyerek) hareket etmiş olacak; bu hâliyle kusur unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır. Farklı olarak, kişinin yapay zekâdan hukuka aykırı bir içerik üretmesini istemediği, ancak yapay zekânın netice olarak ortaya koyduğu ürünün hukuka aykırı olduğunun anlaşıldığı (veya anlaşılması gerektiği) bir olayda

ise üretim talimatının kapsamı hukuka uygun olsa da, içeriği buna rağmen kullanan kimsenin de kusurlu olduğu sonucu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı işlemenin kusura bağlı sonuçları meydana gelebilir.

Gerek üretim talimatlarında gerek üretilen ürünün kullanılmasında kast veya ihmal düzeyinde bir kusuru bulunmayan kullanıcının hukuka aykırılıktan doğan zararları tazmin yükümlülüğünden bahsedilemez. Örneğin, yapay zekâya yazdırdığı kitabın usulsüz alıntılardan oluştuğunu bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen kişiden bu kitabın basımını sonlandırması, eldeki ürünleri imha etmesi ve ihlali ortadan kaldıracak diğer işleri yapması talep ve dava edilebilir. Hatta kendisinden elde edilen kazancın iadesi de ilgili hükümler kapsamında istenebilir. Ancak kusuru bulunmadığından maddi ve manevi zararları tazmin yükümlülüğü ise yoktur.

Buna karşılık, ihlal olgusunun kusur aranmayan bir sorumluluk normu kapsamında değerlendirilebildiği bir olayda ise maddi etki ve giderimler için de kusur aranmasına ihtiyaç olmaz. Örneğin, işleme talimatı veren kişinin ayırt etme gücü olmamasına rağmen TBK md. 65'in ¹¹⁸ uygulanabileceği anlaşılıyorsa hakkaniyet sorumluluğu ele alınabilecektir. Keza, işlemeyi yapan bir işçi olup, işleme de görevi ile ilgili olarak bir hizmet ilişkisi içerisinde gerçekleştirildiğinde, işleme ile hakları ihlal edilen kimsenin uğradığı zararlardan dolayı şartları oluşmuşsa adam çalıştıran TBK md. 66'ya ¹¹⁹ göre sorumlu tutulabilir. Bir ajanstaki reklamcı, tekstil firmasındaki stilist, şirketteki tasarımcı gibi bir çalışan, kendisinden istenen görsel içerik üretim işini tamamlamak için yapay zekâdan yararlanırken kasten veya ihmal suretiyle üçüncü kişilere ait hakları (fotoğraf veya seslerini işlemek gibi) ihlal ettiğinde, bu çalışanları istihdam eden gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluğu böyledir. Bu olayda çalışan ise kendi davranışının sorumluluğunu haksız fiil kuralları uyarınca üstlenir ¹²⁰.

Tazminat ve iade talepleri gibi maddi etkilere ve bu etkilerin giderimlerine yönelik davalar ise yukarıdaki taleplerin aksine belirli zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır. Buna bağlı olarak ihlal edilen (haksız fiil, borca aykırılık gibi) normlara ilişkin sürelerin ne olduğuna göre mesele çözümlenecektir.

Dikkat edilmek gerekir ki, içeriğin yapay zekâ tarafından işlenmesi bir hukuka uygunluk sebebi değildir. İşlemenin yapay zekâ tarafından yapılmış olması, tek başına işletenin kusurunu da ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla, yapay zekâ tarafından üretilme argümanı geçerli bir savunma teşkil etmez. Örneğin, bir sanatçının sesinin yapay zekâ tarafından klonlanması teknolojik

¹¹⁸ "Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir."

¹¹⁹ "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür..."; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 380 vd.

¹²⁰ Ayrıca özellikle eklemek gerekir ki, kullanıcı ile yapay zekâ platformunu hâkimiyetinde bulunduran kimse arasında hizmet sözleşmesi gibi bir tabiiyet bulunmadığı sürece, yapay zekânın üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı kusursuz kullanıcının sorumlu tutulması mümkün olmaz. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedilemez.

olarak mümkün ve kolaylıkla erişilebilir bir imkâna da bunun kullanılması neticesinde oluşan ürün hukuka aykırı olabilir. Yapay zekânın (yani platformun, ilgili firmanın veya gerçek kişinin) üretim talimatı veren yanındaki kendi sorumluluğu ise ayrı bir ihtimaldir, ki bu hususa aşağıdaki başlıkta yer verilecektir.

Öte yandan, bazı durumlarda içeriğin hukuka aykırı olup olmayacağı salt içeriğin kendisine değil kullanım tarzına bağlıdır. Örneğin, belirli kaynaklardan Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nun izin verdiği ölçüde yararlanmak ve yeni bir eser üretmek mümkündür. Keza, ünlü bir sanatçının sesinin görüntüsünün yapay zekâ yardımıyla manipüle edilerek kişisel, eğlence, hiciv, eleştiri, parodi amaçlı işlemlerin yapılması kural olarak hukuka uygundur. Yapay zekânın meydana getirdiği bu ürünü işaret edilen amaçlarla kullanmak da hukuka uygun olacaktır. Ancak örneğin, aynı ünlü kişiye ait görüntüyü veya sesi bir ticari iş için kullanmak, reklamda yer vermek veya kişilere hakaret içeren bir işin icrasında konumlandırmak ise kullanıcının sorumluluğunu meydana getirecektir¹²¹. O hâlde, üretici yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünün kullanıcı elinde ne anlama geldiği ve nasıl kullanıldığı da kullanıcının sorumlu olup olmaması noktasında araştırılacaktır.

Son olarak, ihlal neticesine kişilerin cezalandırılmasını öngören cezai hükümler de bulunabilir. Bunların şartları ise ayrıca incelenmek gerekir, ki konumuz kapsamında olmadığından (özel hukuk sorumluluğu ile sınırlı kalınacağından) bu husustan imtina edilecektir.

2. Yapay Zekâ Platformunun (Üreticinin) Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Üretici yapay zekânın meydana getirdiği ürünler neticesinde oluşan hukuka aykırılıklardan dolayı kimin sorumlu olacağı hususunun incelenmesinde en önemli noktalardan birisi yapay zekânın ve yapay zekâyı hâkimiyeti altında bulunduran gerçek veya tüzel kişi platformun sorumluluğu meselesidir¹²². Bu noktada sorumluluk genel olarak ele alınmakta ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi genel düzenlemelerde yer alan normlara aykırılıktan doğan sorumluluk ele alınmaktadır, ki bu normlar yukarıda genel hatları ile incelenmiştir.

Öncelikle, yapay zekânın bizzat kendisinin sorumlu olabilmesinin mümkün olmadığını belirterek başlamalıyız. Somut olayda her ne kadar kendi eylemlerini otonom bir şekilde yönlendirmiş, bir başka müdahale olmadan kendi iradesiyle karar vermiş olsa bile, yapay zekânın kendi

¹²¹ Hukuka aykırılık (ihlal) bağlamında kişilerin görüntülerinin ticari amaçla kullanılması hususunda ayrıntılı olarak bkz. Yünlü, s. 188 vd.

¹²² Yünlü, s. 196 vd.; Yapay zekâdan doğabilecek kusursuz sorumluluk ihtimalleri için ayr. bkz. Büyüksağış/Türkoğlu/Alptekin, s. 88 vd.

sorumluluğu söz konusu olmaz. Öyle ki, yapay zekâlı varlıkların hukuk düzeni tarafından tanınmış bir kişilikleri bulunmadığından, cezai ve hukuki sorumluluk altında olmaları da düşünülemez. Sorumluluk hususu için öncelikle gerçek ve tüzel kişiler gibi hak ehliyetine sahip varlıklar bulunmalı; bu kişiler hukuka aykırı davranışlarından sorumlu tutulabilecek ehliyeteye sahip olmalı; ve ilgili sorumluluk normunun aradığı özel unsurlar da tamamlanmış olmalıdır. Bu hâliyle (ve güncel hukuki düzenlemelere göre) yapay zekâlı varlıkların herhangi bir sorumluluk üstlenmesi mümkün olmaz.

O hâlde, yapay zekânın meydana getirdiği içeriklerin-ürünlerin, bu ürünleri kullananlar dışındaki kimselerin sorumluluklarına sebebiyet verecek şekilde ele alınması için yapay zekâ üzerinde bilhassa mülkiyet gibi bir ilişkiden doğan hâkimiyete sahip olan kimseleri değerlendirmeliyiz. Diğer bir anlatımla burada, yapay zekâyâ malik olan, onu kira sözleşmesi ile belirli süre için edinerek faaliyete sokan ve hatta hakka dayanmayan bir şekilde elinde bulundurarak işleten kişileri ele alabiliriz. Bu kişilerin bir veya birden fazla kişi olmaları veya yine gerçek ya da tüzel kişi olmaları mümkündür. Örneğin, yapay zekâyâ sahip uygulamayı geliştirerek faaliyete sokan gerçek kişi bir yazılımcı veya geliştirenden satın alarak kullanıma sunan vakıf veya şirket gibi bir tüzel kişi bu bağlamda ele alınabilir. Bu kişiler, çalışmamızda sıklıkla kullandığımız ifadeler ile, platform, sosyal medya uygulaması, firma vb. şekillerde adlandırılabilir. Bu adlandırmaların tek başına ilgili kişinin sorumluluğunu değiştirici bir etkisi olmaz. Asıl olan hukuki sıfatın tespiti.

Genel olarak belirtmek gerekecektir ki, yapay zekâ sistemlerinin varlığı başlı başına bir hukuka aykırılık oluşturmamaktadır. Bunu yasaklayan bir hüküm yoktur. Yapay zekânın hukuka uygun veya hukuka aykırı şekilde içerikler oluşturacak şekilde kullanılması çoğunlukla kullanıcıya bağlıdır. Zira yapay zekâ uygulamaları her ne kadar otonom özellikler barındırsalar da, hukuka aykırı bir içerik üretip üretmemek noktasında çoğunlukla kendisine verilen talimatlara göre hareket edeceklerdir. Örneğin, ünlü bir futbolcunun yüzü kullanılarak hiciv içeren bir video oluşturulabilir. Kamuya mal olmuş kimselerin bu gibi işlemlere katlanmak zorunda olduklarında gerek doktrin gerek içtihatlar yönünden şüphe yoktur¹²³. Keza aynı şekilde ve eleştiri hakkının kullanılması kapsamında, bir teknoloji firmasını, siyasi partiyi, markayı vb. eleştiren, parodiyi amaçlayan bir metnin yapay zekâyâ yazdırılması, görsellerin oluşturulması durumunda da gerek yapay zekâ platformu gerek kullanıcı yönünden hukuka uygunluk bulunur. Varlığı tek başına hukuka aykırı olmayan bu içeriğin hukuk aykırı şekilde kullanılması ise kullanıcının ihtiyarındadır, ki bu şekildeki bir kullanımdan dolayı yapay zekâ platformunun sorumlu olması mümkün olmaz. Örneğin, yapay zekâ tarafından üretilen içeriğin ilgili kişilere hakaret edilmek amacıyla kullanılması durumunda illiyet bağı kullanıcının fiili ile başlayarak doğacak ve kullanıcı şartları oluşmuş ise bu davranışından dolayı şahsen sorumlu olacaktır.

¹²³ Kamuya mal olmuş kişiler kavramıyla birlikte ayrıntılı olarak inc. Yünlü, s. 342 vd.

Diğer taraftan, kullanıcının ne yönde bir kullanım yaptığından bağımsız olarak, üretilen içeriğin başlı başına hukuka aykırı olduğu hâllerde ise sorumluluk ihtimalleri değişiklik gösterebilir. Bu durumu, akla ilk gelen en önemli dört ihtimal üzerinden ele alabiliriz:

Birinci ihtimalde, yapay zekâdan istenen içerik hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılık yapay zekâ tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bir durum değildir. Diğer bir ifade ile yapay zekânın bu hukuka aykırılığı teknolojisi ile tespit etmesi beklenmez. Örneğin, bir kimseye ait ses, bu kimsenin rızası yokken kaydedildikten sonra yapay zekâ platformuna yüklenip üzerinde işlemler yapılmıştır. Kural olarak kişinin sesinin bu şekilde kayıt altına alınması, saklanması, paylaşılması vb. fiiller hukuka aykırıdır. Burada yapay zekâ uygulaması bu durumu bilmiyor ve özellikle teknolojik imkânları ölçüsünde bunu tespit etmesi de beklenmiyor ise yapay zekâ platformunun kusurundan ve buna bağlı sorumluluğundan da bahsedilemez.

İkinci ihtimalde, yapay zekâdan istenen içerik yine hukuka aykırıdır. Bu kez hukuka aykırılık yapay zekâ tarafından bilinmekte veya teknolojisinin gerektirdiği şekilde bilinmesi gerekmektedir. Örneğin, yapay zekâdan bir çocuğun istismar edildiğini veya bir kimsenin belirli bir suç işlediğini tasvir eden bir içerik üretmesi istendiğinde, yapay zekânın buradaki hukuka aykırılığı tespit etmesi ve talebi reddetmesi beklenmelidir. Burada kanaatimizce, üstün yetenekleri ile övünmek suretiyle piyasaya arz edilen, üzerinden ticari kazanç elde edilen ve yapay zekâ olarak adlandırılan bir uygulamanın, örneklerdeki gibi bariz hukuka aykırılıkları tespit edecek alt yapıyı tesis etmesi gerekir. Bu durum Mecellede “Külfet nimete, nimet külfete göredir.”¹²⁴ ve Roma Maximlerinde “Qui sentit commodum, sentiredebet et onus; et e contra”¹²⁵ şeklinde ifade edilen nimet-külfet/benefit-burden prensibinin de doğal bir neticesidir. O hâlde, örnekteki gibi durumlarda yapay zekânın ilgili içeriği üretmeyi reddetmesi, aksi durumda hizmete sunanın kusurlu addedilerek sorumlu tutulması uygun düşecektir.

Üçüncü ihtimalde, yapay zekâdan istenen içerik hukuka aykırı değildir. Diğer bir ifade ile kullanıcı yapay zekâdan hukuka aykırı bir içerik oluşturmasını istemez. Ancak yapay zekânın meydana getirdiği içeriğin hukuka aykırı olduğu görülür. Örneğin, yapay zekâdan bir ürünün reklamında kullanılmak üzere eşsiz bir slogan oluşturması istenmiş; yapay zekâ ise başka bir firmanın reklamlarında kullandığı sloganı kopya etmiştir. Yine, kendisinden başarısız bir yöneticiyi hicveden bir karikatür çizmesi istenmiş; yapay zekâ ise müstehcenlik, hakaret vb. ahlaka aykırılıklar içeren bir görsel oluşturmuştur. Keza yapay zekâ, yazması istenen özgün kitabı, usulsüz alıntılar yaparak üretmiştir. Bu gibi örneklerde yapay zekânın yine bahse konu hukuka aykırılıkları tespit etmesi gerektiği sonucuna ulaşıyor

¹²⁴ Bkz. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye md. 88, inc. Ahmet Şimşirgil/Ekrem Buğra Ekinci, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, KTB Yayınları, İstanbul, 2008, s. 153.

¹²⁵ “He who enjoys the benefit ought also to bear the burden; and the contrary”, Georg Frederick Wharton, Legal Maxims: With Observations and Cases, Printed by Horace Cox, London, 1865, s. 159.

ise ilgili platformun kusuru ve hukuki sorumluluğunun ele alınabilmesi değerlendirilebilir¹²⁶.

Dördüncü ihtimalde, ne kullanıcının arzusu ne de meydana getirilmesi istenen ürünün kendisi hukuka aykırı değildir. Ancak yapay zekâ, bu içeriği oluştururken hukuka aykırı şekilde hareket etmiştir. Üretilmesi istenen yazı, ses veya görüntü hukuka uygun olsa da, yapay zekâ bu içeriği üretirken ilgili kişilerin kişisel verilerinden hukuka uygun olmayan şekillerde yararlandığında durum böyledir. Bu gibi bir ihtimalde yapay zekâ platformunun kişisel verilerin ihlal edilmesi gibi diğer hukuk normları kapsamında sorumlu olabilmesi mümkündür.

Somut olayda yapay zekânın sorumlu olduğu sonucuna varılan durumlarda, yukarıdaki başlıklarda genel hatları ile üzerinde durulan hukuk normlarının ihlal edilmiş olması muhtemeldir. Bu bakımdan norm bazlı inceleme yapılabilir. Daha önce incelenmiş olduklarından, bu normlara tekrar değinilmeyecektir. Öte yandan, sorumluluğu incelenen yapay zekâ unsurları, kullanıcı ile arasındaki etkileşimin çoğunlukla çevrimiçi olarak faaliyet gösteren (bilgisayar programı, web sitesi ya da mobil uygulamalar) araçlar ile gerçekleştirildiği unsurlardır. Çalışmamızın başında örneklediğimiz çoğu yapay zekâ uygulaması bu şekilde ve bilhassa web siteleri üzerinden hizmet sunmaktadır. Bu durumda 5651¹²⁷ sayılı Kanunda zikredilen içerik, yer ve erişim sağlayıcı kavramlarının ele alınıp alınamayacağına değinmekte fayda vardır. Keza yapay zekâ tarafından üretilen bir unsurun 7223¹²⁸ sayılı Kanun nazarında bir ürün olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de akla gelir. Dolayısıyla aşağıda, yapay zekânın hukuk normları bazı genel sorumluluk incelemesi yanı sıra bu iki kanun kapsamındaki incelemesine de kısaca yer verilecektir¹²⁹.

b. Özel Olarak

i. 5651 sayılı Kanun Kapsamında

Yapay zekâ platformları genel olarak internet bağlantısı yardımıyla ve web ortamı üzerinde faaliyet gösterdiklerinden, bilhassa 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen

¹²⁶ Kullanıcının sorumlu olup olmayacağı ise üretilen içeriği benimseyip benimsemediğine göre incelenir. Örneğin, bu içerikteki hukuka aykırılığı görmesine rağmen onu kullanmış ise kusuru ve sorumluluğu vardır. Ancak dikkat edilmek gerekir ki, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasını amaçlayan dava imkânları için yapay zekânın veya kullanıcının kusuruna da ihtiyaç yoktur. Bu sebeple verilen örneklerde, yapay zekâ platformunun web sitesinde yer alan veya kullanıcı tarafından paylaşılan içeriğin kaldırılması gibi talepler ileri sürülebilir.

¹²⁷ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

¹²⁸ Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu

¹²⁹ Yapay zekâ geliştiricisi, sağlayıcısı, kullanıcısı ve en nihayetinde varsa zarar gören kişiler bir olayda çeşitli yabancılık unsurlarını meydana getirebilirler. Bu noktada uygulanacak hukuk bağlamında ayrıntılı inceleme içinse bkz. Güner, s. 244 vd.

Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da yer alan süjelerin de ele alınması akla gelecektir.

Kanun genel olarak içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı gibi ana aktörlerin hukuki durum ve sorumluluklarını ele almıřtır¹³⁰. Bu bağlamda özel olarak değinilmesi gereken içerik saėlayıcı¹³¹, Kanunun md. 2/1-f hükmünde *internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiiler* olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla ses, görüntü, yazı vb. formatlardaki unsurları oluşturarak internet ortamı üzerinde sunan yapay zekâ platformlarını içerik sağlayıcı olarak niteleyebiliriz.

Ancak hemen eklemek gerekir ki, tanımda da yer aldığı üzere, sağlanan içeriğin internet ortamı üzerinde yer alması gerekecektir. Teknik olarak çok daha geniş bir anlama gelmekte ise de¹³², aynı Kanun internet ortamının ne olduğunu md. 2/1-g hükmünde *haberleşme ile kişiisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam* olarak sınırlandırır¹³³. O hâlda, yapay zekâ tarafından üretilen içeriğin kamuya açık olan internet üzerindeki ortamda yayımlanması yapay zekâ platformunun içerik sağlayıcı olarak sorumlu olması için aranacak unsurdur¹³⁴. Buna göre, kişiisel bilgisayar üzerinde internet bağlantısı yardımıyla gerçekleştirilen üretimlerde, üretici yapay zekânın içerik sağlayıcı olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Zaten Kanun, özellikle içeriğin çıkarılması ve engelleme gibi ihlali ortadan kaldırııcı tedbirlerin uygulanmasını düzenlediğinden, üçüncü kişiiler tarafından erişilmesine imkân bulunmayan kapalı ortamlara yönelik tedbir alınması en azından bu Kanun kapsamında hedeflenen bir sonuç değildir.

İnternet siteleri aracılığıyla faaliyet gösteren yapay zekâ platformlarının, bu içerikleri internet ortamı olarak tanımlanabilecek aynı veya farklı bir web sitesi üzerinden kullanıcılara sunması gibi bir örnekte ise içerik sağlayıcının sorumluluğu incelenebilir hâle gelecektir. Bu noktada doktrinde de örnek verilen bir yapay zekâ zikredilebilir. Özellikle Twitter üzerinden paylaşımlar yapan TAY¹³⁵ isimli yapay zekânın, Microsoft tarafından hizmete sunulması akabinde ırkçılık, nefret, hakaret vb. olarak sayılabilecek hukuka aykırı içerikler ürettiği ve bu sebeple çalışmasının durdurulduğu ifade edilmektedir¹³⁶. Keza sosyal bot olarak ifade edilen ve

¹³⁰ Md. 1: *“Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve uslleri düzenlemektir.”*

¹³¹ İnc. Yusuf Başlar, “İnternet Sjeleri ve Cezai Sorumlulukları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2022, s. 609 vd.

¹³² Alp ztekin, Teori ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku, Seçkin, Ankara, 2023, s. 126.

¹³³ ztekin, s. 139.

¹³⁴ Bu Kanun kapsamında internet ortamı kavramına ilişkin detaylı olarak bkz. ztekin, s. 141 vd.

¹³⁵ Bkz. [https://en.wikipedia.org/wiki/Tay_\(chatbot\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Tay_(chatbot)) (s.e.t.: 24.01.2024).

¹³⁶ Güner, s. 234.

sosyal medya üzerinde özellikle yazılı içerikler üreten, yapay zekâlı olan veya olmayan botların da gerek doğrudan bireylere gerek dezenformasyon vb. yoluyla topluma zarar verebilme ihtimallerinin yüksek olduğunu da eklemek mümkündür¹³⁷.

Öte yandan internet ortamı kavramı ele alınırken, erişimin tümüyle ücretsiz ve açık olmasına gerek olmayıp, belirli koşulları (ücret ödeme, abone olma gibi) sağlayan sınırlı sayıdaki kişilerin erişimi için içeriğin sunulmuş olması yeterlidir. O hâlde, Kanununun 4. maddesinde¹³⁸ açıkça düzenlendiği üzere içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her neviden içerik sebebiyle sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, yapay zekâ platformunun içerik sağlayıcı olarak üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi (ki bunun en önemli hâli içeriğin çıkarılmasıdır) ve ilgili sorumlulukları da üstlenmesi beklenir. İçerik ve yayımlanması dolayısıyla zarar gören kimselerin tazmin, iade gibi hakları ise saklıdır.

İster internet ortamında ister bu ortamın dışında kullanıma sunulmuş, üretilmiş olsun, yapay zekâ tarafından üretilen bu içeriği herhangi bir internet ortamında kullanıma sunan kullanıcı ise şahsi olarak içerik sağlayıcı sıfatını kazanır. İçeriğin sağlandığı ortam yapay zekânın üretim yaptığı internet sitesinin kendisi olabileceği gibi başka bir internet mecrası da olabilir. Bu ihtimalde kullanıcı da içerik sağlayıcı sıfatını ve yükümlülüklerini taşıyacaktır.

Kanununun 4. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, yapay zekâ tarafından üretilen içeriğe sadece erişim sağlamış olmak herhangi bir sorumluluk oluşturmaz¹³⁹. Ancak paylaşılan içeriğin benimsenmesi anlamına gelen fiiller bu kişinin de genel hükümlere göre sorumlu olmasına sebep olabilecektir. Yapay zekâ tarafından üretilen ve kullanıcı tarafından paylaşılan, hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılan bir sosyal medya gönderisinin altına, onu destekleyen bir yorum yapılması böyledir.

Madde 2/1-m'de *Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler* olarak tanımlanan yer sağlayıcılar¹⁴⁰ ile md. 2/1-e'de *kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler* olarak tanımlanan erişim sağlayıcılar¹⁴¹ ise içeriğin üretilmiş veya paylaşılmış olmasından dolayı aktif bir sorumluluk altında bulunmazlar¹⁴². Bununla birlikte, kendilerinden bu Kanun kapsamında talep edilen (erişim

¹³⁷ İnc. Gül Ünlü/ Küçükşabanoglu, s. 89 vd.

¹³⁸ "İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur..."

¹³⁹ "İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur."

¹⁴⁰ Başlar, s. 610 vd.

¹⁴¹ Başlar, s. 607 vd.

¹⁴² Bkz. md. 5/1: "Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir." ve md. 6/2: "Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir."; süjelerin cezai sorumluluklarına ilişkin bkz. Başlar, s. 616 vd.

engelleme veya içerik çıkarma) davranışları yerine getirmemeleri hâlinde ise sorumluluk üstlenebilirler.

ii. 7223 sayılı Kanun Kapsamında

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünler sebebiyle yapay zekâ platformunun sorumluluğunun irdelenmesi noktasında, kısaca değinilmesi gereken hususlardan birisi ise ürün sorumluluğudur¹⁴³.

7223 sayılı Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu uyarınca, bir ürünün, şahsa veya mala verdiği zararın, ürünün imalatçı¹⁴⁴ veya ithalatçısı¹⁴⁵ tarafından giderilmesi gerekir¹⁴⁶. Keza dağıtıcının¹⁴⁷ da aynı sorumluluk içerisinde değerlendirilebilmesi somut olayın şartlarına göre mümkün olabilir¹⁴⁸. Dolayısıyla, zarara sebebiyet veren bir üründen dolayı imalatçı, ithalatçı, dağıtıcı gibi Kanunda özel olarak sayılan kimselerin zarar görene karşı sorumlu oldukları düzenlenmektedir. Bunun için, zarar görenin hatalı/uygunsuz üründen¹⁴⁹ kaynaklanan zararı ve illiyet bağıını ortaya koyması beklenirken¹⁵⁰; sorumluların kusurlarını ortaya koyması ise gerekmez¹⁵¹. Sorumluluğun somut hâle getirilmiş formu olan tazminatın tür, kapsam ve miktarının belirlenmesinde ise Türk Borçlar Kanunu hükümlerine gidilecektir¹⁵².

¹⁴³ İnc. Martin Ebers, “Yapay Zeka İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk – Temel Sorunlar”, Hukuk Köprüsü, Çev. Zehra Başer Doğan, S. 16, 2019, s. 84 vd.; İlyas Sağlam/Emre Girgin, “Yapay Zekâ ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 19, 2022, s. 67 vd.

¹⁴⁴ Md. 3/1-g: “Ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi”; imalatçıya ilişkin ayr. bkz. Remzi Demir, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, Adalet, Ankara, 2023, s. 106 vd.; Cemre Polat, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 4, 2021, s. 1007 vd.

¹⁴⁵ Md. 3/1-ğ: “Ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi”; inc. Polat, s. 1010 vd.

¹⁴⁶ Sağlam/Girgin, s. 73; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 417 vd.

¹⁴⁷ Md. 3/1-ç: “Ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran, imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişi”; inc. Polat, s. 1011 vd.

¹⁴⁸ İnc. md. 11; Sağlam/Girgin, s. 74.

¹⁴⁹ Bkz. Demir, s. 143 vd.; Seda Baş, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 13, S. 52, 2022, s. 372 vd.

¹⁵⁰ Md. 6/2: “İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur.”; Baş, s. 374.

¹⁵¹ Sağlam/Girgin, s. 68.

¹⁵² Md. 6/5: “Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

Ürün sorumluluğu bahsindeki en önemli ve temel noktalardan birisi ise ürünün ne olduğuna ilişkindir¹⁵³. Kanun tarafından yapılan tanıma göre ürün, her türlü madde, müstahzar veya eşya olarak ifade edilmektedir¹⁵⁴. Bir cep telefonundan otomobile kadar çok sayıda unsur ürün olarak nitelendirilebilir. Üretici yapay zekâ ile ilgili olarak önemli olan ise yazılımsal öğelerin bu Kanun kapsamında ürün olarak kabul edilip edilmeyecekleridir¹⁵⁵. Kanunda özel olarak sayılmadığından, bu hususa ilişkin olumlu ve olumsuz yönde farklı görüşlere ulaşabilmek mümkündür¹⁵⁶. Konu kapsamımız dışında olduğundan bu husustaki görüşlerin incelenmesi yapılmayacak olmakla birlikte, yazılımsal öğeler için özel ve ayrıca bir düzenleme getirilmediği sürece, yazılım öğelerinin de ürün kavramı içerisinde incelenmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz¹⁵⁷. Dolayısıyla yazılımsal öğeler, içerisinde sunulduğu maddi bir ortamdan bağımsız şekilde ürün olarak değerlendirilebilirler¹⁵⁸. Zira özellikle doğrudan ve salt yazılım kaynaklı zararların meydana gelmesi mümkün ve hatta dijital dünyada karşılaşılması oldukça yüksek bir ihtimaldir.

Örneğin, satın alınarak otomobile yüklenen hatalı bir yazılım sebebiyle otomobilin kaza yapması veya cep telefonunun fazlaca ısınarak yanması gibi durumlarda zararın doğrudan ve tek kaynağı yazılımdır. Yüklendiği bir gerçek kişi veya kurum bilgisayarındaki dosyaların bozulmasına, bankacılık işlemlerinde hesaplama hatalarına veya kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmasına yol açan yazılımın da zararın doğrudan kaynağı olduğu görülür¹⁵⁹. Bu genel örneklerden sonra konumuza yakın bir örnek vermek gerekirse; yapay zekâ tarafından üretilen bilgileri sunarak kullanıcılarını yönlendirmeyi vadeden bir yazılım, yapay zekânın ürettiği yanlış bilgi ve yönlendirmeler sonucu kullanıcının veya üçüncü kişilerin zarara uğramasına neden olabilir. Detaylı olarak düşünülmesi hâlinde verilebilecek örneklerin artırılabilmesi mümkündür.

Öte yandan, ürün sorumluluğu bağlamında sorumluluk üstlenebilecek kimselerin başta kullanıcılar olmak üzere çeşitli kimseler ile sorumsuzluk

¹⁵³ Yapay zekâ sistemlerinin başlı başına bir ürün olup olmadığı hususunda ayrıntılı olarak bkz. Seda Gayretli Aydın, *Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu*, Adalet, Ankara, 2023, 214 vd.

¹⁵⁴ Maddedeki (3/1-s) “madde”, “müstahzar” ve “eşya” unsurlarına ilişkin ayr. bkz. Demir, s. 101 vd.; Damla Özden Çelt, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2021, s. 88 vd.; Polat, s. 984 vd.

¹⁵⁵ Bkz. Büyüksağış/Türkoğlu/Alptekin, s. 84 vd.; Demir, s. 140 vd.; Sağlam/Girgin, s. 69.

¹⁵⁶ İnc. Yıldırım Keser, *Ürün Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 37; Sağlam/Girgin, s. 69; Çelt, s. 89, dn. 80.

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. Büyüksağış/Türkoğlu/Alptekin, s. 85; Sağlam/Girgin, s. 69; Demir, s. 140 vd.; aksi yönde bkz. Keser, s. 83; Polat, s. 988.

¹⁵⁸ Fikri ürünler, bilgi ve yapay zekânın kendisinin bu Kanun kapsamında ürün sayılamayacağı yönünde bkz. Keser, s. 84.

¹⁵⁹ 7223 sayılı Kanununun tazminini öngördüğü zararların fiziksel boyutu haiz zararları kapsadığı; bu hâliyle salt ekonomik kayıpların kapsam dışı kaldığı yönünde bkz. Büyüksağış/Türkoğlu/Alptekin, s. 87.

kaydı içeren sözleşmeler oluşturma ihtimalleri ise Kanun tarafından olumsuz karşılanmıştır¹⁶⁰. İlgili hükme göre¹⁶¹, sorumlu olacak kişilerin tazminat sorumluluğunu daraltma veya kaldırmayı içeren sözleşmelerin ilgili maddeleri geçersiz olacaktır¹⁶². Bu noktada her ne kadar yazılımsal öğelerin de ürün olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul ediyor olsak da, ilgili hükmün yazılımsal öğelerin niteliğine de uygun şekilde ağır kusur hafif kusur ayrımı yapılmak suretiyle uygulanmasının ve buna bağlı düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁶³.

Özetle, yapay zekânın gerçekleştirdiği, yazı, ses, video, programlama kodları, matematiksel hesaplamalar gibi dijital çıktıların/ürünlerin şahıs ve malvarlığı değerlerine başlı başına zarar verebilme imkânı olduğunu ve bu durumlarda 7223 sayılı Kanunun uygulama bulabileceğini ihtimalen akıldan bulundurmamak gerekecektir.

SONUÇ

Yapay zekâ teknolojilerinin hemen her türü, kullanıcılar tarafından büyük bir ilgi ile karşılanmaktadır. Özellikle üretici (üretken) yapay zekâ / generative artificial intelligence (GAI/GenAI), yazılı, sesli ve görsel içeriklerin üretilmesinde giderek daha fazla kullanılmaktadır. Üzerinde uzun uğraşlar gerektiren işleri kolayca tamamlayabiliyor olması, benzersiz ve olumlu yönlerinden biridir. Bu sebeple yaygınlaşması ve vazgeçilmez bir hâl alması kaçınılmaz gibidir. Bununla birlikte, üretilen unsurların çeşitli hukuk normlarını ihlal etmesinin muhtemel olduğu da görülür. Kişilik hakkı, kişisel veriler, fikri ve sınai haklar gibi daha birçok norm üretici yapay zekâ faaliyetleri kapsamında ihlal edilmeye müsaittir. Zira yapay zekâ, bahse konu üretimleri yaparken, içerisinde kişilerin kayıt altına alınmış ses ve görüntüleri, sosyal medya gönderi ve yazışmaları; dijital ortama aktarılmış makale, dergi ve kitaplar; fikir ve sanat eserleri veya herhangi bir sesli, yazılı, görüntülü içeriği kuralısız ve sınırsızca işlemektedir.

Bahse konu üretimlerden ve üretime bağlı fiillerden dolayı kimlerin sorumlu olacağı ise diğer bir önemli husustur. Bu noktada,

¹⁶⁰ Sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin ayr. bkz. Keser, s. 250 vd.; Çelt, s. 102.

¹⁶¹ Md. 6/4: “İthalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür.”

¹⁶² Öte yandan, sorumluluk bahsine ilişkin olarak gelişim riski savunmasına dair inc. Polat, s. 1024 vd.

¹⁶³ Kanaatimizce, fiziksel varlığa sahip ürünler için yerinde kabul edilebilecek bu hükmün yazılım öğeleri için aynı şekilde uygulanması ise hükmün amacını aşacak neticelere sebebiyet verebilir. O sebeple, her ne kadar yazılımsal öğelerin de ürün sorumluluğu bağlamında bağımsız bir şekilde değerlendirmeye alınabileceğini kabul etsek de, sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz kılan bu hükmün yazılımsal öğeler için yumuşatılmasını, özellikle bu hususun hafif kusuru kapsam dışında tutacak şekilde ayrıca düzenlenmesini daha uygun bulmaktayız. Zira yazılımsal öğeler diğer ürünlere göre hataya daha açık olmaları yanında, devamlı surette de geliştirilmekte olan ürünlerdir, ki bu durum işin niteliğine özgü kuralların uygulanmasının daha hakkaniyetli olacağı sonucunu doğurabilir. Aksi durumda ağır sorumluluk rizikosuna sebebiyle geliştiricilerin ilerlemesi engellenmiş olabilir.

kullanıcının veya diğeri bir ifade ile üretim talimatı veren kimsenin sorumlu olabilmesi, ilgili normun türüne göre kusur sorumluluğı ve kusursuz sorumluluk bağlamında incelenebilir. Bilhassa altını çizmek gerekir ki, ihlale konu ürünü bir yapay zekânın hazırlamış olması kullanıcının sorumluluğunu tek başına ortadan kaldırmaz. Yapay zekânın sorumluluğı ihtimali üzerinde durulduğunda ise ilk olarak yapay zekânın hak ehliyetine sahip bir varlık olmaması dolayısıyla sorumluluk taşımadığı söylenmelidir. Ancak yapay zekâyı hâkimiyeti altında bulunduran gerçek veya tüzel kişilerin somut olayın şartlarına göre sorumluluk üstlenmeleri olasıdır. Özellikle, yapay zekânın içeriğı üretirken hukuka aykırı fiiller icra etmesi veya ürettiğı ürünün hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi durumlarında, yapay zekâ platformunun sorumluluğı irdelenebilir hale gelir. Bu bağlamda yapay zekâ platformlarına ilişkin olarak ayrıca, 5651 sayılı Kanun kapsamında içerik sağlayıcı olarak sorumluluk ve 7223 sayılı Kanun kapsamında ürün sorumluluğı kavramlarının ele alınabilmesinin de mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

Abbott R/Rothman E, “Disrupting Creativity: Copyright Law in the Age of Generative Artificial Intelligence”, Vol. 75, 2023, Florida Law Review, ss. 1141-1201.

Açıkgöz D, Çalışanın Haksız Rekabet Eylemleri ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2023.

Akbulut B, “Yapay Zeka Ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, C. 27, S. 4, 2023, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 267-319.

Aksoy Retornaz E E, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), On İki Levha, İstanbul, 2021.

Anıkaydın İ, “Deepfake Uygulamalarının Hukuki Boyutu”, Y. 12, S. 2, 2022, Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 736-747.

Ayvaz Tunç Ö/Yavuz H, “Yaratıcı Süreçlerin Dijital Evrimi: Animasyon ve Yapay Zekâ”, C. 14, S. 2, 2023, Marmara Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi, ss. 114-132.

Balaban M F/Kulular İbrahim M A, “ChatGPT Gibi Sohbet Yazılımlarının (Sohbet Botları/ Chatbots) Neden Olduğu Hukuka Aykırılıkların Önlenmesi”, C. 5, S. 2, 2023, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 747-789.

Banh L/Strobel G, “Generative Artificial Intelligence”, Vol. 33, 2023, Electronic Markets, (63) ss. 1-17.

Baş S, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, Y. 13, S. 52, 2022, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 349-382.

Başlar Y, “İnternet Søjeleri ve Cezai Sorumlulukları”, C. 19, S. 2, 2022, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 603-633.

Bora Çınar S, “Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus’la İmtihani: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir Mi?”, C. 14, S. 2, 2023, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 387-400.

Büyüksağış E/Türkoğlu E C/Alptekin O, “Yapay Zekâ İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, Edt.: Erdem Büyüksağış, On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 57-110.

Can E, “Yapay Zekâ Sistemlerinin Siber Suçlarla Mücadeledeki Rolü: Bilişim Ve Uluslararası Hukuk İncelemesi”, C. 27, S. 3, 2023, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 345-382.

Çelik A, Ticaret Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Çelt D Ö, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, C. 7, S. 1, 2021, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 73-114.

Çetiner S/Bozkurt-Yüksel A E, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Demir R, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, Adalet, Ankara, 2023.

Doğan E, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2022.

Dural M/Öğüz T, Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz, İstanbul, 2022.

Ebers M, “Yapay Zeka İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk – Temel Sorunlar”, Çev. Zehra Başer Doğan, S. 16, 2019, Hukuk Köprüsü, ss. 75-109.

Erdil E, Haksız Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

Eren F/Dönmez Ü, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt 2, Yetkin, Ankara, 2023.

Furrer A/Müller-Chen M/Çetiner B, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Gayretli Aydın S, Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu, Adalet, Ankara, 2023.

Gözet M/Filiz U/Yılmaz A E, “Üretken Yapay Zekâ”, C. 7, S. 1, 2023, International Journal of Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies, ss. 32-40.

Güçlütürk O G, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, On İki Levha, İstanbul, 2022.

Gül Ünlü D/Küçükşabanoglu Z, “Dezenformasyon ve Yapay Zekâ: Dezenformasyonla Mücadele Yollarına Yapay Zekâ Uzmanlarının Gözünden Bakmak”, S. 11, 2023, İletişim ve Diploması, ss. 83-106.

Güner C, “Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk”, Y. 8, S. 15, 2020, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 229-272.

Güneş İ, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

Karasu R/Suluk C/Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Keser Y, Ürün Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2021.

Lindberg V, “Building and Using Generative Models Under US Copyright Law”, Vol. 18, No. 2, 2023, Rutgers Business Law Review, ss. 1-65.

Lukas A J F, “Generative Artificial Intelligence under German Copyright Law (Part 1)”, 2023, SSRN, ss. 1-12.

Narbay Ş/Kirazlı Ş N, “Otonom Araçlarda Yapay Zekâ, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2023, ss. 49-65.

Novelli C/Casolari F/Hacker P/Spedicato G/Floridi L, “Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity”, 2024, SSRN, ss. 1-35.

Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz, İstanbul, 2024.

Ozan Özparlak B/Çetin M, “ChatGPT ve Üretici Yapay Zekâ Modellerinde Mahremiyet ve Güvenliğin Hukuki Boyutu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 2, 2023, ss. 1003-1040.

Özçelik Ş. B, “Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk Ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, S. 66, 2021, Adalet Dergisi, ss. 87-116.

Öztekin A, Teori ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku, Seçkin, Ankara, 2023.

Polat C, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, C. 70, S. 4, 2021, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 973-1041.

Sağlam İ/Girgin E, “Yapay Zekâ ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk”, C. 10, S. 19, 2022, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 37-87.

Surden H, “Artificial Intelligence And Law:An Overview”, Vol. 35, Iss. 4, 2019, Georgia State University Law Review, ss. 1305-1337.

Şimşirgil A/Ekinci E B, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, KTB Yayınları, İstanbul, 2008.

Turgut Bilgiç E, “Genel Veri Koruma İlkelerinin Yapay Zekâ Karşısında Uygulanabilirliği Sorunu”, Y. 15, S. 57, 2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 247-282.

Wharton G F, Legal Maxims: With Observations and Cases, Printed by Horace Cox, London, 1865.

Yünlü S, Görüntü Üzerinde Kişilik Hakkı, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023.

Dijital Kaynak ve Adresler

<https://ai.googleblog.com/2018/05/duplex-ai-system-for-natural-conversation.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://ai.meta.com/llama/> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://apnews.com/article/artists-ai-image-generators-stable-diffusion-midjourney-7ebcb6e6ddca3f165a3065c70ce85904> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://bard.google.com/chat> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://cbddo.gov.tr/sss/yapay-zeka/> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://chat.openai.com/> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://copilot.microsoft.com/> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://designer.microsoft.com/> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://edition.cnn.com/2023/04/29/us/ai-scam-calls-kidnapping-cec/index.html> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://elevenlabs.io/> (s.e.t.: 24.01.2024)

[https://en.wikipedia.org/wiki/Tay_\(chatbot\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Tay_(chatbot)) (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://gemini.google.com/> (s.e.t.: 03.05.2024)

<https://imagen.research.google> (s.e.t.: 24.01.2024)

<https://karararama.yargitay.gov.tr> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://leonardo.ai> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://openai.com/index/sora> (s.e.t.: 03.05.2024)
<https://openai.com/product/dall-e-2> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://uberduck.ai/> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://sustainabletechpartner.com/topics/ai/generative-ai-lawsuit-timeline/> (s.e.t.: 03.05.2024)
<https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/aktuel/yapay-zekayla-hazirlanan-youtube-reklamlari-yaniltiyor/1817129> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/blog/unluler-uzerinden-deepfake-sahtecilik-scarlett-johansson/1816703> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.adobe.com/sensei/generative-ai/firefly.html> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.descript.com/lyrebird> (s.e.t.: 24.01.2024)
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_EN.html#title1 (s.e.t.: 03.05.2024)
<https://www.heygen.com/video-translate> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.midjourney.com/home/> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.nvidia.com/en-us/ai-data-science/> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.reuters.com/technology/australian-mayor-readies-worlds-first-defamation-lawsuit-over-chatgpt-content-2023-04-05/> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.shutterstock.com/discover/shutterstock-ai> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.synthesia.io/> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.theverge.com/2023/2/6/23587393/ai-art-copyright-lawsuit-getty-images-stable-diffusion> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.washingtonpost.com/technology/2023/04/05/chatgpt-lies/> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.webtekno.com/drake-the-weeknd-heart-on-my-sleeve-yapay-zeka-h133889.html> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.webtekno.com/yapay-zeka-eminem-sesi-kullanilarak-yapilan-sarki-kaldirildi-h133596.html> (s.e.t.: 24.01.2024)
<https://www.youtube.com/watch?v=VnFC-s2nOtI> (s.e.t.: 24.01.2024)

BÜYÜK VERİ VE MOBİL UYGULAMALARDA İŞLENEN KİŞİSEL VERİLERİN (SAĞLIK VERİLERİ) HUKUKA UYGUNLUK SORUNU

Legal Challenges on Personal Data (Health Data) Processing through Big Data and Mobile Apps

Dr. Öğr. Üyesi Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM*
Av. Elife Filiz GÖKDAŞ**

Öz: Dijital varlıkların mirası konusu ve mobil uygulamalar aracılığıyla kişisel verilerin işlenmesi hususu özellikle pandemi dönemindeki uygulamalar nedeniyle endişeleri artırmıştır. Kamu sağlığının korunmasındaki üstün yarar gereği yaygınlaşan hassas kişisel veri kategorisi içinde yer alan sağlık verilerinin işlenmesi güncel tartışmalar arasında yer almaktadır. Ancak bu verilerin, büyük veri analizi ile pazarlanarak üçüncü taraflara aktarılması ve bu eylemlerden elde edilen kazançta büyük veri analizi, büyük veri analisti şirketlerin kişisel sağlık verilerini analiz etmesi, büyük veri analizi kullanılarak geliştirilen uygulamaların kişilik haklarına yönelik riskleri ve bu uygulamaların KVKK ve TMK 23, 24, 25. maddeleri bağlamında hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışılacaktır. Çalışmanın amacı, vasi atama bildirimini örneği üzerinden büyük verinin hukukun değerlendirmesini yaparak toplumda büyük veri ve kişisel verilere dair duyarlılık uyandırmaktır. Bu bağlamda çalışmada öncelikle büyük veri tanımlanmış, ardından kişisel verilerin büyük veri kapsamında nasıl kullanıldığı tartışılmıştır. Özellikle hassas veri kategorisinde yer alan sağlık verilerinin işleme şartları değerlendirilmiş ve büyük veri analizinde açık rıza olmaksızın nasıl sağlık verilerinin işlenebildiği detaylı şekilde analiz edilmiştir. Sonuç olarak sağlık verilerinin anonimleştirilerek büyük veri analizinde kullanımının şirketlere kazanç sağlarken diğer taraftan kişilerin özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etme riski taşıdığı ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Özel Nitelikli Kişisel Veriler, Sağlık Verileri, Büyük Veri

Abstract: The issue of inheritance of digital assets and the processing of personal data through mobile applications have increased concerns, especially due to applications during the pandemic period. Processing of health data which is a type of sensitive personal data has become widespread for protection of public health. However, there are almost no legal discussions regarding the transfer of health data to third parties by marketing them with big data analysis and the profit obtained data marketing. In this study, big data analyst companies that came to the fore with iPhone manufacturer Apple's iOS 15.2 update, will be to clarify whether companies analyze personal health data constitute a violation of the personal data protection law and the civil law in the context articles 23, 24, 25 of the Turkish Civil Code. This study discusses the example of guardian appointment notification sent by Apple to patients to illustrate legal challenges triggered by big data. The aim of the study is to raise awareness in the society about legal evaluation of big data considering processing health data. In this context, the study first defines big data and then discusses how personal data is used within the scope of big data. It also evaluates the processing criteria of health data which is categorised as sensitive personal data. It questions how health data could be processed without explicit consent in big data analysis. As a result, this work illustrates the anonymisation of health data and the use of it in big data analysis brings profit to companies. On the other hand, this work lifts the lid on processing health data without explicit consent in the concept of big data analysis carries the crucial risk of violating people's right to privacy and the right to protection of personal data.

Keywords: Sensitive Personal Data, Health Data, Big Data

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysegul.kulular@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6556-0269.

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, elifelifiz.gokdas@student.asbu.edu.tr, ORCID: 0009-0009-5194-6916.

Makale Geliş Tarihi: 04.12.2023, Makale Kabul Tarihi: 21.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484072

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler, insan hayatının neredeyse mütemmim cüzü haline gelmiştir. İnternet kullanımının artması ile birlikte, internet üzerinde paylaşılan bilgi ve kişisel veri de artmış, bu verilerin teknoloji devi şirketler tarafından kullanılarak katma değer sağlandığı büyük veri analizine talepler yoğunlaşmıştır. Bireylerin özellikle sosyal medya üzerinden paylaştığı kişisel verilerle beğeni kazanma yahut gelir elde etme amacı güderken aslında paylaştığı verilerin istemediği şekillerde kullanılabilceği hususu gözden kaçırılan önemli bir konudur. Teknolojinin getirebileceği zararlar düşünülmemekte yahut gelir elde etme gayesi ile dikkate alınmamaktadır. Teknoloji kullanılarak yapılan her işlemde veri üretilmektedir. Bu veriler, veri sahibinin bilgisi ve izni olmaksızın başkaları tarafından ele geçirilip kaydedilebilmekte ve kullanılabilir.

İlk kez 2005 yılında O'Reilly Media'da pazar araştırması direktörü olan Roger Magoulas tarafından “geleneksel ticari istihbarat (business intelligence) metodları ile artık yönetilmesi ve işlenmesi neredeyse imkansız olan çok büyük veri kümelerini tanımlamak üzere kullanılmış olan “büyük veri” terimi,¹ değere dönüştürülmesi için belirli teknoloji ve analitik yöntemler gerektiren yüksek hacim, (Volume) hız (Velocity) ve çeşitlilik (Variety) ile karakterize edilen bilgi varlığı şeklinde tanımlanabilir.² Kişilerin rızası ve haberi dâhi olmaksızın işlenen kişisel verileri kullanılarak büyük veri analizi ile yeni ve anlamlı veriler üretilebilmektedir. Bu durum, veri sahibi kişilerin, kendi kişisel verileri üzerindeki kontrolü kaybettiklerini göstermektedir.

KontROLSÜZ şekilde kişisel verilerin işlenmesini ve muhtemel riskleri önlemek için akıllı telefonlar ve özellikle mobil uygulamalar aracılığıyla işlenen kişisel verilerin ve kişilik haklarının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve korunması gerekmektedir. Zira büyük veriyi kullanan işletmeler, mobil uygulamalar kullanarak kişisel verileri, işlenebilir hale getirip satarak gelir elde etmekte ve kâr amacı ile kişilerin hakları çatıştığında kendi menfaatlerine ağırlık vermektedir. Pandemi dönemi, şirketlerin kâr artırma amacıyla mobil uygulama kullanıcılarının sağlık verilerini, bu uygulamalar aracılığıyla işleyip, depoladıkları ve bu verileri kullanarak, yurtiçine ve yurtdışına aktardıkları bu şekilde aslında kamu sağlığının korunması için getirilen istisnai düzenlemeyi hükmün amacına aykırı olarak maddi gelir sağlamak amacıyla kullandıkları önemli bir örnek durumdur. Konuyla ilgili Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'nun 02.08.2018 tarihli kararı da önemlidir. Hakeri ve Söğüt'ün COVID-19 döneminde sağlık verilerinin işlenmesine yönelik çalışmasında vurguladığı üzere Kurul bu kararında, tedavi sürecinde hekim tarafından, veri sorumlusuna ait bir mobil

¹ C. Ganeshkumar / Jeganathan Gomathi Sankar / Arokiaraj David, “Adoption of Big Data Analytics: Determinants and Performances Among Food Industries”, C.14, S. 1, 2023, International Journal of Business Intelligence Research, s. 1, 2.

² Monerah Al-Mekhlal / Amir Ali Khwaja, “A Synthesis of Big Data Definition and Characteristics”, 2019, IEEE International Conference on Computational Science and Engineering (CSE) and IEEE International Conference on Embedded and Ubiquitous Computing (EUC), s. 314.

uygulamadan sağlık raporunun ekran görüntüsünün başka bir cihaz ile çekilip internette ve sosyal medyada paylaşılması nedeniyle veri sorumlusuna idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.³

Pandemi gibi kamu sağlığını tehdit eden bir durumun söz konusu olmadığı normal şartlarda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 5. maddesi uyarınca kişisel veriler yalnızca ilgili kişinin ki bu çalışmada veri sahibi olarak anılmaktadır, açık rızası alınması suretiyle işlenebilmektedir. Kişilerin sağlık verileri ise özel nitelikli kişisel veri olarak nitelendiğinden hassas kişisel verilerin işleme şartlarına yönelik KVKK 6. maddesi kapsamında düzenlendiği üzere veri sahibinin açık rızası ile işlenebilmektedir. Hassas kişisel verilerin ve hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesinde temel şart aynı olup veri sahibinin açık rızasının bulunmasıdır.⁴ KVKK 5. ve 6. maddesi arasındaki ayrım hassas kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenebileceği istisnai durumların düzenlenmesindedir. Nitekim kişisel verilerin, sahibinin açık rızası olmaksızın işlenebildiği istisnai durumlar farklıdır. Yalnızca “kanunda açıkça öngörülen haller” hassas olan veya olmayan kişisel verilerin sahibinin açık rızası olmaksızın işlenebildiği ortak istisnadır. Ancak sağlık verisi bu kapsamda değildir. Dolayısıyla sağlık verisinin “kanunda açıkça öngörülen hallerde” dâhi veri sahibinin açık rızası olmaksızın işlenmesi hukuka aykırıdır. Zira sağlık verisinin işlenmesi, ancak veri sahibinin açık rızası alınmışsa hukuka uygundur. Bununla birlikte sağlık verilerinin, veri sahibinin rızası olmaksızın işlenebildiği ve bunun hukuka aykırı olmadığı yalnızca bir istisnai durum düzenlenmiştir. KVKK 6. maddesinde düzenlenmiş olan söz konusu istisnaya göre kamu sağlığının korunması amacıyla veya söz konusu sağlık sorununa ilişkin teşhis veya tedavinin sağlanması için veya maddede sınırlı olarak belirtilen diğer durumlar için sağlık verisi ait olduğu kişinin açık rızası alınmaksızın işlenebilecektir. Bu istisnadan yararlanabilecek olanlar ise maddede sınırlı sayıda belirtildiği üzere sır saklama yükümlülüğü altında olanlar yahut yetkili kılınmış kurum veya kuruluşlardır.

Pandemi döneminde kamu sağlığının korunması amacıyla konulmuş olan bu istisna, hükmün amacının ötesinde uygulanmıştır. Çalışmada detaylı şekilde incelenmiş olan bu durum ile özellikle mobil uygulamaların kullanıcılarının sağlık verilerini hukuka aykırı olarak büyük veri analiziyle işlemeleri halinde oluşabilecek muhtemel riskler tartışılmıştır. Nitekim mobil uygulamalar aracılığıyla, sağlık ve tıbbi araştırma bağlamında nitelikli ve kaliteli verilerin toplanması, veri sahibinin açık rızası alınmak şartıyla, sağlık hizmetinin, teşhis ve tedavinin yahut yönetiminin iyileştirilmesi noktasında, çok önemli bir yere sahipken⁵ veri sahibinin rızası alınmaksızın hukuka aykırı olarak sağlık verilerinin işlenip oluşan anlamlı veriye göre veri

³ Hakan Hakeri / İpek Sevda Söğüt, “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar”, C.1, S. 64, 2020, Adalet Dergisi, s. 78.

⁴ Sinan Sami Akkurt, “Açık Rıza”, Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, Çağlayan Aksoy P / Aksoy H C (Ed.), Arkadaş Basım, Ankara, 2023, s. 157, 158.

⁵ Arzu Kurşun, “Büyük Veri ve Sağlık Hizmetlerinde Büyük Veri İşleme Araçları”, C. 24, S. 4, 2021, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, s. 923.

sahibine yapılan bilgilendirme ile kişinin ruh ve vücut bütünlüğünün zarar görebileceği, en temel hakkı olan yaşam hakkının ihlal edilebileceği, bu çalışma ile ortaya konulmaktadır. Çalışma e-Nabız gibi sağlık verilerinin güncelliğinin sağlanması açısından faydalı uygulamaları değerlendirerek sağlık, tıbbi ve klinik araştırmalarda kullanılan eski veri yönetiminin yerini, büyük verinin almasıyla birlikte, sağlık verilerinin güvenliğinin ne kadar sağlanabildiğini sorgulamaktadır. Çalışmada, sağlık verilerini analiz ederek pazarlayan büyük veri analiz firmalarının ve Apple gibi teknoloji devi şirketlerin yeni uygulamalarının hassas kişisel verilerin işlenmesi bağlamında değerlendirilerek kişilik hakkı kapsamında özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının ihlal riskleri tartışılmaktadır. Çalışma ile mobil uygulamalar temelinde açık rızaları alınmaksızın sağlık verileri işlenen kişilerin büyük veri analizi sonucu yaşam süresinin, muhtemel kalan ömrünün dâhi hesaplanabilirliği, bu hesaplamalar üzerinden kişiselleştirilmiş bildirimler gönderilebilirliği vurgulanmıştır.

I. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE GENEL İLKELER

Kişisel verilere ilişkin OECD'nin (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) 1980'de yayınladığı "Mahremiyetin Korunması ve Sınıraşırı Veri Akışına Dair Rehber İlkeler" başlıklı metninde; GDPR ile KVKK ile uyumlu şekildeki genel veri işleme ilkelerine yer verilmektedir.⁶ Söz konusu ilkelere benzer olarak 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü olan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (GDPR)⁷ ve KVKK'de kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler düzenlenmiştir. Bunlara ilaveten 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) 20. maddesine eklenen

⁶ Murat Volkan Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", C. 1, S. 2, 2015, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 47, 48; OECD, "OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data"

<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (s.e.t. 29.12.2022)

⁷ Genel Veri Koruma Tüzüğü şeklinde Türkçe ifade edilen düzenlemenin ismi Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)" şeklindedir. Söz konusu düzenlemenin tam metni için bakınız: Official Journal of the European Union, Eur-Lex, "General Data Protection Regulation" <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (s.e.t. 03.11.2023) Söz konusu tüzükte ayrıca unutulma hakkı düzenlenmiş olup unutulma hakkının özel hayatın gizliliğinin korunması işlevi gördüğüne ilişkin detaylı bilgi için bakınız: Sinan Sami Akkurt, "17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde "Unutulma Hakkı", C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2622; Furkan Balaban / Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Sosyal Medya Ve Unutulma Hakkı: Meta Threads Örneği", C. 5, S. 2, 2023, Bilişim Hukuku Dergisi, s. 287 vd.

hüküm uyarınca kişisel verilerin korunması Anayasa ile güvence altına alınmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik gerek Anayasa bağlamında gerek özel kanunlar bağlamında ve gerekse doğrudan KVKK bağlamında düzenlemeler yapılmış olması, bunların korunmaya değer ve önemli veriler olduğunu gösteren işaretlerdir. Teknolojinin kullanımı hemen hemen her defasında veri üretmektedir. Bu veriler kişilerin şahsına ilişkin çok fazla ayrıntılı bilgi içerebilmektedir. Özellikle sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlarda bir kişinin Instagram, Twitter ya da Facebook sayfasında bizzat kendisinin yer verdiği bilgilerini, ancak gelişmiş bir istihbarat ekibinin çok titiz incelemeleri neticesinde elde edebileceği bilinmektedir. Nitekim Instagram, Twitter (yeni ismiyle “X”) ya da Facebook, Threads gibi sosyal medya platformları⁸ veri paylaşanının konum bilgisi, ekonomik işlem bilgileri gibi oldukça fazla hacimdeki verisine erişerek anlık olarak veri sahibinin nerede, kim ile olduğuna ve hatta anlık olarak ne düşündüğüne dair verileri toplayabilmekte ve işleyebilmektedir. Sosyal medya platformları bu şekilde büyük veri analizlerini, kişilere “daha iyi hizmet sunmak için”⁹ yaptıklarını iddia etmektedir. Ancak bu durum tartışmalıdır. Zira kişilere daha iyi hizmet sunulması için kişilerin kişilik hakkı bağlamında korunan temel değerlerinin ve temel haklarının¹⁰ ihlaline neden olan bir metod kullanılması hukuka ve hakkaniyete aykırıdır. Kişisel veriler yalnızca sosyal medya platformlarınca değil ayrıca gerek kamu kurumlarında özellikle mesai takip sistemlerinde gerekse özel kuruluşların ‘güvenlik amacıyla’ olduğunu iddia ettikleri giriş ve çıkışlarında vatandaşların ve tüketicilerin görüntüleri işlenmekte ve hatta birçok kurumda biyometrik verilerin toplanıp işlendiği görülmektedir. İşyerlerine giriş-çıkış saatlerinin tespit edilebilmesi yahut işyeri içerisinde kişinin hareketlerinin takip edilmesi amacı kişisel verilerin işlenmesiyle gerçekleştirilebileceği halde kişisel veriler değil hassas kişisel veri olan biyometrik veriler kullanılarak gerçekleştiriliyorsa KVKK 4/2-(ç) ve (d) hükümlerine aykırılık söz konusudur. Nitekim bu hükümlerde, kişisel verinin işlendiği amaçla bağlantılılık, sınırlılık ve ölçülülük ilkelerine uygun işlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹ Bu durumda mesai takibi amacı biyometrik veriler kullanılmadan da gerçekleştirilebileceği halde biyometrik verilerin işlenmesiyle gerçekleştirildiğinde veri işleme ilkelerine aykırılık söz konusu olacaktır. Bu minvalde; gerek devletin ve kamu kurumlarının gerekse özel teşebbüslerin günden güne daha da gelişen, yaygınlaşan ve çeşitlenen araçlarla topladıkları kişisel verilerle hassas kişisel verilerin, daha

⁸ Sosyal medya platformları, internet aktörlerinin tanımlandığı 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 sayılı Kanun) kapsamında belirtilen şartları taşımaları durumunda “sosyal ağ sağlayıcı” olarak nitelendirilmektedir.

⁹ Facebook “Kullanım Koşulları” içerisinde yer alan söz konusu iddia için bakınız: Help Centre, “Terms of Use”, <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870> (s.e.t. 18.12.2022).

¹⁰ Sinan Sami Akkurt, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin, Ankara, 2019, s. 29, 30.

¹¹ Balaban ve Kulular İbrahim, 2023, s. 7.

sonra hangi ortamlarda, hangi kişiler tarafından ve ne amaçla, ne kadar süre ve ne tür işlemlerde kullanıldığı, kimlerle paylaşıldığı gibi sorular özellikle veri işleme ilkelerine aykırılık olup olmadığı dikkate alınarak sorgulanmalıdır.¹² Birçok kişi, gerçekten gerekli olup olmadığını sorgulamadan ve meydana getirebileceği tehlikeleri dikkate almadan, kişisel verilerini gönüllü olarak farkında olmadan paylaşmaktadır. Örneğin; günlük alışverişinde herhangi bir market yahut mağaza indiriminden yararlanmak için niçin mağaza kartı yahut mağazaya üyelik şartı konulduğu hakkında düşünen ve endişelenenlerin sayısı oldukça azdır.¹³ Bununla birlikte tüketici verileri gerek çevrimdışı işlemlerde gerekse çevrim içi işlemlerde ve özellikle sosyal medyada işletmeler tarafından toplanmakta bu bağlamda sosyal medya bir pazarlama aracı şeklinde kullanılmaktadır.¹⁴ Kişisel veriler her türlü kanuni düzenlemeye rağmen söz konusu örneklerde açıklandığı üzere hâlâ korumasız bir durumdadır ve bu korumasızlığın meydana getirebileceği sorunlara karşı, hâlâ yeterli ölçüde farkındalık bulunmamaktadır.

II. ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİ OLARAK SAĞLIK VERİLERİ

Kişisel veriler içerisinde kendine özgü özellikleri ve barındırdıkları etki ve riskler dolayısıyla ayrı bir sınıfta kategorilendirilen ve çok daha ileri düzeyde denetlenen özel nitelikli kişisel veriler (hassas veri) bulunmaktadır.¹⁵ KVKK. m.6/ I hükmünde özel nitelikli kişisel veriler sınırlı sayıda olacak şekilde belirtilmiştir. KVKK'da belirtilen hassas kişisel veriler örnek niteliğinde olmayıp sınırlı sayıdadır. KVKK 6. maddede belirtilenlerle sınırlandırılmış olan hassas kişisel veriler, hem özel hayatın gizliliği hem de diğer kişiler tarafından öğrenildiklerinde ayrımcılığa ve mağduriyete sebebiyet verebilecekleri endişesiyle hassas olmayan kişisel verilere kıyasla daha sıkı bir denetimle daha sıkı şekilde korunmaktadır.¹⁶

Sağlık verileri, hassas veriler olarak KVKK bağlamında özel nitelikli kişisel veriler arasında sınıflandırılmıştır ve yüksek düzeyde koruma gerektirmektedir. Kişilerin sağlık verileri, yalnızca hastalığın gelişimi, tedavisi, ruhsal bozukluklar, röntgen sonuçları ve muayene sonuçları ile sınırlı değildir. Tüm bunlarla birlikte; kişinin sağlık verileri kullanılarak tercih ettiği hastane veya tedavi yöntemine ödediği ücret dikkate alındığında sosyo-ekonomik düzeyine ilişkin verisine, genetiğin etkili olduğu hastalıklarla ilgili aile üyelerinin hassas kişisel verilerine de erişilebileceği ve

¹² Elif Küzeci, "Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması", S. 128, 2011, Bilişim Dergisi, s. 143.

¹³ Küzeci, 2011, s. 145.

¹⁴ Sinan Sami Akkurt, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış", C. 25, S. 2, 2017, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 332, 333.

¹⁵ Elif Polat, "Sağlıkta Kişisel Veriler; Etik, Hukuk ve Günümüz Uygulamalar", <https://pharmaino.com/saglikta-kisisel-veriler-etik-hukuk-ve-gunumuz-uygulamalar/> (s.e.t. 28.12.2022).

¹⁶ Polat, 2022. Dülger, 2015, s. 51.

bu hassas verilerin hukuka aykırı işlenebileceği durumlar dikkate alınmalıdır. Hastalar hem hekime hem de sağlık kurumuna, tedavi süreci gereği, kendileriyle ilgili çok fazla bilgi vermektedir. Sağlık sektöründe teknolojinin gelişmesi, hastaların sağlık verilerinin elektronik ortamlarda saklanmaya başlanmasını beraberinde getirmiştir. Dijital ortamda büyük veri kullanılarak sağlık hizmetinin iyileştirilmesi için oldukça büyük hacimdeki sağlık verilerinden başlıcaları; hastaların kimlik bilgileri, biyometrik verileri, randevu vakitleri ile hasta geçmişi olarak adlandırılan geçmişteki sağlık sorunlarına, bunların tespitinde kullanılan tahlil ve görüntülemelere, bu görüntülerin radyoloji yorumlamalarına, tanı ve tedavi yöntemlerine dair sağlık bilgileridir.¹⁷

Elektronik sağlık kayıtlarının sağladığı pek çok yarar bulunmaktadır. Örneğin; zamandan tasarruf etme, verimliliği artırma, kayıtların okunaklılığını sağlama, tıbbi hata yahut malpraktis nedeniyle oluşan zararları en aza indirmeye, verilere daha hızlı erişim sağlayabilme, daha fazla veriye daha hızlı erişim sağlayarak daha doğru tespit ve değerlendirmede bulunabilme, bu değerlendirmeye dayanarak muhtemel riskleri öngörebilme, tedavi ve bakım sürecinin sonuçlarını ölçebilme, bunların birlikte sonucu olarak sağlıkta tanı, teşhis, tedavi ve bakım kalitesini artırma, hasta kayıtlarının kaybolma riskinin ortadan kaldırma, pahalı testlerin tekrar alınmasının önüne geçme, mevcut kayıtlara ulaşılarak hayati durumlarda ilgili hasta bilgilerine ulaşabilme ve hastayı etkin şekilde izleyebilme, sağlık verilerinin işlenmesindeki başlıca faydalardır. Somutlaştırmak gerekirse; örneğin hastanın alerjisi olan maddelerin ve buna dair hasta öyküsünün bilinmesi, özellikle hastanın bilincinin kapalı olarak hastaneye ulaştırıldığı acil durumlarda oldukça büyük önem arz etmekte olduğundan doğru teşhis için kişilerin en mahrem sağlık bilgileri dâhil her türlü sağlık verisi kaydedilmektedir.¹⁸

Elektronik sağlık kayıtlarının, yukarıda bahsi geçen bütün yararlarının yanında, hastaların bu kayıtların gizli kalmasını isteme hakkı bulunmaktadır; çünkü bireylerin sağlık durumlarına dair söz konusu veriler, hassas verilerdir ve bu hassas veriler, hastaların mağduriyetine ya da ayrımcılığa maruz kalmalarına neden olma riski taşımaktadır.¹⁹

Sağlık verilerinin özel hayatın gizliliği hakkıyla ilgisine dair Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi önem arz etmektedir. Buna göre hastanın sağlığına ilişkin her türlü verinin, muayenenin, değerlendirmenin, teşhisin, sağlık harcamalarının ve tedavinin hasta mahremiyetine saygı

¹⁷ Kurşun, 2021, s. 923; Ertuğrul Aktan, "Büyük Veri: Uygulama Alanları, Analitiği ve Güvenlik Boyutu" C. 1, S.1, 2018, Bilgi Yönetimi Dergisi, s. 6; Berna Terzioğlu Bebitoğlu / Hilal İlbars, "Kişisel Verilerin Klinik Araştırmalarda Kullanımına İlişkin Yasal Düzenlemeler", C. 25, S.1, 2020, Anatolian Clinic the Journal of Medical Sciences s. 67.

¹⁸ Polat, 2022; Küzeci, 2011, s. 143; Dülger, 2015, s. 72; Pervin Somer, "Tıbbi Kayıtlar", 2010, Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2010, s. 549. <http://copy.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/3.saglik-hukuku-kurultayi-son.pdf> (s.e.t. 30.12.2022); Nesrin Çobanoğlu, Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Efil Yayınevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 153.

¹⁹ Polat, 2022.

kapsamında gizli olarak yürütülmesi gerekmektedir. Bu düzenleme ile sağlık verilerini paylaşan hastanın hem sağlık verilerinin korunması hem de bu verilerin parçası olduğu özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının ihlaline karşı her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Söz konusu verilerin korunmasında süre hastanın ömrüyle sınırlı olmayıp “*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.*” şeklinde açıkça hükme bağlandığı üzere hasta verilerinin açıklanmaması hasta öldükten sonra da mahremiyetine saygı gösterilerek verilerin saklanması yahut işlenmesine gerek kalmadığı durumlarda imhası gerekmektedir. Hastane gibi kamusal alanlarda gerçekleşen işlem veya davranışlar dolayısıyla elde edilen veriler kullanılarak kişilik hakkının zarara uğratılması mümkündür.²⁰ Bu nedenle hem hastanın mahremiyet hakkının hem de hasta yakınlarının mahremiyet hakkının hastanın ölümünden etkilenecek ölüm olayı ile sona ermesi söz konusu değildir.

Tedavi yönteminin belirlenmesi ve tedavinin başarılı şekilde sonuçlanabilmesi için hasta en mahrem verileri dâhil sağlık verilerini paylaşmak durumundadır. Hastanın mahrem verilerini paylaşması sağlık çalışanları tarafından talep edilebileceği gibi bu şekilde bir talep olmaksızın hastanın rahat davranışları ile verilerini paylaşması da mümkündür. Bu şekilde hastanın sakınmayarak tedavi sürecinin etkin gerçekleşeceğine inandığı mahrem verilerini sağlık çalışanı talep etmeksizin paylaşmış olması hastanın özel hayatın gizliliği hakkından feragat ettiği anlamına gelmemelidir. Akkurt bu konuda, veri sahibinin mahrem verilerini paylaşımı hususunda sakınmaması yahut rahat davranışlarda bulunmasının ‘mahremiyetten vazgeçme’ şeklinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.²¹

Bununla birlikte hastanın paylaşmasında yarar olmayan verilerinin hastadan talep edilmemesi gerekmektedir. Hassas kişisel verilerden olan sağlık verilerinin hastanın hastalığıyla ve tedavisiyle ilgili olmayan sağlık verilerini de kapsayacak şekilde hastadan alınması ve kullanılması durumunda bu verilerin hukuka aykırı işlendiği kabul edilmelidir. Zira hassas verilerin işlenmesinde göz önünde bulundurulması önem arz eden bir sınırlama nedeni “minimumluk ilkesi” (*principle of minimality*)dir. Bu ilkenin önemi ise toplanan kişisel verileri, amaçlarını gerçekleştirmek için zorunlu olduğu kadarıyla sınırlı olarak işlenmeyi gerektirmesinden kaynaklanmaktadır.²² Minimumluk ilkesi gözetilerek yalnızca hastalığın teşhis ve tedavisinde gerekli olan veriler alınmalı ve işlenmeli, bunun dışında hastalıkla bağlantılı olmayan diğer sağlık verilerinin kullanılması durumunda KVKK’de belirtilen amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkeleri gibi veri işleme ilkelerinin ihlal edildiği ve veri işleme faaliyetinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir.

