

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdümlü Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun
Av. Veli Küçük
Av. Gökhan Bozkurt
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni
Gizem Özkan
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Abdussamet Tekin

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu
Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşoğlu
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa
Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.
Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA
0 (312) 384 24 01
Sertifika No: 49427

Basım Tarihi / Printing Date : 31. 08. 2023

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma isteğiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturum ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.

Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.

Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 1 Muhammed Ali AYDIN**
Tarih ve Hukuk Perspektifinden Fransız Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi /
French Semi-Presidential System of Government from The Perspective of History
and Law
- 47 Kadir YILDIZ**
Sosyal Medya Düzenlemesi İçin Bir Türkiye Denemesi / A Turkey Practice for
Social Media Regulation
- 83 Burak MELEMEZ**
Mesajlaşma Uygulamaları ile Bulut ve Sosyal Medya Ortamlarından Sayısal
Delillerin Elde Edilmesi / Obtaining Digital Evidences from Messaging Applications,
Cloud and Social Media
- 133 Şerife YILDIZ AKGÜL**
Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu /
Responsibility Of Administration for Moral Damages Caused by Earthquakes
- 177 Muhammet ÖZEKES / Uğur BULUT**
Aleyhe Bozma Yasağının İstinaf Bakımından Yeri ve Uygulanması / Application of
The Prohibition of Reformatio In Peius in Regional Courts of Appeal
- 215 Zeynep Sümeyra DEVECİ**
Velayetin Değiştirilmesi Yargılamasında İlgililer / The Participants in The Custody
Modification Proceeding
- 261 Alper UYUMAZ**
Avukatlık Sözleşmesinde Ücrete İlişkin Bir Hükmün Bulunması ve Bunun Aşırı
Yüksek Olması Durumunda İndirilmesi / Provisions Regarding The Fee in The
Attorney Agreement and Reducing Exorbitant Fee
- 289 Burcu DEĞİRMENCİOĞLU**
6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair
Kanun'un Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi /
Evaluation of Law No.6284 on Protection of Family and Prevention of Violence
Against Women in The Light of Constitutional Court Decisions

- 335 Ali Caner İNCESU / Gamze KAHRAMAN / Emine BALCI**
6326 Sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu ve Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği
Üzerine Bir Değerlendirme / An Evaluation on The Tourist Guidance Professional
Law No. 6326 and The Tourist Guidance Professional Regulation
- 353 Habibe İYİMAYA KAYAASLAN**
Siber Uzayda Ticaret ve Lex Mercatoria / Trade in Cyberspace and Lex Mercatoria
- 383 Rabia SAĞLAM**
Normatif İsnat ve Hukuki Muhakeme: Bir Yargı Kararının Analizi
Normative Imputation and Legal Reasoning: The Critic of A Judicial Decision

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Temmuz-Ağustos 2023 sayısı ile karşınızdayız.

*

Ülkemiz Mayıs ayı itibariyle seçim sürecini geride bıraktı. Türkiye Barolar Birliği, seçmenlerin sandıkta gösterdikleri iradenin en doğru şekilde ortaya konabilmesi için yoğun bir çalışma dönemini geride bırakmış oldu. Ancak aynı zamanda yeni bir çalışma dönemi başladı.

Hiç zaman kaybetmeden, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 28. Dönem Milletvekilliği seçimleri sonrasında yeni seçilen hukukçu milletvekillerine birer mektup göndererek ülkemizdeki 180 bin avukatın ve 27 bin stajyer avukatın meslek örgütü olan Barolarımızın çatı örgütü Türkiye Barolar Birliği'nin, mesleğimizin ve mesleğimizi icra ettiğimiz hukuk sistemimizin karşı karşıya kaldığını tespit ettiği tehditlere dikkat çektik. Halkın hak arama özgürlüğünün teminatı olan avukatlık mesleğinin derinleşen sorunlarını ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerimizin, sonuç alacak şekilde Meclis gündemine getirilmesi talebimizi ilettik. Umuyorum ki, bu yasama dönemini mesleğimizin sorunlarının önemli ölçüde çözüldüğü bir dönem olarak anabileceğimiz gelişmeler yaşanır.

*

Geleceğimiz için gösterdiğimiz çabanın enerjisini, tarihimizden alıyoruz. Kurtuluş'un ilk adımının atıldığı 19 Mayıs'ın 104. yıl dönümü coşkusunu Samsun'da; milletin azim ve kararlılığın vurgulandığı Amasya Genelgesi'nin coşkusunu ise Atatürk'ün 12 Haziran'da kente giriş yaptığı Cülüs Tepede yaşadık. "Milletin bağımsızlığını yine milletin azim ve kararı kurtaracaktır" sözüyle Amasya'da başlayan kutsal isyanın aşama aşama bağımsız Türkiye Cumhuriyeti'ne eriştiği gibi, aynı azim ve kararlılıkla, ülkemizi gelecek yüzyıllara taşıyacağız.

*

Dergimizin bu sayısında on bir makalemiz bulunuyor. Her biri, hukukun farklı disiplinlerinde akademik çerçevede katkılar sunuyor.