²⁰ Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, C. 2, S. 1, 2020, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 26.

²¹ Akkurt, 2019, s. 63.

²² Cemil Kaya, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, C. LXIX, S.1-2, 2011, İÜHFİM, s. 324; Dülger, 2015, s. 54.

III. BÜYÜK VERİ (BIG DATA) KAVRAMI

“Büyük veri” (big data) terimi, NASA’da araştırmacı olarak yer alan Michael ve David isimlerindeki kişilerin yazdığı; ana belleğin, yerel diskin ve hatta uzak diskin kapasitesini zorlayacak derecede büyük veri kümelerinin bulunduğu, bunların görselleştirilmesinin oldukça güç olduğu ve bu durumun “büyük veri problemi” olarak adlandırılabilceğini belirttikleri çalışmada yer almıştır.²³ İnternette kullanılan hesaplar arası etkileşimler, arama motorlarına yazılan kelime veya kelime grupları yahut arama motorlarında kullanılan görseller, arama sonucunda ziyaret edilen siteler ve sitelerde gerçekleştirilen işlemler, yapılan alışverişler gibi çerezler²⁴ vasıtasıyla toplanan veriler yahut veri parçacıkları, ödemelere dair kart bilgileri ve ilişkili diğer bilgiler ve kullanıcılar ile internet arasında gerçekleşen tüm etkileşimlerin oluşturduğu veri yığınlarından büyük veri beslenmektedir. Büyük veri, bu verileri işleyip bu verilerden çeşitli analizler yaparak veri sahiplerinin kendilerinin dâhi haberdar olmadıkları yeni bilgilere ulaşabilmekte ve bunları ticari olarak pazarlanmak üzere gruplayabilmektedir. Birçok veri noktası karşılaştırılarak ve birbirleriyle veri ilişkileri belirginleştirilerek, veri ilişkilerinin öğrenilmesi ve daha iyi kararlar alınması olanaklı hale gelmektedir. Toplanan verilere dayalı modeller oluşturulmakta ve bilişim teknolojileri kullanılarak oluşturulan simülasyonlar verinin elde edildiği kişinin kendisinin dâhi bilmediği farklı kişisel verilerini gösterebilmektedir. Veri noktalarının konumu her değiştirildiğinde, sonuçların nasıl etkilendiği simülasyonlar üzerinden açık olarak izlenebilmektedir. Eskiden, veriler veritabanı (database) ile sınırlı ve çok düzenli olduğundan bunların analiz ve takibi büyük veride kullanılan yöntemlerden daha basit metotlar kullanılarak yapılabilmektedir. Ancak özellikle sosyal medya kullanımının artması, internetin yaygınlaşmasıyla veriler hacimsel olarak önceki veri tabanlarına oranla ciddi ölçüde artmıştır. Bunların klasik veri analizi yöntemleriyle analiz edilmesi mümkün olmamış ve veri kavramı çok karmaşık bir yapıya dönüştüğünden bu karmaşık yapıdaki ciddi hacimsel verileri analiz ederek anlamlı sonuçlar oluşturabilecek farklı yöntemler gerekmiştir. Bu bağlamda “*genellikle, geleneksel istatistiksel yöntemlerin yanı sıra daha yenilikçi analitik araçlar kullanarak verilerin toplanmasına ve matematiksel olarak analiz edilmesine yardımcı olan yeni bir teknoloji*”²⁵ olarak büyük veri kullanılmaktadır. Özellikle sağlık alanında büyük veri yatırımları neticesinde yalnızca sağlık çalışanları değil aynı zamanda hastalar da kendi sağlık süreçlerini takip edebilmekte ve yapay zeka, nesnelerin interneti veya karmaşık algoritmalar kullanılarak büyük veri analizleriyle yenilikçi yöntemler, hem önleyici tıbbın gelişimine

²³ Michael Cox / David Ellsworth, “Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization”, 1997, IEEE Visualization, s. 235.

²⁴ İnternet sunucusu tarafından kullanıcıya ilişkin verilerin ele geçirilerek bir internet tarayıcısında saklanmak üzere gönderilen küçük bilgi parçası şeklinde tanımlanabilen çerezler kullanıcıların kişisel verilerini kullanarak kullanıcı mahremiyetini ihlal etme riski taşımaktadır. Furkan Balaban, Elektronik Haberleşme Sektöründe İşlenen Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 112.

²⁵ Balaban, 2023, s. 247.

katkı sunmakta hem de hastaneler gibi sağlık kuruluşlarının iş yükünün azalmasını sağlamaktadır.²⁶ Veriler büyük veri kullanılarak belirli kategorilerde sınıflandırılabilir ve bu şekilde hasta profilinin büyük veri analiziyle anlamlı sonuçlarının olduğu yeni veriler doğrultusunda tedavi yöntemi belirlenebilmektedir. Bu durum, işletmelerin müşteri profili analizi doğrultusunda stratejilerini belirlemelerini sağladığından²⁷ sağlık hizmeti veren işletmeler için de önemli faydalar sunmaktadır.

IV. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE ÖZEL HAYATIN GİZİLİLİĞİNİN KORUNMASI HAKLARI: LEANDER – İSVEÇ KARARI

Anayasal bir hak olan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı temel haklardan olup bilişim teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte oluşan risk, tehdit ve tehlikeler nedeniyle zarara uğrama ihtimali artmış olan kişilerin korunması için getirilen “dördüncü kuşak haklar” içerisinde yer almaktadır.²⁸ Kişilerin devletler tarafından gözlenmesi sorununun insanın eşsiz ve biricik olmasına ilişkin “kişiliğinin” geliştirilmesine engel olması nedeniyle demokratik devletlerin bireylerin kişiliğini geliştirmeleri için özel düzenlemeler kabul etmesi gerekmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da 2010 yılında yapılan değişiklik ile özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının düzenlendiği 20. maddede kişisel veriler Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bu şekilde kişisel verilerin, sadece yetkili kişilerce ve sadece meşru amaçlarla işlenmesi amaçlanmaktadır.²⁹

Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Leander / İsveç Davası önem arz etmektedir. 1985 tarihli bu davada İsveç vatandaşı Torsten Leander AİHM'e başvurarak İsveç'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiş, ayrıca AİHS'nin 10. ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine yönelik şikayetinin de incelenmesi gerekmiştir. Söz konusu dava sonucu verilen karar; temelde, kişisel verilerin toplanması ve saklanmasına ilişkindir. Başvurucu, 20.08.1979 tarihinde müze teknisyeni pozisyonunda 10 aylık bir süre için işe başlamış olduğu İsveç'in Karlskrona bölgesindeki Deniz Müzesi'nin Karlskrona Deniz Üssü'nün bitişiğinde bulunuyor olması ve Karlskrona Deniz Üssü'nün askeri güvenlik bölgesi olarak nitelendirilmesi, başvurucunun çalışmakta olduğu müzenin de bazı binalarının bu bölge içinde yer alması nedeniyle Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'nın haiz olduğu gizli veriler için öngörülmüş olan güvenlik

²⁶ Balaban, 2023, s. 247.

²⁷ Beste Ekin, “Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2020, s.92. http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/54879/10372944_.pdf?sequence=1&isAllowed=y (s.e.t. 25.12.2022); Büşra Sarıkaya, “Big Data ve Kişisel Verilerin Korunması”, Hukuk ve Bilişim Dergisi <https://hukukvebilisim.org/big-data/> (s.e.t. 13.12.2022).

²⁸ Bayram Doğan, Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 26.

²⁹ Küzeci, 2011, s. 145.

kontrolü için gerekli güvenlik önlemini geçemediği gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. Bu minvalde; 3 Eylül 1979 tarihinde, işten çıkarıldığına yönelik kendisine bildirimde bulunulmuştur. Bildirimde, 1969 yılı Personel Kontrol Yönetmeliği gereği, kendisinin bahsi geçen pozisyona uygun olmadığı belirtilmiştir. Başvurucu, hükümete şikâyetinde bulunmuştur. Şikâyetinde, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'nın değerlendirmesinin iptal edilmesini ve Deniz Müzesi'nde işe alınmama nedenlerinin kendisine bildirilmesini talep etmiştir. Ayrıca Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 8. maddesinin³⁰ ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. İddiasında bu tür bilgilerin saklanması ve açıklanmasının, AİHS 8(1) maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ancak başvuru reddedilmiştir. Ret kararında gerekçe olarak Personel Kontrol Yönetmeliği madde 13 bağlamında, Başvurucu'nun siciline ilişkin bilgilendirilmesine yönelik özel bir hususun olmadığı belirtilmiştir. Karara konu olayda, başvuru konusunun Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'ndaki gizli bilgileri kullanılmış; ancak kendisine söz konusu bilgilerin içeriği hakkında bilgilendirme yapılmamıştır. Söz konusu bilgiler yüzünden işine son verilmiş olmasına rağmen, işlem iptal edilmediği ve özel hayatın gizliliği ihlal edildiği için başvuruda bulunulmuştur. AİHM tarafından yapılan tespit; başvurucuya uygulanan kişisel kontrolün, ulusal mevzuata uygun olarak yapıldığı yönündedir. Şöyle ki; İsveç personel kontrol sisteminin amacı, ulusal güvenliğin korunmasıdır. Bu sebeple; Sözleşme'nin "özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinin amaçları açısından meşru olduğu kabul edilmiştir. Nitekim AİHS 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına kamu makamının müdahale edebileceği istisnai durumlar aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Bu durumlar arasında ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması da bulunmaktadır. Dolayısıyla somut olayda olduğu gibi AİHS 8. maddesine göre ulusal güvenliğin korunması amacıyla kamu makamlarının özel hayatın gizliliği hakkına müdahalede bulunması, aynı maddede belirtilen diğer unsurların da bulunması şartıyla, hukuka uygun kabul edilmektedir.³¹

Leander'in İsveç'e karşı açmış olduğu davadaki tartışmanın iki ana konusu bulunmaktadır. Bunlar; AİHS 8. maddenin istisnasını oluşturan durumlar için gerekli şartlardır. Bu şartlar; özel hayata müdahalenin "hukuka uygun" ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır. Bu minvalde; gizli Deniz Kuvvetleri Komutanlığı sicilinin, başvuru konusunun özel hayatıyla ilgili bilgileri içerdiği açıktır. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki

³⁰ European Court of Human Rights, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi Özel hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı", https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf (s.e.t. 22.12.2022).

³¹ European Court of Human Rights, "Case of Leander v. Sweden", <https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57519> (s.e.t. 24.12.2022); KOİOS Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Çalışma Grubu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (26 Mart 1987, Başvuru No: 9248/81) Leander/İsveç Karar Özeti (Madde 8, 10 ve 13)" <https://kisiselveriihlali.com/Anasayfa/wp-content/uploads/2021/11/Bay-Leander-Isvec-AIHM-Karar-Ozeti.pdf> (s.e.t. 24.12.2022); Soner Sönmez, "Leander / İsveç Davası", <https://sonersonmez.av.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu/> (s.e.t. 24.12.2022).

"hukuka uygunluk" ibaresi gereği; müdahalenin, iç hukukta bir temele sahip olması gerekmektedir. Gizli Deniz Kuvvetleri Komutanlığı siciline bilgi girişi yapılabilmesinin şartları bulunmaktadır. Bu şartlar; bilgilerin, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı teşkilatı için gerekli olması ve "ulusal güvenliğe karşı suçlar gibi suçları" önleme veya tespit etme amacına hizmet etmesidir. Mahkeme, bahsi geçen tüm bu hususları göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmıştır. Değerlendirmesinde, İsveç Hukuku'nun vatandaşlara, personel kontrol sistemi altında bilgi toplama, kaydetme ve yayınlama hususunda, sorumlu makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve kullanım şekli hakkında gerekli bilgiyi verdiğini ve açıklamayı yaptığını belirtmiştir. Bu sebeple; mahkeme, başvurusunun özel hayatına yapılan müdahalenin 8. madde dâhilinde hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Burada anlatılmak istenen gereklilik kavramı, müdahalenin aciliyetini ve izlenen meşru amaçla orantılı olduğunu ifade etmektedir. devletin ulusal güvenliğini korumaya yönelik menfaati ile başvuranın özel hayatına saygı hakkındaki menfaatinin dengelenmesi gerekmiştir. Mahkeme kararında çatışan hakların dengelenmesinde ulusal güvenliğin korunmasına ağırlık vermiştir. Bu bağlamda İsveç ulusal mevzuatının, özel hayatın gizliliğini ihlal niteliği taşıyacak şekilde kişinin bilgilerin ulusal güvenlik söz konusu olduğunda kullanılabileceğine izin verdiği vurgulanmıştır. Devletin, ulusal güvenliğin korunması amacıyla kişinin yalnızca ilgili bilgilerinin toplanıp yayımlandığı belirtilmiştir. Mahkeme AIHS 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kişinin "özel ve aile hayatına saygı hakkı"nın ihlal edilmediğine hükmetmiştir.³²

Leander'in İsveç'e yönelmiş olduğu dava, ayrı haklar olan ve bazı somut durumlarda üst üste gelebilen özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması haklarının birlikte değerlendirildiği durumların bir örneğini oluşturmaktadır. Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması hakları birbirinden farklı haklardır; ancak bu hakların örtüştüğü durumlar olabilir. Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması haklarının örtüştüğü durumlar olması bu hakların aynı haklar olduğunu göstermez. AIHS 8. maddesindeki düzenleme ile örtüşecek şekilde ülkemizde de Anayasa'nın 20. maddesinde ilk fıkrada özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı düzenlenmiştir. Aynı maddede özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı ayrı haklar olarak ele alınmıştır. Anayasa 20. maddede kişisel verilerin korunması hakkı özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının düzenlendiği 1. fıkradan bağımsız olarak 3. fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre kişilerin kendileri ile ilgili verilerin korunmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi veri ilgisi yahut sahibi olarak ifade edilen kişisel verinin tanımladığı bireyin açık rızasının alınması ile mümkündür. Açık rıza alınarak kişisel verilerin işlenmesinin istisnalarının yasa ile öngörülmesi mümkündür. Anayasal güvence sağlanmış olan kişisel verilerin korunması hakkı bir temel haktır. Bu hakkın korunması kural, kanunlarda öngörülen hallerde sınırlanması ise

³² European Court of Human Rights, "Case of Leander v. Sweden"; KOIOS Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Çalışma Grubu; Sonmez.

istisnadır.³³ Kişisel verilerin işleme şartları ve istisnaları KVKK'de açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte KVKK 28. maddesinde kişisel verilerin işlenmesine yönelik KVKK hükümlerinin uygulanmayacağı haller belirtilmiştir. KVKK 28/1-b hükmüne göre kişisel verilerin araştırma, planlama ve istatistik veya benzer bir amaç için anonimleştirilerek kullanılmasında halinde kişisel verilerin işlenmesine yönelik genel ilkelere ve kişisel verilerin korunmasına dair diğer yükümlülüklerle tabi olunmayacağı belirtilmektedir.³⁴ Burada kişisel verilerin anonimleştirilerek hangi amaç ile kullanılmasının istisna kapsamında olduğu değerlendirilmelidir. Zira kanunda “araştırma, planlama ve istatistik gibi” amaçlarlar denilerek “gibi” ifadesinden anlaşıldığı üzere sınırlı sayıda amaç değil örnekseme yoluyla aktarılmış amaçlar bulunmaktadır. Bu madde, KVKK ile düzenlenmiş kişisel verilerin korunmasına ilişkin hiçbir hükümle bağlı olmaksızın anonimleştirilmiş kişisel verilerin birçok amaçla kullanılmasına imkan tanımaktadır. Bu nedenle özellikle veri analizi şirketleri büyük veri analizi ile birçok kişinin kişisel verisini bilgilendirme yapmaksızın ve rıza almaksızın işlemektedir. Büyük veri kapsamında kişisel verileri işleyen şirketler, bu işlemlerinin hukuka aykırı olmasını önlemek amacıyla rıza almadan ele geçirdikleri kişisel verileri anonimleştirme yoluna gitmektedir. Bir başka ifadeyle büyük veri analizinde şirketler KVKK'deki yükümlülüklerden kaçınmak için kişisel verileri anonimleştirerek işlemektedir. Söz konusu kişisel veriler birçok farklı kaynaklardan elde edilmektedir. Veri analizinde kullanılmak üzere kişisel verilerin ele geçirilmesinde birçok şirket yapay zeka kullanmaktadır. Bu veriler içerisinde özel nitelikli kişisel veriler niteliğini haiz sağlık verileri de bulunmaktadır. Sağlık kayıtları, tıbbi literatür, klinik araştırmalar, sigorta verileri, eczane kayıtları ve hastaların sosyal medya içerikleri gibi birbirinden farklı birçok kaynaktan yapay zeka kullanılarak özel nitelikli kişisel veriler toplanarak işlenmektedir.³⁵ Yapay zeka kişilerin sağlık verilerini çok çeşitli ortamlardan ele geçirmekte ve mobil uygulamalar da kişisel verilerin ele geçirildiği ortamlar arasında yer almaktadır.

³³ Küzeci, 2011, s. 146.

³⁴ Özellikle araştırmalarda kullanılan kişisel verilerin anonimleştirilmesine ilişkin bakınız: Araştırma Verileri Yönetimi Eğitim Portalı, “Verinin Anonimleştirilmesi”, <https://acikveri.ulakbim.gov.tr/acik-veri-acik-bilim/bolum-3-veri-isleme/3-4-verinin-anonimlestirilmesi/> (s.e.t. 17.02.2023).

³⁵ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Legal Challenges of Artificial Intelligence in Healthcare”, *Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence*, (Ed.) Muharrem Kılıç, Sezer Bozkuş, Kahyaoğlu, Springer Publishing, Singapore, 2023, s. 148.

Araştırma amacıyla işlene dâhi hastanın kimlik bilgilerinin hasta rızası alınmaksızın açıklanamayacağı yönünde görüşler için bakınız: Dülger, 2015, s. 71.

V. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE MOBİL UYGULAMALARIN YERİ

Mobil uygulamalar, kişisel verilerin ele geçirilmesinde kullanılan önemli ortamlar arasındadır. Mobil uygulamaların kullanımı artmıştır.³⁶ Büyük veriye yatırım yaparak, hedef kitle olarak belirledikleri tüketicilerin istek ve arzularına önem veren işletmeler, mobil uygulamaları kendi yarar ve kazanımları yönünde kullanmaya başlamışlardır. Bu sebeple; rekabette önde olmak isteyen işletmelerin, artık mobil dünyada bulunmaları vazgeçilmez bir unsurdur. Büyük veriye yatırım yapan işletmeler, mobil kullanıcılara erişebilmek amacıyla çeşitli yollara başvurmuşlardır. Şöyle ki mobil uygulamaların, bildirim gönderme özelliği avantajı bulunmaktadır. Kullanıcılara erişmenin en ivedi ve kullanışlı yolu bildirimlerdir. Büyük veri analistleri, bildirimler sayesinde kullanıcılar ile ciddi oranlara varan etkileşime ulaşabilmektedirler. Büyük veri analistleri, gönderdikleri bildirimlerin, içerik ve zamanlamasını kişiye göre değiştirmektedirler. Uygulama içi bildirimler, kullanıcılara göre kurgulanmaktadır. Bildirimler, kullanıcıların işlem ve eylemlerine göre bilgilendirme, yardım ve öneri şeklinde gelmektedir. Mobil uygulamalar, çevrimdışı da çalışabilmesi yani kişilere çevrimdışı erişim fırsatı sunması sebebiyle de mobil kullanıcılar tarafından tercih edilmektedir. Ayrıca, mobil uygulamalar ile kişiselleştirilebilen ayarlar sayesinde, sunulan hizmet de kişiselleştirilebilmektedir. Mobil kullanıcıların kişisel zevk, istek ve ihtiyaçlarına göre, tercihleri değişiklik göstermektedir. Mobil uygulamalar, bu anlamda kullanıcıların istedikleri gibi kişiselleştirilebileceği sayısız nitelik ve özellikle donatılabileceği için özellikle büyük veriyi kullanan işletmelerin, hedef topluluklarına imtiyazlı ve öncelikli bir hizmet anlayışı sunmalarını sağlamaktadır. Mobil uygulama sahipleri, mobil uygulamalarını kullananların davranış niteliklerine bakarak ve takip ederek, onların merak, beğeni ve ilgi alanlarına yönelik içerikler sunmaktadır. Mobil uygulama sahipleri, kullanıcıların kişisel davranışlarının yanı sıra, coğrafi verilerini de dikkate alarak, konum ve zaman esaslı içerikler sunarak kullanıcıların kişisel bir deneyim yaşamalarına olanak sunmaktadır. Mobil uygulamalar, kullanıcıların verilerini indirdikleri cihazların hafızasında yerel olarak saklamaktadır. Bu uygulamaların, kullanıcıyı hatırlayan özelliği bulunmakta ve bu özellik sebebiyle, kullanıcılara daha ivedi ve rahat erişim sağlanmaktadır. Özellikle, mobil uygulamalar, kullanıcı alışkanlıklarını takip ederek, ilgili kişinin karşısına ilgili ürünü çıkarması sebebiyle, hem hizmet sağlayıcılar hem de büyük veriyi kullanan işletmeler açısından önemli bir noktada bulunmaktadır. Kullanıcılar, akıllı telefonlarına bir uygulama indirdiğinde, kurulum aşamasında uygulama, yüklenmekte olduğu cihazın birçok unsuruna erişim izni istemektedir. Bu izinler istenildiğinde, çoğu

³⁶ 2015 yılında yayımlanan mobil uygulamalarla ilgili çalışmada mobil uygulamalarla yapılan ödemelerin önceki yıla göre %2 arttığını ifade etmektedir. Tüketicilerin sürekli yanlarında buldukları mobil cihazları üzerinden mobil uygulamalara anında erişebilmeleri mobil uygulama kullanım oranını artırmaktadır. Reyhan Daçe / Sinan Nardalı, "Markaların Mobil Uygulamalarının Satın Alma Eğilimi Üzerine Etkisi ve Starbucks Örneği", C. 4, S. 1, 2021, Journal of Business, Innovation and Governance, s. 13, 14.

zaman, hangi verinin nasıl kullanılacağına dair detaylı bir açıklama yapılmamaktadır. Uygulama izinlerinin sonradan kapatılabileceği bilgisi verilse de uygulamaların, bu hususa kısmen izin verdiği durumların bulunduğu, kullanıcıların bu külfete katlanmak durumunda kaldığı, kullanıcıların uygulamayı yüklerken kolaylıkla onaylayabildiği erişim izinlerini kaldırmak için oldukça karmaşık bir süreç izlemesi gerektiği görülmektedir. Esasen şüpheli görünen hiçbir uygulamayı, kullanıcıların telefonlarına kurmamaları gerekmektedir. Bu husus, günümüzde başlı başına bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Bir uygulamanın, yalnızca tasarlandığı maksada yönelik izinleri istemesi gerekmektedir. Maksadı haricinde, daha çok izin talebinde bulunan uygulamaların, değişik hedefler için tasarlanmış olabileceğinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Mesela, kullanıcılar bir sosyal medya uygulamasını kullanmak istediklerinde; sosyal medya uygulamaları genellikle rehber, telefona gelen çağrılar, depolama ayarları, mesajlar, vücut sensörleri, mikrofon, kamera, konum ve galeri gibi öğelere erişim izni istemektedir. Kullanıcılar tarafından bu izinler verilmediğinde ise uygulama çalışmamaktadır. Bu uygulamaların, çalışabilmesi için ilgili ve gerekli olmayan öğelere, erişim izni istemesinin sebebinin, kişisel verilerin toplanarak büyük veri analizinde kullanılması ve bu şekilde tüketicilerin profillenerek hür iradelerinin yönlendirilebileceği düşünülmektedir. Tüketicilerin bu şekilde profillenerek bireysel tercihlerine göre kişiselleştirilmiş reklamlara maruz bırakılmaları, tüketimi ve şirketlerin kârını artırmaktadır. Öyle ki kişiselleştirilmiş reklamlar; kullanıcıları; kendi ilgi alanlarına ve zevklerine göre sunulan ve bazı durumlarda saldırgan satış yöntemi niteliğini haiz olan reklamlar vasıtasıyla kişisel ilgi alanı kapsamındaki ürünlere iyice bağımlı hale getirebilmektedir. Bu bağlamda mobil uygulamalardan elde edilen büyük veri, satıcıları kitlesel reklam yerine kişiselleştirilmiş reklam yatırımlarına yönelten önemli bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.³⁷

Kayaköy Taş'ın ifadesiyle “sosyal medya araçları bağımlılık yapan maddeler gibi bireyleri etkilemektedir”.³⁸ Sosyal medya uygulamaları, arka planda kullanıcı verilerini toplayarak, ziyaret edilen siteleri öğrenebilmekte ve davranışsal profillemeye yapabilmektedir. Kişisel verilerin ele geçirilmesinde ve toplanmasında kullanılan yaygın metodlardan biri ücretsiz mobil uygulamalardır. Bu uygulamalar, ücretsiz olmaları sebebiyle, çok sayıda kullanıcı tarafından indirilebilmektedir. Mobil uygulamalar kişisel verilere zarar vermeyecek şekilde ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını ihlal etmeyecek şekilde tasarlanmış olsalar dâhi çok fazla kullanıcı tarafından indirilip tercih edildiğinde veri potansiyeli nedeniyle kar amacı güden şirketler tarafından sonraki güncellemede verilerin ticari amaçla kullanılabilmesi hale getirilebilmektedir. Kullanıcılar ise güncellenmenin

³⁷ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Psikolojik Planlı Eskitme ve COVID-19 Pandemisinde Durum”, C. 12, S. 47, 2021, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), s. 398.

³⁸ Merve Kayaköy Taş, “Pazarlama İletişiminde Sosyal Medya Kullanımı: Sigorta Pazarına Bir Uygulama” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 12.

detayları hakkında bilgilendirilmedikleri için mevcut mobil uygulamaya duydukları güven zedelenmeden kullanıma devam etmektedir. Bu bağlamda mevcut kullanıcı belli bir kapasiteye ulaşmış uygulamaların veri analistlerince satın alınarak güncelleme yöntemiyle kişisel verilere ulaşılması, kullanıcıların profillenmesi, verilerinin büyük veri analizi ile elde edilen anlamlı sonuçlarının pazarlanması sıkça kullanılan bir yöntemdir. Aynı amaç için en baştan bir uygulama geliştirip, bu uygulamanın yaygın ve tercih edilebilir bir hale getirilmesi daha fazla zaman, emek ve maliyete mal olacağından bunun yerine yaygın bir şekilde kullanılmakta olan ücretsiz uygulamaların satın alınarak bu uygulamalar aracılığıyla, kişisel verilerin ele geçirilmesi tercih edilmektedir.³⁹

Kişisel verilerin, mobil uyumlu web siteleri ve mobil uygulamalar aracılığıyla toplanmasındaki en önemli faktörlerden birisi de üçüncü kişi faktörüdür. Bahsi geçen üçüncü kişi faktörler; internet servis sağlayıcıları, istatistik büyük veri analistleri ve reklam verenler gibi oldukça farklı hizmet sunucu faktörlerdir. Özellikle, ücretsiz uygulamalardan da çeşitli yöntemler kullanılarak gelir elde edilebilmektedir. Bu bağlamda kullanıcının indirmek için herhangi bir ödeme yapması gerekmeyen ücretsiz mobil uygulamaların kullanıcılara amme hizmeti sundukları algısı bir yanlısamadan ibarettir. Zira uygulama içerisine entegre edilebilen reklamlar yahut uygulama kapsamında gösterilen sponsor verileri veya ortaklıktan para kazanma yahut da abonelik modeli gibi yöntemlerden birisini veya bazılarını seçerek, şirketler, ücretli uygulamadan elde edilebilecek karı veya daha fazlasını ücretsiz uygulamadan elde edebilmektedir.

Yüz okuma, parmak izi, kamera, mikrofon, GPS (Küresel Konumlandırma Sistemi), barometre, konum değişimi, sabit durma, yürüme, koşma, bilgisayarda çalışma, ovma, oturma, hareket yönü veya hareket hızı gibi algılayıcılardan sağlanan verileri baz alarak, kullanıcının bağımlılık, alışkanlık, etkinlik, eylem ve sağlık bilgilerine dair oldukça büyük hacimde ve farklı türden veriler elde edilmektedir. Bu veriler; alınarak, toplanarak, yönetilerek ve analiz edilerek, genellikle çerezler veya başkaca benzeri yazılımlar vasıtasıyla, kullanıcı davranışları esas alınarak bireyselleştirilmekte, pazarlama ve reklam hedefiyle, tekrar gerçek kullanıcıya takdim edilmekte ve önerilmektedir.⁴⁰ Bu şekilde ulaşılan kişisel veriler, kart bilgilerini, fotoğraf ve konum bilgilerini, harcama verilerinden

³⁹ İhsan Karlı / Sema Doğru / Yusuf Bahadır Doğru, “Akıllı Telefonların Uygulama İzinleri Üzerine Bir Farkındalık Çalışması”, C. 9, S. 30, 2018, AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology,

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1113741> (s.e.t. 11.01.2023), s. 153; Baran Erdoğan, “Ücretsiz Uygulamalara Dikkat: Kişisel Verileriniz Hedef Olabilir”, 2021 <https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/ucretsiz-uygulamalara-dikkat-kisisel-verileriniz-hedef-olabilir-41782207> (s.e.t. 12.01.2023); Bekir Çelik, “Uygulamaların Mobil Uyumlu Sitelere Tercih Edilmesinin 4 Önemli Nedeni”, 2018, <https://blog.mobiroller.com/tr/uygulamaların-mobil-uyumlu-sitelere-tercih-edilmesinin-4-onemli-nedeni/> (s.e.t. 10.01.2023); Polat, 2022.

⁴⁰ Faruk Çayır, “Pandemi Takip Uygulamaları Ve Kişisel Verilerin İzlenmesi Raporu” Alternatif Bilişim Derneği, 2020, <https://ekitap.alternatifbilisim.org/pdf/covid19-pandemi-takip-uygulamaları-raporu.pdf> (s.e.t. 13.01.2023).

sosyo-ekonomik duruma, eğitim kayıtlarına ve sağlık verilerine kadar her türlü veriyi kapsayabilmektedir.⁴¹ Öyle ki akıllı telefonlardan elde edilen veriler kullanılarak bu cihaz kullanıcıların sigara içme, yemek yemeyi unutmaya yahut aşırı kahve tüketimi gibi sağlığa zararlı davranışları belirlenebilmektedir.⁴²

Mobil uygulamalardan sağlık verileri elde edilebildiği gibi, doğrudan sağlık hizmeti sunmak amacıyla oluşturulan mobil uygulamalar da bulunmaktadır. Mobil sağlık uygulamaları ile kullanıcılar da kendi sağlık durumlarını kontrol ve takip edebilmektedir. Aynı zamanda mobil sağlık uygulamaları sahipleri yahut uygulamanın izin verdiği çalışanları da kullanıcıların sağlık durumunu takip edebilmektedir. Bu şekilde takibi yapılan, izlenen ve analiz edilerek işlenen sağlık verileri, sağlık alanındaki çalışmaların ilerleyebilmesi için önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda istatistiksel veriler ve ilgili sağlık verilerinin birleşimi ile yeni tedavilerin belirlenmesine ve keşfedilmesine katkı sunulabileceği gibi erken teşhis yöntemlerinin geliştirilmesine de imkan sağlanmaktadır. Tüm bu çalışmalar yapılırken işlenmesi gereken sağlık verileri, hassas kişisel veriler kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle özel nitelikli kişisel veriler olan sağlık verilerinin işlenmesinin daha katı denetime tabi tutulması gerekmektedir. KVKK 6. maddede açıkça belirtildiği üzere sağlık verilerinin, söz konusu veri sahibinin -ki bu veri sahibi genellikle hastadır- açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Ayrıca sağlık verilerinin işlenebilmesi ancak Kurul tarafından belirlenen önlemlerin yeterli düzeyde alınması ile mümkündür.

Diğer taraftan sağlık verilerinin hastanın rızası olmaksızın istisnai hallerde işlenebileceği de KVKK 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu istisnai işleme için Kanuna göre ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacı bulunmalıdır. Mobil uygulama şirketleri ise kar amacı güden şirketler olup hastalar için sundukları hizmette Kanunda belirtilmiş olan kamu sağlığının korunması veya teşhis, tedavi gibi sağlık hizmetlerine ilişkin bir amacı değil elde etme amacını haizdirler. Ayrıca bu istisnai olarak sayılan hallerde hastanın açık rızası olmaksızın sağlık verilerinin işlenebilmesi için sadece sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya bazı kurum ve kuruluşlar yetkili kılınmıştır. Buradan hareketle sağlık hizmeti sunan mobil uygulamalar geliştirip pazara sunan kâr amacı güden şirketlerin maddede geçen “yetkili kurum ve kuruluşlar”dan olması gerekmektedir. Dolayısıyla yetki için başvurmaksızın ve tarafına yetki verilmeksizin geliştirdiği sağlık uygulamasını doğrudan piyasaya süren, mobil uygulama şirketlerinin kullanıcılarının geçerli açık rızası olmaması durumunda sağlık verilerini işlemesi kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi nedeniyle yasaya aykırıdır. Aksinin kabul edilmesi veri koruma hukuku içerisinde yapılan hassas veri ayırımına aykırıdır. Zira sağlık verilerinin, kapsam ve sınırları belirsiz

⁴¹ Doğan, 2023, s.239.

⁴² Ensar Arif Sağbaşı / Serkan Ballı “Akıllı saat algılayıcıları ile insan hareketlerinin sınıflandırılması” C. 21, S. 3, 2017, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, s. 981.

amaçlar için ve kapsam ve sınırları belirsiz kişilerin yetkili olduğu kabul edilerek işlenmesine izin verilmesi veri koruma hukukunun temeli ile doğrudan çelişmektedir.⁴³

Sağlık verilerinin anonim olarak işlenmesi durumunda ise söz konusu işleme faaliyetinin kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin kapsamından çıktığı iddia edilmektedir. Bu bağlamda hastaları profilleyerek ve bir hastaya ilişkin sağlık verilerini o hastanın adı yahut T.C. kimlik numarası gibi doğrudan hastayı niteleyecek şekilde tutmak yerine X hastası ya da 1. hasta gibi hasta kimliğini gizleyerek tutup işleme durumunda anonimleştirilen verinin işlenmekte olduğu ileri sürülmektedir. Hasta verilerinin anonimleştirilerek işlenmesinde kullanılan yöntemlerden bir başkası ise hastaları numaralandırmak yahut harflendirmek yerine belli profillere göre sınıflandırmaktır. Burada belli özelliklerdeki hastaların her biri o özellikler için açılmış bir klasör içerisinde değerlendirilebilmektedir. Bu bağlamda hasta verisinin doğrudan hastayı tanımlayacak şekilde tutulmayıp X klasöründeki veriler şeklinde tutularak işlendiği düşünülebilir. Bu şekilde büyük veri olarak kişisel veriler ve hassas kişisel veri olan sağlık verileri kullanılmakta, büyük miktarda sağlık verisi depolanabilmekte ve analiz edilebilmektedir. Söz konusu örneklerde belirtildiği şekilde yahut çok daha farklı anonimleştirme yöntemleri ile sağlık verileri anonimleştirildiği iddia edilerek artık kişisel veri olma niteliğini kaybettiği öne sürülerek veri sahibinin rızası alınmaksızın ve KVKK'nın ilgili hükümleri yerine getirilmeksizin büyük veri kapsamında analiz edilebilmekte ve bazı mobil uygulama sahiplerince istenildiği gibi işlenebilmektedir. Anonimleştirmeyi öne sürerek büyük veri analistleri, verilerin sahibine ulaşma imkânlarının olmadığı yönünde argüman sunabilmektedirler. Kişisel verilerin anonim hâle getirilmesi, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesinde "*kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dâhi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da açıkça anlaşıldığı üzere sağlık verilerinin anonim hale getirilmesi durumunda verilerin silinmesi yahut işlenemez hâle getirilmesi değil bilakis sağlık verisinin ait olduğu gerçek kişi ile bağının kesilerek işlenmeye devam edilmesi söz konusudur. Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında her ne kadar anonimleştirilen verinin geri döndürme gibi teknikler kullanılarak gerçek kişiyle ilişkisinin yeniden kurulmaması gerektiği belirtilmiş olsa da İngilizcede "deanonymisation" şeklinde ifade edildiği üzere anonimleştirilen veri aslında anonimleştirme işleminin geri döndürülmesi gibi farklı teknikler kullanılarak veri sahibi ile yeniden ilişkilendirilebilmektedir. Bu bağlamda aslında veri ile verinin ait olduğu gerçek kişi arasındaki ilişkinin anonimleştirme yoluyla kesildiği iddia edilse dâhi genellikle mobil uygulama sahipleri istedikleri zaman söz konusu verinin ait olduğu kişi ile ilişkisini kurabilecek teknik donanımı da haizdir. Bu bağlamda gerekli teknik yapıyı haiz büyük veri şirketleri anonimleştirerek işleyip analiz edip kullandıkları sağlık verilerinin kime ait

⁴³ Ayşe Ash Alçın, "Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri Ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü", C. 13, S. 51, 2022, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), s. 381.

olduğunu tespit edebilmekte, söz konusu tespiti yapıp kullandıktan sonra veriyi yeniden anonim hâle getirebilmektedir. Bu prosedür büyük veri kullanılarak elde edilen gelir karşısında çok düşük maliyetli ve yapılması her an ihtimâl dâhilinde bir uygulamadır. Veriler, anonim hâle getirilse dâhi ilgili veri yığınlarına bağlantılar sağlanarak, kişileri tanımlamak mümkün olabilmektedir. Bu nedenle de verilerin anonimleştirilmesi hususu, tüm dünyada kişisel verilerin korunması hususunda tartışılmakta olan bir konudur.

Genellikle araştırma ve istatistik gibi hedeflerle tutulan ve bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmekten ziyade, kitlesel bilgi kümesi olarak çıkan anonim sağlık verileri, kişilerle bağdaştırılmadığı için kişisel veri kapsamında kabul edilmediğinden KVKK bağlamında getirilen hiçbir yükümlülüğe tabi olunmaksızın rahatça işlenerek bilimsel çalışmalarda kullanılabilirdiği gibi ticari amaçla da pazarlanmaktadır. Mobil uygulamalar aracılığıyla, sağlık ve tıbbi araştırma bağlamında toplanan veriler, mevzuat uyarınca veri sahibinin açık rızası alınmak şartıyla, sağlık yönetimini iyileştirme ve sağlık araştırması amacı ile işlenebilmektedir. KVKK 28. maddesinde anonimleştirilen kişisel verilerin istatistik veya araştırma amacıyla işlenebileceği belirtilmiştir. KVKK 28 (1/b) maddesi gereği, veri sorumlusunun anonimleştirdiği sağlık verileri ile yalnızca bilimsel çalışma yapılabilir. Verilerin, kanunda bahsi geçen amaçlar dışında ve bilimsel çalışma haricinde, özellikle pazarlama veya reklam gibi ticari amaçlar için işlenmesi, kullanılması veya ücret karşılığında paylaşılması hukuken yasaklanmıştır.

VI. MOBİL UYGULAMALAR ARACILIĞIYLA SAĞLIK VERİLERİNİN TOPLANMASI VE BÜYÜK VERİ ANALİZİ: APPLE ÖRNEĞİ

Apple yeni güncellemesi ile bir düzenleme getirerek “Apple Kimliğiniz için Vâris ekleme” başlıklı bir uygulama kullanmıştır. iPhone üreticisi Apple, iOS 15.2 işletim sisteminde Miras İrtibatı (Legacy Contact) adında bir düzenleme getirmiştir. Bu uygulama ile kullanıcıların, vefât etmesi halinde Apple kimliklerine erişmesini istedikleri kişiyi vâris olarak atayabilmeleri sağlanmıştır. Apple, daha önce yalnızca mahkeme kararı ile kişilerin vefâtından sonra, Apple kimliklerine erişime izin verdiğinden bu uygulama ile mahkeme kararı olmaksızın kullanıcının ölmeden önce Apple kimliğine vâris tayin etmesi amaçlanmıştır. Bu düzenleme ile kişiler vefât ettiğinde, vâris olarak atadıkları kişi, vefât eden kişilerin iPhone verilerine ve Apple kimliklerine erişebilmektedir. Sosyal medya şirketlerinin, kişilerin vefâtı durumunda hesaplarının sahipliğinin kime devrolacağı hususu üzerinde uzun bir süredir çalıştıkları bilinmektedir.

Kişilerin sağlık verilerinin işlenerek pazarlanması; kanser gibi ölümü yakın olan kullanıcıların tespit edilmesi, bu kullanıcıların ölümünden sonra, hesaplarına ulaşabilecek kişiyi tayin etmeleri için bildirim gönderilmesi gibi uygulamalara olanak tanımaktadır. Sağlık verilerinin büyük veri analitiği aracılığıyla, dış dünyanın erişimine açıklabilirliğinin bu tür uygulamaları gündeme getirmesi, büyük veri güvenlik önlemlerinin yeterince alınmadığını somut olarak ortaya koymaktadır. Büyük veri kapsamında anonimleştirilerek işlenen özel nitelikli sağlık verileri ile tespit edilen ölmesi muhtemel görünen hesap sahibinin bizzat kendisine bildirim

gönderilebilmesi olası bir uygulamadır. Bu tür bir uygulama, söz konusu sağlık verisinin ilişkili olduğu hesap sahibinin tespit edilebildiğini göstermesi açısından önemlidir. Bir başka ifadeyle anonimleştirilerek işlenen sağlık verisine geri döndürme yahut başka teknikler uygulanarak sağlık verisinin ait olduğu gerçek kişi tespit edilebilmektedir. Bu şekilde sağlık verileri işlenerek belli bir zaman içerisinde ölmesi muhtemel görünen gerçek kişiye bildirim gönderilebilmesi mümkün olmaktadır. Apple'ın, yeni getirdiği bu vasi atama uygulamasının ilgili herkese bildirim gönderilmesi yerine sadece, bu büyük veri analizleri sonucunda, ölümü yakın olduğu düşünülen kişilere vasi atama bildirimlerinin gönderilmesi şeklinde uygulanma ihtimali ve bunun hastalar üzerindeki muhtemel etkileri dikkate alınmalıdır. Burada sorgulanan husus şirketlerin bir kişinin ölümünün yakın olduğunu nasıl bilebildiğidir. Zira kişinin belki kendisinin dâhi durumdan haberdar olmadığı ancak en temel haklardan olan yaşam hakkını etkileyecek bu derece hassas kişisel sağlık verilerinden uygulama sahibi teknoloji şirketlerinin haberdar olabilmesi ve kişilerin ömrüne göre kişiselleştirilmiş bildirimler gönderebilmesi veri anonimizasyonunun kişisel verilerin korunmasındaki işlevini yerine getiremediğini göstermektedir.

Apple'ın Miras İrtibatı şeklindeki uygulaması ile amaçlanan özellikle anıların yahut önemli verilerin ölen kişinin mirasçılara aktarılmasında kolaylık sağlanmasıdır. Ayrıca ölen kişinin söz konusu verileri içerisinde ekonomik değer taşıyan dijital varlıklarının da miras yoluyla mirasçılara geçmesi gerekir.⁴⁴ Nitekim ölen kişinin ilgili hesaba kayıtlı verileri dijital miras kapsamındadır.⁴⁵ Bu bağlamda oldukça faydalı olabilecek nitelikteki bu tür uygulamaların kullanımında kişisel verilerin işlenmesindeki ilkelere uyumun sağlanması hususunda bir kanuni çerçevenin çizilmesi ve anonimleştirilmenin kişisel verilerin korunmasında işlevsiz olabileceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Aksi halde her bir bireyin ne kadar ömrü kaldığının takriben belirlenebilmesi ve bunun teknoloji şirketleri tarafından kullanılabilmesi olağan bir durum hâline gelebilecektir.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinde kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmış olup bu tanıma göre kişisel veriler kullanılarak yapılan her türlü işlem kişisel verilerin işlenmesini oluşturmaktadır. Bu bağlamda mobil uygulamalarda veya internet sitelerinde kişisel verilerin toplanması, saklanması, birleştirilmesi, açıklanması, erişilebilir kılınması, uyarlanması, yayılması, üçüncü kişilerle paylaşılması, kombinasyonu veya ilişkilendirilmesi şeklinde gerçekleştirilen her türlü işlem kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere; burada kişisel verinin, veri sahibinin açık rızası olmaksızın işlenmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin güncellemelere yönelik bir bildirim alan kişinin güncellemeyi yüklerken sağlık verilerinin işlenerek ölme riskinin tayin edilebileceği hakkında kapsamlı ve anlayabileceği şekilde detaylı

⁴⁴ Sinan Sami Akkurt, Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması, Seçkin, Ankara, 2022, s. 327.

⁴⁵ Dijital mirasın kapsamına giren unsurlar hakkında detaylı bilgi için bakınız: Akkurt, 2022, s. 22 vd.

bilgilendirilmesi sağlanmış olmalıdır. Güncellemeyi yükleyen kişinin vereceği rızanın sınırlarını ve sonuçlarını öngörerek ve kabul ederek, güncellemeyi reddetme seçeneği de bulunmasına rağmen hür iradesiyle kabul ederek açıkça rıza vermesi halinde veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde kişinin güncellemeyi indirmeyi kabul etmiş olması, sağlık verilerinin işlenmesine rıza göstermiş olması şeklinde değerlendirilemez. Nitekim ancak verisinin nasıl işleneceği hakkında yeterli düzeyde ve açıkça bilgilendirilerek serbest bir irade ile verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rıza olarak kabul görebilir.⁴⁶ Zira rıza, tereddüte yer vermeyecek seviyedeki bir açıklık ile tereddüte yer vermeyen net bir irade beyanı ve aktif bir davranış ile ortaya konması halinde açık rıza niteliği kazanacaktır.⁴⁷ Bu bağlamda Oral'ın vurguladığı üzere Yargıtay da E. 1976/6297 K. 1977/2541 sayılı kararında rızanın geçerli kabul edilebilmesini bireyin gerektiği ölçüde aydınlatılmasına ve iradesini açıklarken baskı altında kalmamasına bağlamıştır.⁴⁸ Bu bağlamda güncelleştirmeyi reddetme seçeneği sunulmaksızın yalnızca kabul etme seçeneği sunulması durumunda kişinin iradesini serbestçe kullandığından bahsedilemeyecek, bilakis yalnızca kabul et seçeneği sunulması ve sürekli olarak güncelleme isteminin gönderilmesi kişinin iradesinin etki altında kalmasını sağladığından bu şekilde verilen güncelleme onayı geçerli bir rıza niteliğini haiz olamayacaktır. Dolayısıyla büyük veri analizi yapan şirketlerin kişilerin özel nitelikteki kişisel verilerinin işlenebilmesi için kanunda açık rıza şartı olmasına rağmen, rızaları alınmaksızın ve hiçbir istisnaya da girmemesine rağmen yasa dışı veri işleme faaliyetinde buldukları durumlar olabilmektedir.⁴⁹

Kişisel verilerin kimliğini belirli yahut belirlenebilir kıldıkları gerçek kişinin açık rızası alınmaksızın işlenmesi , KVKK bağlamında hukuka aykırılık teşkil etmekte olduğu gibi TMK 23 ve devamı maddeleri ile korunan kişilik haklarına da aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim kişisel verilerin korunması hakkı bir kişilik hakkıdır.⁵⁰ Sağlık verileri bu bağlamda

⁴⁶ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Rıza, Üstün Nitelikte Özel Ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri”, C. 9, S. 2, 2019, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 317.

⁴⁷ Akkurt, 2023, s. 171, 172.

⁴⁸ Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, S. 2, 2011, Ankara Barosu Dergisi, s.188.

⁴⁹ Polat, 2022. Hassas kişilerin işlenmesine yönelik olarak doktorun hastası hakkında işlediği sağlık verileri yahut çalışana ait sendikalılık bilgisinin özlük dosyasında mevzuat gereği tutulması gibi örneklerle ilgili olarak bakınız: KVKK, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5238/Ozel-Nitelikli-Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari> (s.e.t. 15.02.2023).

⁵⁰ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Protection of Privacy Against IT”, The Palgrave Handbook of Global Social Problems, (Ed.) Rajendra Baikady ve diğerleri, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, s. 8, 9; Esin Gürsel Dügmeçi / Fatih Dügmeçi, “Özel Hayatın Gizliliği Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması Yöntemlerinden Biri Olarak Erişimin Engellenmesi” Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış, Cemil Kaya (Ed.), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.305.

mahremiyet, şeref ve haysiyet gibi kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerle sıkı bir ilişki içerisinde.⁵¹ Bu değerlerin korunması için mobil uygulamalarda işlenen kişisel verilerin de her türlü işleme faaliyetinde gerek hukuka gerek dürüstlük kuralına riayet edilerek işlenmesi gerekmektedir.⁵² Kişisel verilerin bu şekilde hukuka uygun işlenebilmesi için kullanıcı anlayacağı şekilde sadelikte ve verilerinin işlenmesi sürecine dair her türlü gerekli bilgiyi içerecek şekilde aydınlatılmalıdır. Bu aydınlatma sonrasında kişisel veriler, kullanıcının rızasının kapsam ve sınırları çerçevesinde ve hukuka, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olmayan meşru amaçlar doğrultusunda işlenmelidir. Bir başka ifadeyle, kişisel veriler işlendikleri amaç ile bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalıdır. Amacın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olmayan sağlık verilerinin işlenmesi, kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Zira TMK'nın 24. maddesinin 2. fıkrasında açıkça görüleceği üzere, kişilik haklarına yapılan saldırıda hukuka aykırılığın giderilmesindeki hukuka uygunluk nedenleri; kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması şeklinde belirtilmiştir. Ancak çalışma konusu güncelleme örneğinde görüldüğü üzere, Apple'm kişilerin sağlık verilerine erişerek, kanser gibi ölümü yakın olan kullanıcılara vasi atama uygulaması ile ilgili bildirim göndermesi, TMK'nın 24. maddesinde düzenlenen, hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilememektedir.

Sağlık verileri ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir. Verinin saklanmasına yönelik meşru amacın bulunmaması halinde ise ilgili veri kanuna göre silinmeli veya yok edilmelidir. Bunlardan biri yapılmak istenmiyorsa veri anonim hale getirilerek saklanmalıdır. Ancak burada anonim hale getirilmesi durumunun barındırdığı muhtemel riskler göze alındığında kişisel verilerin korunması için silinmesi yahut yok edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Aksi halde kişilik haklarının TMK 24. maddede öngörülenin aksine dışarıdan gelen saldırılara karşı yeterli şekilde korunması mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, özellikle de sağlık verilerinin işlendiği somut örnek düşünüldüğünde kişisel verilerin anonimleştirilerek işlenmeye devam edilmesi kişilik hakkının, üçüncü kişilerden gelecek zararlara karşı korunamayacağını göstermektedir. Bu nedenle kişilik hakkının korunması için verilerin anonimleştirilmesi yeterli olmayıp silinmesi yahut yok edilmesi gereklidir. Bu nedenle mevcut mevzuatta yer alan KVKK 7.

⁵¹ Sinan Sami Akkurt, "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine ve Covid19 Pandemisi Sürecinde Mobil Uygulamalarla Paylaşılmasına Hukukî Bir Bakış", C. 19, S. 38 Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 2020, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 146.

⁵² Veri sorumlusunun kişisel verileri hukuka ve dürüstlük kuralına uygun işlemesi, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş dürüstlük kuralından farklı olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nca veri sorumlusuna getirilmiş bir yükümlülük olup veri sorumlusunun bu Kanun'dan doğan haklarını adil olarak kullanmasını ifade etmektedir. Mesut Serdar Çekin, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 70. Bu şekilde veri sorumlusunun Kanun'dan doğan haklarını kullanarak veri ilgisine zarar vermesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

maddesindeki “işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler ... silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir” ifadesi ve Yönetmelikte yer alan “kişisel verilerin işlenme şartlarının tamamının ortadan kalkması halinde, kişisel verilerin ... silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi gerekir” ifadesi yeniden ele alınarak anonimleştirilmenin mevzuattan çıkarılması yahut veri güvenliği ve gizliliğini gerekli seviyede sağlayacak anonimleştirme metodlarının sınırlı sayıda belirlenerek mevzuatta belirtilmesi hem kişisel verilerin hem mahremiyetin hem de bu vesileyle kişilik haklarının korunması için önemli bir adım olacaktır.

SONUÇ

Yüksek hacimdeki (Volume) ve oldukça farklı çeşitteki (Variety) verini son derece hızlı (Velocity) şekilde gelişmiş teknolojiler vasıtasıyla işlenerek anlamlı yeni verilerin elde edilmesi ve bunların pazarlanması büyük veri çalışmaları kapsamında yapılmaktadır. Hemen her alanda olduğu gibi sağlık alanında da büyük veri, oldukça önem arz etmektedir. Büyük veri kullanımının tedavi sürecine ve sağlık hizmetlerine, hastaya ve sağlık çalışanlarına, sağlık kuruluşlarının iş yükünün hafifletilmesine sunduğu önemli katkılar bulunduğu gibi özellikle mobil uygulamalar aracılığıyla büyük veri analiz şirketleri tarafından, sağlık verileri işlenerek elde edilen yeni anlamlı bulgulara dair veriler pazarlanmakta ve kişilik haklarını ihlal eder nitelikte zararlı kullanımlar söz konusu olabilmektedir.

Mobil uygulamalar aracılığıyla, bireylerin kişisel verilerini, özellikle de kişisel sağlık verilerini analiz eden, büyük veri analiz firmaları, sağlık alanındaki çalışmaların geliştirilmesi amacı dışında gerek KVKK gerekse TMK bağlamında korunan ve Anayasa’da güvence altına alınan kişisel verilerin veya özel hayatın gizliliğinin korunması gibi kişilik haklarını ihlal edebilmektedir. Büyük veri analizi ile örneğin kanser gibi ölümü yakın olan bireylerin tespit edilebilmesi ve bu kişilere vefat ettikten sonra çeşitli uygulama hesaplarına ulaşabilecek kişiyi henüz vefat etmeden tayin edebilmeleri için bildirim gönderilebilmesi mümkündür. Hassas kişisel verilerin sınırlı sayıda belirtilerek işlenmesi için özel yükümlülükler öngörülmüş olmasına rağmen bu yükümlülüklerin yerine getirilmiş olup olmadığının denetimine ve yerine getirilmesi için gerekli önlemlerin alınmasına rağmen anonimleştirme unsuru neticesinde kişilerin bilgisi ve rızası olmaksızın verilerinin işlenmesi mümkündür. Toplumda herhangi bir kişinin takribi kalan ömrü yahut sağlık bilgilerine dayanarak ölme riski, kişinin kendisi veya yakın çevresinden önce ve hatta doktorundan önce büyük veri analizi yapan şirketlerce bilinebilmektedir. Özellikle sağlık sektöründe etik tartışmalarının güçlenmesi, kişisel verilerin işlenmesi ile özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik mevzuattaki açıklıkların fark edilmesi ve toplumun bilinçlenmesine katkı sunmuştur. Ayrıca anonimleştirilerek “kişisel veri” niteliğini yitirdiği öne sürülen verilerin büyük veri bağlamında işlenmesindeki riskleri ve genel olarak anonimleştirme ile ortaya çıkabilecek sorunları göstermesi açısından da konu önemlidir. Kişilik hakları kapsamında kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin yeterli düzeyde korunabilmesi için mevzuatın gözden geçirilerek “anonimleştirme” konusundaki düzenlemelerin yeniden ele alınması ve

mümkün olduğu ölçüde daraltılması gerekmektedir. Düzenlemelerde bir değişiklik olmayıp anonimleştirilen verilerin işlenmesine devam edilmesi durumunda kişilik hakları ihlali devam edebileceğinden ihlalin önlenmesi için anonimleştirme metodları sınırlı sayıda belirtilmelidir. Bu bağlamda veri güvenliği ve gizliliğini tam olarak koruyucu homomorfik şifreleme gibi metodlar tek tek belirlenerek, bunların prototip uygulamaları geliştirilmelidir. Kişisel verileri anonimleştirmede homomorfik şifreleme gibi sınırlı sayıda metodun uygulanması zorunluluğu getirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akkurt S S, "17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde "Unutulma Hakkı", C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 2605-2635.

Akkurt S S, "Açık Rıza", Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, Çağlayan Aksoy P / Aksoy H C (Ed.) Arkadaş Basım, Ankara, 2023, ss. 155-194.

Akkurt S S, Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması, Seçkin, Ankara, 2022.

Akkurt S S, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış", C. 25, S. 2, 2017, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 329-373.

Akkurt S S, "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine ve Covid19 Pandemisi Sürecinde Mobil Uygulamalarla Paylaşılmasına Hukukî Bir Bakış", C. 19, S. 38 Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 2020, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 142-160.

Akkurt, S S, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış", C. 2, S. 1, 2020, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, ss. 20-32.

Akkurt S S, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlâller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin, Ankara, 2019.

Aktan E, "Büyük Veri: Uygulama Alanları, Analitiği ve Güvenlik Boyutu" C. 1, S.1, 2018, Bilgi Yönetimi Dergisi, ss. 1-22.

Al-Mekhlal M / Khwaja A A, "A Synthesis of Big Data Definition and Characteristics", 2019, IEEE International Conference on Computational Science and Engineering (CSE) and IEEE International Conference on Embedded and Ubiquitous Computing (EUC), ss. 314-322.

Alçın A A, "Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri Ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü", C. 13, S. 51, 2022, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), ss. 365-410.

Araştırma Verileri Yönetimi Eğitim Portalı, "Verinin Anonimleştirilmesi". <https://acikveri.ulakbim.gov.tr/acik-veri-acik-bilim/bolum-3-veri-isleme/3-4-verinin-anonimlestirilmesi/> (s.e.t. 17.02.2023).

Balaban F, Elektronik Haberleşme Sektöründe İşlenen Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Balaban F / Kulular İbrahim M A, "Sosyal Medya Ve Unutulma Hakkı: Meta Threads Örneği", C. 5, S. 2, 2023, Bilişim Hukuku Dergisi, ss. 1-30.

Cox M / Ellsworth D, "Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization", 1997, IEEE Visualization, ss. 235-244.

Çayır F, "Pandemi Takip Uygulamaları Ve Kişisel Verilerin İzlenmesi Raporu", 2020, Alternatif Bilişim Derneği.

<https://ekitap.alternatifbilisim.org/pdf/covid19-pandemi-takip-uygulamalari-raporu.pdf> (s.e.t. 13.01.2023).

Çekin M S, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020.

Çelik B, “Uygulamaların Mobil Uyumlu Sitelere Tercih Edilmesinin 4 Önemli Nedeni”, 2018. <https://blog.mobiroller.com/tr/uygulamaların-mobil-uyumlu-sitelere-tercih-edilmesinin-4-onemli-nedeni/> (s.e.t. 10.01.2023).

Çobanoğlu N, Kurumsal ve Uygulamalı Tıp Etiği, Efil Yayınevi Yayınları, Ankara, 2009.

Daçe R / Nardalı, S, “Markaların Mobil Uygulamalarının Satın Alma Eğilimi Üzerine Etkisi ve Starbucks Örneği”, C. 4, S. 1, 2021, Journal of Business, Innovation and Governance, ss. 12-26.

Doğan B, Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Dülger, M V, “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, C. 1, S. 2, 2015, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 43-80.

Ekin B, Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2020.

Erdoğan B, “Ücretsiz Uygulamalara Dikkat: Kişisel Verileriniz Hedef Olabilir”, 2021. <https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/uccretsiz-uygulamalara-dikkat-kisisel-verileriniz-hedef-olabilir-41782207> (s.e.t. 12.01.2023).

European Court of Human Rights, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi Özel hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı”. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf (s.e.t. 22.12.2022).

European Court of Human Rights, “Case of Leander v. Sweden”. <https://hudoc.echr.coe.int/rus/?i=001-57519> (s.e.t. 24.12.2022).

Ganeshkumar C / Sankar J G / David A “Adoption of Big Data Analytics: Determinants and Performances Among Food Industries”, C.14, S. 1, 2023, International Journal of Business Intelligence Research, ss.1-17.

Gürsel Düğmeci E / Düğmeci F, “Özel Hayatın Gizliliği Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması Yöntemlerinden Biri Olarak Erişimin Engellenmesi” Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bilgi Edinme Hukuku: Çeşitli Açılardan Bakış, Kaya C (Ed.), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, ss. 291-330.

Hakeri H / Söğüt İ S, “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar”, C.1, S. 64, 2020, Adalet Dergisi, ss.57-85.

Help Centre, “Terms of Use”. <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870> (s.e.t. 18.12.2022).

Karlı İ / Doğru S / Doğru Y B, “Akıllı Telefonların Uygulama İzinleri Üzerine Bir Farkındalık Çalışması”, C. 9, S. 30, 2018, AJIT-E: Online Academic Journal of Information Technology. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1113741> (s.e.t. 11.01.2023).

Kaya C, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, C. LXIX, S.1-2, 2011, İÜHFİM, ss. 317-334.

Kayaköy Taş M, Pazarlama İletişiminde Sosyal Medya Kullanımı: Sigorta Pazarına Bir Uygulama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

KOİOS Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Çalışma Grubu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (26 Mart 1987, Başvuru No: 9248/81) Leander/İsveç Karar Özeti (Madde 8, 10 ve 13)”. <https://kisiselverihlali.com/Anasayfa/wp-content/uploads/2021/11/Bay-Leander-Isvec-AIHM-Karar-Ozeti.pdf> (s.e.t. 24.12.2022).

Kular İbrahim M A, “Legal Challenges of Artificial Intelligence in Healthcare”, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, Kılıç M / Bozkuş Kahyaoglu S (Ed.) Springer Publishing, Singapore, 2023, ss. 147-160.

Kular İbrahim M A, “Protection of Privacy Against IT”, The Palgrave Handbook of Global Social Problems, Baikady R ve diğerleri (Ed.), Palgrave Macmillan, Cham, 2022.

Kular İbrahim M A, “Psikolojik Planlı Eskitme ve COVID-19 Pandemisinde Durum”, C. 12, S. 47, 2021, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), ss. 391-406.

Kular İbrahim M A, “Rıza, Üstün Nitelikte Özel Ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri”, C. 9, S. 2, 2019, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 305-333,

Kurşun A, “Büyük Veri ve Sağlık Hizmetlerinde Büyük Veri İşleme Araçları”, C. 24, S. 4, 2021, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, ss. 921-940.

Küzeci E, “Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması”, S. 128, 2011, Bilişim Dergisi, ss. 142-149.

KVKK, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5238/Ozel-Nitelikli-Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari> (s.e.k. 15.02.2023).

OECD, “OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data”. <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (s.e.t. 29.12.2022).

Official Journal of the European Union, Eur-Lex, “General Data Protection Regulation”. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (s.e.t. 03.11.2023).

Oral T, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, S. 2, 2011, Ankara Barosu Dergisi, ss. 185-209.

Polat E, “Sağlıkta Kişisel Veriler; Etik, Hukuk ve Günümüz Uygulamalar”. <https://pharmaino.com/saglikta-kisisel-veriler-etik-hukuk-ve-gunumuz-uygulamalar/> (s.e.t. 28.12.2022)

Sağbaşı E A, / Ballı S, “Akıllı saat algılayıcıları ile insan hareketlerinin sınıflandırılması” C. 21, S. 3, 2017, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, ss. 980-990.

Sarıkaya B, “Big Data ve Kişisel Verilerin Korunması”, Hukuk ve Bilişim Dergisi. <https://hukukvebilisim.org/big-data/> (s.e.t. 13.12.2022).

Somer P, “Tıbbi Kayıtlar”, 2010, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 2010.
<http://copy.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/3.saglik-hukuku-kurultayi-son.pdf> (s.e.t. 30.12.2022).

Sönmez S, “Leander / İsveç Davası”. <https://sonersonmez.av.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu/> (s.e.t. 24.12.2022).

Terzioğlu Bebitoğlu B / İlbars H, “Kişisel Verilerin Klinik Araştırmalarda Kullanımına İlişkin Yasal Düzenlemeler”, C. 25, S.1, 2020, Anatolian Clinic the Journal of Medical Sciences, ss. 66-72

İLERİ TARİHLİ ÇEKLE YAPILAN BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI

Withdraw of Donation Made by Post-Dated Check

Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER*

Öz: Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Bağışlama sözleşmesinin konusunu her türlü malvarlığı değerleri, mal ve haklar oluşturabilir.

Kural olarak borçlu alacaklıya borçlanılan edimi ifa ederek borcundan kurtulur. Ancak bazı istisnai hallerde borçlu borçlanılan edimden başka bir şeyi ifa ederek borcundan kurtulabilir ki bu hallerden biri de ifa amacıyla edimdir. Bağışlayanın bağışlama konusu para borcunu çekle ifa etmesi hukuki mahiyeti itibarıyla ifa amacıyla edimdir. Bağışlayanın ileri tarihli çekle yaptığı ifade borç, çekin alacaklıya teslimi ile değil, paraya çevrilerek alacaklının tatmin edildiği anda ve oranda sona ereceğinden, bağışlayanın bağışlanana çeki teslim etmesi borçlandırıcı işlem, bağışlananın çeki paraya çevirerek alacağını tahsil etmesi ise tasarruf işlemidir.

Bağışlayanın bağışlama borcunu ileri tarihli çekle ifa etmesi durumunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında fasıla girdiğinden yapılan bağışlamanın elden bağışlama değil, bağışlama sözü verme olarak kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle ileri tarihli çekle yapılan bağışlama sözü vermenin geri alınabilmesi için Türk Borçlar Kanunu m. 296'daki şartların gerçekleşmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Bağışlama, ifa, ileri tarihli çek, bağışlama sözü verme, bağışlamanın geri alınması,

Abstract: A contract of gift is an agreement in which the donor undertakes to make a gratuitous contribution from his property to the donee, in order to have an intermediary effect. The subject of the gift agreement can be all kinds of asset values, goods and rights. As a rule, the debtor is relieved of his debt by performing the act owed to the creditor. However, in some exceptional cases, the debtor may be relieved of his debt with something other than the act owed, one of which is the performance for the purpose of performance. In the execution of the contract of gift by cheque the debt ends at the time and at the rate at which the creditor satisfied. The donor's delivery of the check to the donor is a debiting transaction and the donor's collection of the receivable by converting the check into money is a savings transaction.

If the donor fulfills the gift debt with a post-dated check, a period enters between the debiting transaction and the savings transaction. Therefore, a donation made by post-dated check should be considered as a promise of gift. For this reason, the provision of Article 296 of the Turkish Code of Obligations is applied in the withdrawal of the promise of gift made with a post-dated check.

Keywords: Gift, to perform, post-dated check, promise of gift, revocation of gift

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysenurcaner@uludag.edu.tr, ORCID 0000-0002-7443-8617.

Makale Geliş Tarihi: 12.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484079

GİRİŞ

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Bağışlama sözleşmesinin konusunu her türlü malvarlığı değerleri, mal ve haklar oluşturabilir. Bağışlayan malvarlığında yer alan maddi bir malı bağışlayabileceği gibi, gayri maddi bir malı da bağışlayabilir.

Borcu sona erdiren sebeplerden biri olan ifa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer bakımından tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesidir. Kural olarak edimin konusuyla ifanın konusu aynı olduğundan, borçlu alacaklıya karşı borçlandığı edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. Ancak borçlu bazı istisnai hallerde borçlanılan edimden başka bir şeyle borcunu ifa ederek borcundan kurtulabilir ki bu hallerde ifanın konusuyla edimin konusunun birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir.

Bağışlama sözleşmesinin konusunu oluşturan para borcunun ileri tarihli çekle ifa edilmesi mümkündür. Bağışlayanın ileri tarihli çekle ifa ettiği bağışlamayı geri alması konusunun izahı amacıyla çalışmada öncelikle ileri tarihli çek ve ileri tarihli çekle yapılan ifanın hukuki mahiyeti tespit edilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde bağışlama sözleşmesi genel olarak açıklandıktan sonra bağışlama türleri ve özellikle ileri tarihli çekle yapılan bağışlamanın türü belirlenerek bağışlama borcunun ifası üzerinde durulacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise ileri tarihli çekle yapılan bağışlama sözünün geri alınması, geri alma sebepleri ve özellikle çekin kambiyo senedi olması nedeniyle ileri tarihli çekle yapılan bağışlamaların geri alınma usulü ele alınacaktır.

I. İLERİ TARİHLİ ÇEK

A. GENEL OLARAK

İleri tarihli, uygulamadaki adıyla vadeli çek, düzenleme tarihi gerçeğe aykırı olan, gerçekte düzenlendiği günden daha ileri bir düzenleme tarihi taşıyan çektir.¹ Esasında bir ödeme aracı olan çek, uygulamada ileri tarihli düzenlenerek kredi veya teminat amacıyla kullanılmaktadır.²

¹ Ünal Tekinalp, “İleri Keşide (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri”, Cilt: 19, Sayı: 1-2, Yıl: 1999, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 925; ileri tarihli çekerle ilişkin benzer tanımlar için bakınız, Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Bası, İstanbul 2019, s. 324; Haluk Tandoğan, “Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Cilt: XI, Sayı:2, Yıl:1981, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, s. 67; Hüseyin Cem Çöl, “İleri Tarihli Çekerle İlişkin Sorunlar”, Cilt: 53, Sayı:1, Yıl: 2004, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 195; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2019, s. 319; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 9. Bası, Ankara 2021, s. 337, 338; Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, Kıymetli

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu(TTK) m. 795'te ileri tarihli çek "Muacceliyet" başlığı altında "*Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Düzenleme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir*" şeklinde hükme bağlanmıştır. Doktrinde TTK m. 795/II ile çekin üzerinde yazılı keşide tarihindən önce ibraz edilmesi halinde de ödeneceğini düzenleyen kanun koyucunun, örtülü biçimde de olsa, ileri tarihli çek düzenlemesine izin verdiği ifade edilmiştir.³ Kanun koyucu TTK m. 795/II hükmü ile Cenevre Yeknesak Kuralları ile uyumlu olacak şekilde ileri tarihli çeklere geçerlilik tanımış ve yetkili hamile vadeden önce bankaya başvurarak karşılık çek hesabında bulunuyorsa çekin karşılığını alabilme imkanı vermiştir.⁴ Bu nedenle ileri tarihli çeklerdeki tarihin gerçeği yansıtmaması çekin geçerliliğini etkilememekte ve çek üzerindeki ileri düzenleme tarihi yazılmamış sayılmaktadır.⁵

İleri tarihli çekin uygulamada yaygın şekilde kullanılmasına kayıtsız kalamayan kanun koyucu 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) ile de ileri tarihli çekerle ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerden ilki üzerinde yazılı düzenleme tarihindən önce çekin ödenmek üzere muhataba ibrazını geçersiz sayan hükümdür. ÇekK Geçici madde 3/5 ile "*31/12/2025 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihindən önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir*" hükmü getirilmiştir.⁶ Kanun koyucu bu hüküm ile 2025 yılı sonuna kadar çekin üzerinde yazılı ileri düzenleme tarihine itibar etmiş ve bu tarihten önce yapılan ödeme için ibrazın hiçbir sonuç doğurmayacağını kabul etmiştir.⁷

İleri tarihli çekerle ilişkin diğer bir düzenleme ise Çek Kanunu m. 3(8)'de "*Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihindən önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır*" şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihindən önce ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen ödenmemesi durumunda bu çekten dolayı hukuki takip yapılamayacaktır. İleri tarihli çeklerde hukuki takip yapılabilmesi için çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni

Evrak Hukuku, İstanbul 2019, s. 302, 303; Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, Onuncu Bası, Ankara 2021, s. 334.

² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 319.

³ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 262; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 319, 320.

⁴ Tekinalp, s. 926; Tandoğan, 1981, s. 75; Narhın, s. 3.

⁵ Tekinalp, s. 925; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 320; Özlem Narhın, "Türk Hukukunda Vadeli (İleri) Tarihli Çek ve Bunun Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 20021, s. 6.

⁶ 27.12.2023 tarihli ve 7491 sayılı Kanunun 65 inci maddesi ile bu fıkrada yer alan "31/12/2023" ibaresi "31/12/2025" şeklinde değiştirilmiştir.

⁷ Kendigelen, s. 266.

ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.⁸

B. İLERİ TARİHLİ ÇEKLE YAPILAN İFA

1. Genel Olarak İfa ve İfanın Konusu

Borcu sona erdiren sebeplerden biri olan ifa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer bakımından tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesidir.⁹ İfanın konusunu borçlanılan edim oluşturmaktadır. Kural olarak edimin konusuyla ifanın konusu aynı olduğundan, borçlu alacaklıya karşı borçlandığı edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. Buna karşılık alacaklı da borçludan sadece borçlanılan edimin ifasını talep etme hakkını haizdir. Ancak borçlu bazı istisnai hallerde borçlanılan edimden başka bir şeyle borcunu ifa ederek borcundan kurtulabilir ki bu hallerde ifanın konusuyla edimin konusunun birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir. Doktrinde ifa ikameleri olarak adlandırılan bu istisnalar seçimlik yetki, ifa yerine geçen edim ve ifa amacıyla yapılan edimdir.¹⁰

2. İfa İkameleri

a. Genel olarak

İfanın konusuyla edimin konusunun birbirinden farklı olduğu hallerden ilki, seçimlik yetkidir. Seçimlik yetkide borçlu veya alacaklı asli

⁸ Kendigelen, s. 266.

⁹ Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1984, s. 2; Theo Guhl/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2000, s. 231; Rolf H. Weber, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen BK-Berner Kommentar, Auflage 2, 2005, s. 31; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1993, s. 758; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s. 1030; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,3, 2. Bası, Ankara 2019, s. 42; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2020, s. 743; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul 2018, s. 273; Ahmet Cemal, “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim”, Cilt:3, Sayı:5, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 1969, s. 239; Süleyman Yalman, “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”, Yıl: 1995, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, s. 495; Köksal Kocağa, “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim”, Cilt: XXIV, Sayı:1, Yıl: 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, s. 139.

¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 761; Eren, 2022, s. 1041, 1042; Kılıçoğlu, s. 743; Oğuzman/Öz, s. 273, 274; Antalya, s. 120; Yalman, s. 506; Kocağa, s. 140.

edim yerine yedek(seçimlik) bir edim sunma veya talep etme hakkını haizdir ve tarafların belirlediği veya kanuna dayanan bu seçimlik edimin ifasıyla borçlunun borcu sona ermektedir.¹¹

İfanın konusuyla edimin konusunun birbirinden farklı olduğu diğer bir hal ifa yerine geçen edimdir. Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nda ifa yerine geçen edime ilişkin düzenleme bulunmamakla birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat ifadan önce veya ifa anında sözleşmede kararlaştırılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini ifa olarak kabul edeceklerini kararlaştırabilirler. Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere ifa yerine geçen edim bir ifa ikamesi olduğundan bu edimde borç, ikame edimin ifasıyla sona erecek ve ifa yerine geçen edimi ifa eden borçlu borcundan kurtulacaktır.¹²

Edimin konusu ile ifanın konusunun birbirinden farklı olduğu son ifa ikamesi ise ifa amacıyla yapılan edim olup ifa ikamelerinin bu türü çalışmamızın esasını oluşturan çözümlerle ifa bakımından oldukça önem arz ettiğinden çalışmamızın bundan sonraki kısmında ifa amacıyla edime yer verilecektir.

b. İfa amacıyla edim

İfa amacıyla edim, borçlanılan edim ifa edilmeden alacaklının ekonomik açıdan tatmin edilmesidir. İfa amacıyla edimde sözleşmenin tarafları ifanın kararlaştırılan edimle değil, ifa amacıyla edimin paraya çevrilmesi ve bu şekilde alacaklının tatmin edilmesi hususunda anlaşılırlar.¹³ İfa amacıyla edimde borç ifa edilmekle birlikte; ifa edilen edim, borçlanılan ilk edim değil; ifa amacıyla yapılan başka bir edimdir. İfa amacıyla edimde borçlu, alacaklının kabulü üzerine ifa amacıyla borçlanılan edimden başka bir edimi yerine getirmekte ve alacaklı ifa amacıyla yapılan edimi paraya çevirmek suretiyle elde ettiği parayı borçlanılan edime mahsup etmektedir.¹⁴ Doktrinde bu duruma borçlunun para borcu yerine alacaklıya çek vermesi örnek olarak gösterilmiş ve alacaklının çeki kabul etmesi durumunda çekle yapılan ödemenin ifa amacıyla yapılan edim olduğu kabul edilmiştir.¹⁵ Burada ifa yerine geçen edimden farklı olarak borç, ifa amacıyla yapılan

¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 761, 762; Eren, 2022, s. 1042; Oğuzman/Öz, s. 275; Antalya, s. 121; Yalman, s. 509; Kocağa, s. 143.

¹² Weber, s. 31; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 313; von Tuhr/Escher, s. 13; Guhl/Koller, s. 234; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 762; Eren, 2022, s. 1042; Oğuzman/Öz, s. 274; Kılıçoğlu, s. 743; Antalya, s. 122; Cemal, s. 242, 243; Yalman, s. 506; Kocağa, s. 141, 142.

¹³ Weber, s. 31; von Tuhr/Escher, s. 13; Bucher, s. 313; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 762; Oğuzman/Öz, s. 275; Antalya, s. 127; Cemal, s. 244; Yalman, s. 500.

¹⁴ von Tuhr/Escher, s. 13; Bucher, s. 313; Weber, s. 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 763; Eren, 2022, s. 1044; Oğuzman/Öz, s. 275; Kılıçoğlu, s. 745; Antalya, s. 127.

¹⁵ Guhl/Koller, s. 235; Eren, 2022, s. 1044; Kocağa, s. 150.

edimin yerine getirildiği anda değil; bu edimin paraya çevrilmesi suretiyle alacaklının tatmin edildiği anda ve oranda ifa edilerek sona ermektedir.¹⁶

c. İleri Tarihli Çekle Yapılan İfanın Hukuki Niteliği

Mevcut bir borç için çek düzenlenmesi ve çekin teslimi ile birlikte asıl borç ifa edilmiş sayılmayacağından, borcun çekle ifa edilmesinin ifa yerine değil, ifa amacıyla edim olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de çek düzenlenmesinin sebebini oluşturan borç çekin teslimi ile değil, çekin ödenmesi ile birlikte ifa edilmiş olacaktır.¹⁷

İfa amacıyla edim mahiyetindeki çeklerle yapılan ifada borç, çekin alacaklıya teslimi ile değil, çekin paraya çevrilerek alacaklının tatmin edildiği oranda sona ereceğinden; çekin tesliminin borçlandırıcı işlem, tahsilinin ise tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi gerekir.¹⁸ Kanaatimizce de para borcunun ifası amacıyla verilen çekler, çek hamiline çeki tahsil edip alacağını alma imkanı verdiğinden, çeklerin verilmesinin borçlandırıcı işlem; çeklerin tahsil edilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesini ise tasarruf işlemi olarak kabul etmek gerekir.

Para borçlarını ihtiva eden tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi bağışlama sözleşmesinde de bağışlayan, edimini çekle ifa edebilir. Çalışmamızın esasını oluşturan ileri tarihli çekle yapılan bağışlamanın geri alınması sorununun çözülebilmesi bakımından öncelikle çekle yapılan bağışlamanın türünün tespit edilmesi gerektiğinden; çalışmanın bundan sonraki kısmında genel olarak bağışlama sözleşmesine ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra, ileri tarihli çekle yapılan bağışlamanın türü tespit edilecek ve sonrasında ileri tarihli çekle yapılan bağışlamanın geri alınması üzerinde durulacaktır.

II. BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 285/I'de bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız

¹⁶ von Tuhr/Escher, s. 13; Bucher, s. 313; Weber, s. 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 763; Eren, 2022, s. 1044; Oğuzman/Öz, s. 275; Kılıçoğlu, s. 745; Antalya, s. 127; Kocaağa, s. 150; Yalman, s. 500, 501; ifa amacıyla edim sözleşmesinin hükümlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Cemal, s. 250 vd.; Yalman, s. 502 vd.; Kocaağa, s. 151 vd..

¹⁷ Kendigelen, s. 51; Yargıtay 23. HD. E: 7325, K: 640, T: 01.03.2017 kararında borçlunun nakit yerine çek vermek suretiyle borcunu ifa etmiş sayılmayacağını, somut olayda davacı kooperatife olan borcuna karşılık çek vermişse de, çek tahsil edilmediğinden ifadan da söz edilemeyeceği yönünde karar vermiştir, Kendigelen, s. 51, 52, dn. 184.

¹⁸ Guhl/Koller, s. 235; Eren, 2022, s. 1044; Kocaağa, s. 150.

olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme şeklinde tarif edilmiştir.¹⁹

Bağışlama sözleşmesinin ilk unsuru bağışlama konusu bir malın varlığıdır. Bağışlama sözleşmesinin konusunu her türlü malvarlığı değerleri, mal ve haklar oluşturabilir. Bağışlayan malvarlığında yer alan maddi bir malı bağışlayabileceği gibi, gayri maddi bir malı da bağışlayabilir.²⁰ Taşınır, taşınmaz mallar ile para, maddi malvarlığı değerlerine; alacak hakları, fikri ve sınai haklar ise gayri maddi mallara örnek olarak verilebilir.

Bağışlama sözleşmesinin ikinci unsuru ise bağışlayan ve bağışlananın iradelerinin bağışlama hususunda uyuşmasıdır. Bu irade uyuşmasının anlamı, bağışlayanın bağışlama kastına sahip olması; bağışlananın da bağışlayanın bağışlama kastı ile hareket ettiğini bilmesi ve bunu kabul etmesidir.²¹

Hukuki mahiyeti itibariyle bir sözleşme olması nedeniyle bağışlamada bağışlayan ve bağışlanan olmak üzere iki taraf bulunur. Ancak bu sözleşme ile yalnız bağışlayan borç altına girmektedir. Bağışlama sağlararası bir sözleşme olduğundan bağışlanılan şey, bağışlayanın malvarlığından bağışlayan sağken çıkar; bağışlama bu yönüyle ölüme bağlı tasarruflardan ayrılır. Bağışlama ivazsız bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile bağışlayan bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırmada bulunur. Bu kazandırma ile bağışlananın malvarlığının aktifte artabileceği gibi pasifi de azalabilir. Bağışlama sözleşmesinde kazandırmanın bağışlama kastıyla yapılması şarttır. Bu nedenle bağışlama sebebi dışındaki kazandırmaların bağışlama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.²²

¹⁹ Bağışlama sözleşmesi kavramına ilişkin bakınız, Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Besondere Teil, Band I, 2012, § 7, N. 20; Guhl/Koller, s. 394; Ferih Tongsir, Bağışlama, Cilt: 18, Sayı: 3-4, Yıl: 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 906; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 4. Bası, Ankara 1985, s. 337; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2019, s. 280; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt, 11. Bası, İstanbul 2022, s. 391; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul 2020, s. 175; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2020, s. 74; Ahmet Furkan İlhan, Yüklemeli (Mükellefiyetli) Bağışlama, Ankara 2022, s. 4; Selin Sert Sütçü, Bağışlama Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Editör: Prof. Dr. M. Turgut Öz, Ankara 2023, s. 175; Melek Bilgin Yüce, Mülkiyeti Devir Borcu Doğuran Sözleşmeler, Ankara 2022, s. 133.

²⁰ Tongsir, s. 916; Sert Sütçü, s. 176.

²¹ Koller, § 7, N. 20.

²² Bağışlama sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Guhl/Koller, s. 395; Tongsir, s. 915 vd.; Tandoğan, 1985, s. 337 vd.; Eren, 2019, s. 281; Yavuz, s. 393 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 176 vd.; Vardar Hamamcıoğlu, s. 85 vd.; İlhan, s. 43vd.; Sert Sütçü, s. 178 vd.; Bilgin Yüce, s. 133 vd..

B. Bağışlama Sözleşmesinin Türleri

1. Genel Olarak

Bağışlama sözleşmesinin türlerini, bağışlama sözü verme, elden bağışlama, şartlı bağışlama, yüklemeli bağışlama, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, bağışlayana dönme şartlı bağışlama şeklinde sıralamak mümkündür.

Çalışmamızın esasını oluşturan ileri tarihli çekleri doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle aşağıda bağışlama sözleşmesi türlerinden yalnız elden bağışlama ile bağışlama sözü verme incelenecek, çalışma kapsamını aşması nedeniyle diğer bağışlama türlerine çalışmada yer verilmeyecektir.

2. Elden Bağışlama

a. Genel Olarak

Elden bağışlama, bağışlama konusu şeyin sözleşmenin yapıldığı anda bağışlanana devredildiği bağışlama sözleşmesidir.²³

Doktrinde elden bağışlamanın hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden ilkinde göre elden bağışlama, öncesinde bir borçlandırıcı işleme gerek duymayan bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle elden bağışlama ile taraflar sadece bağışlama sebebi (*causa donandi*) ile bir tasarruf işlemi yapmaktadırlar.²⁴

Elden bağışlamanın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise elden bağışlama, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminden meydana gelir. Bu görüş taraftarlarına göre elden bağışlamada *causa donandi* ile yapılan bir borçlandırıcı işlem ve bu işlemin hemen sonrasında *causa solvendi* ile yapılan bir tasarruf işlemi bulunmaktadır. Bu görüşe göre elden bağışlamada edim yükümü borçlandırıcı işlem ile kurulur ve bu işlem tasarruf işlemi ile aynı anda ifa edilir.²⁵

Kanaatimizce elden bağışlama borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminden meydana gelir. Elden bağışlama ile bağışlayan, *causa donandi* ile borçlandırıcı işlemi yaptıktan hemen sonra *causa solvendi* ile tasarruf işlemi yapmaktadır.

b. Şekli

Elden bağışlamanın şekli TBK m. 289'da “Elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince taşınırın elden bağışlanması için

²³ Guhl/Koller, s. 398; Tongsir, s. 943; Zevkliler/Gökyayla, s. 18; Sert Sütçü, s. 179; Bilgin Yüce, s. 139.

²⁴ Tongsir, s. 946.

²⁵ Tandoğan, 1985, s. 356; Yavuz, s. 399, 400; Vardar Hamamcıoğlu, s. 261.

taşınırın zilyetliğinin bağışlanana geçirilmesi,²⁶ alacağın temlik edilmesi, haklarda ise hakkın geçirilebilmesi için gerekli şekli şartlara uyulması gerekmektedir.²⁷ Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere, Türk Medeni Kanunu m. 289'da düzenlenen teslim ifadesinin geniş yorumlanması ve teslimin, zilyetliğin teslimli veya teslimsiz her türünü kapsadığının kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle bağışlananın fiilen teslimi dışında, malı temsil eden araçların teslimi, kısa elden teslim, zilyetliğin hükmen geçirilmesi veya havale edilmesi suretiyle tesliminin de hükmün kapsamına dahil olduğu kabul edilmelidir.²⁸

3. Bağışlama sözü verme

a. Genel Olarak

Bağışlama sözü verme, bağışlayana bağışlanılan malvarlığı değerini bağışlanana geçirme borcunu yükleyen sözleşmedir.²⁹ Bu nedenle bağışlama sözü verme, kurulmasıyla ifası farklı zamanlarda olan; diğer bir ifadeyle kurulduğu an ile ifa anı farklı olan sözleşmedir.³⁰ Bağışlama sözü veren bağışlayan, sonuçlarını sağlığında doğurmak üzere karşılıksız bir kazandırma yapmayı, maddi olan veya olmayan bir malvarlığı değerini bağışlayana devretmeyi üstlenmektedir.³¹

Bağışlama sözü veren bağışlayan, bağışlama konusu değeri sözleşmenin yapıldığı anda bağışlanana vermemekte; bağışlayan bağışlama konusu değeri bağışlanana verme borcu altına girmekte, diğer bir ifadeyle bağışlamayı taahhüt etmektedir. Bağışlama sözü veren bağışlayanın bu sözünü daha sonra yerine getirmesi ve tasarruf işleminin sonradan yapılması nedeniyle, doktrinde bağışlama sözü vermenin borçlandırıcı işlem olduğu kabul edilmektedir.³²

Bağışlama sözü vermede borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemleri farklı zamanlarda yapıldığından, her iki işlem de açık şekilde görülmektedir. Sadece bağışlama sözü verilmesi bağışlama konusunun bağışlanan tarafından kazanılması sonucunu doğurmamakta; malvarlığı değerlerinin bağışlanana geçmesi için tasarruf işleminin de yapılması gerekmektedir.³³ Bu sözleşmede bağışlayanın borç altına girmesinin hukuki sebebi bağışlama

²⁶ Koller, § 7, N. 43; Guhl/Koller, s. 398; Tandoğan, 1985, s. 356, 357; Yavuz, s. 400.

²⁷ Tandoğan, 1985, s. 356, 357; Yavuz, s. 400.

²⁸ Tandoğan, 1985, s. 357; Zevkliler/Gökyayla, s. 184; Yavuz, s. 400; Vardar Hamamcıoğlu, s. 263.

²⁹ Tongsir, s. 941; Yavuz, s. 397; Sert Sütçü, s. 179.

³⁰ Beat Schönenberger, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, 2016, Art. 243, N. 1; Guhl/Koller, s. 397.

³¹ Tandoğan, 1985, s. 351; İlhan, s. 59, 60.

³² Schönenberger, Art. 243, N. 1; Zevkliler/Gökyayla, s. 181.

³³ Zevkliler/Gökyayla, s. 181; Vardar Hamamcıoğlu, s. 234.

sebebi iken, bağışlayanın bağışlama sözünü yerine getirmek için yapacağı tasarruf işleminin sebebi ifa sebebidir.³⁴

b. Şekli

Bağışlayanın ileride ifa edilecek bir taahhüdü kolaylıkla ve düşünmeden yüklenebileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu, bağışlayanı düşünmeye sevk etmek amacıyla bağışlama sözü vermeyi şekle tabi kılmıştır.³⁵

Türk Borçlar Kanunu m. 288'de bağışlama sözü vermenin kurulması "*Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde, elden bağışlama hükmündedir. Ancak, geçerliliği resmî şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hüküm uygulanmaz.*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu m. 288/I gereğince bağışlama sözü vermenin geçerliliği bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğundan, taşınırlara, alacaklara ve haklara ilişkin bağışlama sözü verme yazılı şekilde yapılmalıdır. Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere yazılı belgede yalnız bağışlayanın imzasının bulunması yeterli olacaktır.³⁶ Şeklin bağışlama sözü vermenin bütün esaslı noktalarını kapsamaması gerektiğinden, tarafların bağışlama konusu şey, ivazsızlık ve bağışlama sebebi üzerinde anlaşmaları şarttır. Bu esaslı noktalar dışında bağışlama sözü verme koşula veya vadeye bağlanmışsa, koşul veya vadenin de yazılı şekle dahil edilmesi gerekir.³⁷

Taşınırlara ilişkin bağışlama sözü vermede TBK m. 288'de öngörülen yazılı şekle uyulmamış ise yapılan işlem geçersiz olur. TBK m. 288/III hükmü gereğince taşınıra ilişkin bağışlama sözü verme yazılı olarak yapılmamış; ancak bağışlama konusu taşınır bağışlanana devredilmiş ise bu işlem elden bağışlama sayılarak geçerli kabul edilecektir.³⁸

Türk Borçlar Kanunu m. 288/II gereğince taşınmazlar ve taşınmazlar ile ilgili aynı haklara ilişkin bağışlama sözü verme resmi şekilde yapılmalıdır. Bu resmi şekli yerine getirecek makamlar, tapu sicil memurları ile noterlerdir.³⁹

³⁴ Yavuz, s. 397.

³⁵ Koller, § 7, N. 40, N. 42; Schönerberger, Art. 243, N. 1; Guhl/Koller, s. 397; Tandoğan, 1985, s. 352; BGE 79 II 153.

³⁶ Koller, § 7, N. 42; Schönerberger, Art. 243, N. 2; Tandoğan, 1985, s. 352; Zevkliler/Gökyayla, s. 182; Yavuz, s. 398.

³⁷ Vardar Hamamcıoğlu, s. 251, 252.

³⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 183.

³⁹ 7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 12 ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'na "*Noterlerin genel olarak yapacakları işler*" başlıklı 60. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendine "*Taşınmaz satış sözleşmesi yapmak*" ibaresi ve "*Taşınmaz satış sözleşmesi*" başlıklı 61/A maddesi eklenmiştir.

III. İLERİ TARİHLİ ÇEKLE YAPILAN BAĞIŞLAMANIN TÜRÜ

Kanaatimizce bağışlayanın bağışlama borcunu ileri tarihli çekle ifa etmesi halinde yapılan bu edim ifa amacıyla edim mahiyetinde olduğundan bağışlama borcu çekin bağışlanana teslimi anında değil, çekin paraya çevrildiği anda ve oranda ifa edilmektedir. İleri tarihli çekle yapılan bağışlamada borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasına fasıla girdiğinden, yapılan bu bağışlamanın elden bağışlama değil, bağışlama sözü verme olarak kabul edilmesi gerekir. Bu kanaatimizi destekler mahiyette bir kararında Yargıtay da çekle yapılan bağışlama ile çeklere ilişkin ifanın kaldırılmasına karar verilmesine ilişkin uyuşmazlığın TBK m. 296'da hükme bağlanan bağışlama sözü vermenin geri alınmasına ilişkin istemden kaynaklandığını kabul etmiş ve uyuşmazlığın bu husus dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.⁴⁰

IV. BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI

A. GENEL OLARAK

Bağışlama sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen ve bağışlayanın malvarlığındaki bir değeri hiçbir karşılık olmaksızın başkasına devredecek olmasını göz önünde bulunduran kanun koyucu bazı şartların varlığı halinde bağışlayana bağışlama sözleşmesini tek taraflı olarak geri alma (sona erdirme) imkanı vermiştir.⁴¹

Türk Borçlar Kanunu m. 295 gereğince bağışlayan, elden bağışlama veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabileceği gibi bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde bağışlama konusunun geri verilmesini de isteyebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 295'te düzenlenen geri alma sebeplerinden ilki bağışlananın, bağışlayan veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işleme, ikincisi bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması, sonuncusu ise bağışlananın yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesidir.

B. İLERİ TARİHLİ ÇEKLE YAPILAN BAĞIŞLAMA SÖZÜ VERMENİN GERİ ALINMASI

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 296'da bağışlama sözü verenin bağışlama sözünü geri alabileceği ve onu ifadan kaçınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince, TBK m. 295'te düzenlenen elden bağışlanılan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden birinin bulunması; bağışlayanın mali durumunun sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için

⁴⁰ Yargıtay 17. HD, E: 2014/13195, K: 2014/18983, T: 18.12.2014, Legal İçtihat Bilgi Bankası (s.e.t: 22.10.2023).

⁴¹ Bilgin Yüce, s. 144.

olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmesi; bağışlayan bağışlama sözü verdikten sonra kendisi için yeni ailevi yükümlülüklerinin doğmuş veya bu yükümlülüklerinin önemli ölçüde ağırlaşmış olması durumunda bağışlayan, bağışlamayı geri alabilir. Bunun dışında hükmün son fıkrasında bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğünün belirlenmesi veya iflasına karar verilmesi durumunda da ifa yükümlülüğünün ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır.

2. Geri Alma Sebepleri

a. Bağışlananın, bağışlayana veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi

Bağışlayanın bağışlama sözünü geri alma sebeplerinden ilki bağışlananın, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesidir (TBK m. 295/I/1). Hükümde geçen “*ağır bir suç*” ifadesinin ceza hukuku anlamında anlaşılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.⁴² Bağışlama sözü vermenin geri alınması için bağışlanan tarafından işlenen fiilin kusurlu ve hukuka aykırı olması şart olmakla birlikte, suçun resen kovuşturulacak veya şikayete tabi bir suç olması önem arz etmez.⁴³

Bağışlama sözü vermenin geri alınması için gerekli olan diğer bir şart ise suçun bağışlamadan sonra işlenmesidir.⁴⁴ Ancak bağışlananın bu suçtan dolayı kovuşturulması veya hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmesi de şart değildir. Bu anlamda suçun zamanaşımına uğramış olması da önem arz etmez. Ağır olmak kaydıyla teşebbüs aşamasında kalan suçlar dahi geri alma sebebi oluşturabilir. Bunun dışında bağışlayanın suçu bizzat işlemesi veya iştirak halinde işlemesi de geri alma bakımından önem arz etmez.⁴⁵

Bağışlama sözü vermenin geri alınması bakımından gereken son şart ise suçun bağışlayana veya yakınlarından birine karşı işlenmiş olmasıdır. Doktrinde hükümde yer alan “*yakınları*” ifadesini geniş yorumlamak gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁶ TBK m. 295/I/1’de hükme bağlanan suç, bağışlayana karşı işlenebileceği gibi, bağışlayanın hısımları, eşi, dostu, arkadaşı veya sevgilisi gibi yakınlarından birine karşı da işlenebilir.⁴⁷

⁴² Tandoğan, 1985, s. 374; Eren, 2019, s. 302; Vardar Hamamcıoğlu, s. 470.

⁴³ Eren, 2019, s. 302; Vardar Hamamcıoğlu, s. 470; Bilgin Yüce, s. 146.

⁴⁴ Tandoğan, 1985, s. 374; Eren, 2019, s. 302, 303; Zevkliler/Gökyayla, s. 191; Vardar Hamamcıoğlu, s. 471.

⁴⁵ Eren, 2019, s. 302, 303; Vardar Hamamcıoğlu, s. 471.

⁴⁶ Tandoğan, 1985, s. 377; Zevkliler/Gökyayla, s. 191.

⁴⁷ Eren, 2019, s. 303; Vardar Hamamcıoğlu, s. 471.

b. Bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması

Bağışlananın bağışlayan veya onun ailesinden bir kimseye karşı kasten veya ihmalen aile hukukundan doğan yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda da bağışlayan, bağışlama sözünü geri alabilir (TBK m. 295/I/2).

Bağışlama sözü vermenin geri alınabilmesi için bağışlananın ihlal ettiği yükümlülük kanundan doğan bir yükümlülük olmalıdır ki, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali bu yükümlülüklerin başında gelir.⁴⁸ Aile hukukundan doğan yükümlülükler dışında, kanundan doğan diğer yükümlülüklerin ihlali de bağışlayanın bu sebeple bağışlama sözünün geri almasına neden olabilir. Bağışlayanın kanundan doğan yükümlülüklerin ihlali sebebiyle sözünü geri alabilmesi için bu yükümlülüklerin ihlalinin önemli ölçüde olması şartı da aranmıştır. Yükümlülüğün ne zaman önemli ölçüde olduğunu hakim somut olayın özelliklerine göre belirleyecektir.⁴⁹

c. Bağışlananın, yüklemeli bağışlamada haklı bir neden olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesi

Bağışlama sözü vermenin geri alınması sebeplerinden bir diğeri ise yüklemeli bağışlamada haklı bir neden olmaksızın yüklemenin yerine getirilmemesidir (TBK m. 295/I/3). Yüklemenin yerine getirilmemesindeki nedenin haklı olup olmadığını hakim somut olayın özelliklerine göre değerlendirecektir.⁵⁰ Bağışlama sözü vermenin yüklemenin yerine getirilmemesi nedeniyle geri alınabilmesi için yüklemenin haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi şart olduğundan yerine getirmeme haklı bir nedene dayanıyorsa bağışlama sözü geri alınmaz.⁵¹

Doktrinde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere, haklı sebebin varlığının kabulü bağışlama sözü vermenin geri alınması gibi ağır sonuçlar doğuracağından, bağışlayanın bağışlamayı geri almadan önce TBK m. 123'te⁵² olduğu gibi bağışlanana uygun bir süre vermesi ve bu uygun sürede yüklemenin yerine getirilmesi hususunda bağışlanana uyarması gerekir.⁵³

⁴⁸ Tandoğan, 1985, s. 375; Bilgin Yüce, s. 147; Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlaline ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Ayşenur Şahin Caner, "Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma", 13(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 510 vd..

⁴⁹ Eren, 2019, s. 305; Zevkliler/Gökyayla, s. 192; Vardar Hamamcıoğlu, s. 472; Şahin Caner, s. 511.

⁵⁰ Eren, 2019, s. 305; Vardar Hamamcıoğlu, s. 477.

⁵¹ Guhl/Koller, s. 399; Tandoğan, 1985, s. 377; Zevkliler/Gökyayla, s. 192.

⁵² Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde süre verilmesi TBK m. 123 "Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hakimden isteyebilir" şeklinde hükme bağlanmıştır.

⁵³ Tandoğan, 1985, s. 377; Eren, 2019, s. 305; Bilgin Yüce, s. 147.

d. Bağışlayanın mali durumunun sonradan, sözünün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmiş olması

Bağışlama sözü vermenin geri alınması sebeplerinden diğeri ise bağışlayanın mali durumunun bağışlama sözü verdikten sonra sürekli olarak olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmiş olmasıdır (TBK m. 296/1/2).

Bağışlayanın mali durumunun bozulması nedeniyle bağışlama sözünün geri alınması için bağışlayanın mali durumunun bağışlama sözü verdikten sonra bozulması ve mali durumundaki bozulma sebebiyle bağışlama sözünün yerine getirilmesinin bağışlayan için olağanüstü ağır kılacak ölçüde zorlaşmış olması gerekmektedir.⁵⁴ Bağışlayan tarafın mali durumundaki değişimin bağışlama sözünü yerine getirmeyi olağanüstü ağır kılacak ölçüde olup olmadığı her somut olaya göre belirlenecektir. Mali durumundaki değişimin bağışlama sözünün geri alınmasını engelleyecek derecede ağır olduğunu ispat yükü bağışlayana aittir.⁵⁵ Bağışlayanın bağışlama sözünü geri alabilmesi için kusuru önem arz etmediğinden, bağışlayan içinde bulunduğu duruma kusuruyla düşmüş olsa dahi bağışlama sözünü geri alabilir.⁵⁶ Bağışlayanın mali durumunun sonradan sözün yerine getirilmesi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmiş olduğunun kabul edilmesi için bağışlayanın “zarurete düşecek olmasının” şart olmadığı da doktrinde ifade edilmiştir. Bağışlayanın mali durumunun sonradan sözünü yerine getirmesi için olağanüstü ağır kılacak hallere bağışlayanın sonradan işini veya servetini kaybetmiş olması,⁵⁷ bağışlayanın fabrikasının yanması, sürekli iş yaptığı ve oldukça yüksek miktarda alacaklı olduğu bir şirketin iflas etmesi örnek olarak verilebilir.⁵⁸

Konuya ilişkin Yargıtay⁵⁹ “...Dosya kapsamından, davacı, davalı ... tarafından yapılmakta olan kültür merkezi inşaatında kullanılmak üzere bağışta bulunma vaadi ile vermiş olduğu 3.240.000,00 TL tutarındaki çeklerden, 1.790.000,00 TL kısmının ödendiğini ve bakiye ödenmesi gereken 1.450.000,00 TL tutarındaki çeklerin, şirketinin düştüğü mali kriz nedeniyle ödeyemeyeceğinden bahisle, B.K.'nin 296. maddesi uyarınca, bağış sözünden bakiye kalan 1.450.000,00 TL çeklere ilişkin ifanın kaldırılmasına karar verilmesini talep ettiği, davaya konu yapılan çeklerin iptali veya çeki yönelik herhangi bir menfi talebinde bulunulmadığı, kısacası kambiyo senetlerine mahsus takip yolu seçilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda uyuşmazlığın, B.K.'nin 296. maddesine dayalı istemden kaynaklanmakta olup, ticari ilişkiden kaynaklanmadığı da nazara alındığında, uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde, Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir...” kararında bağışlayan davacının davalıya bağışlama sözü ile vermiş olduğu çeklerden bir kısmını ödemesine karşın kalan kısmının

⁵⁴ Schönerberger, Art. 250, N. 5.

⁵⁵ Vardar Hamamcıoğlu, s. 494, 495.

⁵⁶ Vardar Hamamcıoğlu, s. 495.

⁵⁷ Tandoğan, 1985, s. 378.

⁵⁸ Bilgin Yüce, s. 148.

⁵⁹ Yargıtay 17. HD, E: 2014/13195, K: 2014/18983, T: 18.12.2014, Legal İçtihat Bilgi Bankası (s.e.t: 22.10.2023).

şirketinin düştüğü mali kriz nedeniyle ödenmeyeceğine ilişkin davada, uyuşmazlığın TBK m. 296'dan kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğunu kabul etmiştir.

e. Bağışlama sözü verdikten sonra, bağışlayanın kendisi için yeni ailevi yükümlülüklerin doğmuş veya bu yükümlülüklerin önemli ölçüde ağırlaşmış olması

Bağışlama sözü vermenin geri alınma sebeplerinden sonuncusu ise bağışlayanın bağışlama sözü verdikten sonra, yeni aile yükümlülüklerinin doğmuş veya bu yükümlülüklerin önemli ölçüde ağırlaşmış olmasıdır.⁶⁰ Doktrinde bağışlayanın bağışlama sözü verdikten sonra çocuk sahibi olması veya nafaka ödemek zorunda kalması bu sebeple geri almaya örnek olarak verilmiştir.⁶¹

Bağışlayanın bağışlama sözü verdikten sonra evlenmesinin geri alma sebebi teşkil edip etmeyeceği hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen ilk görüşe göre evlenme geri alma sebebi değildir.⁶² Bu hususta ileri sürülen ve kanaatimizce de isabetli olan diğer görüşe göre ise evlenme ile bağışlama sözü verenin aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde artırıyorsa evlenmenin bağışlamanın geri alınması sebebi olarak kabul edilmesi gerekir.⁶³

3. İleri Tarihli Çekle Yapılan Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması

a. Genel Olarak

Çek, bono ve poliçe gibi bir kambiyo senedi olduğundan kambiyo senetlerine özgü hükümler çekler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümlerden en önemlileri, çekin temel ilişkiden bağımsız ve soyut bir kıymetli evrak olması, kanunen sıkı şekil şartlarına tabi tutulması, çek üzerindeki imzaların birbirinden bağımsızlığı, çekin ödeneceğine ilişkin garanti fonksiyonu taşıması ile iyiniyetli müktesibin korunmasına yönelik düzenlemelerle geniş ölçüde tedavül güvenliğini haiz olmasıdır.⁶⁴

Çekin kambiyo senedi olması nedeniyle sahip olduğu bu özellikler, çekle yapılan bağışlama sözleşmelerinde bağışlayanın tek taraflı ve varması gereken yenilik doğuran hak mahiyetindeki geri alma beyanıyla çeki geri almasına olanak vermemektedir. Bu nedenle ileri tarihli çekle yapılan bağışlamaların geri alınması hususunda çek hukukuna özgü kurallar uygulama alanı bulacaktır. Kanaatimizce ileri tarihli çekle yapılan bağışlama

⁶⁰ Tandoğan, 1985, s. 378; Eren, 2019, s. 307; Zevkliler/Gökyayla, s. 193; Bilgin Yüce, s. 149.

⁶¹ Tandoğan, 1985, s. 378; Eren, 2019, s. 307; Zevkliler/Gökyayla, s. 193.

⁶² Tandoğan, 1985, s. 378.

⁶³ Benzer yönde görüş için bakınız, Vardar Hamamcıoğlu, s. 497.

⁶⁴ Bu konuya ilişkin olarak bakınız, Kendigelen, s. 44,45.

sözü vermenin geri alınmasına imkan veren hallerden ilki çekten caymadır. Çekten cayılması için gerekli şartların somut olayda gerçekleşmemesi durumunda ise düzenleyen bağışlamayı geri alma sebeplerinin gerçekleşmesi durumunda çekin ödenmesinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı aldıktan sonra menfi tespit davası açarak muhatap bankanın çeki ödememesini sağlayabilir.

b. Çekten Cayma

Çekten cayma, düzenleyenin muhatap bankaya vermiş olduğu ödeme yetkisini geri almasıdır.⁶⁵ Kanun koyucu çekten caymayı TTK m. 799 “*Çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir.*” hükmü ile bazı şartlara bağlamıştır. TTK m. 799 gereğince çekten cayılabilmesinin ilk şartı TTK m. 796’da öngörülen ve çekte yazılı olan düzenleme tarihinin ertesi günü başlayan ibraz süresinin geçmiş olmasıdır. Bu nedenle ibraz süresi içerisinde yapılan bir cayma beyanı muhatap açısından bağlayıcı olmayacağı gibi emredici mahiyetteki bu hükme aykırı bir cayma beyanına itibar ederek süresi içerisinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çek bedelini keşidecinin çekten cayması nedeniyle ödemeyen muhatap, hamile karşı sorumlu olacaktır (TTK m. 783/II).

Çekten caymanın ikinci şartı ibraz süresi içerisinde çekin ödenmek üzere muhataba ibraz edilmemiş olmasıdır. Bu şartın gerçekleşmesi için çekin geçerli bir şekilde ve süresinde ibraz edilmesi yeterli olmayıp ayrıca ödenmeme durumunun da tespit ettirilmiş olması zorunludur (TTK m. 808, 809).⁶⁶

Çekten caymanın son şartı ise düzenleyenin cayma beyanında bulunmasıdır. Cayma hakkı düzenleyenin muhataba yöneltmesi gereken ve karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade eden bir beyanla kullanılır. Cayma beyanının muhatap açısından bağlayıcı olabilmesi için gerekçelendirilmesi şart olmamakla birlikte bu beyanın her türlü şüpheden uzak açıklıkta yapılması şarttır. Düzenleyen cayma hakkını ibraz süresi geçtikten sonra kullanabileceği gibi ibraz süresi içinde de kullanabilir. İbraz süresi içinde açıklanan cayma beyanı ibraz süresi dolduktan sonra hüküm ve sonuç doğuracaktır. Kural olarak cayma beyanı bir şekle tabi olmasa da olası bir uyuşmazlıkta yazılı şeklin ispat kolaylığı sağlayacağı izahtan varestedir.⁶⁷

Çekten usulüne uygun olarak cayılması halinde muhatap banka bu beyanla bağlı olduğundan, çek bedelini ödeyemeyecektir. Cayma hakkının kullanılmasına rağmen çek bedelini ödeyen muhatap ödediği meblağı düzenleyen hesabına borç olarak da kaydedemeyecektir.⁶⁸ İbraz süresi geçmiş olmasına rağmen düzenleyen çekten caymamışsa çek

⁶⁵ Poroy/Tekinalp, s. 346; Kendigelen/Kırca, s. 320.

⁶⁶ Kendigelen, s. 343; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 332; Pulaşlı, s. 360; Kendigelen/Kırca, s. 320.

⁶⁷ Kendigelen, s. 343, 344; Kendigelen/Kırca, s. 321.

⁶⁸ Kendigelen, s. 345; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 332; Kendigelen/Kırca, s. 321.

düzenlenmesinin temelindeki havale ilişkisi devam ettiğinden kanun koyucu muhataba TTK m. 799/II ile çek bedelini ödeyip ödememe konusunda seçimlik bir yetki vermiştir. Bu durumda muhatap dilerse çek bedelini ödeyebilecek; dilerse çek bedelini ödemekten kaçınabilecektir.⁶⁹

Kanaatimizce ileri tarihli çekle yapılan bağışlamada çekten cayılabilmesi için, ileri tarihli çekte yazılı olan düzenleme tarihinin ertesi günü başlayan ibraz süresinin geçmiş olması; ibraz süresi içinde çekin ödenmek üzere muhatap bankaya ibraz edilmemiş olması ve ödenmeme durumunun (TTK m. 808, 809) hükümleri uyarınca tespit ettirilmiş olması; son olarak düzenleyenin cayma beyanında bulunması şarttır. İleri tarihli çeklerde cayma hakkının kullanılmasında esas alınacak ibraz süresi ise çekin tedavüle çıkarıldığı veya ciro edildiği tarihe göre değil, çek üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre hesaplanacaktır.⁷⁰

Kanaatimizce ileri tarihli çeki bağışlayan, bağışlanana ve muhatap bankaya yazılı şekilde cayma beyanında bulunarak, ileri tarihli çekle vermiş olduğu bağışlama sözünü geri aldığını bildirmelidir. Bağışlayanın ibraz süresi geçtikten sonra yapacağı bu bildirim alan muhatap banka çek bedelini ödemeyecek ve bu nedenle düzenleyen ve hamile karşı sorumluluğu da olmayacaktır.

c. İhtiyati Tedbir Kararı ve Menfi Tespit Davası

İbraz süresi içerisinde çekten cayılamayacağı ilkesi mutlak emredici mahiyette olduğundan düzenleyenin çek hamiline karşı kişisel defii ileri sürme hakkının olduğu durumlarda dahi ibraz süresi içinde çekten cayılması mümkün değildir.⁷¹ Doktrinde ibraz süresi içerisinde çekten caymanın kanunen yasaklanma sebebinin bir ödeme aracı olan çekin ticari hayattaki tedavül güvenliğini sağlamak olduğu ifade edilmiştir.⁷² İbraz süresi içinde çekten cayılamayacağı kuralı mutlak olduğundan, çek keşidesine neden olan temel ilişkideki sakatlıklar ve kişisel defiler, çekten cayılmasına da imkan vermeyecektir.⁷³

Bu nedenle düzenleyen, lehdar ile aralarındaki asıl borç ilişkisinin sona erdiğini, lehdarın borç ve yükümlülüklerini yerine getirmediğini veya buna benzer nedenleri ileri sürerek ibraz süresi içinde çekin ödenmesini durdurması mümkün olmadığı gibi çekten cayması da mümkün değildir. Bu durumda düzenleyen asıl borç ilişkisinden dolayı lehdara karşı ileri sürebileceği defilere istinaden muhatap bankanın çek hamiline yapacağı muhtemel ödemeye ihtiyati tedbir koydurmalı ve on gün içinde çekin hükümsüzlüğü için dava açmalıdır. Ancak ilgili çekin iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmesi halinde düzenleyen kişisel defilerini iyiniyetli hamillere karşı ileri süremeyecektir. Bu nedenle doktrinde mahkemenin

⁶⁹ Kendigelen/Kırca, s. 321.

⁷⁰ Kendigelen, s. 341, 342; Pulaşlı, s. 360; Bozer/Göle, s. 335.

⁷¹ Bozer/Göle, s. 376; Kendigelen/Kırca, s. 320.

⁷² Pulaşlı, s. 358; Bozer/Göle, s. 377.

⁷³ Pulaşlı, s. 360.

çekin ciro ile devredildiği durumlarda ihtiyati tedbir kararı vermemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁴

Kanaatimizce ileri tarihli çekle yapılan bağışlama sözünü geri alma sebeplerinin gerçekleşmesi nedeniyle ileri tarihli çekle geri almak isteyen, düzenleyen mahkemeye başvurarak HMK m. 389 ve devamı hükümleri uyarınca çekin ödenmesinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı almalı ve 10 gün içinde de menfi tespit davası açmalıdır. Düzenleyenin mahkemeden alacağı ihtiyati tedbir kararı sonrasında muhatap banka çek hamiline ödeme yapmayacaktır. Ayrıca önemle ifade olunmalıdır ki çekin muhatap banka tarafından ödenmesini engelleyen ihtiyati tedbir kararının varlığı halinde söz konusu çek karşılıksız çek hükmünde sayılmayacaktır.⁷⁵

SONUÇ

Bağışlama sözleşmesinde bağışlayan para borcunu ileri tarihli çekle ifa edebilir. İfa amacıyla edim mahiyetindeki çeklerle yapılan ifada borç, çekin alacaklıya teslimi ile değil, çekin paraya çevrilerek alacaklının tatmin edildiği oranda sona ereceğinden; çekin tesliminin borçlandırıcı işlem; tahsilinin ise tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi gerekir. İleri tarihli çekle ifa edilen bağışlama sözleşmesinde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi farklı zamanlarda yapıldığından, ileri tarihli çekle yapılan bağışlamanın elden bağışlama değil bağışlama sözü verme olarak kabul edilmesi gerekir.

Bağışlayanın ileride ifa edilecek bir taahhüdü kolaylıkla ve düşünmeden yüklenebileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu, bağışlayanı düşünmeye sevk etmek amacıyla bağışlama sözü vermeyi şekil şartına bağlamıştır. Taşınırlara ilişkin bağışlama sözü vermenin geçerliliğini yazılı, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakka ilişkin bağışlama sözü vermenin geçerliliğini ise resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlara ilişkin bağışlama sözü vermede taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin hükümlerin, taşınmazların niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir.

İleri tarihli çekle yapılan bağışlama sözünün geri alınma sebepleri; bağışlananın ileri tarihli çeki bağışlayan veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlenmesi, ileri tarihli çeki bağışlayan veya onun ailesinden birine karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması, yüklemeli bağışlamada haklı bir neden olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesi; bağışlayanın bağışlanana yüklemeyi yerine getirmesi için uygun bir süre vermesi ve bağışlananın bu sürede yüklemeyi yerine getirmemesi; ileri tarihli çeki bağışlayanın mali durumunun sonradan sözünün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmiş olması ve ileri tarihli çeki bağışlama sözü verdikten sonra bağışlayanın kendisi için yeni ailevi yükümlülüklerinin doğmuş veya bu yükümlülüklerin önemli ölçüde ağırlaşmış olmasıdır. Evlenme bağışlama sözü verenin aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde artırıyorsa evlenmenin de bağışlamanın geri alınması sebebi olarak kabul

⁷⁴ Bozer/Göle, s. 376.

⁷⁵Bozer/Göle, s. 445.

edilmesi gerekir. Bu sebeplerin gerçekleşmesi halinde bağışlayan ileri tarihli çekle yapmış olduğu bağışlamayı ancak ek hukukuna özgü kurallara uygun şekilde geri alabilir. Bağışlayan öncelikle çekten caymanın şartları somut olayda gerçekleşmişse çekten cayabilir. Bağışlayan ayrıca ileri tarihli çekle yapılan bağışlama sözünü geri alma sebeplerinin gerçekleşmesi nedeniyle mahkemeye başvurarak HMK m. 389 ve devamı hükümleri uyarınca çekin ödenmesinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı alarak ve 10 gün içinde menfi tespit davası açarak muhatap bankanın ek hamiline ödeme yapmasına engel olabilir.

KAYNAKÇA

Antalya O G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,3, 2. Bası, Ankara 2019.

Bilgin Y M, Mülkiyeti Devir Borcu Doğuran Sözleşmeler, Ankara 2022.

Bucher E, Schweizerisches Obligationenrecht Allgeminer Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.

Cemal A, “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim”, Cilt:3, Sayı:5, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 1969, ss. 239-256.

Çöl, H.C, “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar”, Cilt: 53, Sayı:1, Yıl: 2004, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 195-220.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2019.

Guhl T./Koller A, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2000.

Hatemi H/Aybay A, Eşya Hukuku, İstanbul 2020.

İlhan A. F, Yüklemeli (Mükellefiyetli) Bağışlama, Ankara 2022.

Kendigelen A, Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019.

Kendigelen A/Kırca İ, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019.

Kılıçoğlu M.A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2020.

Kocağa K, “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim”, Cilt: XXIV, Sayı:1, Yıl: 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, ss. 139-162.

Koller A, Schweizerisches Obligationenrecht, Besondere Teil, Band I, 2012.

Narhın Ö, “Türk Hukukunda Vadeli (İleri) Tarihli Çek ve Bunun Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 20021.

Oğuzman K/Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul 2018.

Poroy R/Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Bası, İstanbul 2019.

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 9. Bası, Ankara 2021.

Schönenberger B, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, 2016.

Sert S S, Bağışlama Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Editör: Prof. Dr. M. Turgut Öz, Ankara 2023.

Şahin C A, “Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Mirasçılıktan Çıkarma”, 13(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 506-518.

Tandoğan H, “Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Cilt: XI, Sayı:2, Yıl:1981, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, ss. 67- 94.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 4. Bası, Ankara 1985.

Tekinalp Ü, “İleri Keşide (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri”, Cilt: 19, Sayı: 1-2, Yıl: 1999, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, ss. 923-932.

Tekinay S.S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1993.

Tongsir F, Bağışlama, Cilt: 18, Sayı: 3-4, Yıl: 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 903-987.

Ülgen H/Helvacı M/Kaya A/Nomer Ertan F, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2019.

Vardar Hamamcıoğlu G, Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2020.

von Tuhr A/Escher A, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1984.

Weber R.H, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen BK-Berner Kommentar, Auflage 2, 2005.

Yalman S, “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”, Yıl: 1995, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, ss. 495-512.

Yavuz C, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Birinci Cilt, 11. Bası, İstanbul 2022.

Zevkliler A/Gökyayla E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul 2020.

YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE SORUNUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ*

Evaluations and Solution Suggestions Regarding the Duration Problem in Poverty Alimony

Arş. Gör. Hüseyin BULUT**

Öz: Yoksulluk nafakası Türk Medeni Kanunu m. 175'te düzenlenmektedir. TMK'da önceki kanundan farklı olarak nafaka süresiz olarak talep edilebilir hale getirilmiştir. Böyle bir talebin mümkün olması bazı problemleri de beraberinde getirmiştir. Bu problemlerden birkaçı, aynı zamanda çalışmanın konusun da oluşturan, TMK m. 175'teki süresiz ifadesinin emredici olup olmadığı ve yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı tartışmalarıdır. Yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilmesi halinde, nafakanın reddine karar verilmesinin ya da süresiz nafakaya hükmedilmesinin zorunlu olduğu fikri TMK m. 175'in süre bakımından emredici nitelikte olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Fakat "süresiz olarak" ifadesinin emredici olduğu kabul edilirse yoksulluk nafakasının ilk talep edildiği sırada, sürekli olarak talep edilmesinin mümkün olmadığını da kabul edilmesi gerekir.

Hâkimin takdir yetkisinin olmadığı kabul edilirse, yoksulluk nafakası süresiz talep edildiği takdirde hâkim ya süresiz olarak nafakaya hükmetmek ya da nafaka talebini reddetmek durumundadır. Hâkimin takdir yetkisinin olduğu kabul edilirse, yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilmiş olsa bile hâkim durumun gereklerine göre nafakaya sürekli olarak karar verebileceği gibi talebi reddetmesi de mümkündür.

Türk Medeni Kanunu m. 175'in mevcut haliyle hâkime takdir yetkisi tanıdığı söylemek mümkün görünmemektedir. Fakat hem doktrinde hem de uygulamada neredeyse herkesin farklı bir anlam çıkardığı "süresiz olarak" ifadesinin hangi anlamda değerlendirilmesi gerektiğinin yorum yoluyla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Abstract: Poverty alimony is regulated under Article 175 of the Turkish Civil Code (CC). Unlike the previous law, alimony can be claimed indefinitely under the CC. The possibility of such a request has brought along some problems. Some of these problems, which also constitute the subject matter of this study, are the discussions on whether the term "indefinite" in Article 175 of the CC is mandatory and whether the judge has discretionary power in determining the duration of the alimony. If it is necessary to refuse alimony or to award alimony indefinitely when alimony is requested indefinitely, it is necessary to accept that Article 175 of the TCC is mandatory in terms of duration. However, if it is accepted that the expression "indefinitely" is mandatory, it must also be accepted that it is not possible to request poverty alimony for a period of time when it is first requested.

If it is accepted that the judge does not have discretionary power, if the alimony is requested indefinitely, the judge must either award the alimony indefinitely or reject the alimony request. If it is accepted that the judge has discretionary power, even if the alimony is requested indefinitely, the judge may decide the alimony for a period of time or reject the request according to the requirements of the situation.

It does not seem possible to say that Article 175 of the Turkish Civil Code, in its current form, grants discretionary power to the judge. However, the meaning of the expression "indefinitely", which is interpreted differently by almost everyone in both doctrine and practice, needs to be clarified through interpretation. It is not appropriate to award poverty alimony for an indefinite period of

* Bu makale 13-15 Mayıs 2022 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, huseyinbulut091@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-6289-9662

Makale Geliş Tarihi: 01.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 25.03.2024

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484082

Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesi ve hükümde böyle bir unsurun bulunması hem meydana getirdiği tartışmalar hem de yoksulluk nafakasının niteliği gereği uygun değildir. Modern hukuk sistemlerinde de artık kişilerin kendi geçimlerini sağlamasına yönelik düzenlemeler getirilmektedir. Modern hukuk sistemlerini takip etmek amacıyla yoksulluk nafakasının süresi bakımından bir değişiklik yapılmalıdır **Anahtar Kelimeler:** Yoksulluk Nafakası, Süresizlik Unsuru, Takdir Yetkisi, Süreli Nafaka, Süresiz Nafaka.

time and to include such an element in the judgment, both due to the controversies it creates and the nature of poverty alimony. In modern legal systems, regulations are now being introduced for individuals to provide for their own livelihood. In order to follow modern legal systems, an amendment should be made in terms of the duration of poverty alimony.

Keywords: Poverty alimony, indefiniteness element, judicial discretion, temporary alimony, indefinite alimony.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nda nafakaya ilişkin olarak genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda nafaka veya nafakalar gibi bir başlık altında kanunda bir sınıflandırma mevcut değildir. Hukukumuzda nafakalar ilgili yerlerde müstakilen düzenlenmektedir. Örneğin tedbir nafakası ve yoksulluk nafakası boşanma bölümünde; tedbir nafakası ayrıca evliliğin genel hükümleri bölümünde; yardım nafakası aile bölümünde düzenlenmektedir. Yoksulluk nafakası Türk Medeni Kanunu m. 175'te düzenlenmektedir. Madde 175'te kanun koyucu yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için birtakım şartlar öngörmektedir.

Yoksulluk nafakasının düzenlendiği TMK m. 175'te, süreye ilişkin olarak "*süresiz*" ifadesi yer almaktadır. Bu ifadenin getirilmesinden önce yoksulluk nafakasının süresine ilişkin tartışmalar söz konusuydu. Yoksulluk nafakasının 743 sayılı kanunun 1988 değişikliğinden önceki hali gereği bir yıl süreyle talep edilebiliyor olması eleştirilere konu olmaktaydı. 1988 tarihinde yapılan değişiklikten sonra süresiz ifadesinin getirilmesi de tartışmaları sona erdirmemiştir. Bu kez de yoksulluk nafakasının süresiz olmasının uygun olmadığı ve bu süresiz ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, gerekçesiyle eleştiriler yapılmıştır.

Çalışmada yoksulluk nafakasının süresine ilişkin tarihsel gelişim, diğer hukuk sistemlerinde yoksulluk nafakasının süresi, Türk Hukukunda yoksulluk nafakasının süresi ve '*süresizlik*' unsuru, yoksulluk nafakasında hakimnin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı konuları değerlendirilmiştir. Sonuç olarak ise yoksulluk nafakasında süre konusundaki sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılmaktadır.

I- YOKSULLUK NAFKASINDA SÜRE UNSURUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nden önce medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklar Mecelle ile çözülmeye çalışılmaktaydı. Mecelle'nin büyük bir kısmını borç ilişkileri, usul hukuku ve eşya hukukunun bir kısmı ile ilgili hükümler oluşturmaktaydı.¹ Aile hukukuna, eşya hukukunun büyük bir

¹ Gonca Gülfem Bozdağ, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 21; Mustafa Dural/ Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I

kısmına ve miras hukukuna ilişkin hükümler Mecelle'nin kapsamının dışındaydı.² Bu sebeple 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi Mecelle'deki aile hukuku hükümlerinin eksikliğini giderilmesi amacıyla geçici kanun olarak çıkarılmış fakat kanunlaşması mümkün olmamıştır.³

Hukuk-ı Aile Kararnamesi dahi tam bir aile kanunu niteliği taşımamaktaydı. Nitekim nesebe, mal rejimlerine, nafakaya, vesayete ilişkin hükümler bulunmamaktaydı. Bu çerçevede nafakaya ilişkin meselelerin çözümü adına Kitâbü'n Nafakat isimli kanun taslağı şeyhülislamlık tarafından hazırlanmış fakat bunun da kanunlaşması mümkün olmamıştır.⁴ Nihayet 1926 tarihinde nafakaya ilişkin hükümleri de barındıran 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi yürürlüğe girmiştir.

A- 743 SAYILI TÜRK KANUNU MEDENİSİ'NDE YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİ

Yoksulluk nafakası 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 144'ün ilk halinde '*nafaka*' başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre "*Kabahatsiz olan karı yahut koca boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir.*"

743 sayılı Kanun'da yoksulluk nafakasının süresi bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Buna göre en fazla bir yıl için nafakaya hükmedilebilmektedir⁵. Mevaz İsviçre Medeni Kanununda 2000 yılında yapılan değişiklikten önce yoksulluk nafakası için süre öngörmemiştir.^{6 7}

Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 25.

² Dural/ Sarı, s. 25.

³ Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.s. 3; "Komisyon tarafından hazırlanan tasarı, muhtemelen büyük tartışmalara yol açacağı ve kanunlaşması engelleneceği için Meclis-i Meb'ûsan'a sevkedilmemiş, 1876 tarihli Kânûn-ı Esâsî'nin 36. maddesine dayanılarak geçici kanun olarak çıkarılmıştır. Daha sonra meclise getirilen kararnâme oldukça tartışmalı geçen bir görüşmeden sonra incelenmek üzere Adliye Encümeni'ne havale edilmiştir (Meclis-i Meb'ûsan Zabıt Cerîdesi, I/4-3 [1333], s. 26 vd.). Ancak kararnâmenin bir buçuk yıl sonra yürürlükten kaldırılmasına kadar geçen sürede bu encümenin konuyla ilgili herhangi bir faaliyeti bilinmemektedir.", <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi>, (s.e.t. 10.05.2022).

⁴ <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi>, (s.e.t. 10.05.2022).

⁵ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 2. Baskı, Çağ Matbaası, Ankara, 1983, s. 283.

⁶ Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 237; Esat Arsebük, Medeni Hukuk Cilt II, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara, 1940, s. 794; Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 147; Philipp Stehlin, Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954), Inauguraldissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Bern, 2018.s. 188; Tekinay, s. 248.

⁷ "Boşanma sonucunda kusursuz eş kendini büyük ihtiyaç içinde bulursa, diğer eş boşanmadan sorumlu olmasa bile maddi durumuna göre nafkasına katkıda

Fakat 743 sayılı Kanun yapılırken hükme süre unsuru eklenmiştir. Bir yıllık süre sınırının eleştirilmesinin sebeplerinden biri de mehaz İsviçre Kanununda süre sınırı bulunmamasına rağmen 743 sayılı kanunda bu sınırın getirilmiş olmasıdır.⁸ Yoksulluk nafakasına bir yıl için karar verilebilmesi emredici bir hüküm olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda nafaka bir yıldan daha az olamayacağı gibi daha fazla olmasının da mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁹ Yoksulluk nafakasının bir yıllık süre ile sınırlandırılması öğretide eleştiri konusu olmuştur.¹⁰ Bir yıllık sınırlamanın bulunması sebebiyle hükmün uygulanmasını zorlaştıracığı ifade edilmektedir. Ayrıca bir yıllık süre için hükmedilen yoksulluk nafakasının amacını yerine getiremeyeceği, eşlerin boşanma sonrasında kalacağı zor durumdan onları kurtarmayacağı, yardım amacını yerine getiremeyeceği konular gündeme getirilmiştir.

B- 743 SAYILI TÜRK KANUNU MEDENİSİ'NDE 1988 TARİHİNDE 3444 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİK SONRASI DÖNEMDE YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi nafakaya ilişkin 144'üncü maddesi 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile değiştirilmiştir. Buna göre hükmün yeni hali:

“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.” şeklindedir.

Süre bakımından 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi bir yıllık sınır öngörmüşken, yapılan değişiklik sonrasında süre sınırı kaldırılmıştır. Üstelik süre sınırı kaldırılmakla kalmayıp hükme “*süresiz*” ibaresi de eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebileceği ifade edilmektedir.¹¹ Fakat yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesinin bir imkân mı yoksa zorunluluk mu olduğu meselesi gündeme gelmiştir.¹²

bulunmak zorunda kalabilir.” “Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden.”

⁸ Akıntürk, s. 239.

⁹ Öztan, s. 298.

¹⁰ Azra Arkan Serim, “Yoksulluk Nafakası”, C. 65, S. 1, 2007, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.294; Haluk Bozovalı, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, 1. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 72; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 3. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s. 248; Öztan, s. 297.

¹¹ Bozovalı, s. 72.

¹² Bozovalı, s. 72.

C- 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUN'DA YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yoksulluk nafakasına ilişkin getirdiği düzenleme 3444 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonraki düzenleme ile oldukça büyük bir benzerlik göstermektedir. TMK m. 175'e göre *"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir."*

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz."

743 S. Kanun'un son halinden farklı olarak kadından yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için getirilen, kadının refah halinde olması şartı kaldırılmıştır. Bunun sebebi erkeğin ve kadının nafaka talep ederken aralarında böyle bir fark oluşturulmasının kadın erkek eşitliği ilkesine ters düşmesidir.¹³ Süre bakımından bir değişiklik yapılmamıştır. Türk Medeni Kanunu uyarınca süresiz olarak yoksulluk nafakası talep etmek mümkündür.

II- DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİ

A- İSLAM HUKUKU'NDA NAFAKANIN SÜRESİ

İslâm Hukuku'nda süresiz veya uzun süreli nafaka bulunmamaktadır. Ayrım olmaksızın boşanan kadının eski eşi olan erkek üzerindeki hakları konusunda Bakara suresi 241. ayette şöyle denilmektedir: *"Boşanmış kadınlara faydalanacakları uygun bir şeyler verilmesi, Allah'ın rızasını gözetenerin borcudur."* Ayet şu şekilde tefsir edilmektedir: *"Zifaf yapılmadan boşanmış kadınlara nikâh akdi yapılırken mehir belirlenmemişse bunun yerine geçecek bir şeyin verilmesi 236. âyette emredilmişti ve bu emri birçok müctehid bağlayıcı (vücüb için) olan bir emir olarak yorumlamışlardır. Burada bütün boşanan kadınlara, takvâ sahibi (Allah'ın rızasını gözetken, azabından sakınan) kocaların, gönül alıcı bir şeyler vermesinin borç olduğu ifade buyurulmuştur. 236. âyette geçen borcun bağlayıcı olmayan, iyilik severlerin yapacağı bir vicdan borcu olduğunu düşünen müctehidler buradaki borcu da öyle anlamış ve bunu, kısa veya uzun bir müddet hayatı paylaştığı kadına onu boşayan kocası tarafından bir şeyler verilerek gönülünü almasının, iyi duygularla ayrılmayı sağlamasının güzel olacağı gerekçesine bağlamışlardır. Bunu mehir dışında ödenmesi gerekli bir boşama tazminatı olarak anlayanlar da vardır."*¹⁴

¹³ Bkz. Maddenin gerekçesi "Yürürlükteki Kanunun 144 üncü maddesini karşılamaktadır. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi yürürlükteki maddeden sadeleştirilmek suretiyle alınmıştır. Yürürlükteki maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hâli refahta bulunması gerekir." hükmü kadın - erkek eşitliği ilkesine ters düştüğü için çıkarılmıştır. Maddenin ikinci fıkrası aynen yürürlükteki Kanundan alınmıştır.", www.lexpera.com.tr, (s.e.t. 15.04.2024).

¹⁴ <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/248/241-ayet-tefsiri>, (s.e.t. 14.06.2022).

Ayette ifade edildiğine göre erkeğin, iddet nafakası dışında, boşanmış olduğu kadına zorunlu olarak bir yardım etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim ayette zikredilen “Allah’ın rızasını gözetenlerin” ifadesi erkeğin yapacağı yardımın, gönüllülük esasına dayandığına işaret etmektedir.¹⁵

Evliliğin erkek tarafından, fesih ya da boşanma yollarından hangisiyle olursa olsun, sona erdirildiği durumda iddet süresi sona erinceye dek kadının nafaka talep etme hakkı bulunmaktadır; meğerki kadının kusuru bulunsun.¹⁶ Kadının kusuru iddet nafakası talep etmesine engel oluşturmaktadır. Erkeğin kusuruyla gerçekleşen sona erme durumunda kadının nafaka hakkı söz konusudur. Erkeğin kusurlu olmadığı durumda kadın da kusurlu değilse yine kadının iddet nafakası talep etme hakkı bulunmaktadır.¹⁷ Kadının boşanmayı gerçekleştirmesi halinde de kadın kusurlu olmadığı takdirde yine iddet nafakası talep etmesi mümkündür.¹⁸

B- İSVİÇRE HUKUKU’NDA NAFAKANIN SÜRESİ

Türk Medeni Kanunu’nda “Yoksulluk nafakası” başlığı altında düzenlenen nafaka türü, İsviçre Medeni Kanunu’nun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch- ZGB) 125’inci maddesinde “*Nachehelicher Unterhalt*” yani “Boşanma sonrası katkı” başlığı altında düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında eşlerden birinin kendi geçimini sağlaması makul olarak kendisinden beklenemiyorsa diğer eşin ona uygun bir katkıda bulunması gerektiği ifade edilmektedir. İsviçre Medeni Hukukuna hâkim olan ilke herkesin kendi sorumluluğunu üstlenmesi ve kendi hayatını idame ettirme becerisine sahip olmasıdır.¹⁹ Bu sebeple İsviçre Medeni Kanunu’nda yoksulluk nafakası talep edilebilmesi, ancak taraflardan birinin geçimini sağlayacak imkanlara sahip olması halinde mümkündür. Türk Medeni Kanunu’nda ise tarafların yoksulluk nafakası talep edebilmesi esas olarak yoksulluk şartına bağlanmıştır. Bu bakımdan İsviçre Medeni Kanunundaki yoksulluk nafakası şartları Türk Medeni Kanunu düzenlemesine göre daha isabetlidir. Çünkü boşanma sonrasında hükmedilen bu nafakaya ilişkin düzenlemede yoksulluk gibi muğlak bir kavrama yer verilmesi, süresizlik unsurundaki karmaşayla birlikte uygulamada oldukça büyük bir problem ortaya çıkarmaktadır.

Clean break ilkesi²⁰ ve evlilik sonrası dayanışma ilkesi İsviçre Medeni Kanunu’nda nafakaya ilişkin düzenlemelere yön veren önemli ilkelerdir. Clean break ilkesi boşanmadan sonra tarafların birbirleriyle sosyal olarak bir bağlarının kalmamasını, birbirlerini görmek zorunda kalmamalarını,

¹⁵ Hamdi Döndüren, Aile İlmihali, Erkam Yayınları, İstanbul 2020, s. 488.

¹⁶ Döndüren, s. 488.

¹⁷ Döndüren, s. 489.

¹⁸ Hüsameddin Vanhoğlu/ Fatih Kalender/ Abdullah Hiçdönmez/ Emin AliYüksel, Fıkhî Meseleler Cilt 1, Yasin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 364.

¹⁹ Andrea Buchler/ Sandro Clausen, “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung”, S. 1, 2015, FamPra.ch, s. 3.

²⁰ Clean break ilkesi, temiz ayrılma, sorunsuz ayrılma gibi anlamlara gelmektedir.

herhangi bir şekilde iletişime geçmek zorunda kalmamalarını amaçlayan bir ilkedir.²¹ Bundan maksat eski eşlerin birbirleriyle görüşmelerini engellemek değil, sorunlu boşanmalarda tarafların birbirleriyle daha az iletişim kurarak olası sorunların önüne geçmek, muhtemel travmaları tetiklememektir. Clean break ilkesinin taraflara yüklediği sorumluluk herkesin boşanmadan sonra herkesin kendi geçimini sağlamasıdır. Bu ilke geçimini sağlayacak beceriye sahip olmayan tarafın, bu beceriyi edininceye kadar nafaka talep edebilmesi bağlamında kişinin kendi kendine geçinebilmesini gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Yani bu ilke sayesinde yoksulluk nafakası tam olarak amaçlandığı üzere, belli bir sosyal ilişki içinde bulunmuş olan kişilerin, bir anlamda vefa göstergesi olarak birbirlerine yardım etmesini tesis etme niteliğine haiz olmuş olmaktadır. Evlilik sonrası dayanışma ilkesi ise İsviçre Hukuku'nda 2000 yılı revizyonu öncesinde, Türk Hukuku'nda ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda hâkim olan bir ilkedir. İsviçre hukukunda 2000 yılında yapılan revizyonla birlikte evlilik sonrası dayanışma ilkesi etkisini kaybederken clean break ilkesi ön plana çıkmıştır.²²

Evlilik sonrası dayanışma ilkesi, evlilik birliğinin taraflara yüklediği yükümlülükleri kısmen de olsa, evlilik birliği sona erdikten sonra da devam ettiren bir ilkedir.²³ Boşanma sonrasında taraflardan birinin talep edeceği yoksulluk nafakası esas olarak evlilik sonrası dayanışma ilkesine dayanmaktadır. Tabi bu ilkeye göre dahi nafakaya hak kazanabilmek için, talep eden tarafın geçimini sağlama konusunda gereken çabayı sarf etmiş olması ve buna rağmen geçinememiş olması gerekir. Clean break ilkesi ve evlilik sonrası dayanışma ilkesi bir bütün oluşturarak nafaka hukukunun iki yüzünü temsil etmektedirler. Bu çerçevede clean break ilkesinin, evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırını oluşturduğu söylenebilir.²⁴

İsviçre Medeni Hukuku'nda 2000 yılında yapılan revizyon ile süresiz nafaka talep etme imkânı ortadan kaldırılmıştır. Halihazırda İsviçre Medeni Hukuku'nda yoksulluk nafakası sürelidir.²⁵ Bununla birlikte nafakaya hükmedilirken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Bunlar İsviçre Medeni Kanunu'nun 125/2. paragrafında nafakanın süresinin belirlenmesi için örnek olarak sayılmaktadır. İlk olarak bir nafakaya karar verilirken verilmeyeceği, verilecekse bunun miktarı ve süresi tespit edilirken sayılan ölçütlere dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hükme göre nafaka belirlenirken, evlilik sırasında eşlerin görev dağılımının dikkate

²¹ Arzu Ahsen Medar, "Yargı Kararları Işığında Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ağustos, 2018, s. 41; Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", C. 19, S. 1, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 364.

²² Medar, s. 41.

²³ Büşra Odabaşı, "Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu", C. 94, S. 2, İstanbul Barosu Dergisi, s. 53; Medar, s. 55.

²⁴ Medar, s. 45.

²⁵ Duri Bonn, "Nachehelicher Unterhalt des Ehegatten und der Kinder Sicherung der Unterhaltsbeiträge", <http://www.duribonin.ch/gewusst-wie/>, N. 15, s. 3.

alınması gerekmektedir. Bu ölçüt özellikle evlilik birliğine maddi bir katkı sunmayan taraf, örneğin ev hanımları, için önemlidir. Evliliğin süresi de önemli bir ölçüttür. Zira iki ay evli kalmış kişilerin boşanmadan sonra yeni hayat düzeni kurmakta yaşayacağı zorluk ve onlar için gereken destek, yirmi yıl evli kalmış kişilerin boşandıktan sonra yaşayacağı zorluktan daha az olacağı söylenebilir. Evlilik sırasındaki hayat standardı da ölçütler arasındadır. Buna göre hâkim tarafların evlilik sırasındaki hayat standartlarını göz önünde bulundurmalıdır. Eşlerin yaşı ve sağlığı nafakaya hükmedilmesi ve koşullarının belirlenmesinde önemlidir. Zira gençlerin boşanmadan sonraki hayata uyum sağlaması ve zorlukların üstesinden gelmesi kuşkusuz daha yaşlı kişilere kıyasla daha kolay olmaktadır. Eşlerin gelirleri ve malvarlıkları ayrıca emeklilik, sigorta gelirleri gibi gelirler de nafakanın tespitinde önemlidir. Bunlar da kişinin yoksulluğa düşüp düşmediği, düşüyse bunun büyüklüğü konusunda hâkime yol gösterecek olan verilerdir. Boşanmadan sonra çocuklara bakan tarafın bu durumunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Zira her ne kadar çocuklar için ayrıca nafaka bağlanmış olsa da görünmeyen, verilere yansıtılmayan masraflar için de destek olunması gerekmektedir. Son olarak eşlerin mesleki durumları ve istihdam olanakları da göz önünde bulundurulmalıdır. Boşandıktan sonra nafakaya hükmedilmesi, hükmedildiği takdirde de bunun koşullarının belirlenmesi, çalışabilme imkânı kısıtlı olan taraf açısından önem arz etmektedir.

Nafakaya karar verilmesi ve koşullarının belirlenmesi için örnek niteliğinde ihdas edilen bu ölçütler genel itibariyle yerindedir. Özellikle tarafların evlilik süresinin, yaşlarının, sağlık durumlarının, mesleki durumlarının göz önünde bulundurulması önemlidir. Fakat kanaatimizce tarafların evlilik birliği esnasında sahip oldukları hayat standardı değerlendirilirken dikkat edilmesi gerekir. Zira bu hususta dikkat edilmemesi halinde çok yüksek nafaka miktarlarına ortaya çıkması ve yoksulluk nafakasının amacından sapması söz konusu olabilir.

İsviçre Medeni Hukuku'nda yapılan değişikliğin temelinde clean break ilkesinin etkisi vardır. Çünkü nafakanın süresiz olması, boşanma sonrasında herkesin kendi geçimini sağlamasını amaçlayan kanun koyucuların amacıyla çelişen bir durum ortaya çıkarmaktadır.

C- ALMAN HUKUKU'NDA NAFAKANIN SÜRESİ

Alman Medeni Kanunu'nda (Bürgerliches Gesetzbuch- BGB) yoksulluk nafakasına ilişkin hükümler 1569 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. Fakat yoksulluk nafakasına ilişkin genel bir düzenleme yoktur.²⁶ "Ilke" başlıklı 1569'uncu maddenin ilk cümlesinde boşanmadan sonra her eşin kendi nafakasını sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Bu husus belirtilerek herkesin kendi geçimini sağlamasının esas olduğu ortaya konulmaktadır.

²⁶ Mesut Öcal, Yoksulluk Nafakasının Süresi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 107; Wilfred Schlüter, BGB-Familienrecht, C.F. Müller, B. 14, Münster, 2012, s. 141; Kocabaş, s. 359.

İsviçre medeni hukukunda olduğu gibi Alman medeni hukukunda da tarafların boşanmadan sonra kendi geçimlerini sağlayabilmesi amaçlanmaktadır. Alman medeni hukukunda nafaka talep edebilme hakkı ancak gerekli hallerde mümkün olabilmektedir; burada da asıl olan tarafların kendi geçimlerini sağlayabilmeleridir.²⁷

Alman Medeni Kanunu m. 1569'da boşandıktan sonra tarafların kendi geçimlerini sağlamaları gerektiği bununla birlikte taraflardan birinin geçimini sağlama imkânı bulunmadığı takdirde nafaka talep hakkı olduğu belirtilmiş ve talep hakkı belirli şartlara bağlanmıştır. Çünkü burada da kişilerin kendi geçimlerine ilişkin sorumluluklarını üstlenmelerine yönelik olan ilke mutlak anlamda uygulanmamakta taraflar arasında evliliklerine dayalı sosyal bir ilişkinin bulunduğuna işaret edilmektedir.²⁸

Alman Medeni Kanunu m. 1569'da ifade edilen husus, Alman medeni hukukunda etkili olan "*kişisel sorumluluk ilkesi*"nin bir görünümüdür. Kişisel sorumluluk ilkesi İsviçre Medeni Hukuku'nda hâkim olan clean break ilkesi ile benzerlik göstermektedir. Kişisel sorumluluk ilkesi, 2008 yılındaki reformdan sonra Alman Medeni Hukuku'nda etkili hale gelmiştir.²⁹

Yoksulluk nafakasının süresi bağlamında hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerektiğini düşünürse Hâkim süresiz veya süreli olarak nafakaya hükmedebilmektedir. Kişisel sorumluluk ilkesinin güçlenmesi ve evlilik sonrası dayanışma ilkesinin etkisini kaybetmesiyle birlikte artık süresiz nafaka Alman Hukukunda neredeyse istisna halini almıştır.

III- TÜRK HUKUKUNDA YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİ

A- GENEL OLARAK

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 175'e göre "*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*" Bu hükümde yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebileceği ifade edilmektedir. Fakat bu durumda süreli olarak nafaka talep edilip edilemeyeceği veya süresiz nafaka talep edilen durumda hâkimin süreli olarak nafakaya hükmedip hükmedemeyeceğine ilişkin bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır.

²⁷ Emrah Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", C. 5, S. 2, 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 257; Rolf Schmidt, Familienrecht, Verlag Rolf Schmidt, B. 1, Bremen, 2012, s. 100; Mustafa Şahin, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175-ZGB m. 125)", C. 21, S. 3, 2017, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 90, 91; Kürşat Yağcı, "Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu", C. 76, S. 1, 2018, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 329; Kocabaş, s. 362; Öcal, s. 110.

²⁸ Schmidt, s. 100.

²⁹ Kocabaş, s. 361; Öcal, s. 109; Schmidt, s. 100; Yağcı, s. 329.

Yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili olarak nafakanın gerçekten süresiz olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce “*Yoksulluk nafakası süresizdir*” ifadesiyle, “*yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilebilir*” ifadesi birbirine her ne kadar benziyor görünse de arada fark bulunmaktadır. İlk ifade hâkimi muhatap almakta, ikinci ifade ise tarafları muhatap almaktadır. Ayrıca yoksulluk nafakasının süresiz olduğunun kabulü nafakanın süresiz olması bakımından bir emrediciliği kabul etmek anlamına gelmektedir. Aksi takdirde yoksulluk nafakası süresizdir, demenin pratik bir anlamı kalmamaktadır.

Öğretide bir görüşe göre yoksulluk nafakası süresizdir.³⁰ Buna göre yoksulluk nafakası TMK m. 176’da ifade edilen sona erme halleri dışında ölüncüye dek devam etmektedir.³¹ Diğer bir görüşe göreyse yoksulluk nafakası düzenlemesindeki “*süresiz olarak*” ifadesi nafakanın süre sınırı olmaksızın talep edilebilmesine dair bir imkân tanımaktadır.³² Bu durumda yoksulluk nafakasının kural olarak süresiz şekilde talep edilebileceği fakat süreli olarak da yoksulluk nafakası talep edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.³³

Yoksulluk nafakası alabilmek için bunun boşanma davası esnasında veya daha sonra açılacak bir dava ile talep edilmesi gerekmektedir.³⁴ Tarafların yoksulluk nafakasına ilişkin herhangi bir talebi bulunmaksızın hâkimin re’sen yoksulluk nafakasına hükmetmesi söz konusu değildir.³⁵

³⁰ Mine Uzun, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 100; Remzi Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 147, 2020, s. 239; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 158; Yaren Didem Özşenol, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sınırlaması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2021, s. 160; Hatemi, s. 134; Gençcan, s. 528.

³¹ “MK 175’e göre, yoksulluk nafakası süresizdir. Bir başka deyişle taraflardan birinin ölümüne kadar devam eder.”, Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 158.

³² Ahmet Cemal Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 46; Merve Bilge Akbulut, “Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, 2021, s. 53; Mehmet Hamzaçebi, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. (3-4), 2002, s. 35; Nagihan Kartal, “Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 80; Ömer Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1, 2005, s. 145-146; Kulaklı, s. 254; Yağcı, s. 338.

³³ Öcal, s. 130, 131.

³⁴ Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 1290; Ruhi, s. 46.

³⁵ Yargıtay 2. HD, E: 2019/95, K: 2019/4374, T: 10.04.2019, “Hâkim, tarafların talep sonuçları ile bağlıdır. Ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m. 26). Davacı-karşı davalı kadının usulüne uygun olarak yasal süresi içerisinde ileri

B- YOKSULLUK NAFKASININ SÜRELİ OLARAK TALEP EDİLMESİ

Yoksulluk nafakasının süreli olarak talep edilebileceği öğretide kabul edilmektedir.³⁶ TMK m. 175'in düzenlenme şekline göre taraflardan biri boşanma sebebiyle yoksulluğa düştüğü ve daha fazla kusurlu olmadığı takdirde, geçimi için diğer taraftan bir miktar nafakayı süresiz olarak talep etme imkanına sahiptir. Burada süresiz olarak nafaka istenebileceği açıkça düzenlenmektedir. Hükmün lafzına göre yoksulluk nafakasının süreli olarak istenmesi mümkün değildir. Kanaatimizce nafakanın süreli olarak talep edilebilmesini Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 26'ya dayandırmak mümkündür. Nitekim Tutumlu da *"Ancak bu yasal imkana rağmen, alacaklı dilerse, yoksulluk nafakasının belli bir süre ile sınırlı olarak verilmesini de talep edebilir. Böyle bir talep kuşkusuz geçerlidir ve hâkimi bağlar (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu -HUMK- m. 74)."*³⁷ diyerek bu durumun gerekçesi olarak, HMK m. 26'nın HUMK'taki karşılığı olan hükme atıf yapmaktadır.

Yoksulluk nafakasının süreli olarak talep edilmesi durumunda hâkim bu taleple bağlıdır.³⁸ Zira HMK m. 26'ya göre *"(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."* Yargıtay 2. HD., 2008/14788 E., 2009/19943 K., 17.11.2009 T. Kararında ifade edildiği üzere, yoksulluk nafakasının süreli olarak talep edilmesi halinde hâkim bu süreyle bağlıdır.³⁹

sürülmüş yoksulluk nafakası (TMK m. 175) talebi bulunmamaktadır. O halde mahkemece, talep olmaksızın davacı-karşı davalı kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.", (s.e.t. 11.05.2022).

³⁶ Hüseyin Bulut, Yoksulluk Nafakasının Kusur, Süre ve Yoksulluk Kavramları Işığında Değerlendirilmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 109; Ezgi Gelmez, "Boşanmanın Mali Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 115; Ömer Uğur Gençcan, Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 528; Emine Serin Of, "Boşanmanın Mali Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, 2008, s. 88; Abdülkerim Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", C. 14, S. 157, 2016, Legal Hukuk Dergisi, s. 77; Bozdağ, s. 79; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 158; Öcal, s. 130, 131; Kartal, s. 78; Özşenol, s. 117; Ruhi, s. 46; Tutumlu, s. 1312; Yağcı, s. 326.

³⁷ Tutumlu, s. 1312.

³⁸ Ebru Baran Celep, "Boşanma Davasının Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2015, s. 107; Dural/ Ögüz Gümüş, s. 158; Gelmez, s. 116; Ruhi, s. 46; Yıldırım, s. 77-78.

³⁹ Yargıtay 2. HD, E: 2008/14788, K: 2009/19943, T: 17.11.2009, "Davacı dava dilekçesinde, dava bittikten sonra bir yıl süreyle yoksulluk nafakası talebinde bulunmuş olduğu halde süreyle sınırlı ve geçerli olmak üzere yoksulluk nafakasına hükmetmek gerekirken istek dışına çıkılarak bu süreyle bağlı kalınmaksızın nafaka taktiri usul ve yasaya aykırı ise de; bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu yönden düzeltilerek onanması

Fakat karardaki “*bu süreyle sınırlı ve geçerli olmak üzere*” ifadesi açık değildir. Zira buradan hâkimin talep edilen süreyle bağlı olduğu ve yalnızca bu sürede nafakaya hükmedebileceğinin mi yoksa hâkimin bu süreden fazlasına karar vermesinin mümkün olmadığını mı anlaşılması gerektiği belli değildir. Fakat kanaatimizce kararda yalnızca belirtilen süre kadar nafakaya hükmedilebileceği, daha fazla veya daha az hükmedilmesinin mümkün olmadığı söylenmek istenmektedir. HMK m. 26 kapsamında bakıldığı zaman süreli olarak talep edilen yoksulluk nafakasına daha fazla veya süresiz olarak nafakaya hükmetmenin mümkün olmamasının yerinde olması fakat kararın aksine bu süreden daha azına hükmedilebilmesinin ise mümkün olması daha isabetlidir.

Gençcan’a göre “*Yoksulluk nafakası istemi süreye bağlı olarak yapılmışsa hâkim istenilen süre kadar geçerli olmak üzere yoksulluk nafakasına hükmetmek zorundadır.*”⁴⁰ Bu ifadeden anlaşılan yoksulluk nafakası süreli olarak talep edilmişse ancak o süre kadar nafakaya hükmedilebileceğidir. Kanaatimizce HMK m. 26 gereği, yoksulluk nafakasının süreli olarak talep edilmesi durumunda, talep edilenden daha az bir süre nafakaya hükmedilmesi de mümkün olmalıdır. Zira mevcut düzenleme karşısında, yoksulluk nafakasının süreli olarak talep edilebileceğini kabul etmek, süreli olarak talep edilen yoksulluk nafakasında hâkimin daha az süreyle nafakaya hükmedebileceğinin de kabul edilmesini gerektirir. Zira HMK m. 26/1’in ikinci cümlesinde hâkimin duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebileceği ifade edilmektedir. Sonuç itibariyle yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle talep edilmesi durumunda daha az süreyle nafakaya karar verilebileceği ve süresiz olarak yoksulluk nafakası talep edilmesi durumunda da daha azına yani belirli bir süreyle karar verilebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

C- YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİZ OLARAK TALEP EDİLMESİ

1- Genel Olarak

Yoksulluk nafakası süresizliğiyle ilgili esas itibariyle tartışmaya neden olan iki konu bulunmaktadır. Bunlardan birisi yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı, nafakanın amacıyla bağdaşmadığı ve süresiz olarak talep edilebilmesinin kaldırılması gerektiği; diğeri ise yoksulluk nafakasının belirlenmesinde süre hususunda hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığıdır.

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi İsviçre’den iktibas edilirken, 1912 Sayılı İsviçre Medeni Kanunu’ndan bulunmayan bir yıllık süre şartı hükme eklenmiştir. Daha sonra 1988 tarihli değişiklikle süre sınırı eleştirilmiş ve

gerekmıştır. (HUMK.md. 438/7).”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (s.e.t. 11.05.2022).

⁴⁰ Gençcan, s. 528.

kaldırılmıştır⁴¹. Bunun sebebi mehzaz kanunda bu sürenin bulunmayışı, süre sınırının, nafakanın amacıyla bağdaşmadığının ifade edilmesidir. Bu bağlamda süresizlik unsurunun yoksulluk nafakasının amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

2- Yoksulluk Nafakasının Amacı ile Süresizlik Unsurunun Değerlendirilmesi

Yoksulluk nafakasının amacı, sosyal ve ahlaki düşüncelerle boşanma sonrası yoksulluğa düşecek olan eşin korunması için ona yardımda bulunmak olarak ifade edilmektedir.⁴² Yoksulluk nafakası, boşandıktan sonra dayanışma ve yardımlaşmayı yükümlülük olarak değerlendirmekte ve bunu temel almaktadır.⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yoksulluk nafakasının özündeki dayanışma yardımlaşmayı bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir.⁴⁴

Kanaatimizce yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonucu yoksulluğa düşen eşi yoksulluktan kurtarmak olmamalıdır. Zira TMK m. 175'te "geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında" denilerek, diğer taraftan talep edilecek olan nafakanın niteliğinin, yoksulluğa düşecek olan eşi yoksulluktan kurtarmayı amaçlayacak şekilde değil, onun geçimine katkı sağlayacak şekilde olması gerektiği öngörülmektedir. Boşanan kişilerden birinin diğerini yoksulluktan kurtarmak yükümlülüğü altında bulunması kanaatimizce evlilik kurumunun temel mantığına ve hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi ekonomik anlamda da çoğu zaman mümkün değildir. YHGK'nun E: 1998/656, K: 1998/688, 07.10.1998 tarihli kararına göre "Yoksulluk: Yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi, bireyin maddi varlığını geliştirmesi için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmamasını" ifade eder. Bu tanım çerçevesinde kişiyi yoksulluktan kurtarmak için evlilik birliğinin devam ediyormuşçasına bir yükümlülük altına girilmiş olması gerekir.

⁴¹ Bkz. I, A ve B.

⁴² Alper Uyumaz, "Legal Alimony Liabilities Against Poverty, Implementation Problems and the Solution Proposals Under Turkish Law", Topkapı Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 1, 2023, s. 54, 55; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Aile Hukuku, 22. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020, s. 302; Mecit Demir, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 40; Baran Celep, s. 99; Bozovalı, s. 67; Oğuzman/ Dural, s. 147.

⁴³ Dila Okyar Karaosmanoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2016, s. 422; Bozdağ, s. 73; Kocabaş, s. 360; Kulaklı, s. 241; Medar, s. 36; Özşenol, s. 16; Serin Of, s. 75.

⁴⁴ Yargıtay HGK, E: 2018/1033, K: 2020/103, T: 06.02.2020, "Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, sosyal ve ahlâki düşünceler yer almaktadır.", www.lexpera.com.tr, (s.e.t. 15.04.2024).

Yoksulluk nafakasının amacı belirlenirken esas olarak clean break ilkesi ve kısmen evlilik sonrası dayanışma ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Daha önce ifade edildiği üzere evlilik sonrası dayanışma ilkesi, evlilik birliği sona ermesine rağmen evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin kısmen devam ettirilmesi olarak ifade edilmektedir. Bunun temelinde her bir eşin diğer eşe ve evlilik birliğinin devam edeceğine olan güveninin korunması olduğu söylenmektedir.⁴⁵ Clean break ilkesi ise boşandıktan sonra tarafların en kısa sürede kendi geçimlerini sağlayabilmelerini amaçlamaktadır. Yoksulluk nafakasının süresi bakımından bu ilkeleri şu şekilde somutlaştırmak mümkündür: Evlilik sonrası dayanışma ilkesi çerçevesinde tarafların boşanma sonrasında birbirine destek olması bu sebeple yoksulluk nafakasının varlığı bir gerekliliktir. Fakat clean break ilkesi gereği bu nafakanın yoksulluğa düşecek tarafın kendi geçimini sağlamasına yardımcı olacak, kendi geçimini sağlayıncaya dek belirli ve makul olmasını gerektirmektedir.

Sonuç olarak kanaatimizce yoksulluk nafakasının amacının, boşanma sonrasında tarafların birbirine sınırlı olarak destek olması, boşanmanın meydana getirdiği kötü etkinin ortadan kaldırılması amacıyla diğer tarafa katkı sunarak geçici bir süre yardımda bulunması olduğu söylenebilir. Bu anlamda yoksulluk nafakasının süresiz olmasının, yoksulluk nafakasının amacıyla bağdaşmayacağını ifade etmek mümkündür. Zira kanaatimizce birbirleriyle bir hayat düzeni kuramayan, birbirleriyle uyum sağlayamayan tarafların belirli olmayan bir süreyle bağlantı halinde olması, taraflara ve toplumsal düzene zarar verebilmektedir. Boşandıktan sonra taraflardan birbirine, özellikle erkeğin kadına, karşı işlediği suçlar bakımından da süresiz nafakanın etkisinin bulunduğu da düşünülmektedir. Zira tarafların birbirinden kopamaması, maddi bir bağlantı içinde olması, süresiz olarak nafaka ödeyen tarafın bir belirsizlik içinde olması, birtakım şüphe ve kuruntulara kapılmasına sebep olabilmektedir. Nafaka ödeyen tarafın nafaka alan tarafı takip etmesi fiilen ve hukuken mümkün olmadığından, ödenen nafakanın nafakayı sona erdirecek bir hayat tarzı içinde kullanılması fikrinin kişiyi şiddete yöneltmesi olasıdır. Nafakanın amacı, süresi ve süresiz olması gerektiği gibi hususlar değerlendirilirken, boşanma sonrası süreci daha medeni geçiren toplumdaki düzenlemelerle doğrudan kıyas yapılmamalıdır. Boşanma sonrası şiddet gibi durumların sık sık yaşandığı toplumumuzda nafakanın süresiz olması talebi, tarafların özellikle kadının güvenliği bağlamında da değerlendirilmelidir.

D- TALEPTE SÜREYE İLİŞKİN İBARE BULUNMAMASI

Yoksulluk nafakası talebinde nafakanın süresine ilişkin bir talep olmaması durumunda ne kadar süreyle nafakaya hükmedilmesi gerektiği değerlendirilmelidir. Böyle bir durumda yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talebinde bulunulması gerekmektedir. Zira

⁴⁵ Kocabaş, s. 360.

talep bulunmadığı sürece re'sen yoksulluk nafakasına hükmedilmesi söz konusu değildir.⁴⁶

Nafaka talep edilmiş ancak bunun hangi nafaka olduğu belirtilmemişse hâkim kendiliğinden yoksulluk nafakasına hükmedemez. Yoksulluk nafakası talep edilmiş ancak miktarı belli değilse hâkim bu durumda kendisi bir miktara karar veremez.⁴⁷ Nitekim HMK m. 25'e göre "Hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakiaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz." Fakat bu durumlarda hâkimin mevcut belirsizlikleri gidermesi gerekmektedir. HMK m. 31'e göre "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususla hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." Kanaatimizce hâkim bu iki hüküm çerçevesinde, nafakanın türünün belirlenmesi ve miktarının tespiti amacıyla taraflara soru sorabilir, onlardan açıklama isteyebilir. Fakat HMK m. 25'in sınırlarını aşmaması da gerekmektedir.

Gençcan'a göre yoksulluk nafakası istenirken nafakanın ne kadar süre için talep edildiği belirtilmemişse hâkim nafakaya süresiz olarak hükmetmek zorundadır.⁴⁸ Kanaatimizce nafakanın türü ve miktarında belirsizlik olduğunda nasıl hareket edilmekteyse, süresinde de aynı şekilde hareket edilmesi gerekir. Yoksulluk nafakası talep edilmiş fakat bunun süresine ilişkin herhangi bir talep bulunmuyorsa, hâkim nafaka talep eden taraftan nafakayı hangi süre ile talep ettiği konusunda açıklama yapmasını istemelidir. Daha sonra bu açıklama çerçevesinde yoksulluk nafakasına ilişkin değerlendirmesini yapmalıdır. Zira nafakanın süreli olarak talep edilmesi taraflara tanınan bir imkandır. Daha önce ifade edildiği üzere talepte süre belirtilmediği için süresiz nafakaya hükmedilmesinin zorunlu kabul edilmesi, süreli olarak nafaka talep edilememesi anlamına gelmektedir.

IV- YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİNİN BELİRLENMESİNDE HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ

Yoksulluk nafakası konusunda önemli tartışmalardan biri de yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığıdır. Aslında bu sorun yoksulluk nafakasının süresizliğine ilişkin tartışmadan belki daha önemli bir sorundur. Zira düzenleme yapıldığı sırada hâkime açıkça takdir yetkisi tanınmış olsaydı, hâkimin durumun gereklerini gözeterek uygun süreyle nafaka takdirinde yetkili olacağını ve süresiz nafakanın sorun teşkil etmeyebileceğini söyleyebilirdik. Fakat halihazırda TMK m. 175 uyarınca yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı ve olması gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir. Bunun için öncelikle kısaca hangi hallerde hakime takdir yetkisi verildiğinden bahsetmek uygun olacaktır.

⁴⁶ Tutumlu, s. 1290.

⁴⁷ Tutumlu, s. 1290.

⁴⁸ Gençcan, s. 528.

Türk Medeni Kanunu m. 4'e göre "*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*" Buna göre hâkimin takdir yetkisinin olduğu durumları üç başlıkta incelemek mümkündür. Birincisi kanun koyucu hâkime açıkça takdir yetkisi tanımış olabilir. İkinci olarak açıkça takdir yetkisi verilmemekle beraber, "*uygun miktar*", "*haklı sebepler*", "*uygun zaman*", "*somut olayın şartları*" gibi bazı kavramlar kullanılmış olabilir.⁴⁹ Bu durumda hâkim takdir yetkisini kullanarak karar vermektedir. Son olarak kanun koyucunun hükmü düzenleyiş şeklinden hâkime takdir yetkisi vermek istediğini anlamak mümkün olabilir. Örneğin hükümde "*hâkim, ...yapabilir, ...edebilir, ...verebilir.*" gibi ifadeler kanun koyucunun hâkime takdir yetkisi vermek istediğini anlamamızı sağlamaktadır.⁵⁰

Türk Medeni Kanununun m. 175'in lafzına bakıldığı zaman yukarıda ifade edilen, hâkime takdir yetkisi tanındığı hallerden birinin olmadığını söylemek mümkündür. Zira hâkime açıkça takdir yetkisi tanındığına ilişkin bir düzenleme değildir. Takdir yetkisi kavramı olmamakla birlikte o anlama gelebilecek, "*uygun miktar*", "*haklı sebepler*", "*uygun zaman*", "*somut olayın şartları*" gibi kavramlar da düzenlemede bulunmamaktadır. Takdir yetkisi tanınması hususunda bu iki husus hükümde bulunmamaktadır. Hükmün "*isteyebilir*" şeklinde bitmesinden dolayı, yukarıda ifade edilen takdir yetkisinin tanındığı üçüncü durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek gerekir. "*İsteyebilir*" ifadesinin kullanılış biçiminden hakime takdir yetkisi verilmek istendiği doğrudan anlaşılmamaktadır. Zira hükümde taraflara hitaben "*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.*" denilerek yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edileceğine ilişkin bir imkân oluşturulmuştur. Bunun aksine 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 144'ün lafzına bakıldığı zaman "*...bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir.*" denilerek hâkime hitap edildiği görülmektedir. Bu çerçevede "*isteyebilir*" ifadesinin takdir yetkisi tanımak anlamına gelmediğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte kanaatimizce hükümde, süresiz olarak nafaka ödemesine karar verilebilir, gibi bir ifade kullanılmış olsaydı burada kanun koyucunun takdir yetkisi tanınmak istediğini söyleyebilirdik. Dolayısıyla hüküm "*(1) Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında nafaka isteyebilir. (2) Hâkim durumun gerektiği hallerde süresiz olarak nafakaya hükmedebilir.*" şeklinde düzenlenmiş olsaydı şu anki haline göre daha isabetli olacağı söylenebilir.

Yargıtay'a göre yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁵¹ Yargıtay yoksulluk nafakasının

⁴⁹ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, Medeni Hukuk, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 88.

⁵⁰ Oğuzman/ Barlas, s. 88.

⁵¹ Yargıtay 2. HD, E: 2016/8859, K: 2017/14407, T: 12.12.2017, "Davacı-karşı davalı kadın yararına aylık irat şeklinde yoksulluk nafakası takdir edilmiş, bu şekilde hükmedilen yoksulluk nafakası iki yılla sınırlandırılmıştır. Mahkeme sınırlandırmanın gerekçesi olarak da, tarafların evlilik süresi, çocuklarının olmayışı bir daha birbirlerini görececek pozisyonlarının bulunmaması, kısa süren bu ikinci

süresiz olarak öngörüldüğünü, açıkça talep edilmediği sürece yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılmasının mümkün olmadığını, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli süreyle sınırlandırmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir. Öğretide bu görüşte⁵² olanlar olduğu gibi, nafakanın süresiz olarak talep edilmesi halinde süreli olarak nafakaya hükmedilebileceği görüşünde⁵³ olanlar da mevcuttur.

İsviçre Hukuku'nda yoksulluk nafakasının miktarı ve süresinin belirlenmesi konusunda hâkime açıkça takdir yetkisi tanınmaktadır. ZGB Art. 125/2'ye göre “*Bir katkının yapıp yapılmayacağına ve mümkünse ne miktarda ve ne süreyle yapılacağına...*” denilerek hâkimin süre konusunda takdir yetkisinin olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede yapılması gereken, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi, TMK m. 175'te hâkime açıkça takdir yetkisi tanınmaktadır.

V- TMK MADDE 175'İN SÜRE BAKIMINDAN YORUMLANMASI

“*Süresiz olarak*” ifadesinin tartışmalara bu kadar konu olması bu ifadenin tam olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Zira kanun koyucunun bu ifadeyle yoksulluk nafakasının ancak süresiz olarak talep edilebileceğini mi, nafaka talep edenin yoksulluk nafakası talebini süreyle sınırlandırmaması konusunda bir imkân mı tanıdığı açık değildir. Bu çerçevede ifadenin ve hükmün yoruma muhtaç olduğunu söylemek

evlilik sebebiyle süresiz yoksulluk nafakasına karar vermenin Türk Medeni Kanununun 4. maddesine aykırı olacağı, 175. maddesinde süresiz yoksulluk nafakası istenebileceğinin belirtildiği ancak istenir hükmü bulunmadığı, arada çocukları olan uzun süreli evliliklerde bu hükmün uygulanması ve nafakanın süresiz olması mümkün görünmekte ise de boşandıktan sonra birbirlerini görmeyecek iki kişi arasında süresiz nafakaya karar verilmesinin adil olmayacağını göstermiştir. Yasa, yoksulluk nafakasını belirli bir süreyle sınırlandırmamış, bu nafakanın süresiz olarak istenebileceğini öngörmüştür. Amaç, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin, diğer eş tarafından koşulları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Bu bakımdan nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe, yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması yasada bulunmayan bir unsurunu yasaya dahil etmek anlamına gelir. Kanunun, hâkime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hakkaniyete göre karar verir (... m.4). Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hâkime herhangi bir takdir hakkı tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın süresiz olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur. Öyleyse, aylık irat şeklinde takdir edilen yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (s.e.t. 13.05.2022).

⁵² Demir, Süresizlik, s. 239; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 159; Gençcan, s. 528; Öcal, s. 131; Özşenol, s. 160.

⁵³ Mehmet Hamzaçebi, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. (3-4), 2002, s. 35; Akbulut, s. 53; Kartal, s. 80; Kulaklı, s. 254; Yağcı, s. 338.

mümkündür. Nitekim bu ifadenin emredici bir nitelik taşıdığı anlamı çıkarılacak olursa, HMK m. 26'nın da uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Aksine emredici olmadığı yorumunun yapılması durumunda, hakime takdir yetkisi tanınmış olduğu sonucu çıkarılabilecek ve süresiz nafaka talebi karşısında süreli nafakaya hükmedilebilecektir.

Türk Medeni Kanunu m. 1'de "*Kanun sözüyle ve özülle değindiği bütün konularda uygulanır.*" denilmektedir. Bu anlamda hükmün yalnızca lafzına bakarak uygulamak her zaman mümkün olmayabilir. Bu sebeple kanun koyucu hükmün sözüyle ve özülle birlikte uygulanacağını ifade etmektedir. Hükmün yorumlanması ve uygulanması hususunda çeşitli metotlar ve dikkate alınacak hususlar bulunmaktadır. Buna göre hâkimin hükmü yorumlarken kullanabileceği yorum metotlarını lafzi yorum, tarihi yorum, gai/amaçsal yorum, sistematik yorum ve serbest yorum olarak saymak mümkündür.⁵⁴

Lafzi yorumda kelimelerin sözlük anlamı, cümle içindeki yeri, cümlelerin düzenleniş biçimi gibi hususları esas alan bir yorum metodudur. Tarihi yorum, kanun koyucunun hükmü koyarken ulaşmak istediği amaç, güttüğü gayenin ne olduğunu tespit etmeye çalışan yorum metodudur. Amaçsal yorum ise kanun koyucunun hükmü koyarkenki amacının dönemin şartları içerisinde değerlendirilerek tespit edilmesini sağlamaya çalışan yorum metodudur. Sistematik yorum düzenlemenin içinde bulunduğu kanunda düzenlendiği bölüm ve yere bakılarak, diğer hükümlerle olan sistematığı değerlendirilerek yapılan yorumdur. Serbest yorum ise hâkimin yorum yaparken hükmün metnine aykırı bir sonuç bulmasına dahi imkân veren, hâkimin metinle bağlı olmadığı yorum metodudur.⁵⁵

Hükmün yorumu yapılırken öncelikle lafzına bakılması gerekmektedir. Bu anlamda hüküm öncelikle lafzi olarak yorumlanmalı ve buna göre uygulanmalıdır. Lafzi olarak bakıldığında bir sonuca ulaşmak tam anlamıyla mümkün olmamaktaysa bu kez hükmün ruhunun/özünün araştırılması ve tespit edilecek ruhun hükmün lafzıyla açıkça çatışmaması gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 175'in "*süresiz olarak*" ifadesinin yorumlanmasına lafzi olarak bakıldığında kanun koyucunun neyi kastettiği tam anlamıyla anlaşılammaktadır. Sistematik yorum da bu ifadenin anlamının tespitiyle alakalı olarak bize bir şey sunmamaktadır. Hem tarihi yorum hem de amaçsal yorum bize ifadenin yorumuyla alakalı olarak yol göstermektedir. Tarihi ve amaçsal yorumla kanun koyucunun yoksulluk nafakasına süre sınırı getirirken güttüğü amaç tespit edilmelidir. Hem dönemin şartları dikkate alınmalı hem de süre sınırının kaldırılmasının ve nafakanın süresiz olarak talep edilebilme imkanının neden getirildiği tespit edilmelidir. Süre sınırının kaldırıldığı ve süresiz talep imkanının getirildiği 1988 tarihi ile günümüz arasında, ülkenin refahı, kadınların eğitim

⁵⁴ Oğuzman/ Barlas, s. 63-65.

⁵⁵ Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 116 vd.; Oğuzman/ Barlas, s. 63-65.

olanakları, meslek edinmeleri, istihdam olanakları gibi hususlarda gerçekleşen değişimler yorum yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Zira hükmün değiştirildiği tarihteki koşullar sebebiyle süre sınırının bulunması birtakım sorunlar ortaya çıkarmış olduğu kabul edilse bile bugün bu koşulların değişmesi karşısında ya hükmün tekrar değiştirilmesi ya da yorum yoluyla değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yorum metotlarına ilave olarak, hükmün yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken bazı hususlar da söz konusudur. Hüküm yorumlanırken kanunun sistemi, kanunun hazırlık çalışmaları, hükmün amacı (ratio legis), yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçlar göz önünde tutulmalıdır. Bu çerçevede “*süresiz olarak*” ifadesinin yorumu yapılmalıdır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin ilk halinde yoksulluk nafakasına bir yıllık süre için hükmedilebilmektedir. Fakat daha sonra bu sınırlandırmanın yoksulluk nafakasının amacıyla bağdaşmadığı, mehaz kanunda bu sınırın bulunmadığı gibi eleştirilerle süre sınırının kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir. Eleştiriler sonucu hüküm değiştirilmiştir. Buna göre kanun koyucu süre sınırını kaldırmak ve “*süresiz olarak*” ifadesini hükme koymakla, artık süre sınırının kaldırıldığını ve yoksulluk nafakasının bir süre sınırı olmaksızın talep edilebileceğini ifade etmektedir. “*Süresiz olarak*” ifadesinin getirilmesinin amacını (ratio legisini) bu şekilde yorumlamak, kanun koyucunun emredici olarak yoksulluk nafakasını süresiz hale getirdiği şeklindeki yorumdan daha yerindedir. Kanaatimizce tarihsel ve amaçsal yorum metotları çerçevesinde, ifadenin amacı, yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçlar bağlamında kanun koyucunun amacının yoksulluk nafakasının yalnızca süresiz olarak talep edilebilmesine yönelik bir düzenleme yapmak istediğini çıkarılamamaktadır.

Sonuç olarak “*süresiz olarak*” ifadesinin yorumuyla birlikte, bunun anlamının nafakanın süresiz olması değil, taraflara süre sınırı olmaksızın talep edilebilme imkânı sağlanmasıdır. Bu bakımdan kanaatimizce HMK m. 26'nın işletilerek hâkimin, süresiz olarak talep edilmiş bir yoksulluk nafakası talebi karşısında süreli nafakaya, süreli olarak talep edilen yoksulluk nafakası talebi karşısında ise daha az süreyle nafakaya hükmetmesinin mümkün olduğunu söylemek mümkündür.

VI- YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİNE İLİŞKİN ÖNERİLER

Yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebilmesi uzun süredir gündemi meşgul eden bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Yoksulluk nafakasının süresizlik unsurunun kaldırılması ve daha makul bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı ifade edilebilir.

Öğretide yoksulluk nafakasının süresizlik unsurunun kaldırılmasına ilişkin çeşitli öneriler bulunmaktadır:

Demir'e göre “*Ortadaki sorunun çözümü, yoksulluk nafakasının belli bir süreye bağlanması ve hâkime sürenin miktarını belirleme açısından takdir yetkisi verilmesi ile ortadan kalkacaktır.*”⁵⁶

⁵⁶ Demir, Yoksulluk, s. 66.

Oktay Özdemir'e göre "Nafaka miktarının ve nafaka ödenme süresinin belirlenmesi ile ilgili olarak hakkaniyeti gerçekleştirecek birtakım kriterlere ihtiyaç olduğu ve bu kriterlerin kanunla getirilmesinin farklı yorumlar yapılarak uygulama farklılıklarının giderilmesine hizmet edeceği kanısındayım. Özellikle evliliğin süresi, evlilikteki görev dağılımı, yaş, sağlık durumu gibi nafaka alma hakkını objektif kriterler ile evlilikte gösterilen fedakârlıklara bağlanması adaletli bir dağılımdır."⁵⁷

Ruhi'ye göre "Boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre hâkimin takdirine bağlı olarak ve tarafların evli olarak kaldıkları süre dikkate alınarak bir yıldan üç yıla kadar bir süre ile sınırlandırılması uygun olacaktır."⁵⁸

Yağcı'ya göre "Şayet yapılacak kanun değişikliği ile ayrıca bir de üst süre getirilmek isteniyorsa; bu durumda, örneğin evlilik süresi, eşlerin yaşı, çocukların sayısı ve bakım yükümlülüğünün süresi vs. gibi birden fazla kriterin dikkate alınarak belirlendiği bir sistem ihdas edilmeli ve temel kriterleri dikkate alan birden fazla üst süre söz konusu olmalıdır. Mesela 5 yıldan kısa süren evliliklerde nafaka süresi üst sınırın evlilik süresi kadar olacağı; 5 yıldan uzun süren evliliklerde nafaka üst süresinin 12 yıl olacağı; 16 yaşından küçük müşterek çocuğun bulunması ve nafaka alacaklısı tarafından bakımının üstlenilmiş olması halinde her durumda nafaka üst süresinin 12 yıl olacağı şeklinde bir hüküm ihdas edilebilir."⁵⁹

Yıldırım'a göre "Kanaatimizce yoksulluk nafakasının, makul bir süre ile sınırlandırılması yerinde olur... Somut olayda nafaka süresinin ne kadar olacağını, kanun koyucunun belirleyeceği azami süreyi geçmemek üzer, hâkimin takdir etmesi gerekir."⁶⁰

Kanaatimizce yoksulluk nafakasına bir süre sınırı getirilmesi söz konusu olabilir. Fakat bu süre sınırı hükümde belirtilecek olan sabit bir sınır olmamalıdır. Aksi takdirde uzun süreli evlilikten sonra boşanan ve yoksulluğa düşen tarafın geçimini nasıl sağlayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle birkaç yıla sınırlandırılmış olan yoksulluk nafakasının her duruma uygun olmayacağı ve yoksulluk nafakasıyla alakalı tartışmaları sona erdirmeyeceğini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Yoksulluk nafakasının süresinin nisbî olarak sınırlandırılmalıdır. Bu sınırın bulunması için, bilimsel olarak belirlenecek bir oranın evlilik süresine uygulanması sonucu bulunması gerektiği ifade edilebilir. Söz konusu oranın evlilik süresine uygulanmasıyla bulunacak süre bir üst niteliğinde olmalıdır.

Belirlenecek üst sınırla birlikte hâkime takdir yetkisi de muhakkak tanınmalıdır. Tıpkı İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, hâkim yapacağı araştırma sonucu, çocuk olup olmamasına, kişilerin eğitim durumuna, meslek edinebilme ve çalışabilme potansiyellerine vb. tarafların ve somut olayın özelliklerine göre söz konusu üst sınırı aşmamak kaydıyla bir nafakaya hükmetmelidir. Bu halde hâkimin durumun gereğine göre talepten daha az bir nafakaya hükmetmesi söz konusu olabilecektir. Hâkimin bağlı

⁵⁷ Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", C. 35, S. 1, 2015, Public and Private International Law Bulletin, s. 43.

⁵⁸ Ruhi, s. 46.

⁵⁹ Yağcı, s. 348.

⁶⁰ Yıldırım, s. 83.

olduğu üst sınır evlilik süresi olarak da belirlenebilir. Fakat her nasılsa nafaka için bir üst sınır belirlenmesinin uygun olduğu düşünülmektedir.

Yoksulluk nafakasının süre sorunu çok karmaşık bir sorun olduğu ve sorunun temelinde çeşitli unsurlar bulunduğu için çözümü de oldukça zordur. Yalnızca süre ile ilgili yapılacak değişiklikler hiçbir zaman kamuoyunu tatmin etmeyecektir. Süre tekrar sınırlandırıldığı takdirde mağduriyetlerin doğması kaçınılmazdır. Örneğin 50 yaşında boşanan ev hanımı bir kadının bir yıllık nafaka ile hayat düzenini tekrar oluşturması için kadına bir destek sağlamış olmaz. Aksi bir örnekte de 50 yaşında boşanmış olan tarafların 90 yaşına kadar yaşadığı bir durumda erkeğin 40 yıl nafaka ödemesi düşünülemez. Dolayısıyla yoksulluk nafakasına ilişkin sorunların çözülmesi için bazı ekonomik sorunların çözülmesi, sosyal devlet ilkesinin ve denetim mekanizmalarının gelişmesi, istihdam gibi kısa vadede çözülmesi güç olan sorunların halledilmesi gerekir. Fakat çalışmanın konusunu aşacağından bu hususlar değerlendirilmemiştir.

SONUÇ

Çalışmada yoksulluk nafakasının süresine ilişkin olarak çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Kamuoyunu uzun bir süreden beri meşgul eden “*süresiz nafaka*” konusuna ilişkin problemler tespit edilmeye çalışılarak bu problemlerle ilgili değerlendirmeler ve çözüm önerileri ifade edilmiştir.

Boşanma sebebiyle taraflardan biri yoksulluğa düştüğü takdirde ona nafaka verilerek, onun geçimine yardım etmek amaçlanmaktadır. Yoksulluk nafakası, evlilik birliğinin taraflara yüklemiş olduğu dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünü, boşanmadan sonra da kısmen devam ettirilmesi gerektiğine ilişkin düşüncenin bir sonucudur. Halbuki yoksulluk nafakasının yoksulluğa düşen tarafı yoksulluktan kurtarmak, onun geçimini sağlamak gibi bir amacı olmamalıdır. Evlilik birliği içinde taraflara yüklenen dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğü, karı koca ilişkisi içinde olmanın doğal bir sonucudur. Bu ilişki sona ermesine rağmen, söz konusu yükümlülüklerin devam ettirilmesine ilişkin düşünce doğru değildir. Tarafların boşandıktan sonra birbirlerine yardım etmelerine ilişkin bir fikir kabul edilse bile bu yardım diğer tarafın yoksulluğunu ortadan kaldırmayı amaçlayacak bir nitelikte olmamalıdır.

Yoksulluk nafakasının “*süresiz*” olduğunun kabulü nafakanın süresi bakımından bir emrediciliğin kabul edilmesini de beraberinde getirmektedir. Aksi takdirde yoksulluk nafakası süresizdir, demenin pratik bir anlamı kalmamaktadır. Kanaatimizce TMK m. 175 “*süresiz olarak nafaka isteyebilir*” ifadesiyle süresiz nafakayı emredici bir şekilde düzenlememektedir. Bu düzenlemeyle taraflara nafakanın süresiz olarak talep edilebileceğine ilişkin bir imkân tanınmak istenmiştir. Yoksa bununla süresiz talep edilen nafaka karşısında hâkimin muhakkak süresiz nafakaya hükmetmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmak istenmiş değildir.

“*Süresiz olarak*” ifadesinin emredici olduğu kabul edilirse, nafakanın süreli olarak talep edilemeyeceğinin de kabul edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilebileceği gibi süreli olarak da talep edilebilir. Buna bağlı olarak süreli olarak talep edilen yoksulluk nafakasından daha az süreyle karar verilmesi de mümkün

olmalıdır. Aynı şekilde süresiz olarak talep edilen yoksulluk nafakasında da süreli olarak nafakaya hükmedilebilmelidir.

Çalışmada yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hakimin takdir yetkisinin olup olmadığı değerlendirilmiştir. TMK m. 175'in lafzına bakıldığında TMK m. 4'te ifade edilen, hâkime takdir yetkisi tanındığını doğrudan çıkarmak mümkün değildir. Zira hâkime açıkça takdir yetkisi tanındığına ilişkin bir düzenleme değildir. Takdir yetkisi kavramı olmamakla birlikte o anlama gelebilecek başka bir kavram da bulunmamaktadır. Düzenleniş biçiminden de takdir yetkisi verilmesi istendiği anlaşılmamaktadır.

"Süresiz olarak" ifadesinin tartışmalara bu kadar konu olması bu ifadenin tam olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Zira ifadenin emredici olup olmadığı, hakime takdir yetkisi tanınıp tanınmadığı doğrudan anlaşılabilir. Bu sebeple öncelikle ifadenin yorumu yapıp daha sonra değerlendirilmesi gerekmektedir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin ilk halinde yoksulluk nafakasına bir yıllık süre için hükmedilebilmekteydi. Fakat daha sonra bu sınırlandırmanın yoksulluk nafakasının amacıyla bağdaşmadığı, mehzaz kanunda bu sınırın bulunmadığı gibi eleştirilerle süre sınırının kaldırılması gerektiği ifade edilmekteydi. Bu eleştirileri göz önünde bulunduran kanun koyucu 1988 tarihinde hükmü değiştirmiştir. Buna göre kanun koyucu süre sınırını kaldırmak ve "*süresiz olarak*" ifadesini hükme koymakla, artık süre sınırının kaldırıldığını ve yoksulluk nafakasının bir süre sınırı olmaksızın talep edilebileceğini ifade etmektedir. Sonuç olarak "*süresiz olarak*" ifadesinin getirilme sebebi yoksulluk nafakasının emredici biçimde süresiz olmasını sağlamak değildir; nafakanın süreyle sınırlı olmaksızın talep edilebilmesine imkân tanımaktır. Bu bakımdan kanaatimizce yapılacak yorum sonrasında, hükmün emredici olmadığı, hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu, HMK m. 26'nın işletilerek hâkimin, süresiz olarak talep edilmiş bir yoksulluk nafakası talebi karşısında süreli nafakaya, süreli olarak talep edilen yoksulluk nafakası talebi karşısında ise daha az süreyle nafakaya hükmetmesinin mümkün olduğunu söylemek mümkündür.

Kanaatimizce öncelikle TMK m. 175'te açıkça hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Bununla beraber yoksulluk nafakasına bir süre sınırı getirilmelidir. Fakat süre sınırı sabit değil nisbi bir sınır olmalıdır. Süre sınırının getirilmesi bazı sakıncaları beraberinde getirebilir. Fakat kanunun bu haliyle yalnızca hakime takdir yetkisi getirmek Yargıtay uygulamasının ve hakimlerin meseleye bakış açısını ve alışkanlıklarını değiştirmesinin zor olabileceği gerekçesiyle bir sınırın getirilmesi yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut M B, “Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, 2021.
- Akıntürk T, Aile Hukuku, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Akıntürk T/ Ateş, D, Aile Hukuku, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Akipek J/ Akıntürk, T/ Ateş, D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Arbek Ö, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1, 2005, ss. 115-163.
- Arkan S A, “Yoksulluk Nafakası”, C. 65, S. 1, 2007, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 287-302.
- Arsebük E, Medeni Hukuk Cilt II, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara, 1940.
- Baran C E, “Boşanma Davasının Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2015.
- Bonin D, “Nachehelicher Unterhalt des Ehegatten und der Kinder Sicherung der Unterhaltsbeiträge”, <http://www.duribonin.ch/gewusst-wie/>, N. 15, s. 1-5.
- Bozdağ G G, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, 1. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Bozovalı H, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, 1. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990.
- Buchler A/ Clausen S, “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung”, S. 1, 2015, FamPra.ch, ss. 1-40.
- Bulut H, Yoksulluk Nafakasının Kusur, Süre ve Yoksulluk Kavramları Işığında Değerlendirilmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Çelikaş D, “Medeni Kanunda ve Medeni Kanun Öntasarısında Nafaka”, C. 15, Ocak 1989, Yargıtay Dergisi, ss. 650-703.
- Demir M, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2018, (Yoksulluk).
- Demir R, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 147, 2020, s. 221-249, (Süresizlik).
- Döndüren H, Aile İlmihali, Erkam Yayınları, İstanbul 2020.
- Dural M/ Öğüz T/ Gümüş M A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Dural M/ Sarı S, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Hamzaçebi M, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. (3-4), 2002, s. 23-48.

Hatemi H, Aile Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Gelmez E, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Gençcan Ö U, Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Kartal N, “Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Kocabaş G, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, C. 19, S. 1, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 357-392.

Kulaklı E, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”, C. 5, S. 2, 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 237-268.

Medar A A, “Yargı Kararları Işığında Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ağustos, 2018.

Odabaşı B, “Yoksulluk Nafkasında Süre Sorunu”, C. 94, S. 2, İstanbul Barosu Dergisi, ss. 44-82.

Okyar K D, “Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2016, ss. 421-434.

Oğuzman K/ Barlas N, Medeni Hukuk, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Oğuzman K/ Dural M, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

Oktay Ö S, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, C. 35, S. 1, 2015, Public and Private International Law Bulletin, ss. 29-46.

Öcal M, Yoksulluk Nafkasının Süresi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Özşenol Y D, “Yoksulluk Nafkasında Süre Sınırlaması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2021.

Öztan B, Aile Hukuku, 2. Baskı, Çağ Matbaası, Ankara, 1983.

Ruhi A C, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Schlüter W, BGB-Familienrecht, C.F. Müller, B. 14, Münster, 2012.

Schmidt R, Familienrecht, Verlag Rolf Schmidt, B. 1, Bremen, 2012.

Serin O E, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, 2008.

Stehlin P, Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954), Inauguraldissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Bern, 2018.

Şahin M, “Türk–İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175–ZGB m. 125)”, C. 21, S. 3, 2017, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 75-108.

Tekinay S S, Türk Aile Hukuku, 3. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

Tutumlu M A, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Uyumaz A, “Legal Alimony Liabilities Against Poverty, Implementation Problems and the Solution Proposals Under Turkish Law”, Topkapı Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 1, 2023, ss. 51-66.

Uzun M, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

Vanlıoğlu H/ Kalender F/ Hiçdönmez A/ Yüksel E A, Fıkhî Meseleler Cilt 1, Yasin Yayınevi, İstanbul 2015.

Yağcı K, “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu”, C. 76, S. 1, 2018, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 323-358.

Yıldırım A, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, C. 14, S. 157, 2016, Legal Hukuk Dergisi, ss. 59-89.

UNUTULMA HAKKI VE UNUTULMA HAKKININ MİRASÇILAR TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLÜP SÜRÜLEMEMEYECİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Right to be Forgotten and the Evaluation of Whether the Right to be Forgotten
Can be Asserted by the Heirs*

Rümeysa ALUÇ DEMİREL*

Öz: Kişisel veriler başta olmak üzere kişilik haklarına ilişkin en güncel ve yeni nesil haklardan biri unutulma hakkıdır. Bu hak kişilerin geçmiş ve gelecekteki bilgilerinin hatırlanmamasını talep etme hakkını kapsamaktadır. Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olması ve verilerin işlenmesinde güncel bir yararın bulunmaması gibi nedenler unutulma hakkının kullanılmasını gerektirebilir. Bununla birlikte unutulma hakkının kapsamı somut olayın niteliğine ve şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bu hak Anayasada korunan haklarla birlikte değerlendirilerek bir denge içerisinde ele alınmalıdır. Hakların çatışması halinde birey ve toplumun lehine olacak hukuki korumanın öncelikle ele alınması gerekmektedir. Gelişen teknolojiyle kişisel verilerin akıbeti daha da önemli hale gelmiştir. Kişi sadece hayattayken unutulma hakkından yararlanıyor olması ölü kişinin ve yakınlarının menfaatlerini zedeleyebilecektir. Ayrıca çocuğun üstün yararı, doğal afet gibi ölümlü sonuçlanan ciddi kriz durumları gibi meselelerde bireylere ilişkin verilerin, görüntülerin ve seslerin arşivlenmesi, yayınlanması ve bunların arama motorlarında ulaşılabilir olması ölü kişinin ve yakınlarının geleceğe yönelik menfaatlerine aykırılık oluşturabilecek durumlardır. Bu açıdan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilse de unutulma hakkının belli durumlarda mirasçılar tarafından da ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Çalışmada unutulma hakkının kapsamı, alanı, özellikle ölümden sonra hakkın mirasçılar tarafından kullanılıp kullanılmayacağı hususları doktrin ve yargı kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Unutulma Hakkı, Kişisel Veri, Mirasçı

Abstract: One of the most current and new generation rights regarding personal rights, especially personal data, is the right to be forgotten. This right includes the right to request that past and future information of individuals not be remembered. Reasons such as the unlawfulness of the processing of personal data and the lack of a current benefit in the processing of data may require the exercise of the right to be forgotten. However, the scope of the right to be forgotten should be evaluated according to the nature and circumstances of the concrete case. This right should be considered in balance with the rights protected in the Constitution. In case of conflict of rights, the legal protection that will be in favour of the individual and society should be considered first. The fate of personal data has become more important with the developing technology. The fact that the person benefits from the right to be forgotten only while he/she is alive may damage the interests of the dead person and his/her relatives. In addition, in matters such as the best interests of the child, serious crisis situations resulting in death such as natural disasters, the archiving and publication of data, images and sounds related to individuals and their accessibility in search engines are situations that may be contrary to the future interests of the deceased person and his/her relatives. In this respect, although it is accepted that the right to be forgotten is a right strictly attached to the person, it should be accepted that the right to be forgotten can also be asserted by the heirs in certain cases. In this study, the scope of the right to be forgotten, its area, especially after the death of the heirs of the right

Keywords: Right to Be Forgotten, Personal Data, Heir

* Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Üst Kurul Uzmanı,
rumeysaalucdemirel@gmail.com, ORCID: 0000-0001- 7948- 1588.
Makale Geliş Tarihi: 04.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2024
DOI : 10.57083/adaletdergisi.1484085

GİRİŞ

Günümüzde bireylerin kişisel verileri çeşitli nedenlerle işlenmektedir. Tek bir örnek üzerinden kişisel verilerin tanımını yapmak mümkün değildir. Diğer bir anlatımla sağlıktan cezaya, hukuktan toplumsal meselelere kadar bireyin içerisinde bulunduğu her konumda kişisel bir verinin paylaşılması, kişisel verilerin işlenmesi dolayısıyla bir kişisel verinin ortaya çıkması muhtemeldir. Unutulma hakkının kapsamı da bu yüzden oldukça geniştir. Bahsi geçen kişisel veriler kimi zaman rızaya uygun işlenirken kimi zaman bireylerin rızası alınmadan da arşivlenebilmektedir. Bireylerin kişisel verileri üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkını da kapsayan unutulma hakkı önemine binaen ulusal ve uluslararası metinler tarafından desteklenerek düzenleme altına alınmaktadır. Ayrıca bu konudaki yasal çalışmaların gelişen teknoloji çerçevesinde her daim güncel kalması gerektiği düşünülmektedir.

Unutulma hakkının kapsamını ve sınırlarını belirlemek her somut olay için farklılık göstermektedir. Bu durum teknolojinin ve medya araçlarının gelişmesiyle daha da ciddi bir boyuta ulaşmıştır. Her geçen saniye kişiler hakkında bir veri dijital dünyaya işlenmektedir. Bu açıdan unutulma hakkının konusunu oluşturan kişisel verilerin sosyal medya platformlarında, alışveriş sitelerinde, banka uygulamalarında hatta kariyer kapısı olarak kullanılan iş ilanlarında dahi bulunması mümkündür. Söz konusu verilerin işlenmesi veya arşivlenmesi bireye, bireyin yakın çevresine veya üçüncü kişilere avantajlar doğurduğu kadar dezavantajlar da doğurabilmektedir.

Kişisel verilerin kişinin rızasıyla veya rızasına aykırı olarak işlenmesi özel hayatın gizliliği veya kişilik haklarının ihlali gibi konularda somut uyuşmazlıklara yol açabilecektir. Bu durum unutulma hakkının yasal zeminde tartışılmasının önemini artırmaktadır. Kişi yaşarken kendi menfaatleri doğrultusunda unutulma hakkından yararlanabileceği kadar ölümünden sonra da çeşitli sebeplerle unutulma hakkı gündeme gelmelidir.

Kişisel verilerin işlenmesinde veya verilerin yayınlanmasına ilişkin hukuka aykırı somut bir uyuşmazlık unutulma hakkının konusunu oluşturacaktır. Bunun yanında birey hakkında artık güncelliğini yitirmiş, üçüncü kişilerin menfaatlerine aykırılık doğuran verilerin de yine unutulma hakkı çerçevesinde silinmesi, değiştirilmesi, güncellenmesi, bu çerçevede veriye erişimin engellenmesi talep edebilmelidir. Türk hukukunda kişiliğin ölümle sona erdiğinin yasal metinlerce kabul edilmesi kişisel veri veya kişilik hakkı çerçevesinde ele alınan unutulma hakkının ölümünden sonra ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda tartışmaları ele almayı gerektirmektedir. Özel hayatın gizliliği, kişinin onuru, saygınlığı, şerefi, kişisel bilgilerin rızasız biçimde arşivlenmesi gibi meseleler hayattayken bireyi doğrudan ilgilendirmektedir. Kişi hayattayken unutulma hakkının hangi konularda korunacağı, korunması için nerelere başvurulacağı gibi hususlar gerek yasal metinlerde gerek uygulamada karşımıza çıkmaktadır.

Veri sahibi olan ilgili kişinin ölümünden sonra unutulma hakkının ne derece gündeme geleceği, bu hususta mirasçılara tanınan hakların olup olmadığı hususu yasal metinlerde açıklanmamıştır. Bu durum da doktrinde tartışılmakta, mirasçılardan ölüme bireyin kişilik haklarına ilişkin ne gibi işlemler tesis edebileceği üzerinde durulmaktadır. Kişinin ölümünden sonra

yakınlarının vefat eden hakkındaki bir verinin, bilginin, görselin veya sesin unutulma hakkı kullanılarak ortadan kaldırılması gerekebilir. Zira böylece unutulma hakkını kullanmak vefat edenin menfaatini koruduğu gibi kişinin ardında bıraktığı yakınlarının menfaatini koruyabilecektir. Bu durum özellikle dijitalleşen dünyada oldukça elzem bir hal almıştır. Dolayısıyla güncel gelişmeler takip edilmeli, ölümle birlikte kişilik sona erse de unutulma hakkının tamamen ortadan kalkacağı şeklindeki kesin bir kaniya varmamak gerekmektedir. Diğer bir anlatımla unutulma hakkının mirasçılar tarafından kullanılabilmesi hususu da somut olayın gereklerine göre ele alınmalıdır. Ölmeden önce birey hakkında bir verinin işlenmesi, bir görüntünün yayınlanmasındaki amaç, kamu yararı, güncellik, bilgi verme ve alma hürriyeti gibi konular çerçevesinde somut uyuşmazlığın üçüncü kişilere ve ölünün hatırasına ne derece zarar verdiği göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Sonuç olarak mirasçıların bu hakkı kullanma kapsamı, nedeni ve sınırları teknolojik gelişmelere ve somut uyuşmazlığa göre şekillenmelidir.

Çalışmada unutulma hakkının tanımından, gelişiminden, gerekçesinden bahsedilerek söz konusu hakkın kapsamı kitle iletişim araçları, dijital medya ve görsel-işitsel medya çerçevesinde ele alınacaktır. Unutulma hakkının kullanılması ifade hürriyeti, basın hürriyeti ve kitle iletişim özgürlüğü gibi anayasal haklarla çatışabileceğinden çalışmada bu haklar arasındaki dengenin kurulması da değerlendirilmeye alınacaktır. Akabinde mirasçıların ölen kişinin kişisel verileri ve kişilik hakkını korumak üzere unutulma hakkını ileri sürebilmeleri, bu hakkın menfaatler dengesini hangi durumlarda etkilediği üzerinde durulacaktır. Söz konusu açıklamalar gerek yargı kararları gerek doktrin görüşleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Mirasçıların unutulma hakkını ileri sürüp süremeyeceği hususu açıklandıktan sonraysa bu durumun özel görünüş nedenleri olarak; çocuğun üstün yararı, doğal afet ve kriz dönemleri, devlet akli olarak istihbari nedenlerle edinilen kişisel veriler üzerinde mirasçıların unutulma hakkını kullanıp kullanamayacakları değerlendirilerek çalışma sonuçlandırılacaktır.

I. UNUTULMA HAKKI

Unutulma hakkı kişisel veri kavramıyla bağlantılıdır. Kişisel veri, bireyin şahsi, ailevi, mesleki bilgileri veya kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü verisidir.¹ Bununla birlikte sosyal medya kullanıcı isimleri, haberleşme grup isimleri, anonim hesap nicknameleri de kişisel veri kapsamına girmektedir.² Yaşam boyunca bireylerin geçmişte meydana gelmiş ancak bugününü ve yarınını etkileyebilecek verileri belli sebeplerle depolanmakta,

¹ Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, C. 2, S. 1, 2020, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, s. 21.; Aydın Akgül, “AİHM Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı”, C. 9, S. 92, 2014, *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 73.

² Turan Atlı, “Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi”, C. 2, S. 1, 2019, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 6.

kaydedilmekte, arşiv haline getirilmektedir.³ Bu veriler kişilerin rızalarıyla verilmiş, hukuka uygun şekilde işlenmiş de olabilir. Söz konusu verilerin işlenmesi kişileri olumlu yönde etkileyebileceği gibi olumsuz da etkileyebilmektedir. Unutulma hakkı kavramı burada ortaya çıkmaktadır. Kişiler daha öncesinde kendilerini ilgilendiren bilgilerin işlenmesini rızalarıyla gerçekleştirmişlerse de zaman geçtikçe üçüncü kişilerin ilgili verilere ulaşmalarını istemeyecek ve kendileri hakkındaki bilgilerin özellikle dijital ortamda görünür olmasını engellemeyi talep edebileceklerdir.⁴

Unutulma hakkı, bireylerin dijital izlerinin, sosyal medya başta olmak üzere internet üzerindeki geçmişlerinin kendi istekleriyle kaldırılmasını ve silinmesini talep etmeleri üzerine yoğunlaşan çağımızın yeni nesil hak grubudur.⁵ Aslında bu hak kısaca bireylere kişisel verilerini silme hakkı vermektedir.⁶ Zira kendisine ait kişisel verinin nerede, nasıl ve ne zamana kadar kullanılabileceğine, nerelerde ne kadar bulunabileceğine dair kontrol hakkı yine veri sahibine aittir.⁷

A. UNUTULMA HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞININ GEREKÇELERİ VE YASAL ÇALIŞMALAR

Yirminci yüzyıla kadar bireyler hakkında bilgilerin hatırlanması esas unutulması ise istisnayı oluşturmaktaydı. Fakat teknolojik faaliyetler bu

³ Kavramların geneli “verilerin işlenmesi” kavramı altında toplanabilir. Ayrıca veri işleme bir tür “veri madenciliği”ni de ortaya çıkarmıştır. Genellikle devletin vatandaşlarının bilgilerinin işlenmesi veya devlet güvenliği için terör faaliyetlerinin önüne geçmek adına arşivlenen bilgiler sonucu oluşan bir veri madenciliği bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: Atlı, s. 9.

⁴ Mehmet Bedii Kaya, “Unutulma Hakkı: AİHM’in Unutulma Hakkına Yaklaşımı”, 2020, MBKAYA, (<https://Mbkaya.Com/Unutulma-Hakki-İnsan-Haklari-Aihm/>, s.e.t, 22.02.2023)

⁵ Sevil Şilan Kum, “Unutulma Hakkının İstihbari Kaynaklı İdari İşlemler Açısından Değerlendirilmesi”, C. 11, S. 1, 2021, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 130; Can Yavuz, “İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 58.; Unutulma hakkını yeni bir insan hakkı olarak değerlendiren görüşler bu hakkı kişisel verilerin korunması ve özel hayatın korunması haklarından ayırmaktadır. Unutulma hakkı mahremiyet ve kişisel verilerin korunması amaçlarıyla örtüşse de bu hakları birbirinden ayıran özelliklerin olduğu da belirtilmektedir. Detaylı Bilgi İçin: Yavuz, s. 59.; Yeşim Çelik, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansımaları Olarak Kişisel Verilerin Korunması Ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, C. 32, 2017, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 400; Serdar Gülener, “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak “Unutulma Hakkı”, C. 25, S. 102, 2012, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 221; Sinan Sami Akkurt, “17.06.2015 TARİH, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde “Unutulma Hakkı”, C. 65, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2608.

⁶ GDPR. EU, “Complete Guide To GDPR Compliance, ‘Everyting You Need To Know About The ‘Right To Be Forgotten’”, (<https://gdpr.eu/right-to-be-forgotten/>, s.e.t: 10 Haziran 2023)

⁷ Kum, s. 131.

kabulü tersine çevirmiştir.⁸ Bu tarihten sonra teknolojik gelişmeler artmış, geleneksel nokta itibarıyla bireylerin kişisel verilerinin daha kapsamlı biçimde korunması ihtiyacı meydana gelmiştir.⁹ Bu ihtiyaç unutulma hakkının da ulusal ve uluslararası arenada yoğun biçimde gündeme getirilmesine neden olmuştur.¹⁰

Teknoloji çağında bilgi paylaşımının ve bilgiye erişimin geldiği son nokta bireylerin kendilerine ait verilerin silinmesini, bilgilerin sınırsızca kayıt altında tutulmasını engelleme isteklerini artırmıştır. Bu durum aslında unutulma hakkının gerekçesini oluşturmaktadır.¹¹ Teknolojik gelişmeler kişisel bilgi hafızasını daha da geliştirmektedir. Söz konusu gelişmeler sadece kişisel veri sahibini değil kişiyle ilişkisi bulunan üçüncü kişileri de etkilemektedir.¹²

Unutulma hakkı özellikle kişisel verilerin korunmasıyla ilişkili bir haktır.¹³ Kişisel veriler ölçülü, güncelliğe uygun, mümkün olduğunca kısa süreli arşivlenmeli veya kaydedilmelidir.¹⁴ Örneğin, kamu yararı sebebiyle işlenen bir kişisel verinin kamu yararı ortadan kalktıktan sonra hala arşivde tutulmaya devam edilmesi, uzun süreli arşivlenmesi veya kolay bir arama sonucu bu verilere herkes tarafından ulaşılabilir olması kişilik haklarını ihlali anlamına gelebileceğinden unutulma hakkı gündeme gelecektir.¹⁵ Zira bireyin kişiliğini herhangi bir etkiye maruz kalmadan oluşturabilmesi, kendi şahsi verileri üzerinde tasarrufta bulunma hakkının kendisinde bulunması bireye sıkı sıkıya bağlıdır.¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de veri sahibinin kendi verileri üzerinde denetim hakkının bulunduğunu kabul etmektedir.¹⁷ Bununla birlikte ayrıca bireyler sadece başkaları tarafından işlenen veya arşivlenen bilgiler için değil kendileri tarafından yayınlanmış

⁸ Çelik, s. 400; Aydın Akgül, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ Ve AB Adalet Divanının ‘Google Kararı’”, S. 116, 2016, TBBD, s. 15.

⁹ Murat Volkan Dülger, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, C. 5, S. 1, 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 78.

¹⁰ Kübra Kaya, “Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Ortaya Çıkan Bir Hak Olarak Unutulma Hakkının Değerlendirilmesi”, C. 5, S. 8, 2020, Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, s. 180, 185; Federico Fabbrini And Edoardo Celeste, “The Right To Be Forgotten In The Digital Age: The Challenges Of Data Protection Beyond Borders”, S. 21, 2020, German Law Journal, s. 57.

¹¹ Çelik, s. 400.

¹² Nalbantoğlu, s. 589.

¹³ Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitabı Serisi-8, 2019, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, s. 89, (https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf., s.e.t: 23.08.2023)

¹⁴ Akkurt, s. 2617.

¹⁵ Akkurt, s. 2617.

¹⁶ Çelik, s. 400.

¹⁷ Akgül, s. 75.

veya hazırlanmış içerikler için de unutulma hakkından yararlanmayı talep edebileceklerdir.¹⁸

Unutulma hakkı ve arama motorlarına yönelik 2009 yılında Avustralya mahkemeleri tarafından verilen karardan bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Arama motorlarına yönelik unutulma hakkı hususunda açılan ve bu konudaki ilk davalardan biri olan Milorad (Michael) Trkulja Google v. Yahoo davası bulunmaktadır. Söz konusu dava kişilik haklarının ihlalinin de incelendiği, bir uyuşturucu kartelinin isminin arama motorlarında aranması sonucu kendi isminin de bu aramalarda çıktığını gören Milorad Trkulja tarafından açılmıştır. Avustralya mahkemeleri Google'ı arama motorlarındaki içeriklerden sorumlu tutmamış fakat arama içeriklerinde Trkulja'nın isminin çıkmaması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁹ Unutulma hakkı kavramı için en büyük adım ise 2014 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nda görülen Google v. İspanya davasından sonra gerçekleşmiştir.²⁰ Söz konusu dava sonucu unutulma hakkı hususunda bir içtihat gelişmiş ve ilgili karar Avrupa'da norm düzeyinde etki göstermiştir.²¹ Kişisel veriler üzerindeki en önemli yasal adımın ise 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi'nin güncellenmesi gerektiği yönünde atılması gereken adımlardan sonra olduğu ifade edilmektedir.²² Yürürlük tarihi 13 Aralık 1995 olan Direktif, teknolojik gelişmeler sebebiyle bireylerin mahremiyetlerinin daha fazla öncelenmesi gerektiğine, bu konuda ayrıntılı yasal metinlerin oluşturulmasına odaklanmıştır.²³ Fakat gelişen teknolojik gelişmelerle Direktifin güncel sorunlara cevap veremediği gözlenmiştir. Böylece somut sorunlara çözüm üretmeyi hedefleyen ve 2016 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından kişisel verilerin korunması meselesini hukuk zemininde ele alan "AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)" kabul edilmiştir.²⁴

Uluslararası gelişmeler, uygulamadaki güncel somut uyumsuzluklar unutulma hakkı kavramının Türkiye'de de tartışılmasını gerekli kılmıştır. Türkiye'de unutulma hakkının ele alındığı ilk yargı kararı Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir. 2016 yılında verilen kararda devletin

¹⁸ Bülent Kent/ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "The Right to be Forgotten for Protection of Personal Data and Privacy on the Internet", Trending Topics on Social Media Researches, Ed: Ufuk Bingol, 2021, Peter Lang, s. 195; Çelik, 396.

¹⁹ Tamer Sosysal, "Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi", C. 5, S. 13, 2019, s. 382.

²⁰ Fabbrini/ Celeste, s. 59.

²¹ M. Bedii Kaya, 2020.

²² Murat Volkan Dülger, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", C. 1, S. 2, 2019, Yaşar Hukuk Dergisi, s. 82.

²³ Hasan Elmalıca, "Bilişim çağının ortaya çıkardığı temel bir insan hakkı olarak unutulma hakkı", C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1612; Halise Şerefoğlu Henkoğlu, "Unutulma Hakkı: Dijitalleşme Sürecinde Bilgiye Erişim Özgürlüğünü Tehdit Eder mi?", Bilgi Sistemleri ve Bilişim Yöntemleri Beklentiler ve Yeni Yaklaşımlar, ResearchGate, s. 195, (https://www.researchgate.net/publication/323558045_Unutulma_Hakki_Dijitallesme_Surecinde_Bilgiye_Erisim_Ozgurlugunu_Tehdit_Eder_mi s.e.t: 23.08.2023)

²⁴ Fabbrini/Celeste, s. 58.; Şerefoğlu Henkoğlu, s. 195.

bireylerin manevi varlık, şeref ve itibarını koruması gerektiğinden bahisle bir kişinin şeref ve itibarına yönelik ihlal oluşturan internet haberine erişim engelleme kararı verilmiştir. Söz konusu karar unutulma hakkı zemininde ele alınması açısından önemlidir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar Türkiye’de unutulma hakkı hususundaki somut uyuşmazlıklara emsal teşkil etmektedir.²⁵ Bununla birlikte Türkiye’de unutulma hakkına ilişkin yasal düzenlemeler üzerinde çalışmaların yapıldığı fakat halihazırda unutulma hakkına ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilmelidir.²⁶

Kişisel verilerin yasal zeminde korunması bakımından 2016 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bireylere haklar tanımaktadır. Fakat yasal düzenlemede unutulma hakkı kavramına yönelik özel bir madde hükmü bulunmamaktadır. Kavram daha çok uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Bu yönde ilk defa 2020 yılında Kişisel Verileri Koruma Kurumu (“KVKK”) tarafından verilen karar metninde unutulma hakkı kavramına rastlanmaktadır. Kararda Kuruma yapılan başvurunun unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Hakkın tanımına da yer verilen Kararda, yargı kararları ve uluslararası kurumların görüşleri doğrultusunda unutulma hakkının literatür tanımına yer verilirken, hukuka uygun olarak yayılmış doğru bilginin dahi zaman geçtikçe erişimden kaldırılmasının talep edilmesinin unutulma hakkının konusu ve gerekçesi olduğu açıklanmıştır.²⁷

Unutulma hakkı kişilik haklarının korunması bakımından da önemlidir. Zira kişisel verilerin korunması, kişilik haklarının özel bir

²⁵ Anayasa Mahkemesi T: 03.03.2016, B:2013/5653; Ayşe Nur Akıncı, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Çalışma Raporu 6, 2017, s. 35, (http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf, s.e.t: 23.08.2023)

²⁶ Aysenur Ocak, “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, C. 9, S. 33, 2018, TAAD, s. 513; Gaye Tuğ Levent, “Sosyal Medyada Çocuğun Kişilik Hakkı İhlaline Karşı Çocuğun Unutulma Hakkı”, Van YYÜ 40. Yıl Özel Sayısı, 2022, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 23; Elif Korap Özel/ Şadiye Deniz /Şükran Pakkan, “Çocuğu ‘Haber’den Silmek: Çocuk Haberlerinde Gazetecilik Etiği İçin Yeni Bir Fırsat Olarak Unutulma Hakkı”, S. 61, 2021, Connecticut: Istanbul University Journal of Communication Sciences, s. 6; Unutulma hakkı, yargı erkinin konuyu kavramsal çerçevede ele almasıyla birlikte görünürlüğünü artırmıştır. Halihazırda kişisel verilerin korunması noktasında unutulma hakkı yasal bir çerçevede ele alınmamış olsa da Anayasa’nın 20’nci, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 4’üncü, 7’nci ve 11’inci, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik’in 8’inci maddelerinde unutulma hakkının yasal düzlemde kabulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Kaya, s. 189.; Ashıhan Bozkurt, Sanal Ortamda Unutulmak Bir Hak Mı? [Röportaj] Türkiye Bilişim Derneği, Bilişim Dergisi, 22 Ağustos 2023, <https://www.bilisimdergisi.org.tr/s161/pdf/94-97.pdf>, s. 96.

²⁷ Özel, s. 6; Unutulma hakkı kavramının geçtiği bir KVKK kararına örnek olarak bkz: T:23.06.2020, K: 2020/481 S.

görünümünü oluşturmaktadır.²⁸ 7253 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile güncellenen ve internet hukuku anlamında temel kanunu oluşturan 5651 sayılı İnternet Ortamından Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9’uncu maddesi kişilik hakları hususunda önemli hukuki düzenlemeyi ihtiva etmektedir.²⁹ Madde gerçek veya tüzel kişilerin uyarı yöntemiyle içerik sağlayıcısına, ulaşamaması halindeyse yer sağlayıcısına başvurarak ihlal niteliği oluşturan içeriklerin çıkarılmasını isteyebileceğini düzenlemektedir. Düzenlemeye göre arama motorlarına, günlük erişimi 1 milyon kullanıcıya ulaşan sosyal ağ sağlayıcılarına yükümlülükler getirilmektedir. Üçüncü kişiler tarafından bireyin istemediği, şeref ve haysiyetlerine zarar veren görsellere, videolara, seslere, bilgilere veya belgelere ulaşılabilir olması kişilik haklarını ihlal edeceğinden Kanun’un 9’uncu maddesi uyarı yöntemi ile bireylerin unutulma hakkından faydalanabileceğine hükmetmektedir.³⁰ Dolayısıyla içeriğin gerek arama motorlarından “kısmen kaldırılması” gerekse ilgili içeriğe erişimin engellenmesi amaçlanmaktadır.³¹

II. UNUTULMA HAKKININ KAPSAMI VE ÇATIŞAN HAKLARIN DENGELENMESİ

A. KAPSAM

Unutulma hakkı, kişisel veri üzerinde düzeltme, kaldırma, verinin erişime engellenmesi, silme gibi talep yetkilerini içeren bir haktır.³² Kişisel veri, gerçek kişiye ait ses, görüntü, özgeçmiş, kimlik numarası, fotoğraf, tıbbi veri, ses, video gibi çok geniş bir alanı içine alan verilerdir.³³ Bununla birlikte doğumla birlikte kazanılan beden ruh, hayat tamlığı, çalışma özgürlüğü, aile bütünlüğü veya kültürel değerlerle şekillenen kişilik hakları da unutulma hakkının kapsamındadır.³⁴ Adalet Divanı, unutulma hakkının teknik olarak kapsamını kişisel verilerin silinmesi, erişime engellenmesi veya

²⁸ Mehmet Oğuz Vuraloğlu, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlalinde Kazancın Devri Talebi”, C. 15, S. 1, 2018, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 184.

²⁹ Özel, s. 7.

³⁰ Anayasa Mahkemesinin 11/10/2023 tarihli ve E. 2020/76; K. 2023/172 sayılı kararı ile 5651 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi iptal edilmiştir. Kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra (10/10/2024) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

³¹ Ezgi Çırak, “Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlanmaya Karşı, Unutulma Hakkı”, S. 36, 2018, Ceza Hukuku Dergisi, s. 167.

³² Akkurt, s. 2623.

³³ Bu veriler kişilik hakları kapsamında korunması gereken kişilik değerleri arasında bulunmaktadır.; Detaylı bilgi için bkz: Gökhan Antalya/Murat Topuz, Medeni Hukuk, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 164.

³⁴ Akkurt, s. 2612.

güncellenmesi olarak ele almaktadır. Ayrıca Divan, kişisel verilerin amacı aşmayacak nitelikte hukuka uygun şekilde işlenmesi, amaçla araç arasında bağlantı olması gerektiğini kabul etmektedir. Söz konusu gerekliliklerin sağlanmaması halinde ise verilerin engellenmesinde, silinmesinde veya güncellenmesinde hukuka aykırı bir durumun olmadığı belirtilmektedir.³⁵

Teknolojinin gelişmesi her geçen gün yeni bir verinin ortaya çıkmasını ve bu verilerin kişiselleşmesiyle kişisel veri kavramının her an güncel kalma zorunluluğunu doğurmaktadır. Zira unutulma hakkı kapsamına giren bilgiler, veriler sürekli taze kalmakta, kapsam günden güne genişletilmektedir. Diğer bir anlatımla bu hak evrensel bir hak olarak kabul edilmekte ve bu yüzden kişisel verilerin neler olduğuna dair net bir örneklemin ortaya koyulması mümkün görünmemektedir.³⁶ Buna rağmen unutulma hakkının önemi dikkate alınarak KVKK'nın çeşitli maddelerinde unutulma hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle Kanun'un 7'nci maddesinde kişisel verilerin "silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi" hükmüyle veri sorumlusuna başvuru yapılabileceği kabul edilmektedir. Buna göre kişisel verilerin işleme sebepleri ortadan kalktığında resen veya talep üzerine verilerin madde hükmünde yazılan şekilde veri sorumlusu tarafından yeniden ele alınması gerekmektedir. Bu durum aynı zamanda Kanun'un kişisel veri sahibinin haklarının düzenlendiği 11'inci maddesinin 7'nci fıkrasıyla veri sorumlusunun bir yükümlülüğüdür. KVKK unutulma hakkının kullanılması üzerine yapılacak başvurularda kullanılmak üzere bazı kategoriler belirlemiştir. Buna göre bir arama sonucunda ulaşılan bilgilerin niteliğine göre; bireyin çocuk olması, bireyin doğru olması, çalışma hayatına yönelik bir bilginin bulunması, bireyin kendisinin bilgiyi oluşturması, basın ve yayın faaliyeti olup olmaması, yayınlanmasında yasal bir zorunluluğun olması gibi değerlendirme kriterleri bulunmaktadır. Söz konusu kriterler de unutulma hakkının niteliğine uygun olacak şekilde sınırlı sayma ilkesine göre değildir. Aksine söz konusu kriterler durum ve şartlara göre yenilenebilmekte, düzeltilenebilmekte veya güncellenebilmektedir.³⁷ Ayrıca unutulma hakkının kapsamında sadece kişinin yaşamak üzere olduğu zaman dilimi girmemektedir. Diğer bir anlatımla bireyin uzun süre önce sahip olduğu verileri de unutulma hakkı kapsamında gündeme gelebilecektir.³⁸ Bununla birlikte kamu yararı, genel sağlık, ifade özgürlüğü, bilimsel çalışmalar gibi nedenler unutulma hakkının kullanılmasının istisnalarını doğurarak hakkın kullanımını kapsam dışında bırakabilecektir.³⁹

Unutulma hakkının kapsamı kişi ve rıza yönünden de değerlendirilebilir. Kişi bakımından örneğin bir kişisel verinin resmi bir makam tarafından verilmesi veya içeriğin bir gazete haberi gibi kitle iletişim

³⁵ Elmacı, s. 1618-1619.

³⁶ Kaya, s. 187; Abdurrahim Çınar, "Unutulma Hakkının Ortaya Çıkış Serüveni ve Kapsamının Değerlendirilmesi", C. 13, S. 49, 2022, TAAD, s. 554.

³⁷ Kaya, s. 189.

³⁸ Akkurt, s. 2623.

³⁹ Tuba Yıldız, "Unutulma Hakkının Uygulanışı Açısından Arama Motorlarının Rolü", C. 4, S. 2, 2019, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 400-401.

araçlarında dolaşımında olması somut bir uyuşmazlıkta unutulma hakkı hususundaki başvurunun akıbetini etkileyebilecektir.⁴⁰ Başka bir anlatımla kişi internette bulunan bir veriyi kendi rızasıyla verdiğinde dahi unutulma hakkından faydalanabilecektir. Diğer taraftan bir kimsenin rızası olmadan fotoğrafının çekilmesi, yayınlanması, resmedilmesi kişilik hakkının ihlali olarak kabul edilmekte, bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı aranmaktadır.⁴¹ Mağdurun rızası, kanundan alınan yetki, üstün özel yarar ve kamu yararı bu hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılabilmektedir.⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun da çeşitli kararlarında sayılan hukuka uygunluk sebepleriyle unutulma hakkını ele aldığı görülmektedir. Örneğin Kurulun unutulma hakkı ve kamu yararını ele aldığı E. 2014/4-56, K. 2015/1679 sayılı kararında dijital hafızadaki olumsuz hususların bir süre sonra unutulması gerektiğine ve bu sebeple kişilerin somut uyuşmazlıklarda kişilik haklarını ihlal eden hususların yayılmasını engellenmesini isteme hakkı bulunduğu değerlendirilmiştir. Bu karar Mahkemenin unutulma hakkını kamu yararı kapsamında ele aldığını göstermesi açısından önemlidir.⁴³

B. UNUTULMA HAKKIYLA İLİŞKİLİ HAKLAR VE HAKLARIN ÇATIŞMASI MESELESİ

Unutulma hakkıyla diğer bazı temel haklar arasında ilişkiler bulunmaktadır. Bu haklardan ilki kişilik haklarıdır. Doğumla birlikte kazanılan beden ruh, hayat tamlığı, çalışma özgürlüğü, aile bütünlüğü veya kültürel değerler kişilik haklarının temel unsurlarını oluşturmaktadır.⁴⁴ Kişilik hakkına dahil olan değerlerin neler olduğu kanun koyucu tarafından açık bırakılmıştır. Fakat kişilik hakkı doktrininde fiziki, sosyal, duygusal, ekonomik değerler kişilik hakkının alt başlıkları olarak ifade edilmektedir.⁴⁵ Ayrıca yaşam hakkı, beden bütünlüğü, isim, şeref haysiyet, görüntü, ses ve özel hayatın korunması kişilik hakları arasında sayılmaktadır. Kişinin doğrudan ismi, görüntüsü, belli bir kişinin hedef gösterildiği bir ifadede kişilik hakları üçüncü kişiler tarafından ihlal edilebilmektedir.⁴⁶ Bu durum da bireylerin kişilik haklarının unutulma hakkı kapsamında korunmasını gerekli kılacaktır. Bununla birlikte kişilik haklarının kapsamına giren değerler, bilgiler veya veriler aynı zamanda kişisel verileri oluşturmaktadır.

⁴⁰ Çırak, s. 175.

⁴¹ Ferhat Canbolat/ Günhan Gönül Koşar, “Basın Yoluyla Kişilik Haklarının Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, S. 151, 2020, TBBD, s. 272.

⁴² Canbolat/ Koşar, s. 273.

⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2014/-56, K:2015/1679, T:17.06.2015.

⁴⁴ Akkurt, s. 2612.

⁴⁵ Mine Yılmaz, “Mephisto” Kararı Çerçevesinde Postmortal Dönemde Kişilik Hakkının Korunmasının Değerlendirilmesi”, C. 20, S. 41, 2021, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 881.

⁴⁶ Yılmaz, s. 884.

Kişisel verilerin korunması hukuk zemininde korunduğunda dolayısıyla kişilik haklarının korunması amacı da gerçekleşecektir.

Unutulma hakkıyla ilişkili olduğu değerlendirilebilecek haklardan diğeri ise basın ve yayın hakkıdır. Basın faaliyeti Anayasa'nın 26'ncı maddesiyle de koruma altındadır. Bu hakka yönelik yapılacak bir müdahalenin sınırları yine Anayasa tarafından tespit edilmektedir. Basın faaliyeti icra edenler bireylerin haklarını da gözetmek durumundadır. Basın faaliyetiyle kişilerin şeref ve itibarları, kimlik bilgileri, maddi ve manevi bütünlüklerinin zarara uğratılmaması gerekmektedir. Unutulma hakkı bireylerin maddi ve manevi bütünlüklerine aykırı hareket edildiğinde ortaya çıkabileceğinden, bireyler internet üzerinde veya geleneksel kitle iletişim araçlarında basın faaliyeti sebebiyle haklarının ihlal edildiğini düşünmeleri halinde, bu ihlalin ortadan kaldırılmasını talep edebileceklerdir.

Gerek internet haberciliğinde gerek geleneksel yayın organlarında basın faaliyetlerinin amacı bireylere bilgi aktarmaktır. Basın hakkından faydalandığı durumlarda korunmasında kişilik hakkı bulunan şeref ve onur zedelenebilecektir. Kişi basın yoluyla kişilik hakkının ihlal edildiğini düşünebilir ve kendisinin şerefini zedeleyebilecek nitelikteki bir veri işleme faaliyetine yönelik unutulma hakkından faydalanmak isteyebilecektir. Unutulma hakkının bu aşamada kullanılması doğrudan üçüncü kişilerin basın hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Zira bireylerin şeref ve onurunun her türlü ihlalden korunması Anayasa'da güvence altına alınmaktadır. Anayasa'nın 17'nci maddesine göre bu koruma kişinin manevi varlığının korunmasıyla ilişkilidir.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi de şeref ve onurun basın ve yayın yoluyla gelecek ihlallere karşı korunmamasını Anayasa'nın 17'nci maddesine aykırı olarak değerlendirmektedir.⁴⁸ Basın faaliyeti sonucu verilen bilginin, görselin veya ifadenin unutulma hakkına konu olması çatışan haklar arasındaki dengeyi gündeme getirmektedir. Dolayısıyla her zaman unutulma hakkının kullanılması basın ve yayın hakkının ihlali olarak değerlendirilmemelidir.⁴⁹

Basın ve yayın faaliyetlerinde unutulma hakkıyla çatışan hakların değerlendirilmesi hususunda birtakım kriterler kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre "gerçeklik, güncellik, öz ve biçim arasında denge, toplumsal ilgi" bu kriterlerden bazılarıdır.⁵⁰ Burada özellikle kamunun bilgiye erişimi ile kişilik haklarının çatışması gündeme gelmektedir.

⁴⁷ Arslan Öncü, s. 94.

⁴⁸ Emin Aydın Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/3178, K.T. 25.6./015, § 39; Kadir Sağdıç Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/6617, K.T. 8.4.2015, § 36; İlhan Cihaner Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/5574, K.T. 30.6.2014, § 42. (Kararlar Bilgi Bankası)

⁴⁹ Sevcan Arslan, Sosyal Medya Platformları Üzerinden Kişilik Hakları İhlali, Korunmasına Yönelik Düzenlemeler, Ülke Uygulamaları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilişim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2018, s. 192.

⁵⁰ Ali Kıdık Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/5552, K.T. 26.10.2017, § 52; Kemal Gözler Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/5232, K.T. 19.4.2018, § 49 (Kararlar Bilgi Bankası)

Almanya'da görülen 1 Bvr 16/13 Der Spiegel Dergisi davasında bu noktadaki çatışan haklar ele alınmış, basın ve yayın faaliyetlerinde artık internet kullanımı ve dijitalleşmenin göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Hakların çatışması hususunda ise Alman Mahkemesi kişiye yönelik basın arşivlerinin arama motorlarında süresiz bir şekilde yayınlanmasının basın faaliyetiyle kişilik hakları arasında dengesizlik doğurduğunu kabul etmiştir.⁵¹

Unutulma hakkıyla ilişkili bir diğer hak kitle iletişimi kullanma, kitle iletişim faaliyetleri sonucu haber alma özgürlüğüdür.⁵² Bu özgürlük basın özgürlüğünden farklıdır. Kitle iletişim dendiğinde bir bilginin,letin, davranışın kısaca insanlara ulaştırılmak istenen haberin birden fazla tekil alıcı veya topluluğa bir araç yoluyla iletilmesi akla gelmektedir. Bu hak daha çok bir bilginin hangi araçlar vasıtasıyla yapılabileceğine yönelik özgürlüğü kapsama almaktadır. Bu hakkın unutulma hakkıyla birlikte anılmasının nedenleri ise unutulma hakkının dijital ortamlar (veya çevrimiçi ortamlar) ve geleneksel ortamlarda (veya çevrimdışı ortamlar) kullanılması noktasındaki farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır.

Kitle iletişim dendiğinde akla ilk olarak basılı gazete, televizyon veya radyo gelebilecekse de gelişen teknolojik faaliyetler neticesinde kitle iletişimin dijitalleştiği ifade edilmelidir. Unutulma hakkının özellikle dijital ortamda kullanılacak bir hak olduğunu ileri sürenler dijital ortamdan gerçekleştirilen iletişimi de bir tür kitle iletişim olarak değerlendirilmekte, unutulma hakkının bu hak temelinde ele alınmasını gerekli görmektedir.⁵³ Dijital teknolojinin de kitle iletişim aracı olarak unutulma hakkının en önemli konusunu oluşturduğu kabul edildiğinde hak sahibinin kendini ilgilendiren bir bilginin kitle iletişim araçlarında yayılmamasını, paylaşılmamasını istemesi mümkündür.⁵⁴ Örneğin dijital bir gazetede yayınlanan haberde hakları veya kişisel verileri ihlal edilen kişi unutulma hakkından faydalanacaktır. Burada kitle iletişim özgürlüğüyle birlikte diğer hakların dengelenmesi gerekecektir. Kitle iletişim sonucu elde edilen veriler araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için oldukça önemlidir. Yargıtay 2016/15510 E. ve 2017/5325 K. sayılı kararında dijital gazetecilik faaliyetini unutulma hakkı temelinde ele almış, geleneksel kitle iletişimden farklı dijital bir kitle iletişim anlayışının çevrimiçi bir haber arşivini doğurduğunu ifade etmiştir. Dijital gazetecilikte ise kişilerin haklarının ihlal edilmesinin daha yaygınlaştığının altı çizilmiştir. Kararda, geleneksel gazetecilik faaliyeti de yürüten bir kuruluşun kişilik haklarının ihlali anlamına gelebilecek bir haberi, dijital haber olarak internette yayınlanması unutulma hakkı temelinde ele alınarak, internet sitelerinde yazılan ifadelerin haber değeri

⁵¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 Bvr 16/13, K.T. 6.11.2019, (Bundesverfassungsgericht), Kararın İngilizce Çevirisi: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/11/rs20191106_1bvr001613en.html (s.e.t: 23. 08.2023) ; Yavuz, 73.

⁵² Akkurt, s. 2619.

⁵³ Akkurt, s. 2620.

⁵⁴ Akkurt, s. 2620.

olsa da şeref ve haysiyeti ihlal edici mahiyette olması halinde kişinin talebi üzerine içeriğin erişime engellenmesi gerekeceğine karar verilmiştir.⁵⁵

İlişkili diğer bir hak ise aile yaşamına saygı hakkıdır. Aile yaşamına saygı hakkının kapsamı bir ailenin kurulması hakkı ile var olan bir aile yaşamının korunması şeklindedir. Bunun yanında söz konusu hak aile ve aile içerisindeki özel yaşantıya saygı gösterilmesini talep etme, aile hayatına ve bu hayatın doğasından kaynaklanan gizliliğe dokunulamayacağını kabul etmeyi de içine almaktadır.⁵⁶ Hem aile üyesi hem mirasçı olan kişilerin unutulma hakkından faydalanmasının konusunu çoğunlukla aile yaşamına saygı oluşturmaktadır. Ölenin aile üyelerinin menfaatlerine aykırı bir kişisel veri veya kişilik hakkı ihlali aile birliğini veya saygınlığını ilgilendiriyorsa bireyler unutulma hakkını kullanabilmelidir.⁵⁷

III.ÇEVİRİMİÇİ VE ÇEVİRİMDIŞI ORTAMLARDA UNUTULMA HAKKININ VARLIĞI

A. ÇEVİRİMİÇİ VE ÇEVİRİMDIŞI ORTAMLARDA UNUTULMA HAKKI

Medya sektöründeki gelişmelerle ortaya interaktif bir yeni medya alanı çıkmıştır. Bu alan geleneksel medya ve dijital medyanın birbirini karşılıklı olarak beslediği bir alandır.⁵⁸ Gerek geleneksel medyayı gerek dijital medya alanlarını kullanan kişiler her iki alanda da belli düzeyde kişisel verilerinin arşivlenmesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Medya alanları arasında etkileşim artığından unutulma hakkının varlığı için sadece dijital ortamların kapsama alınması güncel bir tutum olmayacaktır. Alman Anayasa Mahkemesi, geçmişte televizyon, radyo veya benzeri kitle iletişim araçlarından yayılan bilgilerin sınırlı bir sürede kamuya açık olduğunu belirtirken günümüz teknoloji çağında bu yayınların da artık aynı dijital ortamlarda olduğu gibi kalıcı hale geldiğini belirtmektedir.⁵⁹ Kanaatimizce Mahkeme kararından, geçmişte konvansiyonel medyada yer alıp internet ortamında yer almayan bir verinin veya bilginin daha sonra dijital ortama aktarılabilmesi, bu verinin uzun süre dijital ortamda kalma riskinin doğduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla daha öncesinde basılı veya görsel-işitsel alanlarda var olan bilgilerin kişiler üzerinde izler bırakmayacağı kabul edilse de günümüzde söz konusu verilerin dijital ortama aktarılması oldukça

⁵⁵ Yargıtay 19. CD, E: 2016/15510, K: 2017/5325, T: 5.6.2017, § 42 (Kazancı)

⁵⁶ Arslan Öncü, s. 98.

⁵⁷ Oğuz Usta, Kişilik Hakları Bağlamında Unutulma Hakkı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, Kayseri, 2020, s. 14.

⁵⁸ Sırrı Düğür, "Yeni Medyanın Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Bir Model Önerisi Olarak Brezilya İnternet Kanunu 'Marco Civil Da İnternet', Ed: Mehmet Gökhan Genel, Yeni Medya Araştırmaları 1 Güncel Tartışmalar Ekseninde, 1. Baskı, Ekin, 2015, s. 156.

⁵⁹ BVerfG, 1 BvR 16/13, 06.11.2019-Recht auf Vergessen I. Aktaran: Cemile Turgut, Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, (İstanbul, 2021), s. 20.

kolaydır. Zira geleneksel medya anlamında var olan bir verinin veya bilginin zamanla doğası gereği unutulması beklenmektedir. Fakat geleneksel medyanın teknolojik gelişmeler sonucu yeni medya kavramını geliştirmesi geleneksel medya alanında da dönüşümlere sebep olmuştur. Bir televizyon kanalında yayınlanan bir içerik rahatlıkla dijital yayıncılıkla internet ortamında da ulaşılabilir hale gelmiştir. Bu gelişmeler göz önüne alındığında kişisel verilerin, kişilik haklarının korunması veya özel hayatın ihlal edilmemesi noktasında gereken tüm güncel düzenlemelerin uluslararası kaideler göz önüne alınarak tüm ulusal hukuk metinlerinde yapılmalıdır.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte çevrimiçi veya dijital ortam olarak ifade edilebilecek mekanlar ile geleneksel veya çevrimdışı (veya fiziki) ortamlar arasında yeni ve güncel bir unutulma hakkı hususu tartışmaya açılmıştır.⁶⁰ Çevrimdışı ortamlardaki bilgiler için bireylerin unutulma hakkından faydalanıp faydalanamayacağı değerlendirildiğinde farklı görüşlerin olduğu görülmektedir. Yargıtay'ın 2014/4-56 E. ve 2015/1679 K. sayılı kararındaki "...unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır." ifadeleri bu düşünceyi kuvvetlendirmekte, unutulma hakkının sadece dijital ortamlarda değil kişisel verilerin bulunduğu her türlü ortam veya eserde kullanılabilmesi değerlendirilebilir.⁶¹ Buna karşı doktrindeki diğer görüşler unutulma hakkının dijital bir hafıza üzerinde kendini gösterebileceğini, unutulma hakkına konu olabilecek içeriğin ancak dijital ortamda bulunabileceğini ifade etmektedir.⁶² Fakat çevrimdışı ortamlar özelinde de unutulma hakkının ele alınmasında fayda görülmektedir. Bunun altında yatan en temel sebep teknolojik gelişmelerin çevrimdışı ortamlara yaptığı etkidir. Başka bir anlatımla günümüzde bilgi çevrimiçi hale getirilip o şekilde sunulabilmektedir.⁶³ Basılı bir yayın aracıyla halka bilgi vermek için yayınlanan verilerin daha sonra çevrimiçi ortamlara aktarılması söz konusu olmaktadır. Bu durum da unutulma hakkının varlığı sadece çevrimiçi ortamlardaki veriler için değil geleneksel kitle iletişim araçlarından

⁶⁰ Yıldız, s. 401.

⁶¹ Yargıtay HGK, E: 2014/4-56, K: 2015/1679, T: 17.06.2015 (Kazancı); Anayasa Mahkemesinin 03.03.2016 tarihli ve 2013/5653 başvuru numaralı kararında incelenen bireysel başvuruda geçmişe yönelik bir gazete haberinin içeriğinin arşivden silinmesi talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi somut olayda basın özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğini değerlendirmiş ve ilgili haberin güncel olmadığına, haberin arşivde bulunmasında kamusal bir faydanın gözetilemeyeceğine bu sebeple özel hayatın gizliliğinin korunması gerektiğine karar vermiştir.

⁶² Seray Nalbantoğlu, "Bir Temel Hak Olarak Unutulma hakkı", S. 35, 2018, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 589; Çırak, s. 168; Abdurrahim Çınar, "Unutulma Hakkının Ortaya Çıkış Serüveni ve Kapsamının Değerlendirilmesi", C. 13, S. 49, 2022, TAAD, s. 559.

⁶³ Yavuz, s. 76.

ulaştırılan veriler için de söz konusu olmaktadır.⁶⁴ Geleneksel anlamda yapılan basın faaliyetlerinde meydana gelen ihlallere ilişkin unutulma hakkına başvurulabileceğine yönelik Yargıtay Genel Kurulu kararı örnek verilebilir. Kararda, basılı bir eserde kişilerin isimlerinin kodlanmadan, açıkça yer aldığı, bu açıklığın kişilik haklarını ihlal ettiği ve dolayısıyla veri sahibi davacının unutulma hakkından faydalanabileceği, bu çerçevede veri sahibi kişilerin bilgiler bir kitapta yer almış olsa da kişisel verilerinin yok edilmesini isteme hakkının bulunduğu karara bağlanmış, mağdur lehine manevi tazminata hükmedilmiştir.⁶⁵ Ayrıca yukarıda örneklerle bahsi geçtiği üzere basılı geleneksel gazeteciliğin dijital gazeteciliğe doğru evrilmesiyle bu uyumsuzluklara günümüzde daha fazla rastlanması oldukça muhtemeldir.

B. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYADA UNUTULMA HAKKI

Kişisel verilerin yalnızca dijital ortamda işlenmediğine, görsel-ışitsel medya alanında da bu gibi durumların var olduğuna ilişkin 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 25'inci maddesi önem arz etmektedir. İlgili madde televizyon veya radyoda ekrana getirilen içeriklerin yayın kayıtlarının bir sene süre ile muhafazasını hüküm altına almaktadır. Yayın kayıtlarının muhafazası medya hizmet sağlayıcılara verilmiştir. İnternette görsel-ışitsel yayın faaliyeti sunacak medya hizmet sağlayıcılar da aynı şekilde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'ndan ("RTÜK") gereken lisansları almalarının akabinde yayın kayıtlarını muhafaza etmekle yükümlü tutulmuşlardır. Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik'in 16'ncı maddesinde belirtildiğine göre RTÜK tarafından istenen yayın kayıtlarının kopyalarını vermek üzere yayın kayıtları, yayınların yapıldıkları tarih itibariyle bir sene arşivlenmek zorundadır. Hem geleneksel yayıncılık hem dijital yayıncılık için geçerli söz konusu yükümlülük yerine getirildiğinde, RTÜK yayın kayıtlarının izlenmesi, içeriklerin mevzuata uygunluğunun tespit edilmesi gibi nedenlerle SKAAS (Sayısal Kayıt Arşiv ve Analiz Sistemi) adı verilen izleme ve arşivleme sistemiyle yayın içeriklerinin kayıtlarına ulaşmaktadır.

Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olabilmesinin şartlarından en belirginini verisi işlenecek bireyin açık rızasının bulunmasıdır. Burada gerek medya hizmet sağlayıcıların gerek RTÜK tarafından kayıtların arşivlenmesinde açık bir rızanın varlığı ve kanunda gösterilen diğer unsurların varlığının mevcut olduğunun tespitinin yapılması gerekmektedir. Söz konusu verilerin TCK'nın 135'inci maddesindeki "belirli nitelikte", "kamu kurumlarındaki kamu hizmetinin gereği olarak" işlenen veriler olduğu kabulüyle yayın içeriklerine yönelik RTÜK tarafından yapılan kayıtların arşivlenmesinin hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶ Fakat doktrin görsel-ışitsel medyadaki söz konusu kayıt muhafazasının Kişisel Verileri Koruma Kanunu ("KVKK") ile uyumlu olmadığını, söz konusu hükümlerin günümüzde güncelliğini kaybettiğini belirtmektedir. Aynı

⁶⁴ Yavuz, s. 73.

⁶⁵ Kum, s. 133-134.

⁶⁶ Balcı, s. 85.

görüŖ, kanundaki düzenlemelerin kiŖisel verileri iŖlemek bakımından hukuka uygunluk doğurduğunu, kiŖisel verilerin anonim hale getirilmesi veya silinmesi noktasında ise hukuka uygunluk barındırmadığını kabul etmektedir.⁶⁷

Görsel-iŖitsel medya bakımından unutulma hakkının ileri sürülemeyeceği, bu hakkın yalnızca dijital ortamlarda kullanılabileceği gibi bir kabul varsa da gelişen teknolojik faaliyetler sonucunda bu kabulün eksik kalabileceği ifade edilmelidir. Diğer taraftan sosyal medya, gazete, televizyon veya radyo gibi geleneksel medya faaliyetlerinden farklı görölse bile⁶⁸ görsel-iŖitsel faaliyetler sosyal medya platformlarında sınırlı da olsa yapılabilmektedir. RTÜK bu yayınlara yönelik lisans iŖlemleri gerçekleŖtirmektedir. Dolayısıyla görsel-iŖitsel faaliyet yönü ağır basan sosyal medya platformlarında izleyici ve dinleyicilerin kiŖisel verilerin korunmasına yönelik yükümlölüklerin bulunduğu ifade edilmektedir.⁶⁹ Daha açık bir anlatımla Youtube, Instagram, Facebook gibi sosyal medya platformlarında görsel-iŖitsel yayın hizmeti olarak kabul edilebilecek bir içeriğin tespit edilmesi halinde söz konusu içeriklere 6112 Sayılı Kanun'daki görsel-iŖitsel medya kuralları ile KVKK birlikte uygulanmalıdır. Youtube üzerinden görsel-iŖitsel hizmet anlamına gelebilecek yayınlardan elde edilen kiŖisel veriler bu duruma örnek olarak gösterilmektedir.⁷⁰

Günümüzde sadece dijital arŖivde tutulan verilerin değil görsel-iŖitsel medyadaki hafızalar bakımında da unutulma hakkının kullanılması kabul edilmeli, gereken hukuki adımların atılarak mevzuatta güncellemelere gidilmelidir.⁷¹ Yukarıda ele alınan ve unutulma hakkının yalnızca dijital ortamdaki bir veri üzerinde kullanılabileceğine dair görüŖler fiziki ortamda saklanan verinin unutulma hakkına dahil olmayacağı kabulünden ortaya çıkmaktadır. Fakat teknolojik gelişmeler sonucunda gelinen noktada fiziki ortamda bulunan veya saklanan bir verinin de dijital ortama aktarılması oldukça hızlı ve kolay olmaktadır. Bu verilerin dijital ortama aktarılmasında fiziki ortam bir nevi aracı konumuna gelebilmektedir. Bu nedenle fiziki ortamdaki bir verinin dijital ortamda yayılma hızı göz önüne alındığında fiziki verinin de günümüz koşullarında unutulma hakkından faydalanması gerektiği kabul edilmelidir.

Günümüzde unutulma hakkının sadece çevrimiçi veya internet ortamlarında kullanılabilecek bir hak olarak değerlendirilmesi bu hakkın teknolojik gelişmelerin gerisinde kalması problemini gündeme getirecektir. Zira görsel-iŖitsel medyada sunulan bir görüntü, video veya ses gibi içerikler günümüzde internet ortamından kolaylıkla ulaŖılabilecek hale gelmektedir. Önce geleneksel medyada başlatılan bir bilgi verme iŖlemi gün sonunda çevrimiçi ortamlarda kendini bulacaktır. Bu sebeple unutulma hakkının iki medya ortamında da kullanılabileceği değerlendirilmelidir. Buna dair

⁶⁷ Balcı, s. 85.

⁶⁸ Murat Volkan Dülger, BiliŖim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin, 9. Baskı, Ankara, 2022, s. 141.

⁶⁹ Balcı, s. 81.

⁷⁰ Balcı, s. 81.

⁷¹ Balcı, s. 95.

Almanya’da verilen W.W ve M.L Davası ele alınmalıdır. Söz konusu dava, ünlü bir aktörün ölümü üzerine iki kardeşin yargılanmasına ilişkindir. Mahkemece görülen davada bireylerin unutulma hakkı talepleri kabul edilmiştir. Davada unutulma hakkının kullanılabilmesine karar verilmesinin altında yatan en önemli neden kardeşlerin toplumdan dışlanma ve izole edilme korkularıdır. Zira kardeşler hakkındaki bilgilerin öncelikle yerel basında ortaya çıkması ve akabinde internetteki çevrimiçi arşivlerde ulaşılabilir hale gelmesi kardeşlerin verilerinin internet ortamından kaldırılmasını zorunlu kılmıştır.⁷² Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde kişisel veriler işlenerek oluşan kişilik haklarının ihlalinde başlangıç noktasının her zaman dijital ortamlar olduğu söylenmemelidir.

Kişisel verilerin ihlalinin görsel-işitsel medyada da gerçekleşebildiği, RTÜK tarafından yayınlanan Yayın İlke Rehberi’ndeki “...yayın hizmetlerinde izin alınmadan kimsenin ikametgahı, araç plakası, telefon numarası ... gibi özel bilgilerine yer verilmemesi” şeklindeki açıklamasından da anlaşılmaktadır. Aynı Rehber, bir televizyon veya radyo yayınında bir kişisel verinin ihlal edildiğinin fark edilmesi halinde moderatör, sunucu veya yayın ekibinin bu ihlale karşı müdahale gerçekleştirmesi gerektiğini de bildirmektedir.⁷³ RTÜK’ün kişisel verileri korumak adına atmış olduğu adımların gerekli görülmesinin yanında görsel-işitsel medyada güncel mevzuatta kişisel veri olarak değerlendirilecek konuların KVKK’ye göre güncelliğini koruması da önem arz etmektedir. Zira bu durum radyo ve televizyonlarda bu yönde gerçekleşecek bir ihlale yönelik RTÜK tarafından yapılacak denetimin de yönünü belirleyecektir. Özellikle görsel-işitsel medyada gerçekleşen gündüz kuşaklarındaki kişisel veri ihlallerine ilişkin KVKK’ye başvurular ve şikayetler yapılmaktadır. İlgili şikâyet veya ihbarların temelinde gündüz kuşaklarındaki ses, görüntü, video veya bilgilerin kayıtlarının silinmesi, bir yayıncının internet ortamındaki yayınında bir ihlal söz konusu olmuşsa bu içeriğin çıkarılması talepleri bulunmaktadır.⁷⁴

Görsel-işitsel medya içeriklerinin kişisel veriler üzerindeki diğer etkisi verinin toplum tarafından dijital ortamda paylaşılmadan önce öğrenilme ihtimalidir. Bir verinin daha önceden toplum tarafından öğrenilmesi veriyi kişisel veri olmaktan çıkarmayacaktır.⁷⁵ Tam tersi televizyon veya radyoda bir verinin duyurulması veriyi daha fazla kişiye ulaştıracağından görsel-işitsel medya içerikleri kişisel verilerin ilk ifşa alanı olarak karşımıza çıkabilecektir.⁷⁶ Dolayısıyla kişisel verinin sadece dijital ortamda bulunması,

⁷² Yavuz, s. 69.

⁷³ Doğu, s. 103;

⁷⁴ Kamahoğlu, s. 124.

⁷⁵ Murat Önok, “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, C. 16, S. 1, 2017, İKÜHFD, s. 157.

⁷⁶ Ali Haydar Doğu, “Görsel ve İşitsel Medyanın Kişisel Veriler Bakımından Hukuki Yönü”, Birinci Ulusal Görsel-İşitsel Medyada Kişisel Verilerin Korunması Sempozyumu Bildiri Kitabı, RTÜK/ KVKK, Ankara, 2023 Mayıs, s. 102; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi televizyonda gösterilen bir hırsızlık haberinde suçun gerçekleştiği ev adresinin verilmesini ev sahibinin kişisel verisinin ihlali niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Detaylı bilgi için: Abdullah Ömeroğlu. “Kişilik Haklarının

görsel-işitsel medyada paylaşılan içeriklerin unutulma hakkını kullanmak üzere ihlal oluşturamayacağı düşünceleri günümüzde giderek güncelliğini yitirmektedir. Zira teknolojik gelişmelere bakıldığında bir televizyon yayınına aynı anda internet televizyonu olarak dijital ortamda ulaşmak da mümkündür. Aynı zamanda bu yayınlar internet ortamından arşivlenebilmektedir. Hal böyleyken görsel-işitsel medya faaliyetlerinde kişisel veri ihlali ve unutulma hakkının güncel olarak ele alınması gerekmektedir.

C. ARAMA MOTORLARI

İnsan haklarının korunması kural olarak devletin pozitif yükümlülüğüdür.⁷⁷ Unutulma hakkı da bir insan hakkı olduğundan hakkın korunmasında bazı aktörlerin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada unutulma hakkı diğer insan haklarından ayrılmaktadır. Diğer bir anlatımla unutulma hakkı bakımından pozitif yükümlülüğü bulunan muhataplar içerik sağlayıcılar ve özellikle arama motorlarıdır.⁷⁸ Bu sebeple çevrimiçi ortam ve unutulma hakkı temelinde arama motorları önemli bir yere sahiptir.⁷⁹ Arama motorları internet kullanıcılarının bilgi edinme yolundaki ana kaynağı olarak kabul edilmektedir. İnternet kullanıcıları ihtiyaç duyduklarında arama motorları vasıtasıyla kolaylıkla bilgilere ulaşabilmektedir.⁸⁰ Anahtar kelimeler, daha önce ziyaret edilen sitelerin algoritmaya dahil olması, internet bağlantılarından diğer birçok bağlantıya yönlendirilme gibi kolaylıklar bunlardan bazılarıdır.⁸¹ Bunun yanında arama motorlarının çalışma algoritmaları kişisel verilere ulaşmayı kolaylaştırmakta, unutulma hakkını gündeme getirmektedir. Zira arama motorlarının sistematığı internetteki çoğu bilginin bir araya getirilerek yeniden

Alkaya-Türkiye Davası Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hukukuna Göre İncelenmesi”, C. 0, S. 15, 2020, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 311; Doğu, s. 109.

⁷⁷ Semih Batur Kaya, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, C. 9, S. 1, 2022, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 58.

⁷⁸ Çırak, s. 166.

⁷⁹ Ayten Güngör, “Sosyal Medyada Çocuk Hakları İhlali ve Çocuk İstismarı: Instagram Anneleri”, S. 54, 2021, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, s. 5; Çevrimiçi ortamlarda unutulma hakkını gerçekleştirecek yükümlü arama motorlarıdır. Diğer bir anlatımla unutulma hakkını kullanmak isteyen kişi öncelikle başvurusunu arama motorlarına karşı yapmalıdır. Arama motorları unutulma hakkına yönelik bir talebi gerekli adımları atarak yerine getirmekle yükümlüdürler. Arama motorlarına yapılan talebin olumsuz sonuçlanması halinde ise kişiler görevli resmî kurumlara veya mahkemelere başvurmuşlardır. Detaylı bilgi için: Yavuz, s. 57,58.

⁸⁰ Doğuş Yüksel/ Metehan Tolon, “Dijital Pazarlama Stratejisi Olarak Arama Motoru Optimizasyonu (SEO)”, C. 3, S. 3, 2019, International Journal of 3D Printing Technologies and Digital Industry, Uluslararası 3B Yazıcı Teknolojileri ve Dijital Endüstri Dergisi, s. 237.

⁸¹ Kenan Duman, “Arama Motorları ve İnternet Haberciliğine Etkileri: Türk İnternet Haber Medyası Örneği”, C. 11, S. 1, 2018, Selçuk İletişim, s. 261.

kaydedilmesi ve üçüncü kişilere ulaştırılması şeklinde çalışmaktadır. Arama indekslerinde kişisel verilerin bulunduğu durumlarda birey bu bilgilerin arama motorlarından kaldırılmasını talep edebilecektir. Kişisel Verileri Koruma Kurumuna yapılan bir talep sonucu Kurumun “Kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasına ilişkin değerlendirilmede dikkate alınacak ve her somut olay üzerinde incelenecek kriterler ...” şeklindeki açıklaması da bu durumun uygulamada geçerli olduğunu göstermektedir.

Arama motorlarında çıkan sonuçlarda birden fazla kişinin menfaati ihlal ediliyor olabilir. Bu sebeple arama sonuçlarına yönelik unutulma hakkından veri sahibi olan kişi yararlandığı kadar unutulma hakkının kullanılmasında menfaati bulunan diğer internet kullanıcılarının da yararlanması gerekmektedir. Bununla birlikte arama motorlarından veri silinmesi, verilere erişimin engellenmesi her zaman bir menfaat doğurmayabilir. Burada olumsuz bir menfaat de meydana gelebilir. Arama motorunu bilgi edinmek için kullanan internet kullanıcısının da menfaatleri göz ardı edilmemelidir. Diğer bir anlatımla bir verinin silinmesi, düzeltilmesi, veriye erişimin engellenmesi üçüncü kişilerin internet üzerindeki aramalarında ihtiyaç duydukları sonuçlara ve dolayısıyla bazı çalışmalara ulaşmalarını engelleyebilecektir. Bu sebeple veri sahibi ve diğer internet kullanıcıları arasında adil dengenin kurulması gerektiği ifade edilmektedir.⁸² Örneğin, kişisel veri öznesinin çocuk olması, ulaşılan bilgilerin doğruluğu, kişinin kamusal hayat içerisindeki konumu gibi meseleler unutulma hakkı ile arama motorlarındaki bilgiye erişim özgürlüğünün dengelenmesini zorunlu kılan hususlardır.⁸³

IV.DOKTRİNDEKİ TARTIŞMALAR VE YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE MİRASÇILARIN UNUTULMA HAKKINI KULLANMALARI

A. UNUTULMA HAKKININ MİRASÇILAR TARAFINDAN KULLANILMASINA İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI

Unutulma hakkının dahi henüz yeni bir kavram olarak ele alındığı Türk hukukunda mirasçıların ölen kişinin menfaati veya kendi menfaatleri doğrultusunda unutulma hakkını nasıl ileri sürecekleri konusunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Medeni Kanun kişiliğin ölümle sona ereceğini ifade ederek kişilik haklarından doğan hususların, kişisel verilerin niteliğinin de sona ereceğini kabul etmiş görünmektedir. Fakat günümüz koşullarında unutulma hakkı sıradan bir hak olarak ele alınmamalıdır. Teknolojik gelişmelerin insan hayatını etkilemesi ve kişisel verilerin günümüzde daha önemli hale gelmesi ilerde unutulma hakkında oldukça farklı somut uyuşmazlıkların meydana gelebileceğini

⁸² Elmacı, 1616.

⁸³ KVKK, T: 08.12.2020, K: 2020/927

göstermektedir. Bu sebeple konunun yeniden doktrin ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mirasçı, ölüm sonucu kendisine bir mirasın intikal edeceği gerçek veya (miras bırakanın iradesine bağlı olarak) tüzel kişidir.⁸⁴ Türk mevzuatına göre her terekenin mutlaka bir mirasçısı bulunmaktadır. Kanuni mirasçı yoksa, kişinin ölümden önce tayin ettiği kişi onun mirasçısı olabilir. Bu kişinin yokluğu halinde ise devlet ölen kişinin kanuni mirasçısı sıfatını kazanacaktır. Miras hukuku bakımından unutulma hakkı, ölümlerle birlikte kişilik haklarının akıbetinin nasıl olacağını değerlendirilmesi bakımından önemlidir.

İnsanın sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu, kendisine tanınan ve sonucunda toplumsal olarak bireye maddi ve manevi değer kazandıran haklar kişilik hakkı olarak ifade edilebilir.⁸⁵ Kişilik ölümlerle sona ermektedir.⁸⁶ Kural olarak kişiliğin sona ermesiyle kişilik hakları da son bulacaktır.⁸⁷ Fakat ölen kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik haklarından şeref, vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği, haklar doktrine göre mirasçılara bağlı olarak sınırlı da olsa devam edebilecektir.⁸⁸ Bu sebeple kişisel verilerin ihlalinde özel hayatın gizliliğinin, şeref ve haysiyetin korunması için başvurulacak unutulma hakkının ölen kişinin yakınları ve mirasçıları tarafından hangi amaçlar doğrultusunda kullanılacağı tartışılmalıdır.

Kişilik haklarının önemi kişilerin öldükten sonra da bu hakların korunacağına duydukları güvenden gelmektedir. Ölenin kişisel verileri üzerinde unutulma hakkının kullanılması bakımından doktrinlerdeki bir görüş, söz konusu veri üzerindeki denetimin sadece hak sahibi olan kişiye ait olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre unutulma hakkının veri sahibi olmayan kişi dışında ileri sürülmesi mümkün değildir.⁸⁹ Hatırayı koruma doktrinine göreyse ölenin kişisel verileri kişilik hakkının ihlaline yol açıyorsa mirasçıların birtakım işlemleri yapabilmeleri mümkündür. Doktrin kişiliğin korunmasına yönelik bazı somut uyuşmazlıklarda ölen kişinin akrabalarının dolaylı olarak saygınlığının olduğu, kişi ölmesine rağmen sağ kalan akrabasının kişilik haklarının korunması gerekeceğini savunmaktadır.⁹⁰

⁸⁴ Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 33; Ali Naim İnan/Şeref Ertay/ Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 69.

⁸⁵ Cengiz Apaydın, *Basın, Televizyon ve Radyo Yayınlarında Cevap ve Düzeltme Hakkı İnternette Erişimin Engellenmesi, Unutulma Hakkı*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 173.

⁸⁶ Ayşe Arat, “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, C. 9, S. 1-2, 2006, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, s. 258.

⁸⁷ Pınar Bahar Doğan, “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı, ‘Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı’”, C. 0, S. 0, 2014, Ankara Barosu Dergisi, s. 481; Antalya/ Topuz, s. 159.

⁸⁸ Ümit Gezder, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, S. 1, 2007, İÜHFMLXV/, s. 207; Murat Uçak, “Kişisel Verilerin Ölümden Sonra Korunması”, C. 6, S. 10, 2021, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 104.

⁸⁹ Çelik, s. 401; Turgut, s. 225.

⁹⁰ Gezder, s. 211; Ayrıca ölen kişinin üçüncü kişileri etkileyecek dijital içerikler üzerinde, üçüncü kişilerin unutulma hakkını ileri sürebileceklerine dair detaylı

Burada hakkın kullanılmasındaki amacın ölenin yakınlarının kişilik haklarının ihlal edilmesiyle, ölen kişiye yönelik faaliyetler sonucu kişinin yakınlarına zarar verilmesinin engellenmesi olduğu düşünülmektedir. Diğer yandan ölen kişinin de korunması gereken kişilik hakları olabileceği, kişi öldükten sonra kendisinin bu hakları koruyabilecek veya savunabilecek durumda olmadığı konularına da değinilmelidir. Ölen kişinin yakınları gerçekleşen hak ihlalini ileri sürerek ölenin haklarını dolaylı olarak koruyacaktır.⁹¹ Zira ölen kişileri hatırlatan veya yaşatan araçlar var olduğu sürece ölen kişilerin kişilik değerlerinin de korunmaya ihtiyacı vardır.

Yukarıda unutulma hakkının kullanılmasından bahsedilebilmesi için kişisel verinin yalan olması veya hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasından bahsedilmişti. Bir bilginin tamamen gerçeğe uygun olması veya hukuka uygun olarak işlenmesi halinde dahi unutulma hakkından bahsedilebilecektir. Diğer bir anlatımla kişi eğer unutulma hakkına konu yapılan bilgi yüzünden hayatında yeni başlangıçlar yapamıyor, bilgiler hayat içerisinde geleceğe ve geçmişe dair yapacaklarını engelliyor ise bu haktan söz edilmelidir.⁹² Bir kişinin ölümü sonrasında kişinin ölümle ilişkili veya ilişkili olmayan birçok kişisel bilgisi ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda kişinin mirasçılarının menfaatleri göz önüne alınmalıdır. Kişi ölmüş olsa dahi kendisi hakkındaki bir bilginin aile üyelerine ölümden sonra da maddi ve manevi olarak zarar vermesi mümkündür.⁹³ Bu sebeple kişinin ölümünden sonra kişilik haklarının mirasçılar tarafından kullanılmasının önüne geçmek ölümden sonraki hatıra ve bireyin yakınlarına zarar verebilecektir.⁹⁴ Dolayısıyla ölen kişinin kişilik hakkı zedelenmese de ölenin hatırası veya kendi kişilik değerleri zedeleniyorsa sırf kendilerine olan saldırının ortadan kaldırılması dahi talep edilebilecektir.⁹⁵ Kişilik hakkı ihlal edilen bir kişinin ölümünden sonra mirasçuları tarafından bu saldırıya ilişkin işlem yürütmesinin hukuka uygun olduğu Alman Federal Mahkemesi'nin BGH, Urt. V. 20.3.1968, I ZR 44/46 sayılı kararında ele alınmaktadır. Kararda kişilik haklarının devredilemez olduğu belirtilmekteyse de sadece bu hakkın "taşıyıcısı"nın öldüğü ifade edilmektedir. Mahkemeye göre kişilik hakkı ölümden sonra da korumayı hak etmektedir.⁹⁶

Kimi zaman yayınlandığı zaman için hukuka uygun olan bir kişisel veri zaman geçtikçe, değişen şartlar ve izleyen süreç içerisinde hukuka aykırı bir pozisyon doğurabilecektir.⁹⁷ Benzer durum zaman unsuru için de değerlendirilmelidir. Belli bir zaman içerisinde hukuka uygun olan bir veri değişen süreç içerisinde herhangi bir kişisel veriyi hukuka aykırı hale

bilgi için: Çelik, s. 401; Usta, s. 221; Murat Doğan, "Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası", C. 5, S. 1-4, 2001, AÜEHFD, s. 410.

⁹¹ Gezder, s. 207.

⁹² Kaya, s. 190.

⁹³ Uçak, s. 113.

⁹⁴ Uçak, s. 113.

⁹⁵ Uçak, s. 114.

⁹⁶ Yılmaz, s. 889.

⁹⁷ Kent/ Kulular İbrahim, s. 195; Yavuz, s. 60.

getirebilecektir.⁹⁸ Örneğin bu durum ölen kişinin bir çocuğunun deprem zamanında henüz küçük olması ve büyüdükten sonra ailesinin bu tarz bir görüntüyle karşılaşmak istememesi üzerine ileri sürülebilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi de 2013/5653 Başvuru numaralı 2016 tarihli kararında bir gazete haberinin 14 yıl önceki bir haberi arşivinde tutmasında herhangi bir güncelliğin bulunmadığına, kamu yararı bakımından internet ortamdaki haberin kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁹

Somut bir olayda kişilik haklarının ölümden sonra da korunup korunmayacağına değerlendirilmesinde hâkim ölen kişinin hatırası ve üçüncü kişilerin menfaati arasındaki dengeyi karşılaştırmalıdır.¹⁰⁰ Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasına rağmen kişilikten doğan haklardan dolaylı olarak etkilenenlerin de haklarının koruma değerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Burada ölümden sonra kişilik haklarının korunmasını savunan “ölüm sonrası kişiliğin korunması” teorisi önemlidir. Bu teori sınırlı da olsa bireyin ölümden sonra mirasçıları tarafından kişilik haklarının korunabileceğini kabul etmektedir.¹⁰¹ Burada bahsi geçen sınırlama kişilik haklarının kapsamı bakımından değil zaman bakımından bir sınırlamadır. Diğer bir anlatımla ölümden sonra mirasçılar tarafından kişilik haklarının korunması devam etmekteyse de bu durum “on yıllarca” devam etmemelidir.¹⁰² Söz konusu teori ele alındığında unutulma hakkının mirasçılar tarafından da kullanılabilmesi fakat bu hakkın kullanımında “zaman unsuru” bulunduğu anlaşılmaktadır.¹⁰³

Ölüm sonrası kişiliğin korunması doktrini ölenin kişilik haklarından doğan ihlallerden dolayı mirasçıların kişilik değerlerinin korunması davası açabileceklerini kabul etmektedir.¹⁰⁴ Ölenin yakınları yasal yola başvururken Medeni Kanun’un 24’üncü maddesinden faydalanacaklardır. Bu hüküm “saldırıya uğrayanın” korunma talep edebileceğine hükmetse de ölenin mirasçıları kendi adlarına ve kendilerinin menfaatlerini de ihlal eden hususlarda yasal koruma talep edebileceklerdir. Burada ölen için dolaylı korumadan bahsedilirken mirasçılar için doğrudan koruma söz konusudur. Ayrıca bu görüşe göre, kişilik haklarının korunması için yeni bir kişiliğin doğması gerekmemektedir. Ölenin haklarının söz konusu yasal yollar kullanılarak korunmaması halindeyse devlet organları kişinin haklarını koruyacak adımlar atacaktır.¹⁰⁵

Türk hukukuna göre kişilik ölümle sona erse de ölünün ardında bıraktığı maddi ve manevi değerler bulunmaktadır. Bu açıdan mirasçılar ve

⁹⁸ Yavuz, s. 60.

⁹⁹ Şermin Birtane/ Fatih Alkan/ Ali Kozan, Ferhat Yıldız/ Hilal Yazıcı/ Çağlar Öncel/Taylan Barın, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetleri, Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2021, s. 198.

¹⁰⁰ Uçak, s. 107.

¹⁰¹ Uçak, s. 106.; Gezder, s. 215.

¹⁰² Gezder, s. 216.

¹⁰³ Kum, s. 132.

¹⁰⁴ Gezder, s. 212.

¹⁰⁵ Uçak, s. 106.; Gezder, s. 215.

unutulma hakkı hususu TCK'nın "Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu" başlıklı 130'uncu maddesi kapsamında da değerlendirilebilir.¹⁰⁶ Bahsi geçen suçun konusu ölünün gıyabındaki hakarettir. Suçla korunmak istenen hukuki değer ölümden sonra bireyin şeref ve haysiyetlerine yönelik maddi ve manevi değerlerin korunmasıdır. Bu suçla birlikte mirasçılarının da ihlal edilen değerlerinin korunması amaçlanmaktadır. Suçun oluşmasına ve unutulma hakkının gündeme gelmesine neden olacak fiillerden biri kişi hayattayken elde etmiş olduğu saygınlığı zedeleyecek nitelikte sözlü saldırılardır. Unutulma hakkının mirasçılar tarafından kullanılabilmesi için ise ölüye yönelik sözlü saldırıların ölümden sonra yakınlarının haklarını ihlal edici nitelikte olduğunda ortaya çıkacaktır. Burada fiil yakınların saygınlığına yönelik sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla mirasçılarının unutulma hakkını kullanmasındaki gerekçe ölen kişiyi değil yaşayan kişileri korumaktadır. Böylece ölen kişinin mirasçıları veya menfaati bulunan diğer kişiler için kişilik değerleri veya kişilik hakları bakımından unutulma hakkının varlığı gerekli görülmelidir.

Kişisel veriler ve kişilik haklarının ölümden sonra mirasçılar tarafından korunabileceği hususunda verilmiş kararlar bulunmaktadır. Ölümden sonra kişilik haklarının korunmaya devam etmesi bakımından Mephisto davası önem arz etmektedir. Davada ölen kişinin mirasçısı, vefat eden bireyle ilgili bir yayının yasaklanmasını talep etmekte, söz konusu talep Alman Anayasası'nın kişinin ölümünden sonra dahi kişilik haklarının korunduğunu savunabileceğinin kabulüne dayandırılmaktadır. Alman Federal Yargıtayı, bireyin ölmüş olmasına rağmen kişilik haklarına saygı gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁷ Karar, ölümlerle birlikte bireyin kişiliğine bağlı tüm haklarının sona ermeyeceğini, yaşayan kişilerin örneğin ölen kişinin şeref ve haysiyetine ölümden sonra da saygı duymaları gerektiğini, bu hakkın korunmasının gereği için de mirasçılara bazı yasal hakların tanınmasına ihtiyaç olduğunu göstermektedir.¹⁰⁸ Bu karar unutulma hakkının mirasçılar nezdinde kullanılması bakımından örnek teşkil etmektedir. Fakat ulusal veya uluslararası alandaki yasal düzenlemelerin veya çalışmaların yetersiz olduğu, söz konusu meselenin günümüz koşullarında daha fazla irdelenmesi gerektiği ifade edilmelidir.

Gelişen teknolojiyle kişisel verilerin farklı alanlarda kullanıldığına şahit olunmaktadır. Kişi ölmüş olsa bile sosyal medya üzerindeki faaliyetlerinin devamını sağlayan bazı dijital uygulamalar mevcuttur. Örneğin bir Twitter kullanıcısı (Güncel isimle "X" platformu kullanıcısı) ölse dahi adıyla, anonim hesabından veya kendine ait nickname üzerinden tweet (post) atılmaya devam edebileceği gibi var olan tweetleri silinmezse kişinin dijital varlığı da devam edecektir.¹⁰⁹ Bu açıdan kişisel verilerin

¹⁰⁶ Erdem Büyüksağış/ Sinem Özyiğit/ Selin Mirkelam Falay/ İlay Ezgi Buldağ/ Mustafa Said Okur, "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", C. 47, S. 2, 2021, Yargıtay Dergisi, s. 347.

¹⁰⁷ Gezder, s. 208.

¹⁰⁸ Usta, s. 15.

¹⁰⁹ "Kalbiniz atmasa da tweet atmaya devam edeceksiniz"dir." Tüba Karahisar, "Yeni Medya, Mahremiyet ve Unutulma Hakkı", Ağdaki Şüpheler Bir Sosyal Medya Eleştirisi, Der. Tuba Kara, Ebru Özgen, 1. Baskı, Beta Yayın, 2015, s. 270.

bireyin ölümünden sonraki akıbeti hakkında büyük sosyal medya şirketlerinin verdiği kararlar önemlidir. Örneğin, Facebook, ölen bir kişinin mirasçıları tarafından sosyal medya hesaplarına erişim hakkı kullanılmasına izin vermemekte, ancak hesabın bir anı hesabına çevrilebileceğini kabul etmektedir.¹¹⁰ Fakat anı hesabına dönüştürülse dahi kişinin verileri sosyal medya hesabında kalmaya devam edecektir. Facebook'un aksine Google kişisel veriler noktasında ölen kişilerin yakınlarıyla iş birliğini uygun bulmakta fakat yine de ölen bireyin sosyal medya hesaplarındaki şifrelerini mirasçılarla paylaşmamaktadır.¹¹¹ Doktrin bu durumun kişilik haklarına daha fazla müdahale içerebileceğini kabul etmektedir.¹¹² Şöyle ki kişinin ölümünden sonra internet ortamında dolaşmasını istemeyeceği bilgiler olabilir. Bu bilgilerin ölümünden sonra şirketler tarafından arşivlenmeye devam etmesi ve süresiz olarak bu arşivlerin kalması bireyin hayattayken kişiliğini serbestçe oluşturmasına engeldir. Bu bilgilerin arşivde tutulmaya devam etmesi hukuka ve dürüstlük, meşru amaç için işlenmeye devam etmesi ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira kişisel veri ölümünden sonra korunmayacağından işlenmesi için de gerekli sebepler ve amaçlar ortadan kalkmış demektir. Ancak kanunen istisna olarak düzenlenmiş olması hali başkadır. Öyle ki sağlık verileri bakımından “Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik”in 11/2’nci maddesine göre ölen bireyin sağlık verilerinin yirmi yıl süreyle saklanması gerektiği düzenleme altına alınmaktadır. Burada hukukun izin verilen ve kanunla istisnası düzenlenen meşru bir arşivleme faaliyeti yapıldığından bahsedilebilecektir.

Unutulma hakkının mirasçılara geçmesi hususu yapay zeka teknolojisi temelinde de ele alınabilir. Zira yapay zekâ teknolojisinin oldukça geliştiği günümüzde ölüm sonucu kişisel verilerin tamamen değersizleştiğini ifade etmek hatalı olacaktır. Ölüm sonrasında mirasçıların yakınlarının dijital varlıklarının, miraslarının veya içeriğinde barındırdıkları verilerinin akıbetini belirleme yetkisini tamamen platformların eline bırakmaları beklenmemelidir. Dolayısıyla ölen kişinin kişilik haklarının tamamının

¹¹⁰ Ticari olmayan hesapların anı niteliğindeki eşya niteliğinde olup hesabın mirasçılara geçebileceğine dair bilgi için bkz: Süleyman Yılmaz/ Vehbi Umut Erkan, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, C. 11, S. 2, 2020, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 582; Nurten İnce Akman, “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçışı (Dijital Tereke)”, C. 9, S. 2, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 545; Uçak, s. 112.; Memiş/ Turgut, s. 208.

¹¹¹ Uçak, s. 112.

¹¹² Gezder, s. 213.; “Yüksek mahkeme kararında, kişilik haklarının dokunulmazlığının kişi hayatta iken tam anlamıyla yaşanabilmesi ve anlam kazanabilmesi için, kişinin o öldükten sonra da kendi onuruna karşı yapılacak kabaca saldırılara karşı korunacağı inancını taşıyabilmesi ve bu beklentiye sahip olabilmesi ile mümkün olacağını ifade etmiştir. Aksi takdirde kişinin onurlu bir hayat sürdürmek için harcayacağı çabanın da anlamı kalmayacağı vurgulanmıştır.” Detaylı bilgi için bkz: Çiğdem Mine Yılmaz, “Mephisto Kararı Çerçevesinde Postmortal Dönemde Kişilik Hakkının Korunması”, C. 20, S. 41, 2021, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 891.

ölümle ortadan kalktığını kabul etmemek gerekir.¹¹³ Hakkın mirasçılar tarafından kullanılmasında doğrudan dışlama veya doğrudan kabul etme arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Günümüzde deepfake, NFT, avatar gibi teknolojiler ele alındığında ölen kişilerin dijital ortamda yaşamaya devam ettiği bilinmektedir. Bu sebeple ölen kişiler için doğrudan korumanın gerekli olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁴ Bu açıdan görsel-ışitsel medyada veya dijital medyada kişisel verilerin korunması ve dolayısıyla unutulma hakkına hassasiyetle yaklaşılması gerekmektedir. Deepfake yöntemiyle bir görüntünün kopyalanması, var olmayan bir bilginin sanki bir kişiye aitmiş gibi kullanılması günümüz teknolojisi ile mümkün hale gelmektedir. Mirasçıların ölen kişinin unutulma hakkını kullanıp kullanmamaları bu noktada tekrar ele alınmalıdır. Gelişen teknolojiyle kişisel verilerin tutulduğu her bir kayıt suiistimal edilebilecek, ölen bir kişi dahi olsa bu kişilerin görüntü, ses ve fotoğrafları kötü niyetli kişilerce kullanılabilir.¹¹⁵

B. YABANCI DEVLETLERİN ÖLÜMDEN SONRAKİ UNUTULMA HAKKINA BAKIŞLARI

Ölümden sonra kişisel veriler üzerinde koruma farklı ülkelerde devam ettirilmektedir. Estonya’da, ölen kişi tarafından aksi öngörülmediği sürece kişisel veriler üzerindeki rıza ölümden sonraki 10 yıl için geçerli olmakta, sürenin bitimiyle ölen kişinin verilerinin işlenmesi mirasçılarının rızasına bırakılmaktadır. Danimarka için de aynı uygulamanın geçerli olduğu ifade edilmektedir. İzlanda’da ise bu süre 5 yıl geçerlidir.¹¹⁶ Macaristan, mirasçılara daha net yetkiler vermekte, kişinin ölümünden önce belirtmiş olduğu mirasçılarını ölümden sonraki 5 yıl içinde kişisel veriler üzerindeki hakları kullanabilmektedirler.¹¹⁷

Finlandiya’da bir kişi, ölen eşinin cinsel suçlar işlediğini iddia eden bir internet sitesine yönelik aramaların Google’dan kaldırılmasını talep etmiştir. Kararda önemli olan unutulma hakkının öznesidir. Ölen kişi doğrudan unutulma hakkını kullanmamış fakat unutulma hakkının öznesi konumunda bulunmuştur. Fakat unutulma hakkı ölen kişinin eşi tarafından

¹¹³ Sinem Özyiğit, “Kişilik Hakkı Ekseninde Deepfake”, Birinci Ulusal Görsel-İşitsel Medyada Kişisel Verilerin Korunması Sempozyumu Bildiri Kitabı, RTÜK/ KVKK, Ankara, 2023 Mayıs, s. 185.

¹¹⁴ Özyiğit, s. 185.

¹¹⁵ Balcı, s. 89.

¹¹⁶ Özyiğit, s. 186; David Erdos, “Dead ringers? Legal persons and the deceased in European data protection law”, S. 40, 2020, Computer Law & Security Review, s. 11.

¹¹⁷ Özyiğit, s. 186; Ines Radmilovic/ Tamas Bereczki/ Adam Liber, “Hungary adopts national GDPR supplementing legislation”, Lexology, 2018, (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e045c27-67c6-43a5-a5e8-a0a30a07612b>, s.e.t: 23.08.2023)

kullanılmıştır. Bu talep Finlandiya Veri Korunması Kanunu'na uygun bulunarak kabul edilmiştir.¹¹⁸

Ölümden sonra kişilik haklarının sona ermesi nedeniyle, ölenin kişilik hakları üzerindeki haklarının tamamen ortadan kalkmadığı, mirasçılardan ölümünden sonra kişilik haklarını korumasının (post-mortem koruma)¹¹⁹ mümkün olabileceği ifade edilmelidir. Türk hukukunda ölümünden sonra unutulma hakkının mirasçılar tarafından kullanılıp kullanılmayacağına dair düzenlemenin Macaristan, Danimarka veya İzlanda örneklerinde olduğu gibi belli bir süreye bağlanabileceği ifade edilebilir. Unutulma hakkı kavramının açıkça mevzuatta yer almaması nedeniyle bu durumun ele alınması zor olsa da ölenin kişisel verilerinin korunması adına Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86'ncı maddesindeki bir eser niteliğine sahip olmasalar da resim ve portreler üzerine mirasçılara tanınan 10 yıllık koruma süresi güncel bir mevzuat düzenlemesi için yol gösterici olabilecektir.

C. MİRASÇILAR TARAFINDAN TALEP EDİLEBİLECEK UNUTULMA HAKKININ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1.Çocuğun Üstün Yararı Bakımından Unutulma Hakkı

Unutulma hakkının sadece yetişkinler nezdinde korunması gereken bir hak olarak ele alınması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çocukların bulunduğu içeriklerin, çocukların gelecekleri üzerinde bazı riskleri doğurabileceği, çocuklar bakımından unutulma hakkının ayrıca ele alınmasının önemli olduğu unutulmamalıdır. Çocuklar bakımından unutulma hakkının koşulları, sınırları ve tespitinin nasıl yapılacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.¹²⁰ Çocuklar açısından unutulma hakkının kimler tarafından kullanılabilmesi doktrinde de ele alınmaktadır. Bir görüşe göre çocuklar da yetişkinler gibi temel hak ve özgürlüklere sahip olarak mahkemeye başvurabilmeli, unutulma hakkının kapsamına giren haklardan yararlanabilmelidir.¹²¹ Ayrıca, unutulma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için doğrudan çocuk tarafından kullanılabilir. Diğer taraftan ayırt etme gücü bulunan çocuk unutulma hakkını doğrudan kullanabilecekken ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk için bu hak yasal temsilcisi tarafından talep edilebilecektir. Bununla birlikte sırf çocukların unutulma hakkını içeren özel bir düzenleme olmadığından işlemler genel kurallar çerçevesinde yapılabilecektir.¹²²

¹¹⁸ Yavuz, s. 224.

¹¹⁹ Post-mortem koruma: Ölümden sonra da kişilik haklarının devam edebileceğini, ölen bir kişinin kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde yakınlarının bizzat dava açabileceklerini ileri süren ve "uzatılmış kişilik hakkı teorisi" olarak da bilinen koruma yön atemidir. Detaylı bilgi için bkz: Gamze Turan Başara, "Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi", C. 5, S. 1, 2020, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 343.

¹²⁰ Korap Özel, s. 9.

¹²¹ Korap Özel, s. 12.

¹²² Tuğ Levent, s. 27.

Çocuk her zaman unutulma hakkının öznesi konumunda olmayabilir. Diğer bir anlatımla çocuk aynı zamanda mirasçuları üzerinde de unutulma hakkını kullanabilmelidir. Burada çocuğun psikolojik gelişimi dikkate alınarak karar verilmelidir. Örneğin, internet ortamındaki zararlı görsel-işitsel içeriklerden çocukların korunması gerektiği, bu içeriklerden dolayı uygulanan ebeveyn kontrolünün çocukların gelişiminde zorunlu olduğu, bu uygulamanın ifade hürriyetinde bir sınırlama sayılmayacağı kabul ediliyorsa¹²³ benzer şekilde çocuğun gelişiminde unutulma hakkının kullanılması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Anne ve babası hakkında yapılan bir haberin kamusal yarar, güncellik veya genel sağlık gibi istisnalar dışında arşivlenmesine veya işlenmesine gerek yoksa çocuğun üstün yararı korunmalıdır. Burada çocuk, anne ve babasının kişisel verisini içeren haber üzerinde unutulma hakkını kullanabilmelidir. Örneğin, ilerde ayrıntılı olarak üzerinde durulacak doğal afet olaylarından biri olan depremlerde ailesini veya yakınlarını kaybeden bir çocuk kişilik hakkı zarar gören ebeveyni olsa dahi kendi menfaatleri doğrultusunda unutulma hakkından yararlanmalıdır.¹²⁴ Çocuğun böyle bir durumda unutulma hakkını kullanabilecek ehliyete sahip olmaması halinde ise yasal çerçevede kendisine yetki tanınmış kişiler çocuk yerine bu hakkı kullanabilmelidir. Bu açıdan unutulma hakkı bakımından çocuğun üstün yararı göz ardı edilmemelidir. Yıkıcı kedere ve üzüntüye sebep olabilecek olağanüstü durumlarda çocuğun üstün yararı ele alınmalıdır. Örneğin çekirdek aile fertlerinden olan anne veya babadan birinin ölümü halinde sırf çocuğun üstün yararının korunması adına ölen bireyin mirasçısı olan eş unutulma hakkından yararlanabilmelidir. Bu durum sadece ölen kişinin hakkını korumayacak, aynı zamanda çocuğun hayatını devam ettirmesine ve geleceğini oluşturmasına dair haklarını da koruma altına alacaktır. Zira çocuğun ebeveyni hayatta olsaydı kullanacağı unutulma hakkının öldükten sonra kullanılmayacak hale gelmesi düşüncesi çocuğun bedensel, ahlaki, psikolojik, sosyal yönden geleceğe yönelik sağlıklı ve dengeli gelişimin önünde bir engel oluşturabilecektir. Çocuğun bilmemesi, ilerleyen yaşlarında öğrenmemesi gereken ve böylece gelişimini koruyabilecek her durum ve somut uyumsuzluk hukuk nezdinde çocuğun üstün yararı dikkate alınarak ele alınmalıdır. Verilen örnekler ve açıklamalar ışığında unutulma hakkı kurumuna çocuğun üstün yararının korunması için istisna getirilmelidir. Unutulma hakkının öznesinin çocuk olup olmadığı fark etmeksizin vefat eden her kimse eğer yaşasaydı aile bütünlüğü veya sağlıklı bir çocuk gelişimi için hukuken hangi adımları atacaksa, ölümden sonra da aynı adımların mirasçısı tarafından gerçekleştirilmesinin önü açılmalıdır.

¹²³ Merve Ayşegül Kulular İbrahim ve Rümeyza Aluç Demirel, “6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması”, C. 13, S. 51, 2022, TAAD, s. 345.

¹²⁴ Korap Özel, s. 19.

2.Doğal Afet Gibi Toplumsal Olaylarda Unutulma Hakkının Kullanılması

Doğal afetler doğrudan insan etkisi olmadan meydana gelen ve nüfusun çoğunluğu üzerinde can ve mal kaybına neden olan doğa olaylarıdır. Bir doğal afet ne kadar büyük ve geniş bir insan topluluğunu etkilerse halk içerisinde de o derece büyük bir tepki doğacaktır. Doğal afetler sonucunda verilecek tepkiyi ele alan konu “doğal afet okuryazarlığı” olarak da tanımlanmaktadır.¹²⁵

Bireyler doğal afetler hakkında bilgileri güvenilir medya kuruluşlarından almaktadırlar. Medya tarafından topluma sunulan haberlerin veya içeriklerin güvenilir olmasından yine medya kuruluşları sorumludur. Bu sebeple afet veya kriz dönemlerinde “afet haberciliği”nin önemli bir yeri bulunmaktadır. Son zamanlarda gelişen haberleşme teknolojileri, olay yerinden anında görüntü ve veri servis edilmesini mümkün kılmaktadır.¹²⁶ Medya tarafından bilgi akışı için topluma verilen haberlerde kişisel veriler bulunabilmekte, kişilik haklarına konu olabilecek meseleler gündeme gelebilmektedir.

Doğal afetler ve kriz dönemlerinde olağanüstü ölümler, yaralanmalar veya travmatik olaylar gerçekleşebilir. Ayrıca bu gibi dönemlerde insanların haber içeriklerine veya ekrana getirilen bilgilere karşı daha hassas olduğu bir gerçektir. Zira kriz ve doğal afet dönemlerinde kitleler her türlü metni anlamlandırmaya çalışmaktadırlar. Bu durum gerek konvansiyonel gerek yeni medya araçlarında kişiler hakkında doğru veya yanıltıcı bilgilerin daha yoğun biçimde paylaşılmasına yol açmaktadır. Bu ihtimaller çerçevesinde kontrolden geçmemiş verilerin, görüntülerin, seslerin, kişisel hikayelerin kamuoyuyla paylaşılması durumu ortaya çıkmaktadır.¹²⁷ Böyle zamanlar üzerinde sorumluluk bulunan her kişinin daha titiz hareket etmesini zorunlu kılmaktadır.¹²⁸ Yalan, yanlış veya tahrif edilmiş bilgilerin yayılmasının engellenmesi bu dönemde daha ciddi önem arz etmektedir. Zira bireylerin haber alma özgürlüğünün korunması kadar doğru habere ulaşma özgürlüklerinin de korunması gerekmektedir. Önemli olan kaynağı belirli, kamuya zarar verme kastı bulunmayan bilginin paylaşımını çoğaltmak olmalıdır.¹²⁹

Doğal afetler sonucu halkın bilgi almak istemesi doğaldır. Bu esnada kişilerin kişisel verileri veya kişilik haklarına ilişkin verileri ve bilgileri de duyurulmuş olacaktır. Bu durum basın ve ifade hürriyetinin bir parçasını

¹²⁵ Ufuk Sözcü, Doğal Afetler ve Doğal Afet Okuryazarlığı, 2. Baskı, Pegem, Ankara, 2019, s. 71.

¹²⁶ Elif Kütükoğlu, Afet Gazeteciliğine Gündem Belirleme Kuramı ve İzmir Depremi Haberlerinden Bakış, C. 4, S. 2, 2021, MEDIAJ, s. 221.

¹²⁷ Ülkü İlgi Eldem Anar, “Sosyal Medya Ortamında Yer Alan Afet Haberlerinde Etkileşim; İzmir Depremi Örneği”, C. 11, S. 3, 2021, The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, s. 1133, 1145.

¹²⁸ Eldem Anar, s. 1133.

¹²⁹ Murat Balcı/ Kerim Çakır, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, C. 9, S. 1, 2023, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 8, 11, 13.

oluştururken bu hakkın doğru kullanılamaması diğer temel hak ve özgürlük ile çatışacaktır.¹³⁰ Doğal afet olaylarının akabinde ortaya çıkan durumda kamunun ve ilgililerin haber alma ve bilgi verme özgürlükleri bulunmaktadır. Fakat haber alma ve bilgi verme özgürlüğüyle unutulma hakkı arasındaki dengenin gözetilmesi de en az özgürlüklerin korunması kadar gereklidir. Bu başlık altında unutulma hakkıyla çatışan önemli anayasal haklar arasında haber alma, haber verme veya ifade hürriyeti bulunmaktadır. İfade ve haberleşme özgürlüğü unutulma hakkıyla doğrudan veya dolaylı ilişki içerisinde olabileceğinden somut bir olayda unutulma hakkının kullanılması bu özgürlüklere yönelik ihlaller doğurabileceği yönünden eleştirilmektedir.¹³¹ Dolayısıyla burada yine hakların çatışması gündeme gelecektir. Örneğin, deprem gibi doğal afetlerden sonra depremzede çocukların enkazdan çıkarılma görüntüleri geleneksel ve yeni medya araçlarında yoğun bir şekilde yayınlanmaktadır. Doğal afet sonucu ölen bir kişinin kişilik hakları ve kişisel verileri önemlidir. Burada ölen bir kişinin hatırası zedelenmemelidir. Çocukların kişisel verilerinin bulunduğu haberlerde kamu yararı dengesi gözetilerek haberler çocuğun üstün yararına uygun olacak şekilde yayınlanmalıdır. Bununla birlikte gerekli olması halinde görüntüler çocuğun yakınlarının talebi üzerine kaldırılmalı, silinmelidir.¹³²

Doğal afetler sonrasında paylaşılan bilgilerin kişilerin özel hayatını da ihlal edebileceği değerlendirilmelidir. Özel hayat, kamuya karşı gizli tutulan bireylerin göz önüne çıkarmadıkları hayatlarıdır.¹³³ Özel hayatın ihlal edilmesi ise yalnızca ölen kişiye ilişkin manevi zarar değil yakınlarının ve diğer üçüncü kişilerin de aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple ölümün sonra mirasçılarının veya unutulma hakkını kullanmakta menfaati bulunan üçüncü kişilerin bu hakkı kullanabileceği değerlendirilmelidir.

Kişi eğer ölmüşse ve ortada bir manevi zarar var ise mirasçılarının unutulma hakkından faydalanması hem ölen için hem mirasçılar için gerekli görülmelidir. Doğal afet ve kriz dönemlerindeki ölümler mirasçılarının manevi zarara uğramasının mümkün olduğu, ölünün ölümden sonraki varlığına duyulacak saygının gündeme getirileceği dönemlerdir. Manevi zarar, Yargıtay tarafından “kişilik haklarına saldırı neticesinde davacı olanın duyduğu maddi ve manevi acı, ızdırap, elem, keder ve böylece yaşama zevkinde meydana gelen bir azalma” olarak ele alınmaktadır.¹³⁴ Mağdur olan davacının ruhsal bütünlüğünde, varlığında herhangi bir acı, ızdırap, üzüntü gibi sonuçların doğması halinde kişinin manevi bir zararla karşı karşıya olduğu ifade edilmelidir. Bu sebeplerle bir kişi deprem veya sel gibi bir

¹³⁰ Çınar, s. 564, 566.

¹³¹ Nalbantoğlu, s. 585.

¹³² Korap Özel, s. 18

¹³³ Apaydın, s. 182.

¹³⁴ Yargıtay 11. HD, E:2018/5385, K: 2019/6709, T:24.10.2019; Yargıtay İBĞK, E: 2017/5, K: 2018/7, T:6.7.2018; Gökhan Antalya, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", C. 22, S. 3, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 228.

doğal afette vefat etmiş ise kişinin yakınları kişiye ait kişisel bilgilerin, ceset görüntülerinin veya ölmeden önceki ses kayıtlarının silinmesini veya kaldırılmasını talep edebilmelidir. Kişisel bilgiler ölmüş bir kişiye ait dahi olsa kişinin yakınları için psikolojik sorunlar başta olmak üzere birçok sorunu doğurabilecektir. Bu kabul kişilerin acılardan kurtularak hayatlarına devam etmelerini sağlayacak en temel insan hakkı olarak kabul edilmektedir.¹³⁵

3.Devlet Tarafından Elde Edilen Kişisel Bilgiler

Devletin çıkarlarının bireyin veya toplumun çıkarlarından üstün tutulması devlet aklı olarak tanımlanmaktadır.¹³⁶ Devlet aklı bilginin gücünün farkındadır. Bu noktada birçok devlet ülke güvenliği gerekçesiyle vatandaşların bilgilerine ulaşmak istemektedir.¹³⁷ Fakat bahsedilen bu kavram olağanüstü durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kriz dönemlerinde, çözüme ulaşabilmek adına her türlü aracın kullanılabilmesi mümkündür. Böyle durumlarda devletler kişilerin bilgilerini gizlice elde edebilmekte, elde edilen kişisel bilgiler devletin yararına kullanılmaktadır.¹³⁸ Fakat bu uygulama bireyler bakımından riskli ve emniyetsiz bir ortam da doğurabilecektir. Devlet aklı ile unutulma hakkı arasındaki çatışma burada ortaya çıkmaktadır. Devlet her an ve her zaman elde etmiş olduğu bilgiyi kişinin aleyhine olacak şekilde kullanamamalıdır. Devletin üstün yararı ortadan kalktığına bireyin unutulma hakkından faydalanabilmesi gerekmektedir. Bu sebeple her dönemde devlet aklının var olabileceğinden bahsedilemez. Özellikle bu gibi bilgilerin bireylerin mirasçılarını zor durumda bırakabilecek sonuçlar doğurması muhtemeldir. Devletin gizli veya kamuya açık olmasında sakınca olmayan kişisel verileri kamu yararı nedeniyle arşivlense de kişinin vefatı sonucunda mirasçısının ölen bireyin aleyhine olabilecek bu gibi bilgilerden zarar görmemesi için unutulma hakkından faydalanması gerekmektedir. Burada kişi hakları ve kamu yararı arasındaki dengenin somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.¹³⁹

Unutulma hakkı, verilerin hukuka uygun olarak kaydedilmesi halinde dahi silinebilme hakkını bireylere sağlamaktadır. Geçmişte utanç verici davranışları, resmi makamlar nezdinde sabıka kaydı veya hakkında verilmiş bir mahkeme kararı olan ve bu gibi bilgilere dijital ortamlardan ulaşılabilen bir kişinin ölümünden sonra mirasçıları ölenin verilerinin silinmesini isteme hakkına sahip olmalıdır. Örneğin, terörle iltisaklı olduğu devlet tarafından

¹³⁵ Yaşar Salihpaşaoğlu/ Burcu Değirmencioğlu, "Unutulma Hakkının Bir "İnsan Hakkı"na Dönüşme Yolculuğu", C. 24, S. 2, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 381.

¹³⁶ Salim Orhan, "Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye'ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa", C. 23, S. 39, 2018, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23, s. 377; Sevil Şılan Kum, s. 137.

¹³⁷ Kum, s. 136.

¹³⁸ Kum, s. 139.

¹³⁹ Kent/ Kulular İbrahim, s. 195.

kayıt altında bulunan kişilerin mirasçıları belli bir süre geçtikten ve bilginin kamu yararı nezdinde güncelliğini yitirmesi halinde bu verinin silinmesini talep edebilmelidir. Zira bu veriler mirasçının iş, aile, eğitim gibi gelecek yaşamını etkileyebilecek bilgilerdir. Bu açıdan devletin ölen kişinin verisinin silinmemesini kamu yararı olarak görmesi halinde dahi, kamuoyu tarafından öğrenilmesinde sakınca olmayan fakat mirasçıların zararına olacak verilerin dijital ortamda paylaşılması halinde unutulma hakkının gündeme getirilmesi zorunludur. Örneğin arama motorunda yapılan bir arama sonucunun silinmesine yönelik mirasçı ölen kişinin verisi üzerinde unutulma hakkından yararlanabilmelidir. Üstelik arama sonuçlarına yönelik verilecek böyle bir kararda devletin sahip olduğu verinin arşivden kaldırılması da gerekmemektedir. Mirasçı yalnızca arama sonuçlarında yer alan idari işlem kaydının veya bir internet sitesi sonucunun kendi menfaatine aykırı olan kısmının arama motorundan çıkarılmasını talep etmektedir.¹⁴⁰ İfade edilmelidir ki burada kişilik hakkı, özgürce hayatını kurma ve devam ettirebilme hakkı kamu yararına baskın gelmektedir. Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna yapılan bir bireysel başvuruda Mahkeme, internetin yaygınlaşmasından evvel bireylerin geçmişlerine veya özel hayatlarına ilişkin bilgilerin zamanla kaybolduğunu ifade etmektedir. Ayrıca teknolojik gelişmelerin bu denli hızlı ilerlemediği zamanlarda geçmişe ilişkin bir kayıt tutulmuş olsa dahi bu kayıtlara ulaşılmasının oldukça zor olduğundan bahsedilmektedir. Bu durum da doğal olarak kişilerin geçmiş hatalarının sürekli gündeme gelmesini, kişinin veya bu hatalara bağlı olarak yakınlarının geleceğe yönelik olumsuzluklarla karşılaşmalarını engellemekteydi. Fakat Genel Kurul, günümüzde basit bir internet aramasında bireylerin geçmişlerine ilişkin bilinmelerini arzu etmedikleri, hatırlanmasını istemedikleri, özel veya aile hayatını etkileyebilecek bilgilere kolaylıkla ulaşılabilmesinin altını çizmektedir. Mahkeme, internetin gelişimiyle meydana gelen unutulmama bahsinin ifade hürriyeti ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengeyi bozduğunu, fakat bu iki hakkın eşit derecede korunması gerektiğini belirtmektedir. Kural olarak şeref ve itibar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da bahsi geçen Karardan da anlaşıldığı üzere bazı somut olaylarda aile hayatının ve aile birliği içerisindeki diğer bireylerin şeref ve onurlarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir ve bu kişilerin şeref ve haysiyetlerinin de korunması gerekebilir.¹⁴¹

Kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunmasında unutulma hakkının kullanılması önemli rol oynamaktadır. Haklar arası dengenin sağlanmasında her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmelidir.

Devlet aklını oluşturan bilgi kaynaklarından diğeri istihbari verilerdir. İstihbarat kelimesi bilgi alma, haber toplama, ham bilgilerin işlenmesi anlamına gelmektedir.¹⁴² Fakat kişinin özel hayatının gizliliği, şeref ve

¹⁴⁰ Çağla Tansuğ, “İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı”, S. 2, 2021, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1576.

¹⁴¹ N.B.B. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/5653, K.T. 3/3/2016, § 45 (Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁴² Atlı, s. 13.

haysiyeti, aile bütünlüğü gibi kişilik hakları devlet aklıyla çatışabilecektir. Örneğin, bireylerin siyasi faaliyetlerinin, eğitim verilerinin, sabıka kayıtlarının devletin bilgi arşivinde olması doğaldır. Fakat bu verilerin örneğin 50 yıla yakın bir süreliğine işlenmesi özel hayatın gizliliğine aykırılık doğurabilecektir. Zira bu veriler gerek kişinin gerek aile bireylerinin yaşamlarının devamlılığını etkileyebilecek, toplum içerisindeki itibarlarını zedeleyebilecektir.¹⁴³ Kişinin ölmesi halinde ise ölenin aile üyeleri devlet arşivlerindeki bilgiler dolayısıyla hayatlarını tam anlamıyla kuramayabilecektir. Bu hususta unutulma hakkının kullanılması, ölenin mirasçısının kişiliğini özgürce oluşturabilmesine yardımcı olacaktır. Bu durumda kamu yararı, toplumun bilgi almadaki faydası veya devletin istihbari bir veriyi tutma sebep ve gerekçesine bakılmalıdır. Diğer taraftan unutulma hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı durumlarda ve devlet tarafından ilgili verilerin işlenmesinin gerekli olduğu hallerde verilerin anonimleştirilerek işlenmesi ölen kişinin yakınlarının haklarının korunmasını sağlamaya elverişli bir diğer yöntem olarak düşünülebilir.

Türk hukukunda vefat eden kişinin mirasçılarının ölenin kişilik haklarını koruyamayacak olmasındaki tartışmalar bu konuda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Doktrin bu noktada KVKK'ye özel bir düzenleme yapması noktasında tavsiye vermektedir.¹⁴⁴ Tavsiyeye göre ölen kişilerin verileri üzerinde veri sorumlularının¹⁴⁵ serbest tasarruflarının sınırlandırılması gerekmekte, uluslararası alandaki düzenlemeler dikkate alınarak ölen kişilerin ardından kişisel verilerin korunması sağlanmalıdır. Böylece uygulamada meydana gelebilecek sıkıntıların da önüne geçilebilecektir. Ayrıca doktrin, mirasçıların bu korumayı sağlamak noktasında birtakım haklara sahip olmaları gerektiğini, bu hakları kullanmaya yönelik belli bir süre sınırının konularak somut meselenin kötüye kullanılmasının da önüne geçilebileceğini ifade etmektedir.¹⁴⁶

SONUÇ

Unutulma hakkının temelinde yasal metinlerce kişisel veriler olarak tanımlanan bireyin sahip olduğu bilgiler bulunmaktadır. Birey verilerinin akıbetini kontrol etme hakkına sahiptir. Bu sebeple hukuka uygun işlenmiş olsun veya olmasın kişinin verisinin silinmesini, kaldırılmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Bir verinin güncelliğini yitirmesi, ölçsüz biçimde arşivlenerek kullanılması, verilen rızanın dışına çıkılarak kullanılması, işlenmesi, arşivlenmesi veya bir kişilik hakkını ihlal etmesi halinde silme, erişime engelleme ve düzeltme hususunda talepte bulunulması unutulma hakkının gerekçeleri arasındadır.

¹⁴³ Akgül, s. 76.

¹⁴⁴ Uçak, s. 113.

¹⁴⁵ “Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi” (Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik, RG, 30.12.2017, S. 30286, madde 4/ö)

¹⁴⁶ Uçak, s. 113.

Unutulma hakkının kullanılması diğer bazı hakları sınırlandırmaktadır. Bu noktada hakların dengelenmesi hususu değerlendirilmelidir. Kamu yararı, genel sağlık veya devlet aklı doktrinine göre istihbari bir kişisel verinin işlenmesi hali unutulma hakkının istisnalarındandır.¹⁴⁷ Basın faaliyeti, ifade hürriyeti veya kamu yararı kişinin ihlal edilen kişilik değerlerinin her zaman önüne geçmemelidir.

Unutulma hakkı dijital ortamla özdeşleşmiş bir haktır. Fakat geleneksel medyada unutulma hakkının var olması ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında da ele alınmaktadır. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi eskiden geleneksel medya içeriklerinin sınırlı süre için kamuoyuna açık olma özelliği sebebiyle unutulma hakkına konu olamayacağını fakat günümüz teknolojik gelişmelerinde artık geleneksel medya içeriklerinin kolaylıkla dijitale aktarılabileceğini kabul etmektedir. Bu örnekten yola çıkarak geleneksel medya içeriklerinden eğer dijital ortamda olsaydı ne gibi bir işlem uygulanacaksa bu içeriklerin dijital ortama aktarılmadan da unutulma hakkına konu olabileceği ifade edilebilir. 6112 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan SKAAS kayıtları, medya hizmet sağlayıcıların içerikleri 1 yıl süreyle muhafaza etmesi gibi uygulamalar da geleneksel medyada kişisel verilerin işlenmesi anlamına geleceğinden unutulma hakkının geleneksel medyada tamamen göz ardı edilemeyeceği ifade edilmelidir.

Unutulma hakkına birçok anayasal hak girmektedir. Özel hayatın gizliliği, ifade hürriyeti, basın faaliyetleri, haber alma, kişiliğin korunması gibi haklar bunlardan bazılarıdır. Özellikle kişilik haklarının ihlali kişisel verilerin işlenmesiyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle kişisel veriler, kişilik haklarının korunması unutulma hakkı çerçevesinde incelenmelidir. Medeni Kanun'daki kabule göre, kişinin vefatıyla kişilik haklarından doğan haklar da ortadan kalkacaktır. Fakat kişi hayatını derinden etkileyen toplumsal uyumsuzluklar nedeniyle kişilik haklarının gerek birey hayattayken doğrudan gerekse birey öldükten sonra yakınları eliyle korunması gerekmektedir. Bu durum bazen yakınların veya üçüncü kişilerin kendi menfaatlerini korumak için bazen de dolaylı olarak vefat edenin haklarını korumak içindir. Doktrindeki bazı görüşler unutulma hakkının mirasçılar tarafından kullanılamayacağını kabul ederken, hatırayı koruma doktrini, ölümden sonra kişiliğin korunması doktrini gibi görüşler de mirasçılarının ölen kişinin kişilik haklarını ileri sürebileceğini kabul etmektedir. Söz konusu tartışma yapay zekâ, deepfake teknolojisi, NFT gibi yeni teknolojiler çerçevesinde de değerlendirilmeye muhtaçtır. Zira ölen bir kişinin sesi, görüntüsü, bilgileri bu teknolojiler kullanılarak adeta kişi hayattaymışçasına yeniden üretilebilmektedir. Bu noktada ölen kişinin kişisel verilerinin, kişilik haklarının mirasçılar tarafından kullanılamayacağını ifade etmek ölenin hatırasının korunmasına, yakınlarının maddi ve manevi zararlarının tazminine cevap vermeyecektir.

Her zaman yetişkin bireylerin unutulma hakkı gündeme gelmeyecektir. Günümüzde internet kullanımı oldukça düşük yaşlara ulaşmaktadır. Bu noktada çocuğun unutulma hakkının öznesi olduğu

¹⁴⁷ Atlı, s. 11.

durumlar da çocuğun mirasçı olarak ebeveynlerinin unutulma hakkını kullanabileceği durumlar da bulunmaktadır. Çocuğun üstün yararı esas alınarak hareket edilmesi hukuka uygun olandır.

Doğal afet gibi toplumsal olaylarda haber ve bilgi verme hakkının daha sıkı şekilde korunması gerekmektedir. Fakat bilgi yoğunluğunun en fazla olduğu bu zamanlarda kişilerin verilerinin ve haklarının da üst seviyede korunmasına özen gösterilmelidir. Bu hakkın veya verinin korunmaması doğal afette hayatını kaybeden kişinin yakını veya mirasçısı tarafından manevi bir zarara yol açabilecektir. Bu durumda manevi olarak elem, keder, üzüntü veya aile bütünlüğünün zarara uğraması halinde ölen kişinin bilgilerinin, verilerinin unutulması hakkından mirasçıların veya yakınlarının yararlanabilmesi gerekmektedir.

Unutulma hakkının mirasçılar bakımından özel bir görünümünü oluşturan diğer bir durumsa devlet aklının oluşmasındaki bilgilerdir. Birey hayattayken devletin kişi hakkında edindiği gizli bilgilerin uzun zaman geçmesine rağmen veya ölümünden sonra dahi arşivlenmeye devam etmesi bireyin yakınlarının hayata dair temiz bir sayfa açmasına engel teşkil ediyor ise mirasçıların ölenin kişisel verilerinin silinmesini, düzeltilmesini isteme hakları bulunmalıdır.

Unutulma hakkı; kapsamı oldukça geniş olan, günden güne değişen ve teknolojik gelişmelerle sınırları somut olaya göre tespit edilmesi gereken yeni nesil bir haktır. Bu hakkın sadece kişi hayattayken kullanılabilir olduğu kabulü üçüncü kişiler nezdindeki hakların korunmamasına yol açabilecektir. Bu sebeple unutulma hakkını kullanabilecek kişilerin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Böylece kişilik hakları başta olmak üzere birçok Anayasal hak hem ölen kişi nezdinde hem ölenin yakınları nezdinde korunmuş olacaktır.

KAYNAKÇA

Akgül A, "AIHM Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı", C. 9, S. 92, 2014, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 771-805.

Akgül A, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: 'Unutulma Hakkı' Ve AB Adalet Divanının 'Google Kararı'", S. 116, 2016, TBBD, ss. 1-38.

Akıncı A. N, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Çalışma Raporu 6, 2017, (http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf, s.e.t: 23.08.2023)

Akkurt S. S, "17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde "Unutulma Hakkı", C. 65, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 205-2635.

Akkurt S. S, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış", C. 2, S. 1, 2020, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, ss. 20-32.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 Bvr 16/13, K.T. 6.11.2019, (Bundesverfassungsgericht), Kararın İngilizce Çevirisi: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/11/rs20191106_1bvr001613en.html (s.e.t: 23. 08.2023)

Antalya G, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", C. 22, S. 3, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 221-250.

Antalya G/ Topuz M, Medeni Hukuk, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2021,

Apaydın C, Basın, Televizyon ve Radyo Yayınlarında Cevap ve Düzeltme Hakkı İnternette Erişimin Engellenmesi, Unutulma Hakkı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020,

Arat A, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", C. 9, S. 1-2, 2006, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss. 257-276.

Arslan Öncü G, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitabı Serisi-8, 2019, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, (https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf., s.e.t: 23.08.2023)

Arslan S, Sosyal Medya Platformları Üzerinden Kişilik Hakları İhlali, Korunmasına Yönelik Düzenlemeler, Ülke Uygulamaları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilişim Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2018.

Atlı T, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", C. 2, S. 1, 2019, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 4-22.

Ayan M, Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

Balcı M/ Çakır K, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, C. 9, S. 1, 2023, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1-17.

Birtane Ş/ Alkan F/ Kozan A/ Yıldız F/ Yazıcı H/ Öncel Ç/ Barın T, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetleri, Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2021.

Bozkurt A, Sanal Ortamda Unutulmak Bir Hak Mı? [Röportaj] Türkiye Bilişim Derneği, Bilişim Dergisi, 22 Ağustos 2023, <https://www.bilisimdergisi.org.tr/s161/pdf/94-97.pdf>

Büyüksağış E/ Özyiğit S/ Mirkelam Falay S/ Buldağ İ. E/ Okur M. S, “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, C. 47, S. 2, 2021, Yargıtay Dergisi,

Canbolat F/ Koşar G. G, “Basın Yoluyla Kişilik Haklarının Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, S. 151, 2020, TBBB, ss. 259-302.

Çelik Y, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, C. 32, 2017, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 391-410.

Çınar A, “Unutulma Hakkının Ortaya Çıkış Serüveni ve Kapsamının Değerlendirilmesi”, C. 13, S. 49, 2022, TAAD, ss. 551-584.

Çınar A, “Unutulma Hakkının Ortaya Çıkış Serüveni ve Kapsamının Değerlendirilmesi”, C. 13, S. 49, 2022, TAAD, ss. 551-584.

Çırak E, “Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlanmaya Karşı, Unutulma Hakkı”, S. 36, 2018, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 161-189.

Doğan M, “Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası”, C. 5, S. 1-4, 2001, AÜEHFD, 369-420.

Doğan P. B, “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı, ‘Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı’”, C. 0, S. 0, 2014, Ankara Barosu Dergisi, ss. 477-493.

Doğu A. H, “Görsel ve İşitsel Medyanın Kişisel Veriler Bakımından Hukuki Yönü”, Birinci Ulusal Görsel-İşitsel Medyada Kişisel Verilerin Korunması Sempozyumu Bildiri Kitabı, RTÜK/ KVKK, Ankara, 2022.

Duman K, “Arama Motorları ve İnternet Haberciliğine Etkileri: Türk İnternet Haber Medyası Örneği”, C. 11, S. 1, 2018, Selçuk İletişim, ss. 257-287.

Düğer S, “Yeni Medyanın Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Bir Model Önerisi Olarak Brezilya İnternet Kanunu ‘Marco Civil Da İnternet’, Ed: Mehmet Gökhan Genel, Yeni Medya Araştırmaları 1 Güncel Tartışmalar Ekseninde, 1. Baskı, Ekin, 2015.

Dülger M. V, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, C. 1, S. 2, 2019, Yaşar Hukuk Dergisi, ss. 71-174.

Dülger M. V, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, C. 5, S. 1, 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 71-144.

Dülger M. V, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin, 9. Baskı, Ankara, 2022.

Eldem Anar Ü. İ, “Sosyal Medya Ortamında Yer Alan Afet Haberlerinde Etkileşim; İzmir Depremi Örneği”, C. 11, S. 3, 2021, The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, ss. 1129-1147.

Elmalıcı H, "Bilişim çağının ortaya çıkardığı temel bir insan hakkı olarak unutulma hakkı", C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1603-1636.

Erdos D, “Dead ringers? Legal persons and the deceased in European data protection law”, S. 40, 2020, Computer Law & Security Review, (https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736492030100X?casa_token=YHTSDa5zLkAAAAAA:2KV7Ta8Fj2Sjp9cAdhitmvGBZ-yvhgNIE88qpdcEWXZlj5bhonwFjMTMOL-5YnrsSori3HEm4S, s.e.t: 29.08.2023)

Fabbrini F/ Celeste E, “The Right To Be Forgotten In The Digital Age: The Challenges Of Data Protection Beyond Borders”, S. 21, 2020, German Law Journal, ss. 55-65.

GDPR. EU, “Complete Guide To GDPR Compliance, ‘Everything You Need To Know About The ‘Right To Be Forgotten’”, (<https://gdpr.eu/right-to-be-forgotten/>, s.e.t: 10.08.2023)

Gezder Ü, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, S. 1, 2007, İÜHFMLXV/, ss. 207-222.

Gülener S, “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak “Unutulma Hakkı”, C. 25, S. 102, 2012, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 219-240.

Güngör A, “Sosyal Medyada Çocuk Hakları İhlali ve Çocuk İstismarı: Instagram Anneleri”, S. 54, 2021, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, ss. 1-24.

İnan A. N/ Ertaş Ş/ Albaş H, Miras Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022,

İnce Akman N, “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)”, C. 9, S. 2, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 527-560.

Karahisar T, “Yeni Medya, Mahremiyet ve Unutulma Hakkı”, Ağdaki Şüpheli Bir Sosyal Medya Eleştirisi, Der. Tuba Kara, Ebru Özgen, 1. Baskı, Beta Yayın, 2015.

Kaya K, “Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Ortaya Çıkan Bir Hak Olarak Unutulma Hakkının Değerlendirilmesi”, C. 5, S. 8, 2020, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, ss. 177-196.

Kaya M. B, “Unutulma Hakkı: AİHM’in Unutulma Hakkına Yaklaşımı”, 2020, MBKAYA, (<https://Mbkaya.Com/Unutulma-Hakki-İnsan-Haklari-Aihm/>, s.e.t, 22.02.2023)

Kaya S. B, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, C. 9, S. 1, 2022, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 51-72.

Kent B/ Kulular İbrahim M. A, “The Right to be Forgotten for Protection of Personal Data and Privacy on the Internet”, Trending Topics on Social Media Researches, Ed: Ufuk Bingol, Peter Lang, 2021.

Korap Özel E/ Deniz Ş / Pakkan Ş, "Çocuğu 'Haber'den Silmek: Çocuk Haberlerinde Gazetecilik Etiği İçin Yeni Bir Fırsat Olarak Unutulma Hakkı", S. 61, 2021, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, ss. 1-34.

Kulular İbrahim M.A/ Aluç Demirel R, "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması", C. 13, S. 51, 2022, *TAAD*, ss. 329-364.

Kum S. Ş, "Unutulma Hakkının İstihbari Kaynaklı İdari İşlemler Açısından Değerlendirilmesi", C. 11, S. 1, 2021, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 129-150.

Kütükoğlu E, "Afet Gazeteciliğine Gündem Belirleme Kuramı ve İzmir Depremi Haberlerinden Bakış", C. 4, S. 2, 2021, *MEDIAJ*, ss. 211-233.

Nalbantoğlu S, "Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı", S. 35, 2018, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, ss. 583-605.

Ocak A, "Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı", C. 9, S. 33, 2018, *TAAD*, ss. 507-536.

Orhan S, "Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye'ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa", C. 23, S. 39, 2018, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, ss. 375-409.

Ömeroğlu A. "Kişilik Haklarının Alkaya-Türkiye Davası Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hukukuna Göre İncelenmesi", C. 0, S. 15, 2020, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, ss. 309-342.

Önok M, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında "Unutulma Hakkı" ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", C. 16, S. 1, 2017, *İKÜHFD*, ss. 155-188.

Özyiğit S, "Kişilik Hakkı Ekseninde Deepfake", *Birinci Ulusal Görsel-İşitsel Medyada Kişisel Verilerin Korunması Sempozyumu Bildiri Kitabı*, RTÜK/ KVKK, Ankara, 2023 Mayıs, ss. 168-198.

Radmilovic I/ Bereczki T/ Liber A, "Hungary adopts national GDPR supplementing legislationç Lexology.", *Lexology*, 2018, (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e045c27-67c6-43a5-a5e8-a0a30a07612b>, s.e.t: 23.08.2023)

Salihpaşaoğlu Y/ Değirmencioğlu B, "Unutulma Hakkının Bir "İnsan Hakkı"na Dönüşme Yolculuğu", C. 24, S. 2, 2020, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 361-388.

Soysal T, "Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi", C. 5, S. 13, 2019, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, ss. 339- 422.

Sözcü U, *Doğal Afetler ve Doğal Afet Okuryazarlığı*, 2. Baskı, Pegem, Ankara, 2019.

Şerefioğlu Henkoğlu H, "Unutulma Hakkı: Dijitalleşme Sürecinde Bilgiye Erişim Özgürlüğünü Tehdit Eder mi?", *Bilgi Sistemleri ve Bilişim Yöntemleri Beklentiler ve Yeni Yaklaşımlar*, ResearchGate, (https://www.researchgate.net/publication/323558045_Unutulma_Hakki_Dijitallesme_Surecinde_Bilgiye_Erisim_Ozgurlugunu_Tehdit_Eder_mi s.e.t: 23.08.2023)

Tansuğ Ç, “İdare Hukuku Perspektifinden Unutulma Hakkı”, S. 2, 2021, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1565-1599.

Tuğ Levent G, “Sosyal Medyada Çocuğun Kişilik Hakkı İhlaline Karşı Çocuğun Unutulma Hakkı”, Van YYÜ 40. Yıl Özel Sayısı, 2022, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 56-77.

Turan Başara G, “Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümünden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi”, C. 5, S. 1, 2020, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 341-390.

Turgut C, Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2021.

Uçak M, “Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması”, C. 6, S. 10, 2021, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 10-97.

Usta O, Kişilik Hakları Bağlamında Unutulma Hakkı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, Kayseri, 2020.

Vuraloğlu O. M, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlâlinde Kazancın Devri Talebi”, C. 15, S. 1, 2018, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 181-203.

Yavuz C, İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2020.

Yıldız T, “Unutulma Hakkının Uygulanışı Açısından Arama Motorlarının Rolü”, C. 4, S. 2, 2019, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 399-431.

Yılmaz Ç. M, “Mephisto Kararı Çerçevesinde Postmortal Dönemde Kişilik Hakkının Korunması”, C. 20, S. 41, 2021, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 877-897.

Yılmaz S/ Erkan V. U, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, C. 11, S. 2, 2020, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 567-586.

Yüksel D/ Tolon M, “Dijital Pazarlama Stratejisi Olarak Arama Motoru Optimizasyonu (SEO)”, C. 3, S. 3, 2019, International Journal of 3D Printing Technologies and Digital Industry, Uluslararası 3B Yazıcı Teknolojileri ve Dijital Endüstri Dergisi, ss. 236-243.

TERCÜME

KADIJUSTİZ'E KARŞI: YABANCI HUKUKA OLUMSUZ ATFA DAİR

Intisar A. Rabb*

Tercüme: Dr. Öğr. Üyesi Cemal DURSUN**

Giriş

Yabancı hukuka yargısal atıf yapılmasına dair tartışmalarda,¹ Amerikan hukukunu yabancı yargı çevrelerinin hukukları ile *karşılaştıran* atıfların etkileri pek az fark edilmektedir.² Tartışma, umumiyetle hâkimlerin Amerikan mahkemelerinde yabancı hukuku ne ölçüde meşru bir şekilde ikna edici otorite olarak görebildikleri etrafında dönmektedir.³ Bu durum, Yüksek Mahkeme'nin^{***} uzun zamandır, bir dizi yüksek profilli davada

* Hukuk Profesörü, Harvard Hukuk Fakültesi. Bu makalenin bir versiyonu ilk olarak Suffolk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Donahue Dersi olarak ve ardından Harvard Hukuk Fakültesi'nde Federal Yargı Merkezi'nin Hukuk ve Toplum Semineri'nde sunuldu. Her bir oturumun katılımcılarına, fikir hakkındaki yorumları ve sohbetleri için Abigail Balbale, Meagan Froemming, Vicki Jackson, Darryl Li, Vlad Perju, Chantal Thomas ve Adnan Zulfiqar'ın yanı sıra Donahue konferans sunucusu Dekan Camille Nelson ve—Joy Backer, Benjamin Conery, Lyndsay Montour ve Douglas Sweeney dahil—[Suffolk Üniversitesi Hukuk, ç.n.] Dergisi'nin öğrenci editörlerine içten takdirlerimi sunuyorum.

** Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi cemaldursun@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3674-9684.

¹ Örneğin, o dönem Yüksek Hakim [olan, ç.n.] John Stevens'in *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 317 n.21 (2002) davasındaki zihinsel engellilerin idamının anayasaya aykırı olduğunu ve “uluslararası toplum içinde” yaygın olan normlarla uyumlu olduğunu beyan eden çoğunluk görüşünü Yüksek Hakim Antonin Scalia'nın bu davadaki “uluslararası toplumun uygulamalarının ... ilgisiz” olduğunu ifade eden karşı oy gerekçesini, *id.* 347-48'de (Scalia, J., karşı oy), karşılaştıran.

² Anayasal ödünç almalardaki olumsuz modellerin kıyasen bir değerlendirmesi için bkz. genel olarak Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT'L J. CONST. L. 296 (2003).

³ Akademik tartışmaların vâkıfâne bir özeti için bkz. Vlad F. Perju, *The Puzzling Parameters of the Foreign Law Debate*, 2007 UTAH L. REV. 167, 168 (2007), [bu makale, ç.n.] yabancı hukuk ihtilaflarının ana hatlarına genel bir bakış sunmakta ve iç hukuktaki yorumu “zenginleştirme ve iyileştirme potansiyelinin” tanınması açısından yabancı hukuka atıf yapılması lehine görüş serdetmektedir.

^{***} ÇD: Hem federal davaların hem de anayasal ve federal öneme sahip eyalet mahkemesi kararlarının nihai temyiz mercii olan Supreme Court of the United States (SCOTUS), statute adı verilen yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyebilmekte, aykırılık tespiti halinde kısmen veya tamamen geçersiz kılabilir. Bkz. <https://www.supremecourt.gov/> Federal mevzuat için US Code'a (<https://www.loc.gov/collections/united-states-code/about-this-collection/>) veya US Statutes at Large'a bakılabilir (<https://www.loc.gov/collections/united-states-statutes-at-large/about-this-collection/>).

görünür olmasının ardından⁴ son yıllarda özellikle dikkat çeken yabancı hukuka atıfta bulunma eğiliminden kaynaklanmaktadır.⁵ Bu uygulama hem yargısal eleştirilere hem de müdafaalara yol açmıştır.⁶ Benzer şekilde, pek çok anayasa hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bilim insanı, uygulamaya icazet ve uygulamanın feraseti hakkında sorular ortaya atmıştır.⁷

Tartışmanın az ilgilenilen bir yönü ise, yabancı hukuka *olumsuz* atfın varlığı veya sonucu ile ilgilidir. Fevkalade bir şekilde Kim Scheppele, anayasal tasarımda, yabancı hukuka ve yabancı hukuktan “hem olumlu hem

⁴ Bkz. Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 YALE J. INT'L L. 1, 12-87 (2006) (collecting cases).

⁵ Bkz. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 577 (2005) ((17 ve 16 yaşındaki iki, ç.n.) çocuk hükümlülerin infazının “çocuk ölüm cezasına karşı yüzünü çeviren” uluslararası hukuk normuna aykırı olduğunu beyan eden); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003) (cinsel özgürlüğün “insan özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası” olarak kabul edilmesini öngören genel yabancı hukuk normlarına uygun olarak eşcinsel sodomiye yasaklayan eyalet ceza kanununun On Dördüncü Değişiklik'e aykırı olduğunu anayasaya aykırı ilan eden); *Atkins*, 536 ABD, 317 n.21 (zihinsel engellilerin idamının anayasaya aykırı olduğunu ve “uluslararası toplum içinde” öne çıkan normlarla uyumsuz olduğunu ilan eden). Cezai olmayan davalardaki görüşler için bkz. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 344 (2003) (Ginsburg, J., çoğunluk görüşüne katılan, pozitif ayrımcılığın On Dördüncü Değişiklik'in Eşit Koruma fıkrasını ihlal etmediği yönündeki kanaati desteklemek için uluslararası hukuka dayanan, ve *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 734 (1997), hakim yardımlı intiharın (ötanazinin, ç.n.) bir temel hak teşkil edip etmediğini belirlemek için Hollanda yasalarını inceleyen).

⁶ Bkz. örneğin *Atkins*, 536 U.S., 347-48 (Scalia, J., karşı oy); Norman Dorsen, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, 3 INT'L J. CONST. L. 519, 522-524 (2005); Yüksek Hakim Ruth Bader Ginsburg, *Keynote Address at the Ninety-Ninth Annual Meeting: Remarks to the American Society of International Law: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication* (Apr. 1, 2005), in “A DECENT RESPECT TO THE OPINIONS OF MANKIND ...”: SELECTED SPEECHES BY JUSTICES OF THE U.S. SUPREME COURT ON FOREIGN AND INTERNATIONAL LAW (Christopher J. Borgen ed., 2007), available at [http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/asil_speeches\(1\).pdf](http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/asil_speeches(1).pdf), archived at <http://perma.cc/D6Z5-Y2B2> (Yüksek Hakimler O'Connor'ın 2002'de, Breyer'in 2003'te, Scalia'nın 2004'te, ve Ginsburg'un 2005'teki görüşleri dahil).

⁷ Bkz. örneğin Mark Tushnet, *When Is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law*, 90 MINN. L. REV. 1275, 1277 (2006) (hakimlerin anlamaları muhtemel olmayan iddiaları değerlendiren ve bu nedenle yabancı hukuka faydalı bir şekilde başvuran); Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129, 129 (2005) (yabancı hukuka atıf için buyurucu/güvenilir bir temel olarak “milletler hukuku” kavramını koyan). Bkz. genel olarak Steven G. Calabresi, Lawrence, *The Fourteenth Amendment, and the Supreme Court's Reliance on Foreign Constitutional Law: An Originalist Reappraisal*, 65 OHIO ST. L.J. 1097 (2004) (yerel hakimlerin yorumun makul olup olmadığını değerlendirmelerine yardımcı olmak açısından yabancı hukuka yapılan atıfların ilgisini tartışan); Sanford Levinson, *Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections*, 39 TEX. INT'L L.J. 353 (2004) (belirgin biçimde Amerikan anayasal değerlerini içeren sorunların karara bağlanmasında uluslararası hukukun ilgisiz olduğu yönündeki Yüksek Hakim Scalia'nın vardığı sonuca katılan).

olumsuz, hem doğrudan hem dolaylı” atıf ve ödünç alma modellerini işe yarar bir minvalde ortaya çıkarmıştır.⁸ Yabancı fikirlerin iç hukukla olan ilgisini değerlendiren [Scheppele, ç.n.], anayasayı kaleme alanların* kimi zaman belirli anayasal fikirlere kıymet atfedip onları kabul ederken⁹ diğer anayasal fikirleri kötüleyip reddettiklerini belirtmektedir.¹⁰ Yabancı anayasal fikirlerin *olumsuz modellerinin* yerel değerlerin anlaşılmasında hayati öneme sahip olduğuna dikkat çeken bu sonuncu uygulamayı “kaçınmacı anayasacılık (*aversive constitutionalism**)” olarak adlandırmaktadır.¹¹ [Scheppele, ç.n.] için olumsuz modeller önemlidir; çünkü fikirlerin güçlü bir şekilde reddedilmesi, anayasa yapıcılarının olumlu bir şekilde benimsemek istedikleri modelden ziyade neyden kaçınmak istedikleri hakkında çoğu vakit daha çok şey söyler.¹² Dahası olumsuz modeller, “kurucu dönemden bu yana oldukça dar çerçeveli görünen”¹³ bir anayasaya göre faaliyette bulunan ve kendisini apaçık zıt değerleri teşvik eden modellerin zıttı olarak tanımlama eğiliminde olan ABD Yüksek Mahkemesi üzerinde özellikle etkili

⁸ Scheppele, *supra* note 2, 297’de.

* Burada kullanılan *constitutional drafters* ifadesi, Amerikan Anayasası’nın ve ondan önce veya hemen sonra ortaya çıkan eyalet anayasalarının yapılışı bakımından oldukça önemlidir. 1777’de kabul edilip 1781’de yürürlüğe giren *Articles of Confederation*’ı gözden geçirmek ve mümkün mertebe aksıyan yönlerini tadil ve tashih etmek amacıyla 1787 yılının Mayıs ayında 55 delegenin katılımı ile Pennsylvania eyaletinin Philadelphia şehrinde toplanan *Constitutional Convention* tarafından önce *Committee of the Whole*’a, ardından *Committee of the Detail*’e verilen taslak metin oluşturma görevi, Amerikan Anayasası olarak bildiğimiz yeni bir anayasal metnin ortaya konulması ile sonuçlanmıştır. *Constitutional drafters* ifadesi, anayasa yapıcı bir organdan ziyade bizzat anayasayı kaleme alan gerçek kişileri ifade etmek üzere kullanıldığı gibi seçilmiş temsilcilerin (*delegates*) onayı ve halk oylaması (*popular vote*) kavramları ile de yakından ilgilidir. Nitekim Massachusetts yasama organı tarafından hazırlanan eyalet anayasasının *güçler ayrılığı* ve *bill of rights* içermeyen ilk versiyonu 1779’daki halk oyunda reddedilmişti. Bu defa yasama organı içinden seçilen bir komitenin üyesi delegeler tarafından ayrıca seçilen üç kişilik alt komite tarafından hazırlanan anayasa, hem delegeler hem de yasama organı üyeleri tarafından kabul edildikten sonra halk oylamasına sunulmuş ve 1780’de kabul edilmişti.

⁹ *Id.* 297, 299’da.

¹⁰ *Id.* 297, 300’de (bu olguyu “kaçınmacı anayasacılık” olarak adlandıran); ayrıca bkz. Lee Epstein & Jack Knight, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, 1 INT’L J. CONST. L. 196 (2003) (anayasayı kaleme alanların anayasal alternatifleri benimsemeyi dikkate aldığı ve reddettiği durumları tanımlayan).

* ÇD: *Aversive constitutionalizm* ve *aspirational constitutionalizm* hakkında bkz. Kim Lane Scheppele, Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 2, April 2003, Pages 296–324, <https://doi.org/10.1093/icon/1.2.296>

¹¹ Scheppele, *supra* note 2, 297, 300’de.

¹² *Id.* 300’de.

¹³ *Id.* 312-13’te. Scheppele, Yüksek Mahkeme’nin “dünya çapında filizlenen karşılaştırmalı anayasa hukuku çabalarından neredeyse hiçbir olumlu örnekten bahsetmediğini ve kararlarında olumlu karşılaştırmalı modeli hiçbir zaman belirleyici bulmadığını” gözlemlemektedir. *Id.* 307’de.

olmaktadır. Scheppele, iki örnek olarak Nazi Almanyası ve Sovyetler Birliği yasalarını göstermektedir.¹⁴ Bana göre, *kadijustiz* klişesi aracı kılınarak İslam hukukuna olumsuz atıf üçüncü bir örnektir.

Bu Makalede tespit edildiği üzere, betimlediğim bu uygulama, yabancı hukukun, aksi yöndeki yargı kararlarını—atfın kendisi nedeniyle—doğası gereği patolojik, apaçık istenmeyen ve düpedüz yanlış olarak kınamak için kullanılmasını gerektirmektedir.¹⁵ Dahası bu tür bir atıf, acınası bir argümandır.

Acınası argüman, mantıktan ziyade pathos'a veya duyguya başvurmayı ifade eder.¹⁶ Jamal Greene, anayasa hukukunda acınası argümanın kullanımını tanımlarken ve değerlendirirken şöyle açıklıyor: “anayasa hukukunda acınası argüman, okuyucuyu ya nihai hüküm sonucuna ya da müesses ‘modalitelerin’ tözüne veya kıymetine ikna etmek için onun duygularıyla ilgilenir ve onları manipüle eder.”¹⁷ Çoğu zaman gerçekmiş gibi zikredilen acınası argüman, bilinçli olarak okuyucuda duygular uyandırmak için tasarlanmıştır.¹⁸ Bu, federal mahkemelerde yeterli sıklıkla karşılaşılan pek çok argümandan sadece bir tanesidir.¹⁹

Kadijustiz'e yapılan atıf, bu olgunun dikkate değer bir örneğidir. Bu tür bir atıf, doğru olmamasına rağmen, “bir ağacın altındaki kadı'nın şahsi menfaatlerine göre adalet dağıtması” şeklindeki utanç verici klişeye gönderme yapıyor.²⁰ 1949'da ifade özgürlüğüne dair *Terminiello v. Chicago* davasındaki muhalefet şerhinde Yüksek Hâkim Felix Frankfurter tarafından popüler hale getirilen *kadijustiz*'e başvurmak, hâkimler için kendi değer tercihlerinin hikmeti hakkında bir dizi değere gayrimuayyen şekilde itiraz etmek maksadıyla yabancı hukuku alıntılamanın elverişli bir yolu haline dönüşmektedir.²¹ Bu örneğin yabancı hukuka olumsuz atıfları kapsadığını iddia etmeden²² şu olguyu çok iyi örnekleyen bir alanla ilgili olarak yabancı hukuka atıf yapmanın caizliği veya pathos'u hakkındaki eksik kalan

¹⁴ *Id.* 313'te (“Tam da ABD'nin neyi temsil etmediğine dair keskin bir fikir sundukları için Nazi Almanyası ve Sovyetler Birliği, Yüksek Mahkeme için karşı konulamaz referans noktaları haline geldi ... müteaddit durumlarda ve bir çok doktriner bağlamda.”)

¹⁵ *Bkz.* Jamal Greene, *Pathetic Argument in Constitutional Law*, 113 COLUM. L. REV. 1389, 1390 (2013).

¹⁶ *Id.* 1390'da (acınası argümanı tanımlayan).

¹⁷ *Id.* 1394'te.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Bkz. genel olarak* Greene, *supra* note 15 (anayasa hukukundaki acınası argüman durumlarını ayrıntılandıran).

²⁰ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

²¹ *Bkz. infra* Part II.

²² *Bkz.*, özellikle, Scheppele, *supra* note 2, 313-17'de, olumsuz yabancı hukuk modellerinin cezai muhakemeyi, ifade özgürlüğünü, ulusal güvenlik hukukunu ve diğer doktrinleri şekillendirmeye yardımcı olduğu vakaların irdelemesi için— bunların hepsi Nazizm, Stalinizm ve Soğuk Savaş Sovyet tehdidi tarafından temsil edilen “totaliterliğin olumsuz modeline karşı.”

tartışmaları tamamlamak için *kadijustiz*'e odaklanmaktayım: ABD hukuku için olumsuz bir model olarak İslam hukukunun bu hayali biçimine atf.

Kadijustiz'e karşı çıkan bu Makale, yabancı hukuka olumsuz atf vesilesiyle "karşıtlıkla inkâr" olarak adlandırabileceğimiz şeyin uygulamasını ve etkilerini ortaya koymaktadır. İslam hukukuna kazaî atf, bu olguyu çok yakından hem örneklendirdiği hem de somutlaştırdığı için *kadijustiz*'i yalnızca keyfi davranan *qâdî*'nin farazi normuna değil, aynı zamanda yabancı hukukun kendisine olumsuz atfa göndermede bulunmak için kullanacağım.

Kadijustiz'e atf eğiliminden iki sorun hasıl olmaktadır. İlkin, bu uygulama yargısal karar vermenin temellerini bulandıran veya belirsizleştiren görüşlerin ortaya çıkmasını kolaylaştırmaktadır. Bir kararın hangi gerekçelere dayandığı veya dayanması gerektiği konusunda kesin ve apaçık olmamak, hâkimlerin gerekçeli kararlar vermesini gerektiren yargı yetkisinin temel unsuruna aykırıdır.²³ Geçmişte hâkimler, *kadijustiz*'e başvurularını gerektiren gerçek nedenlere istinaden başka türlü daha iyi ifade edilmesi mümkün, oldukça kolay argümanlar oluşturmak için bu yöntemi birçok davada kullanmışlardır. Bu, *kadijustiz*'e başvuran hâkimlerin, kendi muhalefetleri için muhtelif zamanlarda başka bazı alternatif gerekçeler ileri sürmedikleri anlamına *da* gelmemektedir. Ancak görüşlerini *kadijustiz*'e yapılan atflarla süslediklerinde, (bir değerler dizisini diğerine tercih ettiklerine dair) anlaşmazlığın kerteriz noktasını kabul etmeme veya okuyucunun neden aynı fikirde olması gerektiğine dair belirli nedenleri dile getirme eğiliminde olmaktadırlar. Karara muhalif kalan hâkimler, en fazla, kendi görüşlerinin çoğunluğun görüşleri ile çeliştiğini kaydetmek maksadıyla münferit bir davada *karara konu edilmeyen* bir dizi değeri umumiyetle ortaya koyarlar. Kısacası, kendi yarışan değer dizilerinin *neden* çoğunluğun değerlerine üstün gelmesi gerektiğini açıklamak yerine, çoğunluk görüşüne taraf olan hâkimleri keyfi ve hukuksuz *kadijustiz* uygulayıcıları olarak ilan ederler. Sonuçlar, daha ziyade, tercih ettiklerinin eşit derecede meşru ve tartışmalı değerler olduğu ve daha az bir acınası argümanın onu benimsemek için nedenler sunabileceği gerçeğini gizleyen yararsız argümanlardır.

İkinci bir sorun, *kadijustiz* mefhumunun İslam hukukun çoğu tarihsel aktarımları ile çelişik olmasıdır. Bu kadarı, İslam'ın on dört yüzyıllık tarihi boyunca birçok yerde yargısal süreçlerin değişik veçhelerini belgeleyen tarihçilerce iyi bilinmektedir.²⁴ Elbette bu tarihçiler, *qâdî*'ların ve diğer görevlilerin keyfi ve umulmadık şekilde davrandıkları durumları belgelediler.²⁵ Dahası, çağdaş Müslüman dünyayla alakalı konular üzerine çalışan bilim insanları ve siyaset yapımcılar, hâkimlerin bunun gibi keyfi ve

²³ *Bkz. örneğin* Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 366-67'de (1978) ("Yargılama ... gerekçeli argümanın insan ilişkilerindeki etkisine biçimsel ve kurumsal ifade veren bir araçtır. Gerekçeli argümanın ürünü olan bir karar, kendisini mantık testini karşılamaya hazırlanmalıdır.").

²⁴ *Bkz. infra* Part I.

²⁵ *Bkz. genel olarak* CHRISTIAN LANGE, JUSTICE, PUNISHMENT AND THE MEDIEVAL MUSLIM IMAGINATION (2008).

umulmadık şekilde hareket ettiği sayısız durumu ortaya koydular.²⁶ Ancak ceza hukuku bağlamında başka bir yerde uzun uzadıya gösterdiğim gibi, bu aktarımlar İslam hukuku geleneğinin ana akımına göre marjinaldir.²⁷ Yani, tarihsel kaynaklar daha sıklıkla ilgili davalara ilişkin adli süreçleri kaydeder ve hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin istisnaları açıkça ortaya koymak ve bunlara karşı gelmek için o süreçlerden farklılık gösteren durumları not eder.²⁸ Aslında gerilim, bir yanda *qāḍī*'yi kanunun ne olduğu hususunda bilgilendiren hukukçular ile diğer yanda İslam hukukunun kısıtlamalarından neredeyse âri bir yetki alanında faaliyet gösteren idari görevliler (halife veya sultan) arasındaki mücadeleyi yansıtıyordu.²⁹ İslam hukukunun uygulanmasındaki güç ve meşruiyet mücadelesinde hukuk tarihi literatürü, Müslüman hukukçuların ve hâkimlerin genellikle yönetici yetkililerin sergilediği adaletsizlikleri ve kararsızlıkları kontrol altında tutmaya çalıştıklarını kaydeder.³⁰ Bu şekilde Orta Çağ Müslüman *qāḍī*'leri, Amerikan mahkemelerindeki hâkimler tarafından başvurulmuş ve bazen onların şahsında teccüm eden *kadijustiz* fikrini reddetmişlerdir.³¹ Ancak buradaki amaç, bu iyi belgelenmiş müdahaleyi özetlemek yerine şunu sorgulamaktır: Amerikan davalarında uydurma rivayetlerin ne ve hangi ölçüde işi vardı?

Asıl noktaya dönecek olursak: *kadijustiz*'e kazaî atıf, tartışmalı yargısal karar alma sürecinde belirli değerlerin diğerlerine tercih edilmesinin nedenlerini gizlemekte, böylece buna isnad eden hâkimlerin argümanlarını genel olarak zayıflatmaktadır. Bu makale, bu iddiayı açıklığa kavuşturmak için üç bölümden oluşmaktadır. Bölüm I arka planı kabaca açıklamaktadır.³² *Kadijustiz*'in tanımlarını vermekte ve İslam hukukunun akademik

²⁶ İslam hukukunu uyguladığını iddia eden iki siyasal İslamcı ve aşırı grup örneği için, Nijerya ve İŞİD bölgesindeki sözde şeriat mahkemelerindeki keyfi adalet raporları dikkate alınır. Bkz. Philip Ostien & Albert Dekker, *Sharia and National Law in Nigeria, in SHARIA INCORPORATED: A COMPARATIVE OVERVIEW OF THE LEGAL SYSTEMS OF TWELVE MUSLIM COUNTRIES IN PAST AND PRESENT 589-93* (Jan Michiel Otto ed., 2010) (Kuzey Nijerya'daki İslam ceza hukukunun benimsenmesi ve uygulanmasını ve bunun Kuzey eyaletlerinin şeriat mahkemelerinde Amina Lawal ve diğer kişilere menfi tatbikini açıklayan); UNITED NATIONS, REPORT OF THE INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON THE SYRIAN ARAB REPUBLIC: RULE OF TERROR: LIVING UNDER ISIS IN SYRIA 4-5 (2014), http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/HRC_CRP_ISIS_14Nov2014.pdf adresinden erişilebilir, şu adreste arşivlendi: <http://perma.cc/F5ZW-PE5L> ("[İ]ŞİD'in elindeki bölgelerde yaşayanlar, grubun, sigara içmek veya hırsızlık gibi suçlar nedeniyle kırbaçlama ve uzvun kesilmesi dahil olmak üzere Şeriat yasasını radikal şekilde yorumlamasına dayalı bedensel hudud cezaları kisvesi altında gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin vahşetinden şikayetçi oldu.)

²⁷ Bkz. genel olarak INTISAR A. RABB, DOUBT IN ISLAMIC LAW: A HISTORY OF LEGAL MAXIMS, INTERPRETATION AND ISLAMIC CRIMINAL LAW (2015).

²⁸ Bkz. genel olarak id.

²⁹ Bkz. genel olarak id.

³⁰ Bkz. genel olarak id.

³¹ Bkz. *infra*, Part I.C.

³² Bkz. *infra* Part I.

öğreniminde *qādi*'nin kariyerini incelemektedir.³³ Amaç, aksi yöndeki tarihsel aktarımların aksine hukuk eğitimi ve dolayısıyla *kadijustiz* hakkında hukuki bilgiyi şekillendiren aktarımları tespit etmektir.³⁴ Bölüm II ana zemini doldurmaktadır.³⁵ Amerikan mahkeme salonunda *kadijustiz*'e yapılan başvuruları incelemektedir.³⁶ Bu mefhum sayısız vakada ortaya çıksa da, *kadijustiz*'in bazı değerlere meydan okumak ve diğerlerini teşvik etmek amacıyla kullanıldığı çarpıcı yollara dikkat çekmek için anayasal ve kanunî yorum vakalarına odaklanıyorum.³⁷ Vakaların incelenmesi, *kadijustiz*'in tipik olarak çoğunluk kararına muhalif kalan hâkimlerin, çoğunluk tarafından benimsenen rakip değerlere karşı federalizm, federal kurumların muhtariyeti* ve metincilik yönünde güçlü argümanlar ileri sürememe şeklindeki başarısızlıklarına hizmet ettiğini ortaya koymaktadır.³⁸ Acınası bir argüman olarak *kadijustiz* meselesi hakkında kısa notlarla bitirmekteyim ve hâkimlerin bu konuda ne yapması gerektiğine dair öneriler sunmaktayım.³⁹

I. DERSLİKTE KADIJUSTİZ

İslam hukukunda yargısal süreç, Amerikan hukuk fakültesi dersliklerinde nispeten yeni bir alan olmakla beraber üniversitelerin sosyoloji ve tarih bölümlerinde köklü bir geçmişe sahiptir. *Kadijustiz* fikri İslamî yargı sürecini temsil etmeyi amaçlıyordu ve 1950'lerin hukuk sosyolojisinin öne çıkan bir yönüydü. Bu, o zamanlar karşılaştırmalı hukuk akademisyenleri tarafından kanıt olmaksızın inanılan bir fikirdi, ancak İslam hukuk tarihçileri tarafından aksini gösteren yazılı deliller olduğu gerekçesiyle reddedildi. Bu bölüm, (*kadijustiz*, ç.n.) fikrinin kökenlerini ve o zamandan beri akademik bağlamlarda nasıl işe yaradığını inceleyerek bir

³³ *Bkz. infra* Part I.

³⁴ *Bkz. infra* Part I.

³⁵ *Bkz. infra* Part II.

³⁶ *Bkz. infra* Part II.

³⁷ *Bkz. infra* Part II.

* ÇD: Amerikan anaysal sisteminde *agency* kavramı ile kaynakların yönetimi, sektörlerin mâli denetimi veya ulusal güvenlik sorunları gibi belirli bir amaç için kanun ile (istisnaen Başkanın emri ile) ihdas edilmiş ve üst düzey yöneticisi ekseriyetle doğrudan Başkan tarafından atanan özel amaçlı federal hükümet kurumları kastedilmektedir. Bu federal kurumların güncel bir listesi için The United States Government Manual'a bakılabilir:

<https://www.usgovernmentmanual.gov/>. Yüksek Hâkim Stevens tarafından kaleme alınan 1984 tarihli Chevron kararında *agency deference*, federal idari kurumların kendileri ile ilgili kanunları yorumlamada belli bir muhtariyete sahip olmalarına mahkemelerce saygı gösterilmesi kadar bu yorumlara mahkemelerce itibar edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Bkz. Jonathan R. Siegel, The Constitutional Case for “Chevron” Deference, 71 *Vanderbilt Law Review* 937 (2018) Available at:

<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol71/iss3/4>. Tam olarak anlamı karşılayabilmek için işbu çeviride *agency deference* için “federal kurumların muhtariyeti”, yalnızca *agency* için “federal kurumlar”, yalnızca *deference* için “itibar” veya “muhtariyet” kelimelerinin kullanımı tercih edilmiştir.

³⁸ *Bkz. infra* Part II.

³⁹ *Bkz. infra* Part Conclusion.

sonraki bölümde hukuki bağlamalarda acınası argümana nasıl dönüştüğünü incelemek için zemin hazırlamaktadır.

A..WEBER'İN HUKUK SOSYOLOJİSİNDE KADIJUSTİZ

Max Weber *kadijustiz* kavramını popülerleştirdi.⁴⁰ Bu mefhum, hukukun genel ilkelerine saygı göstermeden keyfi, mantıksız ve amaca uygun kararlar veren bir Orta Çağ Müslüman hâkimi olarak *qâdî* (Arapça'da hâkim) imgesini merkezine alır.⁴¹ Weber'e göre Müslüman hâkimin yol gösterici ilkeleri, politikaları veya usulü yoktu.⁴² Bunun yerine, "(...) somut etik veya pratik değerlendirmelere [dayalı] gayri resmi hükümler verirdi.⁴³ Weber'in tahminine göre, hukuka ve yargısal karar vermeye yönelik bu yaklaşım, bir bütün olarak faaliyet gösterdiği hukuki ve ekonomik sistemler üzerinde zararlı etkileri yansıtıyordu—ve belki buna neden oluyordu.⁴⁴ Ona

⁴⁰ *Bkz.* BABER JOHANSEN, CONTINGENCY IN A SACRED LAW: LEGAL AND ETHICAL NORMS IN THE MUSLIM FIQH 48-49, n.183 (1999) (RICHARD SCHMIDT, 1 ZEITSCHRIFT FÜR POLITIK 266 (1908)'den alıntı) (Schmidt'in keyfi, irrasyonel ve bireyci yargı kararlarını tanımlamak için icat ettiği—daha sonra Weber tarafından popüler hale getirilen—*kadijustiz* terimine dikkat çeken). Hukuk akademisyenleri ve hakimler, terimi, umumiyetle terimin Weberci anlamına kavramsal bir yakınlığa işaret edecek şekilde farklı olarak yorumladılar. *Bkz.* Bos. & Me. Corp. v. Ill. Cent. R.R., 396 F.2d 425, 425 (2d Cir. 1968) (“Kadı adaleti”); ANTHONY T. KRONMAN, MAX WEBER 76-77 (William Twining ed., 1983) (“Kadı adaleti”); 2 ROSCOE POUND, JURISPRUDENCE 355-56 (1959) (“Oryantal adalet”). Bunun aksine İslam hukuku tarihçileri, ortaçağ ve erken modern İslam dünyasındaki kadılarla ilgili araştırmalarını Weber'in kadijustiz kavramından kasıtlı olarak uzaklaştıran terminolojiyi kullanmışlardır. *Bkz.* örneğin, David S. Powers, *Kadijustiz or Qâdî Justice? A Paternity Suit from Fourteenth-Century Morocco*, 1 ISLAMIC LAW AND SOC'Y 332, 365-66 (1994) (Weber'in hayali kadijustiz anlayışını, tarihsel kaynaklardan alınan kazaî uygulamalara ve prosedürlere atıfla İslam hukuku alimleri arasında bir sanat terimi olarak tarihe dayalı *qâdî* adaleti kavramlarıyla karşılaştıran); ayrıca *bakınız infra notes* 79-84.

⁴¹ *Bkz.* MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 806 n.40 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., Ephraim Fischoh et al. trans., 1968) (*Kadijustiz*'i “biçimsel olarak akılcı bir hukukun sabit kurallarına değil, esaslı bir akılcı hukukun ahlakî, dinî, siyasî veya başka türlü amaca uygun önermelerine yönelmiş adaletin tatbiki” olarak tanımlayan); ayrıca *bkz.* BRYAN S. TURNER, MAX WEBER: FROM HISTORY TO MODERNITY 48 (1993) (Weber'in tanımlarının muhtelif yorumlarını tartışan).

⁴² *Bkz.* KRONMAN, *supra* note 40, 76-77'de ((bir Müslüman *sharihah* [sic] mahkemesine başkanlık eden hakimden mülhem) “kadı-adaleti'ni, davaların münferit temelde ve ayırım gözetmeyen hukukî, etik, duygusal ve politik [ve buna dinî de eklenebilir] hususların bir karışımına uygun olarak karara bağlandığı, tamamen ad hoc türden bir tatbikat [olarak] tanımlandığı”) (WEBER, *supra* note 41, 813, 845, 891, 976-78'deye atfen; WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, *supra* note 41, 229, 264, 317'deye atfen).

⁴³ WEBER, *supra* note 41, 976'da.

⁴⁴ *Bkz.* TURNER, *supra* note 41, 42-47'de. Turner, kapitalizmin bir nedeni olarak Protestan Ahlakı'na dair “Weber tezlerini” ve aynı amaçla değerler ile sosyo-ekonomik faktörler arasındaki nedensel ilişkileri, yani patrimonyalizm ve esaslı akıldışı hukukun hâkim olduğu İslami kurumların kapitalizmle bağdaşmadığını tartışıyor. *Bkz. id.*

göre kapitalizm ve işleyen bir ekonomik sistemin gelişimi, *kadıjustiz*'in hukuk sistemleri ve ekonomik yapılarıdaki hâkimiyeti nedeniyle akamete uğradı.⁴⁵

Bilhassa, Weber'e göre *kadıjustiz* sadece Müslüman kadı ile sınırlı değildi.⁴⁶ Daha ziyade bu terim, keyfi ve *ad hoc* bir temelde işleyen bir hukuki sistemde faaliyet gösteren herhangi bir hâkimi tanımlıyordu.⁴⁷ Bu, İsa'ya atfedilen oldukça çelişkili bir vecizenin özetlediği, herhangi bir dinin peygamberlik türündeki adaletini içeriyordu: “Yazılı, (...) ama sana şifahen bildiriyorum.”⁴⁸ Ve bu, tüm “kutsal kanunlar” kadar Çin hukuku ve İngiliz

⁴⁵ Bkz. Chantal Thomas, *Re-Reading Weber in Law and Development: A Critical Intellectual History of “Good Governance” Reform* (unpublished article) (on file with author); ayrıca bkz. Chantal Thomas, *Law and Neoclassical Economic Development in Theory and Practice: Toward an Institutional Critique of Institutionalism*, 96 CORNELL L. REV. 967 (2011); Chantal Thomas, *Max Weber, Talcott Parsons and the Sociology of Legal Reform: A Reassessment with Implications for Law and Development*, 15 MINN. J. INT'L L. 383 (2006); David M. Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, 1972 WIS. L. REV. 720, 736-37 n.31 (1972) (gelişme veya “modernleşme” ile şekli olarak akılcı hukuk veya “yasalcılık” arasındaki Weberci bağlantıya dikkat çeken).

⁴⁶ Bkz. KRONMAN, *supra* note 40, 77'de. Weber, Roma hukukundan gelen ilkelerden sonuçlara doğru (*ilerleyen*, ç.n.) Avrupa hukukunun şekli-akılcı hareketi ile çelişen *common-law* benzeri her bir dava bazındaki analizi eleştirmek amacıyla *kadıjustiz* ve esaslı akıldışılık kavramlarını Yunan Attika hukukuna ve İngiliz hukukuna uyguladı. Bkz. *id.* *Kadıjustiz*'in Çin'deki hukuka uygulanması ve eleştirileri için, bkz. TEEMU RUSKOLA, *LEGAL ORIENTALISM* (2013). Ayrıca bkz. Carol G.S. Tan, *How a “Lawless” China Made Modern America: An Epic Told in Orientalism*, 128 Harv. L. Rev. 1777 (2015); Jed Kroncke, *The Flexible Orientalism of Islamic Law*, 4 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E. L. 41 (2005).

⁴⁷ Bkz. TURNER, *supra* note 41, 48'de.

⁴⁸ Bkz. örneğin, RICHARD SWEDBERG & OLA AGEVALL, *THE MAX WEBER DICTIONARY: KEY WORDS AND CENTRAL CONCEPTS* 136 (“kadı adaleti”ni tanımlayan).

* Amerikan anayasal gelişmelerini de yoğun bir şekilde etkileyen *common law* kavramı, açıkça yazılı olarak düzenlenmemiş bir hususta, örf ve adete ve mantığa dayalı olarak somut olay bazında hakimler tarafından verilen (*judge-made*) gerekçeli kararlar külliyyatı anlamına gelmektedir. Genel olarak *tort* (haksız fiil), tümüyle *negligence* bu kapsamdadır. *Common law*'u *equity* kavramı ile karıştırmamak gerekir. *Common law*, yazılı hukuka (*statutory law*) dahil olmamakla birlikte (*stare decisis* ilkesi gereğince) emsallere dayalı bir hukuk olmasından kaynaklı olarak *equity*'den farklılaşır. İngiliz *common law* oluşumu bakımından en önemli kişi olan Sir William Blackstone'un (1723–1780) *Commentaries on the Laws of England (1765–1769)* adlı eseri temel alınmaktadır. Bu eser, *common law* külliyyatını dörde ayırarak tetkik etmektedir: *rights of persons, rights of things, of public wrongs, of private wrongs*. Blackstone'un *Commentaries*'inin Amerikan anayasal gelişmelerine tesiri için bkz. Albert W. Alschuler, *Rediscovering Blackstone*, University of Pennsylvania Law Review 145, no. 1 (1996): 1–55. *Commentaries*'in genel bir değerlendirmesi için bkz. I. G. Doolittle, *Sir William Blackstone and His ‘Commentaries on the Laws of England’ (1765–9): A Biographical Approach*, Oxford Journal of Legal Studies 3, no. 1 (1983): 99–112.

*common law** için de geçerliydi.⁴⁹ Weber'e göre bu hukukî sistemlerin hiçbirisi—medeni hukuk (Kıta Avrupası, *ç.n.*)* gibi—genel ilkeler tarafından yönlendirilmiyordu.⁵⁰

Weber'e göre, bir tür *kadijustiz* içeren bu nevi hukuk sistemlerinin tümü, özellikle İslam hukuku gibi dini hukuk sistemleri, özü itibarıyla irrasyoneldi.⁵¹ Herhangi bir dini hukuk sisteminin, hâkimlerin ancak dini geleneklerden neş'et eden etik veya ahlaki önvarsayımları uygulamaya çalıştığı ölçüde görünüşte rasyonel olduğunu düşünüyordu.⁵² Ancak bu tür bir sistem gerçekten rasyonel değildir, çünkü ilahi olarak emredilmiş metinleri kullanır⁵³ ve şekli akıl yerine maddi akla hitap eder.⁵⁴ Dünyanın

⁴⁹ Bkz. WEBER, *supra* note 41, 978'de (*Kadijustiz*'in dini, patriyarkal ve *common law* sistemlerinin ideal tipini temsil ettiğini ileri süren).

* ÇD: Rabel'e göre *civil law* ile kastedilen şeydu: “*Roma hukukunun bir dönem kabul edildiği veya Romanist (geleneğe dahil, ç.n.) kanunlardan birinin taklit edildiği tüm ülkelerdir.*” Bkz. Ernst Rabel, *Private Laws of Western Civilization*, Louisiana Law Review 10.1 (1949) sf. 1. 2022 yılında kaybettiğimiz İtalyan komparatist Sacco'ya göre ise, Kıta Avrupası hukuk terimi bir coğrafi alanı işaret etmekten ziyade “*hukuki bilginin, karma doktriner-kazai transferinin müstakil tesiri*” olarak tanımladığı hukuki biçimlenmelere işaret etmektedir. Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, The American Journal of Comparative Law, Winter 1991, Vol. 39, No. 1, sf. 2-4. Ayrıca bkz. Alan Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, The American Journal of Comparative Law, 43(3) (1995), 469–476.

⁵⁰ Bkz. JOHANSEN, *supra* note 40, 49-50'de.

⁵¹ Bkz. WEBER, *supra* note 41, 845, 976-78'de. Fakat bkz. TALAL ASAD, FORMATIONS OF THE SECULAR: CHRISTIANITY, ISLAM, MODERNITY (2003) (Weber'in modern olmak için hukuki akılclığın dini otoritenin yerini alması gerektiği tezini eleştirirken modernite olarak sekülerlik ve kapitalizme “makro uygarlıkçı” bakış sunan).

⁵² Bkz. JOHANSEN, *supra* note 40, 49-50'de. Johansen, teokratik veya patriyarkal kuralların “normlara veya genel ilkelere dönüştürüldüğü ve Max Weber'e göre soyut ilkelerin mantıki genellemesinin ‘şekli akılclık’ tarafından karakterize edilen bir hukukta işgal ettiği yeri aldığı” etik, siyaset veya faydacı menfaat kurallarının hakimiyetindeki kutsal yasanın sistemini tasvir etti. Bkz. *id.*

⁵³ Bkz. TURNER, *supra* note 41, 48'de.

⁵⁴ KRONMAN, *supra* note 40, 77'de. Kronman, hukuk eğitiminin “bir kutsal kitap veya tutarlı bir sözlü veya edebi gelenek tarafından belirlenen kutsal yasa” üzerine bina edildiği ve “bilim adamlarının sınır tanımayan entelektüalizminin ihtiyaçlarından ziyade ‘ilgili grupların pratik ihtiyaçlarına daha az odaklanan tamamen teorik bir vaka analizinin inşası yönünde bir eğilim’ sergileyen, ancak yine de “gelenekle bağlı” ve “insanlara veya hukuk düzenine dair, ne var ki fiilen bir hukuk düzeni elde edilmesinin mantıksal sistemleştirilmesini içermeyen, yalnızca idealist dini veya ahlaki talepleri temsil eden unsurları beraberinde taşıyan” belirli teokratik ve ruhbani hukuk sistemlerini ortaya koydu. *Id.* (WEBER'i alıntıyla, *supra* note 41, 789-80, 205-206'da). Hiçbir örnek vermemiş olsa da Weber'in aklında muhtemelen Yahudi hukuku vardı. Onun tanımına göre, geleneksel olarak anlaşıldığı şekliyle İslam hukuku daha iyi veya en azından aynı derecede iyi bir münasebet olacaktır—örneğin ceza hukuku muhakeme usulünün ve genel ilkelerinin inşasından ve kullanılmasından görüleceği üzere, kutsal metinlerin ve onlardan mülhem ilkelerin tarihsel idraki ve yorumuyla uyum içinde olmayan

hukuk sistemlerinin makro karşılaştırmalı analizinde Weber, İslam hukukunun, hukuktan (şekilcilik ve usul) ziyade ahlaka (töze) aşırı derecede odaklandığı sonucuna varmıştı.⁵⁵

İslam hukuku Weber için *kadijustiz*'in timsaliydi, çünkü onun değerlendirmesine göre bu hukuk şekli akılcılıktan tamamen yoksundu.⁵⁶ Spesifik olarak, şekli akılcılığın üç kritik unsurundan yoksundu. Birincisi, İslam hukuku “kurallara veya ilkelere tabi” değildir.⁵⁷ İkincisi, bağımsız ya da kendi kendine yeten bir yapıya sahip değildir, çünkü “hukuki ilkeler ile hukuki olmayan ilkeler arasında belirgin bir çizginin farkına varmayı” başaramamaktadır.⁵⁸ Anthony Kronman'ın Max Weber hakkındaki yorumunda açıkladığı gibi: “Kadı adaleti, özellikle kuralsız olması anlamında [şekli olarak] irrasyoneldir; kararları genel ilkelere dayandırmak için hiçbir çaba göstermez, bunun yerine her davayı kendi öznel durumuna göre ve onu diğer davalardan ayıran kendine özgü mülahazaların ışığında karara bağlamaya çalışır.”⁵⁹ Üçüncüsü, İslam hukuku ahlâkı hukuktan ayırmadığı için hukukun serinkanlı bir “yargısal” muamelesini” benimsemekte mütemediyen başarısız olmaktadır.⁶⁰ Yine Kronman'ın Weber'den alıntı yaparak ifade ettiği gibi: “Böyle bir ayırım olmadığı yerde hukuk, ‘etik ve hukuki vazifelerin niteliksiz bir yığını’ haline gelir ve bağımsız veya özerk bir [yasal] düzen olarak algılanması kesintiye uğrar.”⁶¹ Weber'in Müslüman hâkimi, kurumsal işlevler arasında ayırım olmaksızın, kurumların dışında faaliyet gösterir ve Batı hukuk sistemlerindeki hâkimlerin faaliyetinden tamamen farklıdır. Kısaca *kadijustiz*'in imgesi şudur: Kanunsuz adalet, usulsüz esas.

kutsal bir fermanndan türetilmiş özünde değişmeyen hukuk ilkeleri “gerçeği” istisnası ile. *Bkz.* generally, RABB, *supra* note 27.

⁵⁵ *Bkz.* SWEDBURG & AGEVALL, *supra* note 48, 136-37'de (Weber'in dünyadaki ideal hukuk sistemleri tiplerine ilişkin dördümlü tipolojisini açıklayan); ayrıca *bkz.* KRONMAN, *supra* note 40, 76-77'de (WEBER'i alıntıyla, *supra* note 41).

⁵⁶ *Bkz.* KRONMAN, *supra* note 40, 93-95'de (“şekli adalet”, “adaletin şekli akılcı yönetimi” ve ilgili terim olan “[şekli] hukuki akılcılık” dahil olmak üzere, şekli akılcılık için alternatif başlıklara dikkat çeken); ayrıca *bkz.* TURNER, *supra* note 41, 48'de. Usulün önemini vurgulayan, daha fazla şekli akılcılık tartışması için, *bkz.* TALCOTT PARSONS, SOCIETIES: EVOLUTIONARY AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 27 (1966): “Modern hukuk sistemleri aynı zamanda temel düzenlemeler ve standartlardan farklı olarak *usul* faktörünü de vurgulamalıdır. Sistem, yalnızca usulî öncelik temelinde, belirli çözümlere önceden özgülenme olmaksızın, muhtelif değişen koşullar ve vakalarla başa çıkabilir.”

⁵⁷ KRONMAN, *supra* note 40, 73'te.

⁵⁸ *Id.* 93'te.

⁵⁹ *Id.* 77'de.

⁶⁰ *Id.* 93'te (Weber'i alıntıyla, *supra* note 45, 810'da).

⁶¹ KRONMAN, *supra* note 40, 93'te.

B.. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KADİJUSTİZ

İslam hukukunun *kadijustiz* versiyonu, o da ele alınırsa ancak, hukuk akademisinde yaygındır.⁶² Kapsamlı bir incelemeye girişmeden, konuyu açıklamak için tek bir örnek yeterli olacaktır: son yıllardakiler hariç karşılaştırmalı hukuk biliminde gördüğü muamele.

Karşılaştırmalı hukuk biliminde *kadijustiz* kavramı, açıkça değilse de iyi bir şekilde temsil edilmektedir. Örneğin, 1970'lerde, önde gelen karşılaştırmalı hukuk eserinin yazarları Konrad Zweigert ve Hein Kötz, karşılaştırılabilir bir hukuk sistemi olarak İslam hukukunu açıkça göz ardı ederek *kadijustiz* fikrini zımmen benimsemişlerdir.⁶³ Karşılaştırmalı hukuk için, farklı hukuk sistemlerinin ortak sosyal sorunlara benzer pratik hukuki çözümler ürettiği şeklinde iyi bilinen bir "benzerlik faraziyesi" (*praesumptio similitudinis*) ortaya koydular.⁶⁴ Bu faraziye, onları karşılaştırmalı hukukun hem amacı hem de yöntemi olarak bir "daha iyi hukuk işlevselliği" izah etmeye yöneltti.⁶⁵ Onların gözünde karşılaştırmalı hukukun görevi, iki veya daha fazla sistemin yasalarını, hangi sistemin ortak sosyal sorunlara daha iyi hukuki çözüm bulduğunu belirlemek amacıyla değerlendirmektir.⁶⁶

İslamî ve Anglo-Amerikan veya Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki farklar göz önüne alındığında, bu yöntemi izleyen karşılaştırmalı

⁶² Yirminci yüzyılın en etkili Alman İslam hukuku bilgini Joseph Schacht aracılığıyla, bu durum İslami araştırmalarda da bir dereceye kadar yaygındı. *Bkz.* JOHANSEN, *supra* note 40, 51-52'de (Etkili Alman bilim insanı Joseph Schacht'ın İslami tetkikler üzerine çalışmasını tartışan).

İslam Hukuku tarihi ve sistemlerine ilişkin bir araştırma aracı olarak onu [yani "Weber tarafından geliştirilen ve kullanılan 'kutsal hukuk' kategorisini"] kullanan kişi, yirminci yüzyıldaki "İslam hukuku"nun önde gelen otoritesi Joseph Schacht'tır. ... Schacht'ın yaklaşımının yirminci yüzyılda Batılıların İslam hukukunu kavrayışları üzerinde uzun süreli bir etkisi olmuştur.

Id. (Schacht'ın İslam hukukuna dair ilk kitabına atfen, BERGSTRÄSSERS GRUNDZÜGE DES ISLAMISCHEN RECHTS (1935), ve makalesi, *Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*, 22 DER ISLAM 207 (1935)).

⁶³ *Bkz. genel olarak* KONRAD ZWEIGERT & HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (Tony Weir, trans., 3d ed. 1998).

⁶⁴ *Bkz. id.* 39-40'ta ("[K]arşılaştırmalı hukukun neredeyse temel bir kuralından sözü edilebilir: Farklı hukuk sistemleri, tarihsel gelişimleri, kavramsal yapıları ve uygulama tarzlarındaki büyük farklılıklara rağmen hayatın aynı sorunlarına, ayrıntılarda bile aynı veya çok benzer çözümler sunarlar.") Bu benzerlik faraziyesi, aynı zamanda Alan Watson'un *legal transplants* fikrinin ardındaki önemli bir faraziyeydi. *Bkz.* ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW 83 (2d ed. 1993) (kanunların bir sistemden diğerine transfer edilebileceğini savunan).

⁶⁵ *Bkz.* Gerhard Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 383, 394-96 (Matthias Reimann & Reinhard Zimmerman eds., 2006).

⁶⁶ *Bkz.* ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 63, 34'te (işlevselliği karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına özgü temel bir ilke olarak belirleyen). "Karşılaştırılacak kanunların seçimini, işin kapsamını, karşılaştırmalı hukuk sisteminin oluşturulmasını vesâireyi belirleyen diğer tüm kurallar bu temel prensipten neş'et eder." *Id.*

hukuk akademisyenleri İslam hukukunu ciddi bir şekilde dikkate almadılar.⁶⁷ İşlevselci teoriye (*functionalist theory*) göre karşılaştırılabilir olmak için hukuk sistemleri çok keskin farklılıklara sahip tarihsel veya kurumsal yapılara sahip olmamalıdır. Zweigert ve Kötz'ün açıkladığı üzere: “Karşılaştırılabilir olmayanlar faydalı bir şekilde karşılaştırılmaz ve hukukta karşılaştırılabilir olan yegâne şeyler aynı işlevi görenlerdir.”⁶⁸

Sorun, karşılaştırma için benzerliği varsayarak (veya gerektirerek) bu bilim adamlarının karşılaştırmalı hukuku “mikro karşılaştırmaya” indirgemesiydi.⁶⁹ Bunu yaparken, İslam hukuku gibi tanımlanabilir şekilde farklı hukuk sistemlerinin “makro karşılaştırması” yoluyla, bilinen kurumsal ve yorumlayıcı farklılıkların incelenmesini karşılaştırmalı hukuk kapsamı dışında tuttular.⁷⁰

Elbette benzerlik faraziyesi ve buna bağlı işlevselcilik yöntemi (*functionalist method*), artık karşılaştırmalı hukukun tek ve hatta baskın yöntemleri değildir.⁷¹ Yirmi yıldan fazla bir süre önce bir karşılaştırmacı,

⁶⁷ *Bkz. id. 74-256, 303-13'te* (esasen Avrupa'daki özel hukuka odaklanan ve Hindu ve “Müslüman hukuku”na yalnızca kısa bölümler ayıran).

⁶⁸ *Id. 34'te*. But *bkz. DANNEMANN, supra note 65, 385'de* (farklılık teorisinin tarihsel köklerinin ve uygulamalarının izini süren ve on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sındaki karşılaştırmalı hukukun benzerlik ve farklılık arasında gidip geldiğini iddia eden); James Whitman, *The Neo-Romantic Turn, in* COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS 312-44 (Pierre Legrand & Roderick Munday eds., 2003) (Alman Romantik filozof Herder'in *Volksgeist* fikrine—her milletin kendine özgü bir ruha sahip olduğu fikrine—vurgu yaparak farklılık teorisinin hukuki, felsefi ve sosyolojik literatürdeki kökenlerini ve kullanımını tartışan); *ayrıca bkz. infra note 75*.

⁶⁹ Görünüşte müşterek kurallara odaklanarak kültürel olarak ilgili vakıaları bir kenara bırakan işlevselcilik, karşılaştırmalı girişimi siyasi veya kültürel açıdan hassas olmayan yalnızca ilgili maddi özel yasalara inhisar ettirir—dolayısıyla ceza hukuku, aile hukuku ve kamu hukuku, siyasi yapı ve ahlaki değerler ile ilgili tüm diğer alanları hariç tutar. *Bkz. DANNEMANN, supra note 65, 387, 394-96'da; ayrıca bkz. Mathias Reimann, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, 50 AM. J. COMP. L. 671, 689-90 (2002)*.

⁷⁰ *Bkz. örneğin MIRJAN R. DAMAŠKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS 181 (1986)* (makro-karşılaştırmanın örneğini veren). Damaška, hukuki süreci idare eden Avrupalı siyasi ve kurumsal yapıları; iktidar sistemlerini, farklı adalet modellerinin nasıl farklı usulî ve maddi sonuçlar ürettiğini göstermek için politika uygulayıcı veya çatışma çözücü gibi hiyerarşik veya eşgüdümse ve usulî yönelimler olarak sınıflandırmak suretiyle karşılaştırmaktadır. *Bkz. id.*

⁷¹ Daha geniş karşılaştırmalı hukuk yöntemlerinin güncel araştırması için, *bkz. THE CAMBRIDGE COMPANION TO COMPARATIVE LAW* (Mauro Bussani & Ugo Mattei eds., 2012), karşılaştırmalı hukuk yöntemlerine dair düşünceler ile çeşitli yöntemlerin uygulandığı alanlarda örneklemeler getiren; Chibli Mallat, *Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture, in* THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW, *supra note 65, 609, 609-40'ta*, İslamî ve Orta Doğulu hukukun bir örneğinin sunan; ve WERNER F. MENSKI, *COMPARATIVE LAW IN A GLOBAL CONTEXT: THE LEGAL SYSTEMS OF ASIA AND AFRICA (2006)*, Hindu, İslam, Afrika ve Çin hukukuna dair bölümler içeren.

karşılaştırmalı hukuku farklılıktan ziyade benzerlikle sınırlandırmanın, farklı hukuk sistemlerindeki hukukun meşruiyetlerini kavrama ve dolayısıyla kendi hukuk sistemimizi daha iyi anlama fırsatlarını iskaladığını savundu.⁷²

Günümüz karşılaştırmalı hukukunun ekseriyeti, modern endüstriyel kitle demokrasilerinin hukuk kurallarının incelenmesiyle ilgilidir. Karşılaştırmalı hukukun teorik önvarsayımları, böyle bir incelemede nevi şahsına münhasır bir berraklıkla ortaya çıkmaz; çünkü sistemlerin benzerlikleri o kadar büyüktür ki, konu üzerinde fazla kafa yormadan, pek çok şeyi olduğu gibi kabul etmenin çekimine kapılıyoruz ... Yabancı hukuk uygulamalarını göz önünde bulundurarak ... alışlagelmiş düşünme biçimlerinden kurtulacağız ve yabancı bir hukuk sistemini incelemenin neleri gerektirdiğini daha net bir şekilde göreceğiz.⁷³

Ayrıca etkili olabilmek için karşılaştırmalı hukukun, hukuk denilen sosyal, ekonomik ve kültürel olguların hem metinsel hem de bağlamsal yönlerini araştırarak farklı hukuk sistemlerini desteklemesi gerektiğini—bana göre haklı olarak—savundu.⁷⁴ Bu sezgilere paralel olarak, bir grup “farklılık teorisyeninin” farklı hukuk sistemlerinin makro karşılaştırmalarını savunduğu yeni bir farklılık faraziyesi bulunmaktadır.⁷⁵

⁷² Bkz. genel olarak William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like To Try a Rat?*, 143 U. PA. L. REV. 1889 (1995) [bundan sonra Ewald, *Comparative Jurisprudence*] (Avrupa Orta Çağ’ında hayvan deneylerinin ardındaki özel hukuki mantığı inceleyen); ayrıca bkz. William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats,”* 46 AM. J. COMP. L. 701, 703-704 (1998) (1995 tarihli makalesinde, yabancı hukukçular tarafından kullanılan—hukuki düşünce tarzlarının bir idraki—müdrük nedenleri ve ilkeleri ve kavramları ... içeriden kavramayı hedefleyen karşılaştırmalı hukuka yaklaşım önerisi olarak sunduğu fikri izah eden.)

⁷³ Bkz. Ewald, *Comparative Jurisprudence*, *supra* note 72, 1897’de.

⁷⁴ Bkz. *id.* 1893-97’de. Ewald, Stanley Fish’in hem dinî hem de seküler hukuk sistemleri açısından metin ve bağlam hakkındaki müdahalelerini dile getiren Robert Cover’ın görüşlerini tekrarlamaktadır. Bkz. STANLEY FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS?: THE AUTHORITY OF INTERPRETIVE COMMUNITIES (1980); Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 6-8 (1983) (sözcüklerinin isabetliliği yüzünden değil, fakat ister seküler ister dinî hukuku yorumluyor olsun, farklı yorumlayıcı veya normatif toplulukların onları anladığı bağlama göre okudukları için ortak bir anlamı olmayan metinlere işaret eden.)

⁷⁵ Bkz. Pierre Legrand, *The Same and the Different*, in COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS, *supra* note 68, 240-311’de (bir farklılık faraziyesi öneren). Özellikle, bir farklılık faraziyesi işlevselciliğe meydan okurken, karşılaştırmalı hukukun algılanan kapsamını ve faydasını benzerlik faraziyesinden daha da fazla azaltır. Bkz. *id.* 271’de (“aynı görünen şeylerin gerçekte ne kadar farklı olduğunu” göstermek amacıyla benzer hukuk sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesine yönelik karşılaştırmalı hukuk arayışına elverişli bir yaklaşımı savunan); *id.* 298’de (İngiltere ve Avrupa’daki *common law* ve Kıta Avrupası hukuku yargı alanlarının bile uzlaşmaz biçimde farklı olduğunu ileri süren: “[Bir] Romanist (Kıta Avrupalı hukukçu, ç.n.), İngiliz hukuk deneyimini asla bir İngiliz hukukçu gibi anlayamaz çünkü onu kültürün kendi içinden yorumlayamaz.”) ayrıca bkz. Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 INT’L & COMP. L.Q. 52, 76 (1996) (“Ortak epistemolojik öncüllerin yokluğunda [farklı hukuki gelenekler] ... birinin diğerini anlamasına yol açacak bir

Bazı istisnalar dışında⁷⁶ *kadıjustiz* artık daha tarihsel temelli kaynaklara erişimi olan bilim insanları tarafından körü körüne kabul edilmiyor. Weberci düşünce bir zamanlar İslam hukuk tarihine taşınmış ve hâkim olmuş olsa da,⁷⁷ bir sonraki bölümde ayrıntılarıyla anlatıldığı üzere, bu alan son yarım yüzyılda önemli ölçüde ilerleyerek “*qâdî* adaleti”nin, yani İslam hukukundaki yargılama usulü peyzajının, tarihi delillere dayalı olarak daha iyi çizilmesini sağladı.

C. İSLAM HUKUK TARİHİNDE KADİJUSTİZ

Her şey yitip gitmedi. Son zamanlardaki bilimsel araştırmalar, yargılama usulü mefhumlarına karşılaştırmalı ışık tutabilecek yollarla İslam hukukunun—en azından İslam hukukunun kuruluş sonrası dönemiyle ilgili olarak—daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması için mebzul miktarda malzeme sağlamıştır. İslam hukukunun *kadıjustiz* ile aydınlanmış hukuk akademisi tarafından tutulduğu pespaye muamelelerin aksine, son zamanlardaki bilimsel araştırmalar, tarih bilgisine dayalı karşılaştırmalı hukuk çalışmalarını beslemek için bol miktarda malzeme sağlıyor.

Bazı akademisyenler Weber’in tezlerini doğrudan çürütmeye çalışırken⁷⁸ çoğu, adli uygulamalara ilişkin ayrıntılı yerel tarihler sundu. Birkaçını saymak gerekirse bu tarihler, 13. ve 14. yüzyıllarda Mısır

alışverişe girişemez”). *Bkz.* Whitman, *supra* note 68, 313’te (Vivian Curran, Nora Demleitner, Josef Esser, Pierre Legrand ve Annelise Riles dahil olmak üzere muhtelif farklılık teorisyenlerini, onlardan önceki hukukun millî karakterine ilişkin Romantik teorilerle birlikte gözden geçiren).

⁷⁶ *Bkz.* TIMUR KURAN, THE LONG DIVERGENCE: HOW ISLAMIC LAW HELD BACK THE MIDDLE EAST (2011) (Müslüman dünyadaki ekonomik az gelişmişliğe ilişkin açıklamalarında Weberci *kadıjustiz*’in hukuk ve ekonomi bilimi üzerindeki devam eden etkisini inceleyen). Kuran, Weber’in “ekonomi ve toplum” tezlerinden, özellikle de inanç veya *kadıjustiz* ile modern kapitalizm arasındaki ilişkiden yararlanarak iktisatçılar, hukuk ve kalkınma akademisyenleri tarafından sıklıkla ele alınan Müslüman dünyasının ekonomik durumundan İslam hukukunun sorumlu olduğu yönündeki tartışmalı iddiayı ortaya atmıştır. *Bkz. id.* 45-47’de. *Kadıjustiz*’in külliyen benimsenmesinin sonucu, derslikte kısır hale gelmiş karşılaştırmalı hukuk bilimi ve mahkeme salonunda arzu edilmeyen acınası argümanlar olsaydı, onun ekonomi teorisinde ve (şirketlere atfen, *ç.n.*) yönetim kurulu odasında benimsenmesinin hukuka ve kalkınmaya faydası olmayan olumsuz sonuçlarını pekâlâ görebilirdik. *Bkz. supra* note 45.

⁷⁷ *Bkz.* JOHANSEN, *supra* note 40, 51’de. Johansen, Schacht’in Weber’in “kutsal hukuk” kavramlarını uygulayarak “batı”da İslam hukuku çalışmalarını önemli ölçüde nasıl şekillendirdiğini ayrıntılandırdı. *Bkz. id.*; ayrıca *bkz. supra* note 66.

⁷⁸ *Bkz. örneğin* Amira Sonbol, *Women in Shari’ah Courts: A Historical and Methodological Discussion*, 27 FORDHAM INT’L L.J. 225, 227 (2003) (Weber’in “kadı adaleti paradigması”ni reddeden ve “İslam tarihinin çeşitli dönemlerinde uygulanan hukuk sistemi hakkında ayrıntılı bilgi sağlayacak daha titiz arşiv araştırmalarını” savunan); ayrıca *bkz.* Powers, *supra* note 40 (Tarihsel kaynaklardan alınan hukuki tatbikata ve usullere atıfta bulunarak Weber’in hayali *kadıjustiz* mefhumunu tarihe dayalı “*qâdî* adaleti” mefhumlarından ayıran).

mahkemelerinin,⁷⁹ 15. yüzyılda Endülüs mahkemelerinin⁸⁰ ve 16. yüzyıl ve sonrasında Osmanlı mahkemelerinin⁸¹ yapılarına ve usullerine ilişkin hukuki reformları içermektedir.

Abbâsi mahkemelerinin, yedinci yüzyıldan on birinci yüzyıla kadar olan, [görünüşte Weber ve Griswold'un (imgesindeki, ç.n.) kadının yaşadığı] "kurucu dönemi"nin mahkemeleri daha az iyi araştırılmıştır.⁸² Emile Tyan ilk dönem İslam hukuk tarihinde yargılama usulünün haritasını çıkarmak için erken bir girişimde bulunsa da, çalışması genellemeler sunmakta ve aktardığı zamandan daha sonraki bir döneme ait kaynaklara dayanmaktadır.⁸³ Daha ilgi çekici olan, Christian Müller ve Wael Hallaq'ın

⁷⁹ Bkz. Yossef Rapoport, *Legal Diversity in the Age of Taqlid: The Four Chief Qādīs under the Mamlūks*, 10 İSLAMIC L. & SOC'Y, July-Oct. 2003, 210, 210-23'te (Orta Çağ İslamî yargı sisteminde yapılan değişiklikleri, dört baş-qādī atanmasıyla birlikte tartışan); ayrıca bkz. ÉMILE TYAN, HISTOIRE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN PAYS D'ISLAM 138-42 (2d ed. 1960); Joseph H. Eskovitz, *The Establishment of Four Chief Judgeships in the Mamlūk Empire*, 102 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 529 (1982); Sherman A. Jackson, *The Primacy of Domestic Politics: Ibn Bint al-A'azz and the Establishment of Four Chief Judgeships in Mamlūk Egypt*, 115 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 52 (1995); Jørgen Nielsen, *Sultan al-Zāhir Baybars and the Appointment of Four Chief Qādīs*, 663/1265, 60 STUDIA ISLAMICA 167 (1984). Suriye ve Mısır mahkemelerine dair daha fazla tartışmalar için bkz. Michael Winter, *Ottoman Qādīs in Damascus in the 16th-18th Centuries*, in LAW, CUSTOM, AND STATUTE IN THE MUSLIM WORLD: STUDIES IN HONOR OF AHARON LAYISH 88-89 (Ron Shaham ed., 2007), Osmanlı İmparatorluğu'nda baş-qādī'nin vekilleri aracılığıyla devam eden temsil sistemini gösteren; ve Adel Allouche, *The Establishment of Four Chief Judgeships in Fātimid Egypt*, 105 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 317 (1985), on ikinci yüzyıldaki baş hakimliklerin erken sistemi üzerine çalışmaları irdeleyen.

⁸⁰ Bkz. genel olarak Powers, *supra* note 40.

⁸¹ Bkz. Ronald C. Jennings, *Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System*, 48 STUDIA ISLAMICA 133, 134 (1978) [bundan sonra Jennings, *Kadi, Court, and Legal Procedure*]; ayrıca bkz. Ronald C. Jennings, *Limitations of the Judicial Powers of the Kadi in 17th C. Ottoman Kayseri*, 50 STUDIA ISLAMICA 151 (1979) [bundan sonra Jennings, *Limitations of the Judicial Powers of the Kadi*] (qādī'nin, fikhî çalışmalardan gelen esaslı hukuki öğretisi kadar pozitif hukuk düzenlemelerinin (*kanun*) metinlerinin ve dahi diğer Osmanlı devlet memurları ve kadı asker (kazasker, ç.n.) paşa sancağı kadısı ve yerel müftü veya şeyhülislamı da içeren mücavir qādī'lardan neş'et eden yerel geleneklerin iktiza ettiği idari gerekliliklere dayalı yetkilerine dair muhakeme usullerini ve diğer sınırlamaları detaylandırır). Weberci *kadıjustiz* idealini reddetmesine rağmen Jennings, özellikle Osmanlı Kayserisindeki qādī'nin Weberci meşruiyetin üç biçimini de benimsediğini belirtir: "rasyonel-bürokratik, geleneksel ve karizmatik." Jennings, *Kadi, Court, and Legal Procedure*, *supra*, 137'de.

Weber'in kadı-adaleti ve şeriatın mahiyetine ilişkin vardığı sonuçlar benimkilerden oldukça farklıdır. Bunlar modası geçmiş ve Avrupa yanlısı kültürel üstünlük farazyelerine bulanmış, ki bu da onları akademik açıdan çok az değere sahip kılmaktadır. Ancak buradaki amaç, Weber'in kesinlikle karşı çıkacağı belirli bir olguyu açıklamak için Weber'in sosyolojik meşruiyet teorisini kullanmaktır.

Id.

⁸² Bkz. genel olarak RABB, *supra* note 27.

⁸³ Bkz. TYAN, *supra* note 79, 7-9'da (İslam hukukunun "kurucu dönemi"ni teferruatı ile izah eden).

yanı sıra Mathieu Tillier Abbasilerin Irak, Mısır ve diğer yerlerdeki ilk dönem mahkemeleri hakkında kapsamlı yazılar yazmıştır.⁸⁴

Elbette İslam'ın uzun kuruluş dönemine ait mahkemelerin ve yargılama usullerinin resmini tamamlamak için daha fazla çalışmaya ihtiyaç bulunmaktadır—daha büyük bir projenin konusu. Bir kez tamamlandığında, diğerleriyle birlikte böyle bir aktarım, daha derin bir karşılaştırmalı çalışma için karşılaştırmalı hukuk ilmiyle verimli bir şekilde ilişkilendirilebilir.⁸⁵ Bununla birlikte, İslam tarihinin çeşitli dönemlerine ait mahkemelere ilişkin mevcut çalışmalar, *qādi*'ların yargılama usullerinin, bekleneceği üzere hayali *kadijustiz* anlatımıyla çelişen ilgi çekici resimlerini sunmak için yeterince iyi belgelenmiştir.

Hayali derken, sadece tarihsel olarak yanlış olduğunu kastetmiyor yahut evrensel olarak yanlış olduğunu ileri sürmek istemiyorum. Bunun yerine, Amerikan mahkeme salonlarında popüler olan *kadijustiz* kavramının kelimenin tam anlamıyla kurgu eserlerden geldiğini kastediyorum.⁸⁶ Yüksek Hâkim Frankfurter muhtemelen bu fikrinin en azından bir kısmını, tanınmış bir İngiliz oryantalist ve diplomatın onlarca yıl önce çevirdiği *Binbir Gece Masalları*'ndan aldı.⁸⁷ Viyana'da doğmuş, Almanca konuşan ve “Weber'i okumayı alışkanlık haline getiren” hâkim, asıl kısmı Weber'in kendisinden almıştı ve kurgusal versiyonuyla birlikte *kadijustiz* mefhumunu Amerikan mahkeme salonlarına tanıtmış olmalıydı.⁸⁸ En nihayetinde *qādi*'sı zaten hiçbir zaman bir ağacın altında oturmamış olan Max Weber'in İngilizceye tercüme edilmesinden önce yazmıştı.⁸⁹ Harvard Hukuk Fakültesi Dekanları Roscoe Pound ve Erwin Griswold da benzer şekilde *Binbir Gece Masalları*'na başvurmuş, *qādi*'nin İslam hukuku mahkemelerinden (*shari'a* mahkemeleri) ziyade halifenin hakkaniyet mahkemesini (*mazālim* mahkemeleri ve diğer yargısal görev alanları) tespit etmiş olmalıydılar. İkisi arasındaki farklardan

⁸⁴ Bkz. Mathieu Tillier, *Qadis and the Political Use of the Mazālim Jurisdiction Under the Abbāsids*, in PUBLIC VIOLENCE IN ISLAMIC SOCIETIES: POWER, DISCIPLINE, AND THE CONSTRUCTION OF THE PUBLIC SPHERE, 7TH-19TH CENTURIES CE 42-66 (Christian Lange & Maribel Fierro eds., 2009); ayrıca bkz. TYAN, *supra* note 7-9.

⁸⁵ Erken dönem İslam hukukunda mahkemeler ve adaletin yönetimi üzerine bu tür bir çalışmayı üstlenmiş durumdayım.

⁸⁶ Bkz. William Raveis Real Estate, Inc. v. Comm'r of Revenue Servs., No. 387235, 1994 WL 324417, *8 n.2'de (Conn. Super. Ct. June 24, 1994) (doğrudan *Binbir Gece Masalları*'na atıfta bulunan); ayrıca bkz. *infra* note 164.

⁸⁷ Yüksek Hakim Frankfurter, o dönem İngiliz popüler edebiyatında çok iyi bilinen, ağaçlarda gezinen *qādi*'yi tasvir eden kurgu eserlere kolaylıkla erişebiliyordu. Bkz. THE BOOK OF THE THOUSAND NIGHTS AND A NIGHT (Richard F. Burton trans., 1885).

⁸⁸ Laura Nader, *Law and the Theory of Lack*, 28 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 191, 198 (2005).

⁸⁹ Weber'in *Rechtssoziologie*'sinin (*Hukuk Sosyolojisi*) 1921'de “hatalı baskısı”nın yayınlanmasının ardından orijinal el yazması 1957'de yeniden keşfedildi, ilk kez 1960'ta Almanca olarak yayımlandı ve ilk kez 1968'de İngilizce'ye çevrildi—Frankfurter'in meşhur formülasyonundan neredeyse yirmi yıl sonra. Bkz. JOHANSEN, *supra* note 40, 47 n.168'de.

habersiz olan İkinci Temyiz Dairesi Hâkimi Irving Kaufman, Binbir Gece Masalları'nda müteaddit defalar tasvir edilen Hârûnürreşîd'in idari-kazai rolünden mütevellit adaletini, birleşik bir Amerikan *kadıjustiz* mefhumunu üretmek amacıyla Weber'in *kadısının* ile birleştirdi.

Bu nedenle, Weberci *kadıjustiz* fikrinin, çoğu hâkimin İslami bağlamlardaki tarihsel uygulamalarıyla eşleşmediğini ileri sürmek dikkate şayan değildir.⁹⁰ İlginç olan, hukuk fakültesi dersliklerinin ve mahkeme salonlarının *qâdi* ile olan münasebetinin, bu tarihi dikkate alma konusunda büyük ölçüde başarısız olmasıdır. Bu Makalenin amaçları doğrultusunda, yabancı hukuka olumsuz atıf olarak acınası argümanlarla iştiğal eden Amerikan mahkemelerinde hukuki gerekçelendirme açısından bu başarısızlığın olumsuz sonuçlarıyla ilgileniyorum.

II. MAHKEME SALONUNDA KADIJUSTIZ

Bazı açılardan İslam hukukundaki yargılama süreci, Amerikan mahkeme salonlarında neredeyse bir *terra incognita*'dır. Neredeyse, çünkü bu (alanın, *ç.n.*) topoğrafyası, Amerikan mahkemelerinde hukuki gerekçeye alınmamıştır. Fakat alındığında dahi Amerikalı hâkimler, aynı görüşte olmadıkları bir akıl yürütme çizgisinden kendilerini uzaklaştırmak için hemen Yüksek Hâkim Frankfurter'in *kadıjustiz*'ine başvurdular.⁹¹ Hâkim Kaufman, "Max Weber'in bir zamanlar büyük halifenin emsallere veya hukukun gerekçeli bir şekilde irdelenmesine aldırmaşızın her bir davayı sezgisel olarak karara bağlaması şeklinde tarif ettiği 'Kadı adaleti'nin taraftarı olmadığını açıkça belirtti."⁹² Benzer şekilde, federal mahkemelerin⁹³ yanı

⁹⁰ Müslüman dünyasındaki kazai uygulamaların resimlerini yeniden inşa eden hukuk tarihi çalışmalarına ek olarak Edward Said, beşeri bilimlerde onlarca yıl önce "oryantalizmi" meşhur bir şekilde tanımlamış ve yapısöküme uğratmıştır. *Bkz. genel olarak* EDWARD W. SAID, *ORIENTALISM* (2014) (Avrupalı güçlerin, (Amerika, *ç.n.*) Birleşik Devletlerin ve bu ikisinden biriyle veya her ikisi ile ortaklaşmış yönetici Arap elitlerinin sömürgeci hırslarını üstü kapalı bir şekilde haklı çıkaracak şekillerde sözde Şark'ı, özellikle de Orta Doğu'yu, özelleştiren egzotik görüntülerden zuhur eden Avrupa ve Anglo-Amerikan söyleminde "Arap-İslam halklarına ve kültürlerine karşı ince ve ısrarcı Avrupa merkezli önyargıyı" ortaya koyan).

⁹¹ *Bkz. infra* Part II.

⁹² Irving Kaufman, *Judicial Review of Agency Action: A Judge's Unburdening*, 45 N.Y.U. L. REV. 201, 208–209 (1970).

⁹³ 2000 gibi yakın bir tarihte, bir federal hakim, "sempatik bir davacının" hakkaniyet temeline dayandığını düşündüğü aktif dava ehliyetine, yürürlükteki kanunun açık anlamına aykırı bir şekilde, sahip olduğu yönünde meslektaşlarının vardığı sonuca itiraz etmek için Frankfurter'in kadı mefhumunu yeniden canlandırdı. *Bkz. Stewart v. Thorpe Holding Co. Profit Sharing Plan*, 207 F.3d 1143, 1164 & n.9 (9th Cir. 2000) (O'Scannlain, J., karşı oy).

Davalara, hakkaniyet hakkındaki öznel görüşümüze göre değil hukuka dayalı olarak karar vermeliyiz ... Yüksek Hakim Frankfurter'in yerinde bir şekilde ifade ettiği gibi "[b]u bir temyiz mahkemesidir, kurullarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."

sıra eyalet mahkemelerindeki⁹⁴ diğer hâkimler de görüşlerini desteklemek amacıyla defalarca *kadijustiz*'e atıfta bulundular ve bunu 2005 kadar yakın bir tarihte yaptılar.⁹⁵ Özellikle hâkimleri eğiten hukuk fakültesi profesörleri ve dekanlarının da bu kavramı kullandıkları bilinmektedir. Harvard Hukuk Fakültesi Dekanları Griswold ve Pound'un, Amerikan hukukundaki daha akıl odaklı, usul kuralları ile yüklü ve kapsamı sınırlandırılmış yargı yetkisi vizyonlarını öne çıkarabilmek için, buna mukabil "bir ağacın altında oturan Hârûnürreşid* tarafından dağıtılan adalet" olarak nasıl sınırsız bir İslamî yargılama yetkisi tasvir ettiklerini gördük.⁹⁶ Bu hukukçulara ve bilim insanlarına göre İslamî yargılama süreci, pek de belirgin olmayan hallerde hâkimi *persona non grata* haline getirmek suretiyle bu *terra incognita*'dan kurtuldu.

Buna göre hâkimler, tipik acınası argüman tarzında, meslektaşlarının bazı değerleri diğerlerine tercih etme konusundaki yorumlayıcı takdir yetkisini kullanmalarına karşı duydukları güvensizliği (veya tiksintiyi) belirtmek için *kadijustiz*'e başvurdu.⁹⁷ Tipik olarak ayrık oy yazan

Id. (orijinalinde değişiklik) (Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 11 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy)'u alıntılaman).

⁹⁴ 2005'te bir eyalet hakimi Frankfurter'in *qâdî*'sına benzer amaçlarla başvurdu. *Bkz.* Credit Union Cent. Falls v. Groff, 871 A.2d 364, 368 (R.I. 2005) (Sullivan v. Chafee, 703 A.2d 748, 753 (R.I. 1997)'e atfen (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de, alıntılaman (Frankfurter, J., karşı oy)) (Mahkemenin önündeki davayı görmesini engelleyen [moot, ç.n.] sebeplerini ele alamayacağımı vurgulayan: "Biz bir ağacın altında bir kadı gibi oturup şahsi menfaatleri gözeterek adalet dağıtmıyoruz."). [ÇD: Davalının dava konusu işlem ve eylemi durdurması, kanun değişikliği, zamanın geçmesi gibi nedenlerle hüküm verilmesinin faydasız hale geldiğinin anlaşıldığı veya yargılamanın tarafları arasındaki anlaşmazlığın ortadan kalktığı durumlarda, mahkeme davayı görmekten imtina edebilir. Bu duruma "moot", bu nedenle mahkeme tarafından verilen karara "moot order" denilmektedir. Daha fazlası için bkz. <https://www.law.cornell.edu/wex/moot>]

⁹⁵ *Bkz. infra* Part II.

* ÇD: Abbâsi halifesi (786-809). *Bkz.* <https://islamansiklopedisi.org.tr/harunurresid>

⁹⁶ Erwin N. Griswold, *The Judicial Process*, 31 FED. B.J. 309, 319 (1972) ("Kesinlikle katı bir şekilde sınırlandırılmış bir yargı yetkisi kavramını savunmuyorum. Baron Parke'in yaklaşımını diğerlerinden daha fazla beğenmiyorum; bizler için adaletin Hârûnürreşid tarafından bir ağacın altında oturarak yönetilmesinden de hoşlanmıyorum.) (POUND'u alıntılanarak, *supra* note 40, 355-56'da); aynı zamanda ayrıca bkz. POUND, *supra* note 40, 355'te ("Doğu adaleti"ni "hukuksuz adalet yönetiminin bir örneği olarak tanımlayan ... [ki burada] hakimnin iradesi ve önündeki davada adil bir sonuca ulaşmak için ne yapılması gerektiğine dair kişisel anlayışı", "zekice bir hikaye anlatan ve Müminlerin Emiri'ni eğlendiren bir suçlu serbest kalırken daha daha ağır olmayan bir suçta yavanlık katan ve hakimi sıkın bir başkasının en ağır cezaya çarptırıldığı Binbir Gece Masalları'ndaki Hârûnürreşid'in hikayelerinde olduğu gibi ... büyük ölçüde ağır basmaktadır.").

⁹⁷ *Bkz.* Marie A. Failinger, *Islam in the Mind of American Courts: 1800 to 1960*, 32 B.C. J.L. & SOC. JUST. 1, 13-28 (2012) (*kadijustiz*'e ve daha genel olarak İslam hukukuna Amerikan yollamalarından örneklerle atfen). Açık olmak gerekirse, *kadijustiz*'in fikhî bilgilerin veya İslam hukukundan alıntuların toplamı olduğunu iddia etmiyorum. Eyalet hakimleri ve federal hakimler, kuruluşundan bu yana İslam hukukuna yollamada bulunuyorlar; kimi zaman çok eşlilik gibi ilkel ve kalıcı ahlaki

hâkimler, tercih ettikleri değerlerin *neden* çoğunluk tarafından seçilen değerlere üstün gelmesi gerektiğine ilişkin gerçek argümanlarını gizleyen *kadijustiz*'e, akla dayalı bir meydan okuma olarak değil, çoğunluk tarafından benimsenen değerleri tamamen gayri meşru olarak reddetmek amacıyla duygusal bir çağrı olarak başvurumaktadırlar. Bu sayede *kadijustiz*, yakından incelendiğinde, hâkimlerin reddetmeye çalıştığı gerekçesiz (veya yeterince gerekçelendirilmemiş) fikirlerin özelliklerini sergileyen yeterince belirgin olmayan argümanlar için bir araç haline gelmiştir.

Hâkimlerin *kadijustiz* kavramına başvurduğu anayasal ve kanunî yorum davalarının incelenmesi, hâkimlerin bu kavramı öne çıkarmak için kullandıkları üç temel değeri ortaya koymaktadır. Aşağıda göstermeye çalışacağım gibi, hâkimlerin *kadijustiz*'i metincilik, federalizm ve federal kurumların muhtariyeti gibi belirli değerlere aykırı görünen kararlara karşı çıkmak için sıklıkla kullandıkları ortaya çıkmıştır. Ancak *kadijustiz*'e güvenerek, çoğunluğun veya okuyucunun neden her bir davada galebe çalan değerlerin yerine kendi tercih ettikleri değerlere ayrıcalık tanınması gerektiğini ifade etmekte sürekli olarak başarısız oldular.

A. METİNCİLİK KARŞITLIĞI OLARAK KADIJUSTİZ: METİN VE USUL YERİNE ESASA HUKUKİ TEVECCÜH

“Ağacın altındaki kadı” klişesine en sık tekrarlanan müracaat, 1949 *Terminiello* kararına muhalif kalan Yüksek Hâkim Frankfurter'den geldi.⁹⁸ Bu davada Mahkeme, bir konferans salonunda yaptığı ve dışarıda gürültücü bir kalabalığın oluşmasına neden olan bir konuşmaya dayanarak, genel huzuru bozan davranışlara dair bir Chicago (belediyesi, *ç.n.*) emir ve yasaknamesini* ihlal ettiği için para cezasına çarptırılan bir kişinin mahkûmiyet kararını inceledi.⁹⁹ Mahkûmiyetine itiraz eden dilekçe sahibi, uygulandığı şekilde

hastalıklar olarak nitelendiriyorlar, kimi zaman da tefecilik yasağı gibi ahlaki yasaları sürdürdüğü için övüyorlar. Üstelik *kadijustiz*'e bazı atıflar, olumsuzdan ziyade olumlu olmuştur. *Bkz. infra* notes 165-171.

⁹⁸ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11-12 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

* ÇD: 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15/b maddesi uyarınca belediyelere verilen yetki çerçevesinde yine belediyelerce yayımlanan “*belediye emir ve yasakları yönetmeliği*” kavramından hareketle bu kavram tercih edilmiştir.

⁹⁹ *Bkz. id.* 2-3'te (davacının yaptığı ihlali izah eden); ayrıca *bkz.* LAWRENCE ROSEN, *THE ANTHROPOLOGY OF JUSTICE: LAW AS CULTURE IN ISLAMIC SOCIETY* 58 (1989) (Yüksek Hakim Frankfurter'in *qâdi* “resmini” İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından yayınlanan bir beyandan almış olabileceğini öne süren). Yıllar önce, Lord Hakim Goddard şunu ifade etmişti: “Mahkeme ... gerçekten de palmye ağacının altındaki bir kadı konumuna yerleştirilmiş durumda. Kendisini (kadıyı, *ç.n.*) belirli şekilde hareket etmeye yönlendiren hiçbir prensip bulunmamaktadır. Kendisine rehberlik edecek hiçbir hukuk kuralı bulunmadığından, bu koşullarda elinden gelenin en iyisini yapması gerekmektedir.” *Bkz.* ROSEN, *supra*, 58'de (Lord Justice Goddard'ı alıntıyla).

* ÇD: Amerikan Anayasası'nda yapılan ilk tadilat “*First Amendment*” olarak adlandırılmakta olup ifade hürriyeti (*freedom of speech*) ile ilgilidir. *Bkz.* <https://www.law.cornell.edu/wex/ordinance>. Amerikan Anayasası'nda bu şekilde

emir ve yasaknamenin, Birinci Değişiklik'teki* ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini savundu. Ayrıca, sarf ettiği sözlerini anayasal koruma kapsamının dışına çıkaracak “kavgacı sözler” veya başka tahkir/tezyif edici ifadeler kullanmadığından bahisle Mahkemenin mahkûmiyet kararını kaldırması gerektiğini savundu.¹⁰⁰ Çoğunluk, emir ve yasaknamenin görünüş itibarıyla anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek bu konuyu (ifade özgürlüğünün ihlali iddiasını, ç.n.) ele almayı reddetti.¹⁰¹ Çoğunluk adına yazan Hâkim William Douglas, eyalet mahkemesi hâkiminin söz konusu yasal ifadeyi– “huzuru bozmak”–“halkı öfkeliendirmek, anlaşmazlığa davetiye çıkarmak, huzursuzluk yaratmak veya rahatsızlık yaratmak” anlamında tanımladığını belirtti.¹⁰² Bu anlamların her biri, Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğü korumasına aykırıydı; ki bu korumanın temel işlevi “hükümet sistemimiz altında anlaşmazlığa davetiye çıkarmaktır.”¹⁰³ Mahkeme, emir ve yasaknamenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle mahkûmiyeti bozdu.¹⁰⁴

Yüksek Hâkim Frankfurter itiraz etti. Bu, temel anayasal hak olan ifade özgürlüğünün korunmasının esasları konusunda hemfikir olmadığı anlamına gelmiyordu. Bunun yerine Yüksek Mahkeme'nin, alt derece mahkemelerde ortaya çıkan önemli davaları veya anlaşmazlıkları karara bağlamak için anayasaya dayalı kendi *muhakeme usulünü* ihlal ettiğini düşünüyordu.¹⁰⁵ Bu durumda, konunun mutad manada önemli olmadığını, çünkü emir ve yasaknamenin cezaî değil hukukî olduğunu ve yalnızca 100 dolarlık bir para cezasının mevzubahis olduğunu ileri sürüyordu (her ne kadar ifade özgürlüğünün öneminin miktar olarak ölçülemeyeceğini* ifade etmek suretiyle dikkatli olsa da).¹⁰⁶ Daha da kötüsü, hiç kimsenin emir ve

adlandırılan ve sonucusu 1992 yılında yapılan yirmi yedi değişiklik bulunmaktadır. Bkz. <https://constitution.congress.gov/>.

¹⁰⁰ *Bkz. Terminiello*, 337 U.S. 4'te.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 5-6 (1949) (*Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931)'ye atfen) (“[B]u davada, eyalet kanunu kapsamındaki genel bir jüri kararına dayanan mahkûmiyet hükmü, kanunun bir kısmının anayasaya aykırı olması nedeniyle iptal edildi.”).

¹⁰⁵ *Bkz.* U.S. CONST. art. III, § 2.

* ÇD: Tazminat hesabı dili ile “*kuruşlandırılmayacağı*”.

¹⁰⁶ *Bkz. Terminiello*, 337 U.S. 12'de (Frankfurter, J., karışı oy).

* ÇD: *Jury instruction*, davada tüm deliller sunulduktan ve son beyanlar alındıktan sonra, jüri tarafından delillerin takdirinde ve kendi aralarındaki müzakerelerde uyması gereken kuralları hatırlatan ve hâkim tarafından kaleme alınarak jüriye tebliğ edilen belgedir. Jüri talimatlarına aykırılık, yargılamanın sil baştan yapılmasına neden olabilir (*mistrial*). *Bkz.* https://www.law.cornell.edu/wex/jury_instructions

* ÇD: *Federal question*, bir eyalet mahkemesi önünde görülen bir uyuşmazlıkta Amerikan Anayasası, federal yasa, uluslararası antlaşma veya uluslararası hukuku ilgilendiren bir boyutun tespit edilmesi halinde, davanın federal mahkemeye taşınabilmesini ifade eder. *Federal question jurisdiction* kavramı da bununla ilintili

yasaknamenin anayasaya uygunluğuna ve hatta jüri talimatlarına* dahi itiraz etmemesi nedeniyle federal bir dava veya muarazanın olmadığını savundu. Bunun yerine Mahkemenin, hiçbir zaman dile getirilmeyen bir federal meseleyi (*federal question**) muhafaza etmek amacıyla eyalet mahkemesinin kendi (eyalet, ç.n.) kanununa ilişkin yorumunu tersine çevirme görevini iş edindiğinden yakındı.¹⁰⁷

Eyalet davalarının inceleme için buraya geldiği 130 yıl boyunca ilk kez bugün bu Mahkeme, bir Eyalet mahkemesi tarafından ne burada ne de aşağıda ileri sürülen ve bu Mahkemedeki derdest davada davacı namına açıkça reddedilen bir gerekçeyle verilen cezayı bozuyor.¹⁰⁸

Yüksek Hâkim Frankfurter, Mahkeme'nin bunu yaparak hukukun kısıtlamalarıyla sınırlı olmayan *kadijustiz* alanına girdiğinden dert yandı. Duygulara hitap ederek muhalefet gerekçesinde şiddetle itiraz etti: "Bu bir temyiz mahkemesidir, kurallarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."¹⁰⁹

Yüksek Hâkim Frankfurter tam olarak neyi reddediyordu? Görünüşe göre o, davacıların Mahkeme'nin yetkisini tetiklemek için bir dava veya muaraza ileri sürmesini gerektiren anayasal bir prosedür yerine anayasal ifade özgürlüğü hakkına üstünlük/öncelik tanıdığından bahisle Mahkeme'yi kınamak için *kadijustiz*'e başvurmuştur. Yani Mahkeme, Yüksek Hâkim Frankfurter'in yasanın "kurallarına ve ilkelerine bağlı olunması" yönündeki daha büyük arzusunu yerine getirmede başarısız oldu; öyle ki "her kazaî karar ... sadece sağladığı fayda açısından değil, hukukun dokusunun bir parçası olarak da haklı gösterilebilir olmalıdır."¹¹⁰ İslam hukukuna yapılan alelaide atıf kisvesi altında gizlenmiş olsa da onun *kadijustiz*'e başvurması, Mahkeme'nin metinsel kurallar tarafından yönlendirilmediği ve esasî usulün üstüne çıkardığı yönünde bir suçlamaydı.

Birkaç on yıl sonra gerçekleşen bir başka ifade özgürlüğü davasında, Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesinden Hâkim Richard Cardamone, federal mahkemelerin Birinci Değişiklik'e dayanarak yasa ve düzenlemeleri inceleme hakkını değerlendirirken benzer şekilde bu *kadijustiz* anlayışına başvurdu: "Bir mahkemenin, Birinci Değişiklik hakkının kullanılmasına dair hükümet kısıtlamalarını inceleme yetkisi, aşırı uçlar arasında orta yolu işgal eder. (Federal, ç.n.) *kurumun uzmanlığına sorgusuz sualsiz boyun eğmez ve 'bir*

olup eyalet mahkemelerinin böyle bir davayı görmek konusundaki görev ve yetkisini ele alır. Kavramlar ve ilinti diğer kavramların izahı için bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/federal_question

¹⁰⁷ *Bkz. id.* 9'da (bu davayı *Stromberg*'de gündeme getirilen vakıalar ve hukuki sorunlarla karşılaştıran).

¹⁰⁸ *Id.* 8-9'da.

¹⁰⁹ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

¹¹⁰ Bu beyanın arkasındaki anlama dair özlü bir yorum için, *bkz.* CHARLES FRIED, SAYING WHAT THE LAW IS: THE CONSTITUTION IN THE SUPREME COURT 2 (2004), Frankfurter'in "ağacın altındaki kadı"ya itirazının hakimlerin ve mahkemelerin rolüne ilişkin daha büyük arzusunu yansıttığını açıklayan.

ağacın altındaki kadı gibi' bireysel menfaat mefhumuna göre adalet dağıtmaz."¹¹¹ Hâkim Cardamone, uzak ve yakın doğudan—her ikisi de yabancı hukukun eşit derecede mahzurlu biçimleri¹¹²—*kadijustiz* tarzı hukuka ilişkin karma metaforlar aracılığıyla esaslı anayasal ihlallerine dair emirleri inceleme yetkisinin geniş olduğunu; ne var ki bir davada sadece hakkaniyete dayalı sınırsız takdir yetkisinin, esaslı usule tercih edecek şekilde kullanılmasını sağlayacak kadar geniş olmadığını öne sürüyordu. Bu davada Hâkim Cardamone, yargı yetkisinin kapsamının, mahkemenin Katolik eşcinsellerin New York Şehri Eşcinsel Onur Yürüyüşü sırasında ifade özgürlüğü gerekçesiyle St. Patrick Katedrali önünde gösteri yapmasını engelleyen New York Şehri polis emrini bozmasına cevaz verdiği sonucuna vardı.¹¹³ Ancak bunu yaparken münasip şekilde ileri sürülen esaslı anayasal gerekçelere dayanması nedeniyle mahkemenin kararının *kadijustiz* olmadığını açıklamaya dikkat etti.¹¹⁴

Diğer davalar, anayasa hukuku bağlamının ötesinde, metincilik karşıtı, esasın usulün üstünde tutulduğu karar alma mekanizması olarak *kadijustiz* temasını takip etti. Kanunî yorum davasına bir örnek, *Stewart v. Thorpe Holding Co. Profit Sharing Plan* davasıdır.¹¹⁵ Burada, Temyiz Mahkemesi Dokuzuncu Daire heyetinin çoğunluğu, bir emeklilik planı iştirakçisinin eski eşinin, eski kocasına yapılan emeklilik maaşı ödemelerinden katılım alacağı için dava açma hakkına sahip olduğuna karar verdi.¹¹⁶ Bölge mahkemesi, Çalışan Emeklilik Geliri Güvenliği Yasası (ERISA) kapsamında aktif dava ehliyeti bulunmadığına karar vermişti.¹¹⁷ Alt mahkemeye aynı fikirde olan Hâkim Diarmuid O'Scannlain, "çoğunluğun ERISA'yı kanunun açık anlamıyla tutarsız bir şekilde yorumladığından" şikayetçi oldu.¹¹⁸ Karşı oy

¹¹¹ Olivieri v. Ward, 801 F.2d 602, 606 (2d Cir. 1986) (emphasis added) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de, alıntılardan (Frankfurter, J., karşı oy)).

¹¹² *Bkz. genel olarak* RUSKOLA, *supra* note 46.

¹¹³ *Bkz. id.* 607'de; ayrıca *bkz. infra* Part II.C (federal adli inceleme ve idari düzenlemeler arasındaki etkileşimi tartışan).

¹¹⁴ *Bkz.* Olivieri, 801 F.2d 607'de.

¹¹⁵ 207 F.3d 1143 (9th Cir. 2000).

¹¹⁶ *Bkz. id.* 1158'de.

¹¹⁷ *Bkz. id.* 1147'de (muhakeme tarihini ayrıntılandıran); ayrıca *bkz.* Employee Retirement Income Security Program (ERISA), as amended by the Retirement Equity Act, 29 U.S.C. §§ 1132(a)(1), 1056(d)(1), 1144(a) (2014).

¹¹⁸ Stewart, 207 F.3d 1158'de (O'Scannlain, J., karşı oy) (ERISA kapsamındaki aktif dava ehliyeti (husumet, *ç.n.*) gereklilikleri aşağıdaki terimlerle tartışan: "Stewart tarafından ortaya konulan türden ERISA'ya dayalı talepleri ileri sürme yetkisine (aktif husumete, *ç.n.*) sahip olabilmek için bir kişinin, görünen eyalet kanuni sınırlamaların engellenmediği veya önleyici şekilde devre dışı bırakmadığı, kapsam dahilindeki bir planın 'katılımcısı' veya 'yararlanıcısı' olması gerekir.").

* ÇD: *Chancery*, Kral naipliği makamını; *Chancellor* Kral naibini ifade eder. *Common law* ile ve/veya kraliyet mahkemelerinde derdine derman bulamayanların Kral'a yakınmaları neticesinde zaman içinde yarı kazai yarı idari işlev gören makam olarak (*court of chancery*) ortaya çıkmıştır. Yakınmaların ve ihtilafların hakkaniyet ilkesi esas alınarak halli yoluna gidildiği için *court of equity* olarak bilinmektedir. İslam hukukunda kısmen mezalim mahkemelerine benzetilebilir.

gerekçesinde, çoğunluğun kanunun metnini göz ardı ettiğini, çünkü çoğunluğun kanun yerine hakkaniyete hizmet etmek istediğini, metincilik karşılığını kullanarak *kadijustiz* istikametinde esaslı usulden üstün tuttuğunu belirtti:

Stewart sempatik bir davacıdır ve çoğunluğun [yasal] gereklilikleri yeniden kaleme alması, hiç şüphesiz, en iyi niyetler ile gerçekleştirilmiştir. Ancak çoğunluğun farkına varamadığı şey, Chancery* günlerinin sona erdiğiidir. Davaları, hakkaniyet hakkındaki öznel görüşümüze göre değil, kanuna dayalı olarak karara bağlamalıyız ... Yüksek Hâkim Frankfurter'in yerinde bir şekilde ifade ettiği gibi, “[b]u bir temyiz mahkemesidir, kurullarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz.”¹¹⁹

Bu ve diğer durumlarda *kadijustiz*'e başvurmak, karşı oy kaleme alan hâkimlerin karşı görüşlere sahip olanları hem anayasal hem de kanunî yorumda hakkaniyet odaklı, kibirli, metin karşıtı aktivizmle suçlamalarının basit bir yoluydu.¹²⁰

Ancak *kadijustiz*'e yapılan atıf, iki meşru ve birbiriyle çatışan değeri kabul eden veya mahkemenin neden bir değerler dizisini diğerine tercih etmesi gerektiğine dair spesifik argümanlar ortaya koyan bir argüman *değildi* (burada: evlilikte mülkiyet hakları ve hakkaniyet karşısında metinsel bir okumaya dayalı yasama üstünlüğüne ilişkin argümanlar).

¹¹⁹ *Id.* 1164'te & n.9 (dipnot dahil edilmedi) (Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 11 (1949)'u alıntılayan (Frankfurter, J., karşı oy)).

¹²⁰ Bu tür yollamaların tamamı karşı oy gerekçelerinden gelmiyor. Örneğin, Temyiz Mahkemesi Dördüncü Dairesindeki hakimlerden oluşan bir heyet, kaza mağduruna tazminat verilmesi konusunda mahkeme adil bir değerlendirme yapma eğiliminde olmasına rağmen, söz konusu Virginia kanununun açıkça kazayı sigorta poliçesi teminatları kapsamına koymadığı sonucuna oybirliği ile varmıştır ve aksi yönde bir sonuca varmak *kadijustiz*'in metincilik karşıtı eşdeğeri olacaktır. *Bkz.* Clarke v. Harleysville Mut. Casualty Co., 123 F.2d 499, 502 (4th Cir. 1941). Clarke mahkemesi çoğunluk görüşünde *kadijustiz*'e aşağıdaki şekilde atıfta bulunmuştur:

Virginia kanununun ikinci paragrafındaki kelimeler oldukça açıktır ve kesin ve net bir yasama niyetini ifade ediyor görünmektedir. Bu kelimelere işkence yaparak hayal ürünü anlamlar veremeyiz; muğlak olmaktan başka bir şey olmayan terimlerle ifade edilen kesin/net bir mevzuat ayrımı olarak zuhur eden şeyi göz ardı edemeyiz. Sonuçta biz, kendi sınırsız takdir yetkisinin gerektirdiği amillere göre vasat ama işe yarar bir adalet dağıtan eski bir doğu kadısı olarak değil, kanunlar çerçevesinde adaleti uygulayan bir temyiz mahkemesi olarak görev yapıyoruz.

Id.

* ÇD: *Sovereignty* kavramının Türkçe karşılığı olarak “egemenlik” kavramı tercih edilmiştir. Federalist siyasal sistemlerde eyaletlerin federal kurumlar ile olan ilişkileri bakımından “bağımsızlık (*independence*)” kavramının da yer yer tercih edildiği görülmektedir.

B.FEDERALİZM KARŞITLIĞI OLARAK KADİJUSTİZ: EYALET EGEMENLİĞİ* YERİNE

Federal Kurallar lehine Hâkimin Takdir Yetkisi

Terminiello'nun bir ikinci yorumu, —onu eleştirene göre kadıjustiz'in tecessüm etmiş hali (olan, ç.n.)—kararın federalizme aykırı olduğu yönündeydi.¹²¹ Yüksek Hâkim Frankfurter, hiç kimsenin iddia etmediği bir anayasal meselenin karara bağlanmasına ilişkin usul ihlali iddiasına ek olarak, Yüksek Mahkeme çoğunluğunun kendi emir ve yasaknamesine ilişkin eyaletin yorumunu göz ardı ederek karara varmasından da şikayetçi idi.¹²² Başka bir deyişle, Mahkeme yalnızca esasa usule göre üstünlük/öncelik vermekle kalmamış, aynı zamanda federal yargı yetkisini eyalet haklarına üstün tutmuştur.

Mahkemelerin münhasıran eyalet kurumlarınca yapılması lazım gelen işlem ve eylemlerin* yerini federal hükümetin almasına izin verdiği yönündeki şikayetler üzerine hâkimler, federalizm meseleleri ihtiva eden diğer davalarda kadıjustiz'e atıfta bulundu. 1991 yılında federal temyiz mahkemesinin önüne federal hapisane davalarında federal yasanın eyalet hukukunun taraf/dava ehliyeti kurallarına üstün olup olmadığına ilişkin bir mesele geldiğinde, örnek bir dava ortaya çıkmış oldu.¹²³

Harris v. Reeves davasında Temyiz Mahkemesi Üçüncü Dairesi, Philadelphia bölge savcısının, özellikle bu ehliyeti bahsetmek için çıkarılan bir yasa uyarınca federal hapisane davasına müdahil olmak için taraf ehliyetine sahip olup olmadığını değerlendirdi.¹²⁴ Mahkumların yerel federal hapisane koşullarına itiraz ettiği bir toplu davada*, Philadelphia Bölge Savcısı Lynne Abrams, (mahkûmiyet, ç.n.) şartlarında veya mahkumların serbest bırakılmasında herhangi bir değişiklik yapılmasında kendisinin de bir ilgisi olacağı iddiasıyla davaya müdahil olmaya çalışmıştı.¹²⁵ Federal Medeni Usul Kurallarının 24(a)(2) kuralı bölge savcısının müdahil olabilmemesini düzenlemekteydi.¹²⁶ Bu kural, müdahilin “davada

¹²¹ Bkz. Terminello v. Chicago, 337 U.S. 1, 9 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

¹²² Bkz. id. 8-9'da.

* ÇD: Burada state action doctrine hatırlanmalıdır. Buna göre ayrımcılık yasağı sadece idari kurumlara getirilmiş, özel kişiler bu yasak haricinde tutulmuştur. Ancak özel kişilerle ilgili ayrımcılık yasağı, Equal Protection Clause ile ele alınmaktadır. Bkz. <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/state-action-doctrine>

¹²³ Bkz. genel olarak Harris v. Reeves, 946 F.2d 214 (3d Cir. 1991).

¹²⁴ Bkz. id. 221'de.

* ÇD: Class action, birden fazla davacının federal veya eyalet hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, davacı sıfatıyla yer alması mümkün ve muhtemel tüm topluluk üyeleri adına ve onları temsilen hareket etmesidir. Bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/class_action

¹²⁵ Bkz. id. (bölge savcısının argümanını gözden geçiren).

¹²⁶ Id. 222 n.10'da.

yeterli menfaati” olması koşuluyla müdahaleyi hak olarak tanımlıyordu.¹²⁷ Bu, meselenin Üçüncü Daire’nin önüne ikinci kez geliyordu. Konu ilk kez 1987’deki Harris v. Pemsley davasında gündeme geldiğinde mahkeme (bölge savcısının, ç.n.) taraf ehliyeti olmadığı sonucuna vardı.¹²⁸ O zaman Pemsley mahkemesi, “Pennsylvania yasalarına göre kanuni görevlerinin” sayısının ve ilgisinin kendisine müdahil olma hakkı bahsetmediğine karar vermişti.¹²⁹

Bir yıl sonra Commonwealth*, herhangi bir federal hapisane davasında bölge savcısına “otomatik taraf ehliyeti” bahşeden bir kanunu kabul etti.¹³⁰ Kanun özellikle Pemsley kararını geçersiz kılmak için tasarlanmıştı.¹³¹ Ancak konu ikinci kez mahkemenin önüne geldiğinde mahkeme bölge savcısının müdahil olma hakkının hâlâ daha olmadığı sonucuna vardı.¹³² Her ne kadar kanunun dili böyle bir hak yaratıyormuş gibi görünse de, buna tekabül eden “hapisane koşullarına veya Philadelphia hapisaneleri üzerindeki idari sorumluluklara ilişkin yasal (bir) görev veya yetki” yaratmamıştı.¹³³ Görevler mahkemenin dört yıl önce Pemsley’de verdiği kararlar aynı olduğundan Reeves mahkemesi, eyaletin müdahale

¹²⁷ Bkz. Fed. R. Civ. P. 24(a) (“müdahale hakkı”nı düzenleyen kuralları içeren).

Zamanında yapılan başvuru üzerine mahkeme, davaya konu olan mülkiyet veya işlemle ilgili menfaat ve halihazır taraflar bu menfaati yeterince temsil etmedikçe davanın mevcut haliyle karara bağlanmasının, müdahilin haklarının korunmasına pratik bir mesele olarak zarar verebileceği veya buna engel olabileceği iddiasında bulunan ... herhangi bir kimsenin davaya müdahil olmasına müsaade etmelidir.

Id.; ayrıca bkz. Harris v. Pemsley, 820 F.2d 592, 596 (3d Cir. 1987).

¹²⁸ Pemsley, 820 F.2d 604’te.

¹²⁹ *Id.* 597-99’da.

* ÇD: ABD’deki eyaletlerden dördü, resmi isimlerinde *commonwealth* ibaresini kullanmaktadır. Bu eyaletler Kentucky, Massachusetts, Pennsylvania ve Virginia’dır. İngilizce olan bu terim, siyasi birliğin o toplumun tüm mensuplarının iyiliği için oluşturulduğuna işaret etmektedir. Örneğin Virginia’da, 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirgesi’nden (*Declaration of Independence*) hemen önce ilan edilerek yürürlüğe konan Virginia Anayasası’nın Bill of Rights, 3. Madde’sinde şu şekilde ifade edilmektedir: “*That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community (...)*” Keza Birinci Charles’ın kralın tahttan indirildiği 1649-1660 arası *British Interregnum* olarak adlandırılan dönemde kraliyet (*kingdom*) kelimesi yerine *Commonwealth of England* kelimesi kullanılmıştı. Son olarak, Birleşik Krallığa dahil ülkeler ve bağlı topraklar ile eski sömürgelerin katılımı ile oluşan uluslararası örgütün adı da *Commonwealth of Nations*’dır. Bkz. <https://thecommonwealth.org/>

¹³⁰ 18 PA. CONS. STAT. ANN. § 1108 (West 2014) (“Bölge savcısı, tutukluluk durumu, süresi veya diğer koşullar nedeniyle bölgedeki mahkumların, suçluların veya tutukluların serbest bırakılmasını veya (ceza infaz kurumuna, ç.n.) kabul edilmemesini gerektirebilecek her türlü işlem hakkında yazılı bildirim alacak ve bu işlemlerde otomatik olarak taraf ehliyeti (husumet) ve menfaat sahibi olacaktır.”).

¹³¹ Bkz. Harris v. Reeves, 946 F.2d 214, 227 (3d Cir. 1991) (Aldisert, J., karşı oy) (yasama tarihini detaylandıran).

¹³² Bkz. *id.* 224’te (çoğunluk görüşü) (Commonwealth yasasının taraf ehliyeti (husumet) tanımayan 1108. paragrafını hukuka uygun bulan).

¹³³ *Id.* 220’de (Harris v. Pemsley, 820 F.2d 592, 602 (3d Cir. 1987)’e atfen).

yetkisi yaratma girişiminin akim kaldığı ve müdahaleyi eyalet yasasından ziyade federal yasanın münasip şekilde düzenlediği sonucuna vardı.¹³⁴

Hâkim Ruggero Aldisert, kendisinden önceki Yüksek Hâkim Felix Frankfurter gibi itiraz etti. Ona göre bu karar, hiç kimse ileri sürmediği ve eyalet aksi yönde açık bir yasa beyanı (statement of law) yayınladığı halde federal hakimlerin (cevaz verilmediği halde) anayasal gerekçelere dayalı olarak eyalet hukukuyla ilgili hükümler vermesine izin vermekle eşdeğerti.¹³⁵ Bu, eyalet yasalarının federal mahkemelerde karar verilmesine kaynaklık teşkil etmesini belirleyen ünlü Erie doktrinine* aykırı olması nedeniyle sorunluuydu.¹³⁶ Hâkim Aldisert'in değerlendirmesine göre:

Bir federal bölge hâkiminin, taraf ehliyeti bahşeden ve hukuki menfaati tanıyan bir eyalet kanununun müphem olmayan dilini tanımayı reddettiğini gördük. Bu yapıldığında, çalışan bir geleneksel yargılama sürecine tanık olmadık. Onun yerine, bir palmye ağacının altında adaleti dağıtan, kendi iradesinin emirleri dışında hiçbir otoriteye bağlı olmayan, ilk çağ Müslüman hâkimi olan kadı'nın ölümüyle sona erdiğini düşündüğüm türden çıplak yargı gücünün uygulandığını gördük.¹³⁷

¹³⁴ Bkz. *id.* 222'de (Pensilvanya hukuku tarafından değiştirilmeyen federal hukuk meselesi olarak müdahale hakkına atfen).

¹³⁵ Bkz. Reeves, 946 F.2d 228'de (Aldisert, J., karşı oy). Judge Aldisert ifade etti:

[B]u, katıksız safsatanın veya yanıltıcı gerekçenin dış sınırlarının çok ötesine geçer ve bir eyalet yasasını hükümsüz ve geçersiz kılan bir federal yargı hükmü haline gelir. Ne bölge mahkemesinde ne de bu mahkemede hiç kimse, 1108. maddenin Pensilvanya veya federal anayasalara göre anayasaya aykırı olduğunu iddia etmedi ve bu kanun—(Anayasanın, *ç.n.*) belirli bir temel hükmünü ihlal ettiğinden veya Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Üstünlük Maddesi'ni ihlal ettiğinden bahisle—anayasaya aykırı bulunmadıkça ve bulunana kadar ona tam güç ve etki vermemeliyiz.

Id.

* ÇD: Erie doktrini, federal mahkemelerin eyalet düzeyindeki [içtihat hukukuna (*case law*'a) dayalı] *common law*'u uygulayabileceğine dair çerçeveyi sunan öğretilerdir. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından görülen *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (1938) davasında Yüksek Hâkim Brandeis tarafından kaleme alınan çoğunluk gerekçesinde önceki içtihat terk edilerek bu uygulamanın önü açılmıştır. Bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/erie_doctrine

¹³⁶ Bkz. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 71 (1938); *Reeves*, 946 F.2d 228'de (Aldisert, J., karşı oy) (Erie, 304 U.S. 71'de, ve 28 U.S.C. § 1652 (2012)'e atfen) ("Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın veya anlaşmalarının veya Kongre Kararları'nın aksini gerektirdiği veya öngördüğü durumlar dışında, muhtelif eyaletlerin kanunları, uygulandıkları olaylarda Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerindeki hukuk davalarında kararların kuralları (*rules of decisions*) olarak kabul edilecektir.") ÇD: "*rules of decisions*" kavramı az yukarıda değinilen Erie doktrini ile yakından ilintilidir. Müddeabihin değeri yetmiş beş bin Amerikan dolarını aşan ve davacı ve davalının aynı eyalette ikamet etmediği davalarda federal mahkemenin uygulayacağı eyalet hukukunun kapsamına sadece eyaletin yazılı hukukunun değil, içtihadı dayalı *case law*'un (*common law*'un) da dahil olduğunu ifade eden kuraldır. Bkz. 28 U.S. Code § 1652.

¹³⁷ *Harris v. Reeves*, 946 F.2d 214, 229 (3d Cir. 1991) (Aldisert, J., karşı oy) (vurgu eklenmiştir).

Kadjustiz'e başvururken açıkça dile getirmediği şey, federal yargı otoritesinin üzerinde eyalet hakları federalizmini (state rights' federalism) savunmasıydı; ve bundan ötürü nedenini ifade etmede de muvaffak olamadı. Bunun yerine, çoğunluğun neden federalizme kendi atfettiği değeri federal kurallara tercih etmesi gerektiğine dair müphem bir neden sunan bir acınası argüman ortaya koymuştu.

Terminiello Mahkemesinin Yüksek Hâkim Frankurter'e yaptığı gibi, Hâkim Aldisert'e göre Reeves mahkemesi, şu anda tipik olarak kanunî yorumun federalizm kuralı olarak ifade edilen şeyi ihlal etmişti. Bu kanona göre, "federal mahkemelerin görevi, (bir) federal yasanın federal ve eyalet yetkileri arasındaki olağan anayasal dengeyi (federal yasa lehine, ç.n.) ortadan kaldırdığını tespit etmeden önce 'Kongre'nin niyetinden emin olmaktır.'"138 Burada mahkeme ne bir anayasa ihlali tespit etti ne de olağan yasama sürecinden geçmiş eyalet hukukuna itibar etti. Hâkim Aldisert'e göre bu, kadjustiz'e tekabül eden bir tür federalizm karşıtlığıydı.

Benzer federalizm endişeleri, gerekçeli karara muhalif kalan bir hâkimin doktor destekli intihara (ötanaziye, ç.n.) yönelik anayasal bir hak tanıyan Dokuzuncu Daire davasında kadjustiz'e başvurmasına yol açtı.¹³⁹ Hâkim O'Scannlain, bu kez Washington eyaleti çapında yapılan referandumda kabul edilmeyen bir hakkı tanıdığı için Dokuzuncu Daire'nin tüm üyelerinin çoğunluğunun keyfiligi olarak gördüğü şeye hatırda kalacak bir şekilde itiraz etti.¹⁴⁰ Açık bir anayasal standart veya ihlalin bulunmadığı durumlarda, "bir ağacın altında" (bu kez Hârûnürreşid'in şahsında) kadim Müslüman memur gibi adalet dağıtmak yerine doktor destekli intihar gibi çetrefilli bir konunun yasallığına federal hükümetten ziyade eyaletlerin karar vermesi gerektiğini savundu.¹⁴¹ Ayrıksı oy gerekçesini kabul eden

¹³⁸ Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452, 460 (1991) (Atascadero State Hosp. v. Scanlon, 473 U.S. 234, 243 (1985)'I alıntılıyarak). Ceza davalarına dair federalizm kanonunun yakın zamandaki *restatement*'i için, bkz. Bond v. United States, 134 S. Ct. 2077, 2083 (2014): "Anayasal yapımız yerel suç faaliyetlerini öncelikli olarak Eyaletlere bıraktığından Kongre yasanın bu kadar geniş bir kapsama sahip olması gerektiğini açıkça belirtmediği sürece federal yasayı bu sorumluluğu ihlal eden bir şey olarak okumayı genel olarak reddettik." ÇD: Amerikan Hukuk Enstitüsü *restatements*, *model kanunlar* ve *ilkeler* yayımlanmaktadır. Bu metinlerin herhangi bir bağlayıcılığı olmayıp dikkate alınmalarının nedeni ikna ediciliklerinden kaynaklanmaktadır. Bkz. <https://www.ali.org/>

¹³⁹ Bkz. Compassion in Dying v. Washington, 85 F.3d 1440, 1440, 1450 & n.6 (9th Cir. 1996), *rev'd sub nom.* Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

¹⁴⁰ Bkz. *id.* 1440'da (O'Scannlain, J., karşı oy) (çoğunluğun davanın yeniden görülmesini reddinde hata olduğunu öne süren).

¹⁴¹ Bkz. *id.* 1450'de (Trott, J.'nin görüşü, karşı oy, O'Scannlain ve Kleinfeld, JJ. tarafından iştirak edilen) (doktor-yardımlı intiharin eyalet meselesi olduğunu iddia eden). Hakim O'Scannlain, Hakim Trott'un karşı oyuna iştirak ederek şunu ifade etti:

-Ömür boyu görev süresine sahip olan ve bu mahkemenin cübbesine bürünmüş-altı erkek ve iki kadın, iki yüz yılı aşan Amerikan tarihinde duyulmamış yeni bir anayasal hak ilan etmek suretiyle Washington Eyaleti halkının yalnızca beş yıl önce sandık başında reddettiği şeyi yargısal bir hüküm vasıtasıyla yasalaştırmış oldu.

Yüksek Mahkeme bir yıl sonra kararı bozdu.¹⁴² Her iki durumda da kadıjustiz; keyfilik, takdir yetkisi ve usul yerine esas için kullanılan uygun bir kısaltmaydı. Her iki durumda da bu sadece federalizm lehine üstü kapalı bir argümandı; ancak her iki durumda da hâkimler, aynı fikirde olmadıkları hâkimlerin neden federal erk yerine eyalet egemenliğine ilişkin rekabet eden değerler arasında seçim yapması gerektiğine dair gerekçeleri açık ve anlaşılır bir şekilde ifade etmediler.

C. MUHTARİYET KARŞITLIĞI OLARAK KADİJUSTİZ: MAKUL SINIRLAMA YERİNE

Hakkaniyete dayalı Yargısal Aktivizm

Terminiello'nun—ve Yüksek Hâkim Frankfurter'in *kadıjustiz* ithamlarının—üçüncü yorumu, çoğunluk kararının, yargı yetkisinin kazaî muhtariyet ve yetki ilkelerine yersizce aykırı olacak şekilde genişletilmesi olduğu yönündeydi. Bu kısıtlama, yerel emir ve yasaknamelerin federalizm temelinde eyalet tarafından yorumlanmasına itibar edilmesinin yanı sıra aynı zamanda federal hükümet kurumları tarafından uygulanan yasaların yorumlanmasını da içerebilir.

Federal kurumların yorumlarına itibar—daha sonra *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* davasında ifade edildiği gibi¹⁴³—kanunları uygulamakla görevli hükümet kurumları tarafından yapılan makul yorumlara bağlıdır. *Chevron* kararından önce mahkemeler bazen federal kurumların muhtariyetini tanıdı ve diğer bazı zamanlarda (federal kurumların, *ç.n.*) kendileri ile ilgili mevzuat yorumlarının yeni baştan gözden geçirilmesi (*de novo review*)* hususunda çelişkili bir uygulamayı benimsedi.¹⁴⁴ Bu itibarın bir nedeni de federal kurumların teknik düzenlemeleri yorumlamada ihtisaslaşmış bir uzmanlığa sahip olmasıdır.¹⁴⁵

Id. Karşı oy devam etti, “Otoritemizin tek sınırı retoriğimizin gösterişli olmasıysa, o zaman yargının emriyle yaşıyoruz. Dekan Griswold buna ‘bir ağacın altında oturan Hârûnürreşid tarafından dağıtılan Adalet’ diyordu. *Id.* (Erwin N. Griswold, *supra* note 96’ya atfen).

¹⁴² *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 709 (1997).

¹⁴³ 467 U.S. 837 (1984).

* Ç.D.: *De novo review* kavram ile kastedilen, bir mahkemenin önündeki uyuşmazlığı sil baştan yeniden incelemesi veya gözden geçirmesidir. *De novo review* ilk derece mahkemesinde olabileceği gibi istinaf/temyiz aşamasında da olabilir. Bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/de_novo

¹⁴⁴ Federal kurumlara itibarın 1984 ve 2006 yılları arasındaki kapsamlı bir incelemesi için, bkz. William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 GEO. L. J. 1083 (2008); ayrıca bkz. Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 DUKE L.J. 511, 513 (1989) (yasal hükümlerin yorumlanmasında genellikle göz ardı edilen idari kurumlara genel itibarı vurgulayan).

¹⁴⁵ *Bkz. Chevron*, 467 U.S. 844’te.

Bu kuralların hilafına, Yüksek Hâkim Frankfurter'in *kadajustiz*'inin ardındaki üçüncü anlam, herhangi bir uzmanlaşmış ve dolayısıyla makul federal kurum yorumuna itibar etmeyen herhangi bir yargı kararına yollamada bulunmaktadır.

Temyiz Mahkemesi Birinci Dairesi, Chevron'dan yalnızca birkaç yıl önce karara bağlanan *Amerika Birleşik Devletleri v. Murray*¹⁴⁶ davasında bu *kadajustiz* anlayışını ortaya koymuştu. Burada mahkeme, menşe ülkesine dair yanlış beyanlar yoluyla ürünlerin ticari amaçla Amerika Birleşik Devletleri'ne bilerek ve kasıtlı olarak ithalini yasaklayan kanunların federal kurum (tarafından yapılan, *ç.n.*) yorumunu inceledi.¹⁴⁷ Sanık Bay John Murray, Jr., Çin menşeli yapıştırıcı ithal etmekle ve orada işlenip diğer yapıştırıcılarla harmanladığı için (bu yapıştırıcıların, *ç.n.*) Hollanda'dan geldiğini beyan etmekle yargılanmıştı.¹⁴⁸ Federal düzenlemeler ithalatçıların, ürünlerinin "Amerika Birleşik Devletleri'ne giren yabancı menşeli herhangi bir ürünün imal edildiği, üretildiği veya yetiştirildiği ülke" olarak tanımlanan "menşe ülkesini" açıklamalarını gerektirmektedir. "Başka bir ülkedeki bir ürüne eklenen ilave emek veya materyalin söz konusu ülkeyi 'menşe ülke' haline getirebilmesi için bir *esaslı dönüşüme (substantial transformation)* neden olması gerekir."¹⁴⁹ Federal yasa ayrıca, yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunarak Gümrük Memurluğunu dolandırmayı da suç saymaktadır.¹⁵⁰ Murray federal bölge mahkemesinde mahkûm edildi.¹⁵¹

İnceleme üzerine, Birinci Daire mahkûmiyeti onadı. Çin'de satın alınan yapıştırıcının, başka yerlerdeki diğer yapıştırıcılarla karıştırılmış olsa bile Çin menşeli olduğu sonucuna vardı.¹⁵² Davalı, tutkalın değerinin belirli bir yüzde veya miktarda arttığını gösteremediği sürece, harmanlama işleminin (federal, *ç.n.*) düzenleme anlamında "önemli dönüşüm" ifadesinin açık anlamını karşılamadığını belirtti.¹⁵³ Gümrük Müdürlüğünün aksi

¹⁴⁶ 621 F.2d 1163 (1st Cir. 1980).

¹⁴⁷ *Id.* 1169'da.

¹⁴⁸ *Id.* 1167'de (vakiaları betimleyen).

¹⁴⁹ 19 C.F.R. § 134.1(b) (2015) (vurgu eklenmiştir) (Tariff Act of 1930 as amended, 19 U.S.C. § 1304 (2012), ve Tariff Schedules of the United States, 19 U.S.C. § 1202 (2012) uygulayan).

¹⁵⁰ *Bkz.* 18 U.S.C. § 371 (2012) ([suç işlemek için iştirak halinde hareket etmek, *ç.n.*] komplo hükümlerini düzenleyen); 18 U.S.C. § 542 (2012) (gerçeğe aykırı ifade hükümlerini ana hatları ile ortaya koyan).

¹⁵¹ Murray, 621 F.2d 1165'te.

¹⁵² United States v. Murray, 621 F.2d 1163, 1171 (1st Cir. 1980).

¹⁵³ *Bkz. id.* 1167-69'da. Murray, "esaslı dönüşümü" yorumlamak için sözlük tanımlarına, yasanın amacına ve yaygın kullanıma atıfta bulundu ve alt mahkemenin bu terimi, uygulanacak gümrük tarifesi oranının belirlenmesinde ürünün imal edildiği ülkeye "menşe ülkesi" muamelesi yapılması olduğunun ayırdına varan, tüm 19 C.F.R. § 134.1(b)'yi okuyup ayırdına varması gereken, ortalama eğitim görmüş sağduyu sahibi bir kişiye malum olacağı üzere genel kuralın, uygulanacak gümrük tarifesi oranının belirlenmesinde ürünün imal edildiği ülkeye "menşe ülkesi" muamelesi yapılması olduğu şeklinde yorumladığı sonucuna vardı. *Id.*

yöndeki yorumlarını, ilkesiz ve ilgisiz olarak değerlendirdi. Mahkeme şunu kaydetti:

Gerekçe ile desteklenmeyen, “ilkesiz” ve Hâkim Learned Hand’in kapıdaki bir Kadı’nın kararlarına benzeteceği idari kararlara itibar etme veya bunlara ziyadesiyle ağırlık verme zorunluluğu hissetmiyoruz. Bu, Kongre tarafından bir yasayı uygulama göreviyle görevlendirilen federal kurumun, yalnızca yasanın inceliklerine bizimkinden daha fazla aşinalığı yansıtan değil, aynı zamanda elimizdeki bu mahsus davanın ötesinde uygulanabilir bir ilke veya esbab-ı mucibeyi de bünyesinde barındıran bir görüşü benimsediği bir vaziyet değildir.

Davalının veya onun ilişkili olduğu kişilerin burada söz konusu olan yapıstırıcı ile ilgili beyanlarda bulunurken veya hareket ederken Gümrük Müdürlüğünün herhangi bir kararına dayandıklarına dair herhangi bir kanıt da mevcut değildir.¹⁵⁴

Bu *kadıjustiz* yollaması, Hâkim Learned Hand’in, belirli davaları çözmek için herhangi bir ilkesel araç olmaksızın federal yasanın genişletilmesinden şikâyet ettiği bir konferansına yapılmıştı.¹⁵⁵ Bu yorum daha geniş anlamda, idari *kadıjustiz* olarak adlandırabileceğimiz—*federal kurumların* keyfi olarak veya hukuk yerine hakkaniyete itibar ederek hareket ettiği—bir kavramı salık veren karar alma biçimine atıfta bulunuyordu. Ancak hâkim, mahkemenin *neden* bu davada federal kurum uzmanlığına itibarı en önemli faktör olarak görmesi gerektiğini ya da aslında neden bu uzmanlığın bulunmadığını düşündüğünü açıklamamıştı.

İlginçtir ki bu *kadıjustiz* anlayışı, terimin gördüğü işlevi kaybetmeden, iş hukuku tahkimi bağlamlarında tam tersi itibar kurallarına yol açmaktadır. İş uyuşmazlıklarında tahkim kararları incelendiğinde, mahkemelerin hakemlere itibar etme eğiliminde olduğu görülmektedir. 1968’de İkinci Daire için (gerekçeyi, *ç.n.*) yazan Hâkim Friendly, bir tahkim kararının hak ve nefâsetini kabul etmese de, itibarın hakeme olduğunu şu ifadelerle belirtmişti: “[E]ğer Kadı adaletini dağıtıyor olsaydık, davalının lehine karar verme eğiliminde olurduk. Ancak Federal Tahkim Yasası uyarınca hukuki incelemenin sınırlı kapsamı bunu yapmamızı yasaklamaktadır.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Id.* 1169-70’da (vurgu eklenmiştir).

¹⁵⁵ *Bkz.* Learned Hand, *Some Modern Tendencies in the Law*, 43 HARV. L. REV. 1165, 1167 (1930) (kitap kritiği).

Artan rapor çığıyla karşı karşıya kaldığımızda ne yapacağımız ise başka bir konudur ... Dört ayak üzerinde de olsa bir emsalin hüküm sürdüğü varsayımı, giderek daha fazlası biriktikçe dayanılmaz hale gelir ... Otoriteyi keşfetmenin daha erişilebilir bazı yolları olmalıdır; aksi halde yük taşıyabileceğimizden daha fazla olacak ve biz de alelaceleyi tefrik edeceğiz. Sorun, ilk derste ele alınan konuyla bağlantısız değil; erişilemez bir kural, hiçbir şekilde kural değildir; karar o anın ilhamına bırakılmıştır, kapıdaki kadının istemsiz bir şekilde ikame edilmesi.

Id.

¹⁵⁶ *Bos. & Me. Corp. v. Ill. Cent. R.R. Co.*, 396 F.2d 425, 425 (2d Cir. 1968) (vurgu eklenmiştir) (Federal Tahkim Yasasının sınırlı kapsamı, mahkemelerin tahkim kararlarını uygulamasını gerektirir çünkü “[t]ahkim kararının iptali için gerekçeler son derece azdır” görüşünü taşıyan).

Hâkim Posner, 1984'teki bir iş anlaşmazlığında tahkim kararını incelerken Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesinde benzer bir sonuca vardı:

Hakem, [tercihli işe alma] hükmünün ihlal edildiğini tespit ederken toplu iş sözleşmesinin dilini yorumladığını iddia etti. Onun yorumu pekâlâ yanlış olabilir ama bu bizi ilgilendirmez. *Hakemin kadı adaleti dağıtmadığı, lakin toplu iş sözleşmesini yorumladığı konusunda tatmin olduğumuzda vazifemiz tamamlanmıştır.*¹⁵⁷

İlk davada mahkeme, davanın hak ve nefâseti konusunda *kadjustiz* dağıtma tuzağına düşmemek için tahkim kararını destekledi.¹⁵⁸ İkinci davada ise mahkeme, makuliyet noksanlığı olarak hakemin *kadjustiz*'den suçlu olmadığı kanaatine vardığı için tahkim kararını destekledi.¹⁵⁹ Yani mahkeme, hakemin kararının *bazı* rasyonel temellere dayandığı konusunda tatmin olmuştu. Burada itibar etme çıtası düşüktü.

Başka bir deyişle tahkim, federal kurum karar alma sürecinden farklıydı. İlkinde, itibar yasal sebeplere binaen gerekliydi ve ikincisinde *Chevron*'da belirtilen diğer faktörlerin yanı sıra—prensipte—federal kurumun uzmanlık derecesi ile ilgili yoruma dayalı gerekçelerden kaynaklanıyordu.

Zıt sonuçlara rağmen *kadjustiz* idare hukuku ve iş hukuku-tahkim bağlamlarında aynı amaçla kullanıldı. İdare hukukunda, karara muhalif kalan hâkimlerin çoğunluğun federal kurumların muhtariyeti kuralını göz ardı ediyor algısına kapılması üzerine bu terim, muhtariyet karşıtlığı

¹⁵⁷ Miller Brewing Co. v. Brewery Workers Local Union, 739 F.2d 1159, 1163 (7th Cir. 1984) (vurgu eklenmiştir); ayrıca bkz. Hillcrest Foods, Inc. v. United Food & Commercial Workers Union, 753 F. Supp. 1541, 1543, 1546 (D. Kan. 1990). The *Hillcrest Foods* court noted:

Tahkim kararlarını adli incelemeden muaf tutmanın nedenleri, işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen federal yasalara dayanmaktadır... “Hakem, [tercihli işe alma] hükmünün ihlal edildiğini tespit ederek toplu iş sözleşmesinin dilini yorumladığını iddia etti. Onun yorumu pekâlâ yanlış olabilir ama bu bizi ilgilendirmez. Hakemin kadı adaleti dağıtmadığı, toplu iş sözleşmesini yorumladığı konusunda tatmin olduğumuzda işlevimiz tamamlanmış demektir.”

Hillcrest Foods, 753 F. Supp. 1543, 1546'da (orijinalde değişiklik) (Labor Management Relations Act of 1947, 61 Stat. 154, 29 U.S.C. § 173(d) (2012)'ye atfen (tahkim kararını onayladığı için *Miller Brewing*'i takdiren alıntılanan). Başka bir çalışma anlaşmazlığında tahkim derdest iken ihtiyati tedbirleri onaylayan bir federal bölge mahkemesindeki benzer bir nitelendirme için bkz. *Trans World Airlines, Inc. v. Int'l Ass'n of Machinists & Aerospace Workers (IAM) AFL-CIO*, 629 F. Supp. 1554, 1560 (W.D. Mo. 1986). The *Trans World Airlines* court mahkemesi dedi ki:

Belki de hakemler umumiyetle kendilerini emsal kararlarla bağlı görmüyorlar. Yakınmaların tahkimi bazen 'eski doğulu kadı' tarzında 'vasat ama işe yarar hakkaniyetinin' dağıtılmasına benzetilir ... Yorumun tutarlılığı sektördeki istikrarlı iş ilişkileri için önemlidir ... Bu nedenle hakemin, IAM'in 1946'daki asıl amacı olan şeyi ve diğer sektörlerde dilin geleneksel yorumu olan şeyi reddetmesini ve 1970'teki tahkim emsalini takip etmesini beklerim.

629 F. Supp. 1560'ta (dipnotlar hariç tutuldu).

¹⁵⁸ Bkz. *Bos. & Me. Corp.*, 396 F.2d 425'te.

¹⁵⁹ Bkz. *Miller Brewing Co.*, 739 F.2d 1163'te.

suçlaması haline geldi. İş hukukunda, iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan tahkim kararlarının incelenmesinde hâkimlerin muhtariyet-karşıtlığı suçlamaları ile aralarına mesafe koyduğu bir araç haline geldi, ki burada itibar çağrısı daha güçlüydü ve makuliyet çitası federal kurumlar bağlamına göre daha düşüktü.

Terminiello tarafından popüler hale getirilen Weberci *kadijustiz* mefhumu, son yarım yüzyılda İslam hukukuna yapılan kazaî atfa egemen oldu.¹⁶⁰ Yirminci yüzyılın ortalarından başlayarak birkaç federal hâkim *kadijustiz*'i, bir mahkemeyi veya bir mahkemenin çoğunluğunu, azlık oy sahibi bir hâkimin aynı kanaatte olmadığı kararlar vermekle suçlamak için kullandı.¹⁶¹ Eyalet hâkimleri de, gerekçelerini izah etmek zorunda kalmadan açıkça itiraz edilebilir bir lisan ile iddialarını dile getirmek için sıklıkla Yüksek Hâkim Frankfurter'in *Terminiello*'daki muhalif oy gerekçesinden alıntılar yaparak buna ayak uydurdu.¹⁶² Bir mahkeme, Yüksek Hâkim Frankfurter'in görüşünü açıkça Max Weber'in kavramına bağladı:

¹⁶⁰ Kısmi bir liste ve yorum için *bkz.* Asifa Quraishi, *On Fallibility and Finality: Why Thinking Like a Qadi Helps Me Understand American Constitutional Law*, 2009 MICH. ST. L. REV. 339, 339-40 & nn.1-2 (*kadijustiz*'e başvuran on altı federal davadan ve on üç eyalet davasından dokuzunu listeleyen). İlave davalar için *bkz. infra* notes 161-165.

¹⁶¹ *Bkz.* United States v. Freeman, 357 F.2d 606, 613 (2d Cir. 1966). The *Freeman* mahkemesi dedi ki:

Seçkin bir avukat ve eski Dışişleri Bakanının yakın zamanda başka bir bağlamda müşahede ettiği gibi, federal hakimlerin yalnızca “karar verenin kendi hak anlayışına uygun olarak yasada değişiklik yapma arzusunu” tatmin etme yetkileri yoktur. (Onlar) vicdanlı bir şekilde adaleti tatbik ediyor olabilirler, ancak bu kişisel adalettir—Louis IX veya Hârûnürreşid'in adaletidir, Yüksek Mahkeme Binasının alınışında ‘Kanun Önünde Eşit Adalet’ olarak tanımlanan adalet değildir.”

Id. (orijinalde değişiklik) (DEAN ACHESON, MORNING AND NOON 69 (1965)'I alıntılanan); *ayrıca bkz.* Colonial Trust Co. v. Goggin, 230 F.2d 634, 635-36 (9th Cir. 1955) (iflas hakeminin, davacının “tapu ve zilyetlik hakkıyla ilgili kararın dogulu bir kadı tarafından tahayyül edilebilecek böylesine soyut bir adalet teorisine göre ilerlemesi gerektiğine dair bir niyeti” olmadığından bahisle eyalet yasasını göz ardı eden kararını bozan). [ÇN1: bankruptcy referee, 1898 tarihli Federal Bankruptcy Act'e göre bölge hakimi (district judge) tarafından iki yıllığına atanan yarı idari-yarı kazai görev yapan kişidir, *bkz.* <https://www.fjc.gov/history/administration/court-officers-and-staff-bankruptcy-referees>; ÇN2: çeviride *right to possession* zilyetlik hakkı olarak çevrilmiş olsa da Kıta Avrupası sistemine dahil ülkelerde genel olarak zilyetlik bir “hak” olarak değil, “maddi durum” olarak tanımlanmakta ve ele alınmaktadır.]; New Alliance Party v. Dinkins, 743 F. Supp. 1055, 1067 (S.D.N.Y. 1990) (“İkinci Daire, Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesinin aksine, federal mahkemelerin söz konusu [esashi, anayasal] çıkarların dengelenmesine yönelik ayrıntılı *prosedürler* ortaya koymasının uygun olduğuna karar vermiştir.”) (vurgu eklenmiştir) (*Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11'ı alıntılanan (Frankfurter, J., karşı oy)) (*Olivieri v. Ward*, 801 F.2d 602, 606 (2d Cir. 1968)'e atfen).

¹⁶² Son yıllarda, örneğin, Rhode Island Yüksek Mahkemesi *kadijustiz* kinayesine başvurdu ve *Credit Union Central Falls* davasında mahkemenin bu kinayeyi öne sürerek mahkemenin davayı ele alamayacağını (*moot order*) tam olarak iddia etti:

New Encyclopedia Britannica, kadı'yı ... "İslam'ın öğretileri olan Şeriata göre karar veren Müslüman bir hakim" olarak tanımlıyor. Yüksek Hâkim Frankfurter, "resmi olarak akılcı bir hukukun sabit kurallarına değil, esas itibarıyla akılcı bir hukukun etik, dini, siyasi veya başka türlü menfaate uygun önermelerine yönelik bir hukuk sistemini" tanımlamak için kullanılan Max Weber'in 'kadı adaleti' terimine atıfta bulunuyordu."¹⁶³

Diğer eyalet mahkemesi hâkimleri de benzer şekilde Max Weber'e veya Yüksek Hâkim Frankfurter'in *Terminiello* muhalefetine atıfta bulunarak iyi gerekçelendirilmiş görüşleri *kadıjustiz*'den ayırma gayretinde oldular.¹⁶⁴

"Biz, şahsi menfaatlere göre adalet dağıtan bir kadı gibi bir ağacın altında oturmuyoruz." *Credit Union Cent. Falls v. Groff*, 871 A.2d 364, 368 (R.I. 2005) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., karşı oy)'yi alıntılaman) (*Sullivan v. Chafee*, 703 A.2d 748, 753 (R.I. 1997)'ye atfen); ayrıca bkz. *Sullivan*, 703 A.2d 752-53'te. The *Sullivan* court stated:

"[T]üm yargı erki fikrimiz", kendi yetki alanları dahilindeki davalara ve ihtilaflara kanunları uygulayan mahkemeler kavramı kapsamında yer aldığından, tespit niteliğinde tedbir kararı veren bir mahkeme, dava veya ihtilaf şartları etrafında kaymayı her seçtiğinde ince hukuki buz üzerinde adım atmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi gibi, "[b]u bir temyiz mahkemesidir, kurallarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."

Sullivan, 703 A.2d 752-53'te (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., karşı oy)'u alıntılaman).

¹⁶³ *Credit Union Cent. Falls*, 871 A.2d 368 n.3'te (9 THE NEW ENCYCLOPEDIA BRITANNICA 830 (15th ed. 1988)'e atfen); Pierre Bourdieu & Richard Terdiman, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805, 825 n.33 (1987) (MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY 213 & n.48 (Max Rheinstein ed., 1954) (translator's note)'u alıntılaman).

¹⁶⁴ *Bkz. örneğin Konover v. West Hartford*, No. 538098, 1996 Conn. Super LEXIS 1097, *13'te (Conn. Super. Ct. 1996). In *Konover*, the court stated:

Temyiz mahkemesinin rolü, Solomonic kararında Konover'in sahip olabileceği herhangi bir mülkün değerini dikkate almak için toplamak değildir. "Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz." Mahkemenin rolü, bunun yerine, kendisine getirilen davaları uygun yasal prosedürlerle gereği gibi karara bağlamaktır.

Id. (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., karşı oy)'u alıntılaman). Benzer şekilde, bir başka Connecticut Yüksek Mahkemesi şunu belirtmiştir,

Hâkimler, Yüksek Hakim Frankfurter'in çarpıcı ifadesiyle, "bir ağacın altında bir kadı gibi oturarak şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtamazlar." Ağacın altındaki bir kadının Raveis'te ne tür bir vergi yükümlülüğü inceleyebileceğini bilmiyorum. Ancak hakimlerin hukuka uygun hareket etmeleri gerektiği bir gerçektir. İlgili kanun, Raveis'in talep ettiği tedbirlerin hiçbirine cevaz vermemektedir.

William Raveis Real Estate, Inc. v. Comm'r of Revenue Servs., No. 387235, 1994 WL 324417, *8 n.2'de (Conn. Super. Ct. June 24, 1994) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., dissenting)'i alıntılaman). Hakim Blue ayrıca şunu kaydetti: "Binbir Gece Masalları'nı okuyanlar, bir kadının İslamî dini konularda bir hakim olduğunu hatırlayabilirler." *William Raveis Real Estate*, 1994 WL 324417, *8 n.2'de (THE BOOK OF THE THOUSAND NIGHTS AND A NIGHT, *supra* note 87, 21 n.1'deye atfen); ayrıca bkz. *Espy v. Espy*, 238 Cal. Rptr. 182, 191 (Cal. Ct. App. 1987) (Poché, J., karşı oy) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., dissenting)'i alıntılaman) ("Yıllar önce

Bu vakaların neredeyse tamamında, *kadıjustiz*'e atf, umumiyetle, tartışmalı bir dizi değerdeki tercihlerinin neden diğerlerine galebe çalması gerektiğinin nedenlerini belirtmeksizin bir tür zıtlık yoluyla reddetme—yani olumsuz bir model—olan acınası bir argüman olarak görev yaptı.

Kadıjustiz'in tek renkli bir resmini bırakmamak için Amerika'daki mahkeme salonu *qādi* tasvirlerinin her zaman itici bir modeli benimsemediğini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Bu gerçeğin, hukuk eğitimi ve yargılama bilgisi söz konusu olduğunda derslik ile mahkeme salonu arasında göstermeye çalıştığım güçlü bağ açısından önemli sonuçları vardır. Ancak bu, ilişkili noktaları nedensel bir yönde birleştirmek için daha

Yüksek Hakim Frankfurter, meslektaşlarını temyiz itidali/temkinliliği ilkelerinden çok daha az rahatsız edici bir sapma nedeniyle paylamıştı: 'Bu bir temyiz mahkemesidir, kurullarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz.'"); *Coldwell Banker Commercial Real Estate Servs. v. Calabrese Dev. Corp.*, No. 101887, 1993 WL 78588, *4'te (Conn. Super. Ct. Mar. 11, 1993). *Coldwell Banker* mahkemesi belirtti:

Elbette, büyük olasılıkla, yasama organı bu davada mahkeme önündeki senaryoyu hiçbir zaman öngörmemişti; ancak bu, yasama organının yasaya bir kez daha bakacağına dair umut verse de, yasanın mevcut açık ve sarıh sözlerinden kaçış için bir yol sağlayamaz. Toplum, hakimlerin adaleti belirli kurallar ve yönergeler çerçevesinde yürütmesini ister ve hakimlerin ötesine geçemeyeceği sınırlar vardır. "Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."

Coldwell Banker, 1993 WL 78588, *4'te (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., dissenting)'ı alıntılaman); ayrıca bkz. Max Weber, *Bureaucracy*, in FROM MAX WEBER, ESSAYS IN SOCIOLOGY 196, 216-21 (H. H. Gerth & C. Wright Mills eds., 1946) ("Kadı adaletini, münferit karar vericinin etik veya pratik değerlendirmelerine göre verilen gayriresmi hükümler olarak tanımlayan."); *Dexter v. Idaho State Bar Bd. of Comm'rs*, 780 P.2d 112, 115 (Idaho 1989) (Weber, *supra*, 196, 216-21'deye atfen ("Ahlakî karakter kriterlerinin mevcut yönetimi aslında usuli katmanlı bir Kadı adaleti biçimidir."); *Barrett v. Lubin*, 188 A.D.2d 40, 45 (N.Y. App. Div. 1993). *Barrett* mahkemesi belirtti:

Her ne kadar mahkemeler bir idari federal kurumun kendi uyguladığı kanun ve düzenlemelere ilişkin yorumlarına itibar edecek olsa da, mahkemeler "Max Weber'in bir zamanlar, büyük halifenin minderinin üzerine oturup her bir davayı emsalleri veya kanunun gerekçeli bir şekilde irdelenmesini dikkate almaksızın sezgisel olarak karar bağladığı 'Kadı adaleti' olarak adlandırdığı şeyin" müdâfi değildir.

188 A.D.2d 45'te (Kaufman, *supra* note 92, 208'deyi alıntılaman); ayrıca bkz. *First Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Vandygriff*, 639 S.W.2d 492, 500 (Tex. Ct. App. 1982) ("Ne APTRA, the Savings and Loan Act ne de 1943 tarihli Teksas Banking Code, Komiserin kazaî yetkilerinin 'bir ağacın altında şahsi menfaatlere göre adalet dağıtan bir kadı gibi' oturarak oryantal tarzda kullanılmasını öngörmektedir." *Vandygriff* mahkemesi, Yüksek Hakim Frankfurter'in *Terminiello* muhalefetini alıntıladi ve -yanlış da olsa- açıklayıcı bir dipnot ekledi: "Kadı, İspanyolca 'alcalde' kelimesinin de türetildiği, 'gada' olarak telaffuz edilen Arapça kelimedenden gelen 'kadı'nın bir değişik halidir ve Türkler, Araplar, İranlılar ve diğerleri arasında genellikle bir kasaba veya köyün hakimi olan hukuk hakimini ifade eder." *Vandygriff*, 639 S.W.2d 500'de (OXFORD ENGLISH DICTIONARY 314 (Compact ed. 1971)'e atfen).

fazla araştırılması gereken bir şeydir. Şimdilik, yabancı hukuka olumlu atfı olarak *qāḍī*'ya yapılan göndermelerden birkaç örneği ele alalım.

On dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın başlarında *qāḍī*'ya ilişkin kazaî atflar, hiç şüphesiz, hayali fikirden farklı bir şekilde, yani Yüksek Hâkim Frankfurter'den ve karşılaştırmalı hukuk biliminin Weberci ve Schachtçı *qāḍī* mefhumlarını popülerleştirmesinden önce farklı bir şekilde telakki ediliyordu.¹⁶⁵ 1850'lerde bir bölge mahkemesi hâkimi *qāḍī*'ya, kendi ölçülü ve yasalara saygılı *common law* kararlarını, ahlakçı ve takdir yetkisini genişleten *civil law* kararları olarak gördüğü ile karşılaştırmak için başvurdu.¹⁶⁶ Daha uzak bir *common law* bağlamında Britanya Parlamentosu'nun bir üyesi, *qāḍī*'yı, *kadijustiz* tasvirine yapılan yanlış atflara karşı müdafaa etti.¹⁶⁷

Aynı duygu 1920'lerde ve 1930'larda da geçerliydi. Yüksek Mahkeme 1935 yılında kalıcı bir yer edindiğinde, mimarları Hazreti Muhammed'in büstünü Konfüçyüs, Musa, Hugo Grotius ve John Marshall'ın da dahil olduğu

¹⁶⁵ *Qāḍī*'nın Ömer ve Hârûnürreşîd gibi İslâmî hukuk-tarih şahsiyetlerinin sadece ismen anılması, hâkimlerin *kadijustiz* bilgilerini İslam hukuku ile ilgili akademik ve edebi yazılardan elde ettiklerini açıkça ortaya koyarken, bu kararları veren hâkimlerin erişebileceği nihai kaynakları zamansal ve mekansal olarak tespit etmek, bu makalenin kapsamı dışında da olsa takip edilmeye değer bir yoldur. Kısa bir tartışma için bkz. *bkz. supra* notes 87-90 ve beraberindeki metin.

¹⁶⁶ *Bkz.* Turner v. Hand, 24 F. Cas. 355, 364 (D.N.J. 1855). Yüksek Hakim Grief kaleme aldı:

Bir kilise mahkemesi, kadılar veya padişahlar gibi, mülkiyet haklarını, ihtilaflı bir unsura dair gerçeği bulma zahmetine girmeden, uzlaşma ve elverişlilik ilkelerine göre elden çıkaracaklarını varsayabilir. Ancak bir *common law* mahkemesindeki jüriler, kişilerin mallarını, kendilerini soruşturma zahmetinden kurtarmak için bu tür tavizlerle elden çıkarmak için böylesine sorumsuz bir yetki kullanmazlar.

Id. Daha sonraki bir kararda Yüksek Hakim Grief kaleme aldı:

Deniz mahkemelerinin bu tür harcamalara izin verme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna ... karar verildiğini biliyorum. İnsanların mülkiyeti üzerinde takdir yetkisinin kullanılmasına kararlı muhalefetimi itiraf etmeliyim. Bu ilke, hukuk mahkemelerinden getirilmiştir. Mahkemenin salonundan ziyade kadı konağına benzer. “Yerinde takdir”, kurullarla belirlenmiş takdir yetkisidir. Aksi halde, ancak kararı isteyen tarafın istediği gibi karar verdiğinizde yerinde olur. Ve dolayısıyla uygulamada bu, onu uygulayan hakimin sezgileri, hevesleri veya kararsızlığı anlamına gelecektir.

The Margaret v. The Connestoga, 16 F. Cas. 716, 718-19 (E.D. Pa., 1851).

¹⁶⁷ *Bkz.* 11 Feb. 1887, 310 PARL. DEB., H.C. 1264 (3d Ser.) (1887) (U.K.) (Bay Sexton'ın, *Address in Answer to Her Majesty's Most Gracious Speech: Agrarian Affairs, Ireland* (Feb. 11, 1887) kaydeden), Bay Parnell'in, İrlanda'daki arazi kiralarnı düzenleyen yasada reform yapılması çağrısında bulunduğu bir değişikliğin tartışıldığı:

Efendim, Hakim Curran'ın bir palmiye ağacının gölgesinde adaleti dağıtan Doğulu bir Kadı'ya benzetilmesinden neden rencide olundu? Mahkemeyi kuran ve sonuçlandıran bir Kadı'nın yargısal alışkanlıklarını tezyif edici olduğunu düşünüyorum. Palmiye ağacının gölgesinden kalktıktan ve taraflar gittikten sonra kendi kararlarını gözden geçirme işine girişen bir Kadı hiç duymadım.

* ÇD: terimin orijinali “*frieze*”dir. Bina cephesinde korniş ve sütun baştabanı (arkitav) arasında yer alan kısımdaki alınlık süslemeleridir.

birkaç adil yasa koyucudan biri olarak bir frizde* sergilemişlerdi.¹⁶⁸ Aynı dönemde Amerikan eyalet mahkemesi hakimleri de *qāḍī*'yi adalet timsali olarak gördüklerini işaret ettiler. Kuzeybatıdaki bu hâkimlerin birçoğu (özellikle Montana, Oregon ve Utah), İslam'ın ikinci halifesi Ömer'in (634-644) ilk kadı Ebu Musa el-Eş'arî'ye (ö. 662-663) verdiği talimatlara olumlu yollamalarda bulundu.¹⁶⁹ Örneğin, Montana Yüksek Mahkemesi Başkanı Callaway, meslektaşlarından birinin, yeniden görülen bir davadaki delilleri inceledikten sonra fikrini değiştirdiğini olumlayarak kaydetti:

Davanın yeniden görülmesi talebi üzerine ve yetkililer tarafından yapılan kapsamlı bir inceleme sonucunda, hâkimlerden biri [ilk derece mahkemesinin üçe iki kararının bozulması konusunda] fikrini değiştirdi; halihazırda hükmün onanması gerektiği görüşündedir. Bu sonuca varırken o, mamafih bin yıl önce Halife Ömer tarafından ifade edilen ve ilk Kadısına şu talimatı veren övgüye değer adli hareket tarzını takip etti: “Bugün, dünden farklı bir şekilde hüküm vermeyi uygun görüyorsan, hakikati gördüğün vech ile takip etmekten çekinme; çünkü hakikat ölümsüzdür ve yanlışta ısrar etmektense hakikate dönmek daha iyidir.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Bkz. Symbols of Law: Information Sheet*, SUPREME COURT (May 23, 2002), available at <http://www.supremecourt.gov/about/symbolsoflaw.pdf>, archived at <http://perma.cc/T8TV-NPCX> (resimleri gösteren).

¹⁶⁹ Bu talimatları içeren mektubun belli başlı çevirileri ve yorumları için *bkz.* R. B. Serjeant, *The Caliph Umar's Letters to Abū Mūsā al-Ash'arī and Mu'āwiya*, 29 J. SEMITIC STUDS. 65 (1984); TYAN, *supra* note 79; D.S. Margoliouth, “Omar's Instructions to the Kadi,” J. ROYAL ASIATIC SOCIETY OF GREAT BRITAIN AND IRELAND 307 (1910). Diğer on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl ele almışları için *bkz.* Serjeant, *supra*, 65-66'da (William MacGuckin de Slane, *Notices et extraits*, partial trans., LES PROLÉGOMÈNES D'IBN KHALDOUN xix, 449 (1934-1938) [Fr.]'e atfen); RICHARD J. H. GOTTHEIL, THE HISTORY OF THE EGYPTIAN CADIS vii (1908); JOSEPH FREIHERR VON HAMMER-PURGSTALL, ÜBER DIE ÜBERLIEFERUNG DES WORTES MOHAMMEDS. ALS FORTSETZUNG DES AUSZUGES AUS DEM COMMENTAR DES MESNEWI 206-207 (1852) [Ger.].

¹⁷⁰ *McManus v. Fulton*, 278 P. 126, 127 (Mont. 1929); *ayrıca bkz.* *Judson v. Bee Hive Auto Serv. Co.*, 297 P. 1050, 1051 (Or. 1931) (işten çıkarılmanın uygun olduğunu ifade eden). *Judson* mahkemesi belirtti:

Davalı, kararı destekleyecek delillerin bulunduğunu ileri sürerek hata yapıldığını ileri sürdü. Kanaatin azametinin hatanın düzeltilmesini engellememesi gerektiğine inanarak, bu davayı bir kez daha dikkatle ele alacağız, böylece kadim bir yasa koyucunun öğüdünü takip edeceğiz: “Bugün, dünden farklı bir şekilde yargılamayı uygun görüyorsan, gördüğün gerçeğin peşinden gitmekten çekinme; çünkü gerçek ezeli ve ebedidir ve yanlışta ısrar etmektense gerçeğe dönmek daha iyidir.”

Judson, 297 P. 1051'de. İkinci bir Oregon Yüksek Mahkemesi davasında, mahkeme belirtti:

Kent (yönetimi, *ç.n.*) bir kez daha bu mahkemeye ... söz konusu kanunun şehirlere uygulanan yerel bir kanun olduğunu ve dolayısıyla Oregon Anayasası'nın 11. maddesinin 2. Paragrafının (sınırları, *ç.n.*) aştığının önemini tüm samimiyetiyle anlatmaktadır ... Bu gerçekten çok önemli bir meseledir ve önceki karara ve kararın verilmesinden bu yana geçen süreye bakılmaksızın mahkeme, doğru bir şekilde çözüme kavuşturuluncaya kadar hiçbir sorunun çözülmuş sayılmaması gerektiğinden hareketle konuyu bir kez daha değerlendirecektir ... Kanaatin azameti, asla bir mahkemeyi hata itirafından caydırmamalıdır. Eski bir kanun

Yeniden, *qādi*'ların *kadjustiz* ile çelişen bu alternatif görüşleri, hukuk eğitimi ile İslam hukuku hakkındaki hukuki bilgi arasında bir bağlantı olduğunu düşündürmektedir. İlmî görüşün Weberci görüşten farklılaştığı dönemlerde hâkimler, *qādi* adaletine farklı amaçlarla başvurmuşlardır. O dönemde Weber ve Schacht'ın popülerleştirdiği *kadjustiz* mefhumu henüz mahkemeleri yönlendiren literatüre hâkim olmamıştı.¹⁷¹

NETİCE

Kadjustiz, acınası argümanın ve yabancı hukuka olumsuz atfın simgesidir. *Kadjustiz* karikatürleriyle ilgili olarak ortaya çıkan bu sorun, Greene'nin bazı acınası karşı oy gerekçelerinde fark ettiği argüman müphemliğinin belirli bir türüdür. Yüksek Hâkim Scalia'nın kaleme aldığı, ve *Roe v. Wade* kararını *Dred Scott* kararını kaleme alan Yüksek Hâkim Roger Taney ile karşılaştıran *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹⁷² kararının gerekçesini düşünün:

Harvard Hukuk Fakültesi'nde asılı olan Emanuel Leutze'nin resmettiği bir portre çok canlı bir şekilde aklıma geliyor: Roger Brooke Taney, 1859'da resmedildi, hayatının 82nci yılı, Mahkeme Başkanlığı'nın 24üncü yılı, *Dred Scott* gerekçesini kaleme aldıktan sonra yapılan ikinci portresi. Tamamen siyahlar içinde, gölgeli kırmızı bir koltukta oturuyor, sol eli kucağındaki bir kâğıt destesinin üzerinde, sağ eli ise sandalyenin iç kolunun yanında gevşek, neredeyse cansız bir şekilde asılı duruyor. İzleyiciye dönük oturuyor ve doğrudan bakıyor. Yüzünde ve çukur gözlerinde derin bir üzüntü ve hayal kırıklığı ifadesi var gibi görünüyor. Belki de en mutlu fikirler üzerinde

koyucunun ifade ettiği gibi: “Bugün, dünden farklı bir şekilde yargılamayı uygun görüyorsan, gördüğün gerçeğin peşinden gitmekten çekinme; çünkü gerçek ezeli ve ebedidir ve yanlışta ısrar etmektense gerçeğe dönmek daha iyidir.”

City of Portland v. Welch, 59 P.2d 228, 231 (Or. 1936) (en banc). Her iki Oregon kararı da Hakim Belt tarafından, hem *qādi*'dan atıf yapılmadan hem de Ömer'e açık bir atıf yapılmadan yazılmıştır—bu kaynaktan alıntı neş'et etmiştir. Aynı bölgeden bu temaya daha yeni bir atıf Scarborough v. Granite School District davasında ortaya çıktı:

Kanunlarımızın amaçlarını gerçekleştirmek ve adaleti teşvik etmek için liberal bir şekilde yorumlanması gerektiği gerçeği göz önüne alındığında, [kanunun] şartlarını zımnen genişletmeyeceğim ... Şu anki mesele, Halife Ömer tarafından ilk Kadısına M.S. 900 civarında verilen talimatların hatırlanmasına yol açıyor: “Bugün, dünden farklı bir şekilde yargılamayı uygun görüyorsan, gördüğün gerçeğin peşinden gitmekten çekinme; çünkü gerçek ezeli ve ebedidir ve yanlışta ısrar etmektense gerçeğe dönmek daha iyidir!”

531 P.2d 480, 483 & n.5 (Utah 1975).

¹⁷¹ Bu Makalenin kapsamı dışında olsa da, onların hukuk eğitimine tam olarak nelerin dahil olduğu daha fazla araştırmaya değer bir konudur.

¹⁷² 505 U.S. 833, 998, 1001 (1992) (Scalia, J., kısmen çoğunluğa iştirak eden ve kısmen karşı oy) (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)'te, kadınların fetüsün yaşama kabiliyeti noktasından önce—o zaman (hamileliğin, *ç.n.*) üçüncü üç aylık dönemi olarak yorumlandı—kürtaj yaptırabilme hakkını bozmadan Pensilvanya'nın kürtaj düzenlemelerini yerinde bulan).

dururken bile hep böyle görünüyordu. Ancak, onun muteber Mahkeme Başkanlığının parılısının *Dred Scott* tarafından nasıl gölgede bırakıldığını bilen bizler, onun bu davaya—bu davanın Mahkeme açısından halihazırda belirgin sonuçlarına ve yakın zamanda ortaya çıkacak sonuçlarına—kafa yorduşuna inanmaktan kendimizi alamıyoruz. Sanırım o da iki yıl önce “ulusal çekişmelerin çatışan taraflarını, kökleri Anayasa’ya dayanan ortak bir yetkiyi kabul ederek ulusal ayrılmaya son vermeye çağırıldığını” düşünmüştü.¹⁷³

Greene’in müşahede ettiği üzere Yüksek Hâkim Scalia “anayasal kürtaj hakkını onaylamanın, kölelerin federal bölgelerde tutulmasına ilişkin anayasal hakkı onaylamaya benzediğini” öne sürüyor gibi görünüyor.¹⁷⁴ Ancak, bir adım daha ileri giderek:

“argümanın kalın bir pathos katmanı altında gizlendiğini de gözlemliyor. Bir belagat ustası olan Yüksek Hâkim Scalia, Amerikan anayasal anlattısındaki kötû adam olan Roger Taney’nin çehresini müşterek [çoğunluk] görüşle karşılaştırmak istiyor. Kürtajın köleliğe benzediğini ve *Roe*’nun *Dred Scott*’a benzediğini anlatmak yerine bunu göstermenin ahlaki mesajı canlandırdığını ve rakibinin pozisyonunu sadece yanlış değil aynı zamanda utanç verici yaptığını da biliyor.”¹⁷⁵

Bu acınası argüman örneği, Yüksek Hâkim Scalia’nın iddiasının ardındaki gerçek nedenler konusunda okuyucuyu belirsiz bırakıyor. *Roe*’nun yanlış olduğunu mu, maddi anlamda adil yargılanmaya* güvenmenin yanlış olduğunu mu, kürtajın yanlış olduğunu mu veya başka bir şeyi mi iddia ediyordu?¹⁷⁶ Ve neden?

Benzer şekilde, tartışmalı değerlere doğrudan meydan okumak ve bunları açıklığa kavuşturmak yerine, *kadijustiz*’i karşıt argümanları reddetmek için genel bir “gerekçe” olarak gösteren hâkimlerin kendileri, görüşleri için somut gerekçeler sunma konusunda başarısız olmaktadır. Bu hâkimler okuyucuyu şaşkına çevirirler ve tam da eleştirdikleri *kadijustiz* kavramını yansıtacak şekilde argümanlarını zayıflatırlar.

¹⁷³ *Id.* 1001-02’de (orijinalde değişiklik) (kararına “ilkesiz duygusal tepkiler” verme potansiyelini de kınayan ortak görüşten alıntılanan).

¹⁷⁴ Greene, *supra* note 15, 1420’de.

¹⁷⁵ *Id.*

* ÇD: *Substantive due process*, maddi anlamda adil yargılanma hakkı kavramı, bir kişinin hayatından, özgürlüğünden veya mülkiyetinden mahrum bırakılmasının yeterli ve meşru bir amaçla haklı gösterilip gösterilmediği sorusuna (bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process); *procedural due process*, usulî anlamda adil yargılanma hakkı kavramı ise yaşamın, özgürlüğün veya mülkiyetin tamamen veya kısmen sınırlandırılmasında gerekli, yeterli ve uygun süreçlerin izlenip izlenmediği sorusuna (bkz. https://www.law.cornell.edu/wex/procedural_due_process) cevap arar. Her iki kavram, Beşinci ve On Dördüncü Değişiklikler’de zikredilen *due process* kavramında kaynağını bulur.

¹⁷⁶ *Id.* 1422-23’te. Karşı oylar ile çoğunluk görüşüne iştiraklerde acınası argümanın dahil olduğu anayasa hukuku kararlarına ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmesi için, bkz. onun faydalı grafiği *id.* 1443’te.

Greene'e göre acınası argümanların tamamı istenmeyen bir durum değildir ve bunların bir kısmı, argümanın sıradan bir unsuru olarak pekâlâ kaçınılmaz olabilir.¹⁷⁷ Yani, Amerikan *anayasa hukuku* benzersiz bir metne, yapıya, tarihe ve saireye bağlı iken, Amerikan *anayasal argümanı* mantığa (logos), karaktere (ethos) ve duygulara (pathos) hitap eden konular hakkındaki evrensel ikna tarzlarının bir devamıdır.¹⁷⁸ Şurası muhakkak ki çoğu hâkim ve yorumcu, sonucusunu -acınası argümanı- anayasal yorumda gayrimeşru bularak reddeder.¹⁷⁹ Ancak Greene, acıklı argümanın en azından yasa yapımı için gerekli olduğu kadar kimi zaman uygun da olduğunu, çünkü duygunun kamu ahlakı için zaruriyet arz ettiğini ileri sürer.¹⁸⁰ Greene'e göre bu tür bir argüman—müstakbel başvurular için öğretiler oluşturmayı, müzakerenin teşvikini ve muhalefet yoluyla reform için ajitasyon yapmayı ihtiva eden—belirli bağlamlarda yararlı olabilir.¹⁸¹

Yabancı hukuka olumsuz atıf bağlamında daha az olumlu bir bakış açısı benimseyerek *kadijustiz*'e başvurulmasının, arzu edilmeyen ve tamamen kaçınılabilir bir acınası argüman örneği olduğunu ileri sürmekteyim.¹⁸² Yabancı hukuka bu tür olumsuz atıf yapılması istenmeyen bir durumdur, çünkü yargısal karar vermeye dair temel bir sorunu ortaya koymaktadır. Yani *kadijustiz*'e yapılan atıflar, belirli nedenler sunmak yerine nedenini ortaya koymadan, bir dizi hukuki değeri diğerine göre ayrıcalıklı kılan gerekçeli kararlara *karşı* okuyucuda bilinçli olarak duygu uyandırmak için tasarlanmıştır. *Kadijustiz*'e atıf kaçınılabildir de. Tatbikat, bu alandaki tarihçilerin Yüksek Hâkim Frankfurter'in zamanından beri giderek daha fazla ele alarak ortaya koyduğunun aksine, İslam hukukunun keyfi ve usul kurallarından yoksun olduğu yönündeki çorak Weberci mefhumları suiistimal etmektedir.¹⁸³ İslamî mahkemelerin ve yargılama usullerinin tarihi tamamlanmış değildir. Ancak tarihi kayıtlar, hakimler için, İslam hukukunu karşılaştırmak veya kıyaslamak isterlerse gerekçesini izah etmekten ziyade gölgeleyen gayrisahih *kadijustiz* mefhumlarına başvurmaksızın İslam

¹⁷⁷ Greene, *supra* note 15, 1393, 1395'te.

¹⁷⁸ *Id.* 1394-95'te.

¹⁷⁹ *Id.* 1407'de (“Duygulara alenen başvurulması, dava/duruşma avukatlığı eserlerinde yaygın olduğu kadar hüküm kurmada da bir o kadar skandaldır.”). Cf. PHILIP BOBBITT, *CONSTITUTIONAL FATE* 95 (1984) (acınası argümana yalnızca “nevi şahsına münhasır, kişisel özelliklere” hitap ettiği gerekçesiyle itiraz eden); ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *MAKING YOUR CASE: THE ART OF PERSUADING JUDGES* 31-32 (2008) (avukatların; ilgisiz, doğrudan duygusal taleplerde bulunmak yerine, duygu uyandırmak ve ikna etmek için “hâkimin adalet duygusuna” hitap eden gerçekleri kullanması gerektiğini savunan).

¹⁸⁰ Greene, *supra* note 15, 1446-69'da.

¹⁸¹ *Id.* 1394, 1460-69'da.

¹⁸² Weber'in kavramlarından ziyade İslamî mahkemelerdeki adli uygulama ve usulün tarihsel tatbiki olan *kadijustiz*'in aksine, “kadı adaleti” olarak adlandırılan şeyi tarif eden İslam hukuku bilimindeki nispeten yeni ilerlemelerin ardından kaçınılabilir bir argüman için, *bkz. supra* Part II.C.

¹⁸³ *Bkz. supra* Part II.C.

tarihinin çeşitli dönemleri esnasında mahkemelerin iç işleyişini kavrayabilmeleri için yeterince sağlamdır.¹⁸⁴

Bu Makale'nin başından sonuna kadar, *kadijustiz*'e başvurulmasının, gerekçeye muhalif kalan hakimlerin aksi görüşlere karşı konumlarına umumiyetle işaret ettiğini savundum. Bilhassa, bu hakimler *kadijustiz*'i çeşitli bağlamlarda esas usule yeğlemeyi kötölemek için kullandılar; takdir yetkisini uygunsuz ve yargısal aktivizmi ise metinciliğe, federalizme ve federal kurumların muhtariyetine olan bağlılıklarını ihlal edecek şekilde uyguladılar.

Fakat sorunlu bir şekilde bu hakimler, karşıt hukukçuların veya okuyucuların neden (kendileri ile, *ç.n.*) aynı görüşte olması gerektiğine dair belirgin nedenler sunmaksızın, bu değerlere olan bağlılıklarını *kadijustiz* kisvesinin ardına sakladılar. Bu şekilde konuşlandırılan *kadijustiz*, etkili bir karşılaştırmalı hukuk çabasını veya yabancı hukuka faydalı atıflar yapılmasını gölgeler ve acınası argümanın yararlı olabileceği değerlerin hiçbirini karşılamaz.¹⁸⁵ Başka bir deyişle, *kadijustiz* doktrini açıklığa kavuşturmaz, ancak yerleşik öğretiyi mütecanis bir şekilde kınar. Müzakereyi teşvik etmez, daha ziyade yerleşik ve yeni ortaya çıkan tarihsel izahatla çelişen İslamî yargılama usulüne ilişkin doğru olmayan mefhumları somutlaştırır. Ve muhalefet yoluyla reform için etkili bir şekilde kamuoyunu harekete geçirmez. Eğer *kadijustiz* temelinde herhangi bir reform yapıldıysa da bu benim dikkatimden kaçmıştır.

Kadijustiz nereye? Çözüm muhtemelen çift uçludur. Birincisi, eğer hukuk eğitimi ile yargısal bilgi arasındaki bağlantı görüldüğü kadar sağlam ise hukuk fakültelerinde İslam hukukunun karşılaştırmalı ve akademik tetkikini ve tahsilini desteklemektir. İkincisi, diğer karşılaştırmacıların bu daha büyük münazarada iddia ettiği gibi, hâkimleri yabancı hukuka doğru ve bunun arkasındaki nedenleri de içeren atıflar yapma konusunda teşvik etmek olabilir. Yabancı hukuka yapılan tüm bu olumsuz atıflar, hem derslikte hem de mahkeme salonunda gerçekten tehlikede olan değerlerin daha zayıf ve daha az şeffaf şekilde müdafaasına neden olmuştur.

¹⁸⁴ Bkz. örneğin Jed Rubinfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971 (2004) (Amerikan ve Avrupalı anayasacılık anlayışlarının, öğretilerini kolay benimsenmeye uygun olmayan hale getirme yollarında farklılaştığını savunan); Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 153 (2005). Young ifade etti:

« Mahkemenin yabancı tatbikatın ardındaki gerekçeleri ihmal etmesinin basitçe özensiz kanaat yazımı olmadığını ileri sürmekteyim. Yüksek hakimler yenilikçi doktriner formüller ya da Amerikan söyleminde bulunmayan yeni argümanlar için yabancı mahkemelerin görüşlerini aramıyorlar (her ne kadar baksak pekala bunları bulabilir isek de). *Roper*'da Vicki Jackson'ın yabancı kaynaklarla hiçbir 'münasebeti' olmadığı gibi Mahkeme, Jeremy Waldron'un 'ius gentium'undaki haliyle yabancı hukuku bir ortak bilgelik deposu olarak da kullanmadı. Aksine, Mahkemenin analiziyle en alakalı olan şey tam olarak yabancı tatbikat vakıasıdır. Tümüyle farklı bir odağa sahip, farklı bir yöntemdi.»

Young, *supra*, 153'te.

¹⁸⁵ Greene, *supra* note 15, 1460-69'da.

ÇEVİRENİN NOTLARI:

Makalenin künyesi aşağıdaki gibidir:

Rabb, Intisar A., Against Kadıjustiz: On the Negative Citation of Foreign Law (May 7, 2015). Suffolk University Law Review, Vol. XLVIII, No. 343, 2015, Harvard Public Law Working Paper No. 15-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2603715>

1) İşbu Makalenin çevirilmesi ve yayımlanması hususunda hem müellifin hem de Makalenin yayımlandığı derginin halihazırdaki baş editörünün (yazılı) muvafakati temin edilmiştir, kendilerine teşekkür ederim. Çeviriden kaynaklı tüm hatalar ve yanlışlar münhasıran çevirene aittir. I would like to take this opportunity to thank both Professor Rabb and Ms. Sara Levien (PhDc), *editor-in-chief* of Suffolk University Law Review for graciously allowing me to embark on this seminal work, which I trust will help the Essay's message reach a wider audience. All mistakes and errors in the translation (English to Turkish) solely belong to the translator.

2) Çeviriyi inceleyerek gözden geçiren ve değerli yorumlarını paylaştan Efe Orhun Şahin'e teşekkür ederim.

3) Makalenin yayımlandığı dergideki sayfa numaraları kaldırılmıştır. Ancak baştaki İçindekiler (*Table of Contents*) kısmı muhafaza edilmiştir.

4) Müellif, dipnotlarda atıfta bulunduğu eserler veya kararların hemen arkalarına parantez içinde kısa bir cümle ile ilgili eser veya karara atıf yapılmasını gerektiren meseleyi özetlemektedir.

5) Çeviren tarafından yer yer bazı kavramların izahı amacıyla dipnotlar eklenmiştir. Makalenin kendi iç atıf düzenini bozmamak için Çevirenin Dipnotları numaralama ile değil, tek yıldız (*) ile yapılmıştır. Dipnotların başına Çevirenin Dipnotu anlamına gelmek üzere iki nokta üst üste işareti tarafından takip edilen ÇD: kısaltması kullanılmıştır.

6) Çeviri içerisinde anlamı verebilmek veya pekiştirebilmek için parantez içinde çeviren tarafından yapılan eklemelerden hemen sonra çevirenin notu anlamına gelmek üzere italik ç.n. kısaltması kullanılmıştır.

7) Kavramların seçiminde ve kullanımında çeviren tarafından özellikle aşağıdaki eserlerden yararlanılmıştır:

- Alexander Hamilton, James Madison, Jones Jay, *Federalist Yazılar*, çevirenler Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan, Runik Kitap, İstanbul 2021, 620 sayfa.

- Gordon Marshall, *Sosyoloji Sözlüğü*, çevirenler Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2020, 917 sayfa.

- Ahmet Cevizci, *Büyük Felsefe Sözlüğü (2 Cilt)*, Say Yayınları, İstanbul 2021, 2112 sayfa.

- Efe Orhun Şahin, *Anayasa Yargısında Orijinalizm ve Dinamik Yorum Anlayışları ile Temel Hakların Korunmasına Etkileri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023, 213 sayfa.

8) Kadı kavramı ve kelimesi Türkiye literatüründe bilindiği için kadı hali tercih edilmiştir. “*Qādi*” ve “*qādi*” şeklinde yazılan yerlerde, kadı yerine bu orijinal hali korunmuştur.

9) Keza *common law* kelime öbeğinin ve Latince ibarelerin tercümesi yapılmayıp olduğu şekliyle kullanılmıştır.

10) Aynı cümle içerisinde iki veya daha fazla dipnot var ise, çeviri nedeniyle bu dipnotların sıralaması değişebilmektedir.

11) Çeviride atıf (*citation*) ile alıntı (*quotation*) ve Hakim (*Judge*) ile Yüksek Hakim (*Justice*) arasındaki farklara dikkat çekilmiştir.

12) Makale metninde kullanılan ifade dili ile dipnotlarda izlenen yöntemin/teknikğin çeviriyi kolaylaştırmadığını önemle belirtmek gerekir. Müellifin devrik cümleler ile bezenmiş ve konuşma diline yaklaşan tarzı ile Amerikan federal siyasi yapısının ve hukuk sisteminin kendine özgü kavramları, çeviriyi zorlaştıran unsurlar arasında sayılmalıdır.

13) Okuyucunun konuyu anlamasında yardımcı olması bakımından, bu tartışmada oynadığı önemli role dikkat çekilen Yüksek Hâkim Frankfurter’in biyografisi üzerinde durmak gerekir. Bu amaçla bkz. Murphy, Bruce Allen; Owens, Arthur (2003), “Felix Frankfurter (1882–1965)”, in Vile, John R. (ed.), *Great American Judges: An Encyclopedia*, vol. 1, Santa Barbara: ABC–CLIO, ISBN 978-1-57607-989-8.

14) Konunun Türkiye bağlamını anlamak bakımından aşağıdaki makale ile blog yazısına bakılabilir:

- Cem Tecimer, *The Use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication*, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 2, (2019), s.111–154.

- Cem Tecimer, Commentary: Kadıjustiz in Turkish Constitutional Adjudication: Islamic Law as an Aversive Model?, posted on July 16, 2019 by islamiclawblog, available at <https://islamiclaw.blog/2019/07/16/kadijustiz-in-turkish-constitutional-adjudication-islamic-law-as-an-aversive-model/>

15) *Administration of justice* kavramı, adliyenin asli unsurları olan, başta mahkemeler olmak üzere kurumların idaresi anlamını taşıdığı kadar kimi yerlerde adaletin uygulanması, tatbik edilmesi gibi bir anlam da taşımaktadır. Çeviride yer yer bu nüansa dikkat edildi. https://en.wikipedia.org/wiki/Administration_of_justice

16) Makalede geçen Amerikan anayasal sistemine özgü bazı kavramların izahı yapılmıştır. Bu yapılırken bir *glossator*’a (muhaşşi) veya *commentator*’a (müşerrih) dönüşmekten özenle kaçınılmıştır. Agency deference, moot order, rules of decisions, Erie doctrine, aversive constitutionalizm (*karş.* aspirational constitutionalizm), substantive due process gibi kavramlar izah edilmiştir. Bu yapılırken başlıca:

- Cornell Law Legal Information Institute sayfasındaki bilgi bankasından yararlanılmıştır: https://www.law.cornell.edu/lii/about/about_lii

- Amerikan adalet teşkilatı için ise Federal Adalet Merkezi’nden (Federal Justice Center) istifade edilmiştir: <https://www.fjc.gov/>

- Kongre Kütüphanesi’nin (Library of Congress) hazırlayıp çevrimiçi erişime sunduğu açıklama/şerhli anayasadan (Annotated Constitution) yararlanılmıştır: <https://constitution.congress.gov/about/constitution-annotated/>

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği'ni, Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.

b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.

c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.

ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.

d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.

e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.

f) Araştırma ve makalede ortak araştırmacı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.

g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarda hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma Ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1. Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.
2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.
3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.
4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayırım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınamaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.
5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.
6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.
7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.
8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.
9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.
10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlanır.
11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.
12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.
13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı buldukları kurumun izni gerekir.
14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanı kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkn ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren alışmalar şu şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve alışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük alışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasılalarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrinindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayımlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi “AD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

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 yayımlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- 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.

8- 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.

9- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısı ile ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen mail adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir. Diğer yandan makaleler fiziki olarak da ilanda belirtilen adrese gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCID kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu husustaki tüm sorumluluğun üstlenildiği hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. (Dilekçe Örneği). Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı, alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayın hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu gibi başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanması hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayınlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1.Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3.Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgülük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetişmeyeceği kanaati olduğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif

haklarına ilişkin tüm sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar, Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini fiziki ve e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifte bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

I- YAZIM KURALLARI

A) 1-Makaleler, kaynakça dahil 4.000 kelimedenden az, 15.000 kelimedenden çok olmamalıdır.

2- Makalelerde “Başlık” 12 kelimeyi aşmamalı, “Öz” ilk sayfada 150-250 kelime arası olmalı, “Anahtar Kelimeler” 3-8 kelime arası bulunmalıdır.

3- Makalelerde “Başlık, Öz ve Anahtar Kelimeler”in Türkçe’nin yanı sıra İngilizce (veya diğer dilde) yazılması zorunludur.

B) 1-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (kanun-yasa, hakim-yargıç 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., 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 aralık", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematigi Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır. Otomatik numaralandırma yapılmamalıdır.

7- Giriş ve Sonuç bölümlerine numara verilmemeli.

II- ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar sayfa altı dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

B) 1- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), eser adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri ise çevirenin adı parantez dışında "Çev." ibarelerinin ardında, birden fazla baskısı yapılmış ise baskı sayısı (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır), yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir.

Örnek: Ernst E. Hirsch, Anılarım, Çev. Fatma Suphi, 11. baskı, Yayınevi, Ankara, 1997, s. 362

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar soyadı" ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Örnek: Hirsch, s. 362

3- Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla yazarın soyadı, eserin yayınlandığı yıl, sayfa numarası şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek: Hirsch, 1997, s. 362

Hirsch, 2021, s. 30

4. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır.

Örnek: Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

C) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın adı-soyadı araya "/" yazılarak ikinci yazarın adı-soyadı virgül adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın soyadından sonra "vd." şeklinde yapılmalıdır.

Örnek1: Feridun Yenisey/ Nurullah Kunter/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 18. Baskı, Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.

Örnek2: Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yayınevi, Ankara, 2016.

Ç) 1- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı, (tırnak içinde) "makale adı", varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl,

yayımlandığı dergi, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Örnek: M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", C. 24, S. 24, 2004, Osmanlı Araştırmaları, ss.37-46

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, "a, b" harfleri yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

3- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

D) Bir derleme eserde derleyici soyadı yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün soyadı yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleme eserin adı, derleyen veya editör veya yayıma hazırlayanın ismi verilmelidir.

E) 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 "son erişim tarihi" anlamında "s.e.t." ibaresine yer verilmelidir.

F) Arşiv belgeleri ile ilgili atıf şekli: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

Örnek: BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

G) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, baskı sayısı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde baskı yeri yok anlamında "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise tarih yok anlamında "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

Ğ) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı-soyadı, tez adı (italik olmadan turnak içinde), 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.

H) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgilere atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

I) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin adı-soyadı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", sempozyum adı, düzenleyen veya yayımlayan, şehir, düzenlenme tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

İ) Gazete, akademik olmayan dergi vb. yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar adı-soyadı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin adı- soyadı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

J) Mahkeme kararına atıflar şu şekildedir: Dava Adı, Mercii, Başvuru no, E:, K:, T:. Şeklinde sıralanmalıdır.

Örnek 1: Ahmet B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/**, K.T. 11.2.20** (Karara ulaşılan kaynak).

Örnek 2: Yargıtay 2. CD, E: 2015/**, K: 2016/**, T: 11.02.20** (Karara ulaşılan kaynak).

K) Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar şu şekildedir: RG, 02.01.2020, S. 30996.

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. Birden fazla yazarlı eserlerde ilk yazarın soyadına öncelik verilerek, belirtilen şekilde sıralanır.

"Yazar soyadı yazar adının ilk harfi, eser adı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, yıl" şeklinde sıralanmalıdır.

B) Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Aktarım yapılan eserler değil aktaran esere kaynakçada yer verilmelidir.

C) Metin içerisinde atıf yapılan mevzuata kaynakçada yer verilmesi zorunlu değildir.

Ç) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının ayında yayımlanacaknci 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 çalışma 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 :
ORCID ID :