Sosyal medyanın çokça tartışıldığı günümüz dünyasında sosyal medya düzenlemelerine ilişkin iki makalemiz bulunuyor. Keza, başkanlık sistemi tartışmalarına, Fransız yarı başkanlık hükümet sistemine ilişkin tarihsel ve hukuksal bir perspektifle katkı konuluyor. Deprem yarattığı acıları gidermek ve unutmak mümkün değil. Öte yandan deprem kuşağında yer alan Türkiye bakımından idarenin depremden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu konusu her zaman güncel konulardan biri olmayı sürdürüyor. Bu konu bir makale çerçevesinde dergimiz sayfalarında yer alıyor.

Aleyhe bozma yasağı, velayetin değiştirilmesi, avukatın ücret alacağı, AYM içtihadı bakımından 6284 sayılı Kanun, turist rehberliği mevzuatı, siber uzayda ticaret ve nihayet hukuki muhakeme gibi temalar etrafında hazırlanmış bilimsel çalışmalar son derece önemli konularda değerlendirmeler, tespitler içeriyor.

Her sayımızda olduğu gibi dergimiz; yazarların, hakemlerin, dergi emekçilerimizin kolektif emeğinin ürünüdür. Bu kolektif emeğin bir parçası olan herkese şükranlarımı sunuyorum.

Saygılarımla

Av. R. Erinç SAĞKAN

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TARİH VE HUKUK PERSPEKTİFİNDEN FRANSIZ YARI BAŞKANLIK HÜKÜMET SİSTEMİ

FRENCH SEMI-PRESIDENTIAL SYSTEM OF GOVERNMENT FROM THE PERSPECTIVE OF HISTORY AND LAW

Muhammed Ali AYDIN*

Özet: Fransa'da 5. Cumhuriyet olarak ifade edilen ve 1958 Anayasası ile başlanan dönemde yarı başkanlık hükümet sistemi uygulanmaktadır. Yarı başkanlık hükümet sistemi, parlamenter sistemi esas almaktadır. Parlamenter sistemin altyapısı üzerine önemli yetkilere sahip bir Cumhurbaşkanı makamı eklenmiştir. Bu makalede Fransız 5. Cumhuriyet'e giden dönemin siyasi tarihi, 1958 Anayasası'nın hükümet sistemine ilişkin hükümleri, 1958 Anayasası dönemindeki siyasi hayat ve Fransız tipi yarı başkanlık hükümet sistemine dair hukuki bilgi ve değerlendirmeler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fransa, Yarı Başkanlık Sistemi, Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi, 1958 Anayasası, Fransız 4. Cumhuriyet Dönemi, 5. Cumhuriyet Dönemi, Güçlü Cumhurbaşkanı, Cohabitation, Concordance

Abstract: In France, semi-presidential system of government has been practiced in the period starting with the Constitution of 1958, which is referred to as the 5th Republic. The semi-presidential system of government is based on the parliamentary system. On top of the infrastructure of the parliamentary system, the office of the President with significant powers was added. In this article, the political history of the period leading to the French 5th Republic, the provisions of the 1958 Constitution on the system of government, the political life during the period of the 1958 Constitution, and legal information and evaluations on the French type semi-presidential system of government are presented.

Keywords: France, Semi-Presidential System, Semi-Presidential System of Government, 1958 Constitution, French 4th Republic, 5th Republic, Strong President, Cohabitation, Concordance

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, m.aliaydin0@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6243-6083, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.01.2023, Kabul Tarihi: 18.07.2023

1. GİRİŞ

Klasik anayasa hukukunda; demokratik devlet sistemlerinin sınıflandırılmasında güçler ayrılığı ilkesi en temel kriter olarak görev yapar. Yasama, yürütme ve yargı güçlerinin yetkilerinin ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen mekanizmaların niteliği bu demokratik yönetim biçimlerinin hükmetme rejimlerini belirler. Yetkilerin toplandığı yere ve yürütmenin tek veya çift başlı olmasına bağlı olarak başkanlık, yarı başkanlık veya parlamenter sistemlerden birisi ortaya çıkar. Tabii ki bu sistemler tek tip ve sınırları belli sistemler olmayıp aslında her bir demokratik ülkede farklı tonlarla olmak üzere bu sistemlerden birisi veya bunlara yakın karma bir model uygulanmaktadır.

Fransız Cumhuriyeti'nin hükümet modeli yarı başkanlık sistemi olarak adlandırılan aslında katı güçler ayrılığına dayanan Amerikan başkanlık modeli ile İngiliz klasik parlamenter modeli arasında kalan bir modeldir.

Bu makalede Fransa'nın yarı başkanlık modeli şu sistematik çerçevesinde incelenecektir: Fransız 5. Cumhuriyeti'nin kurulmasını sağlayan siyasi koşulları inceleyen tarihsel gelişim, 4. Cumhuriyetin anayasal sisteminin kurumlarının hukuki incelemesi, sistemin ön plana çıkan özellikleri, yürütme organının çift başının yetkileri, yürütme organının yasama ve yargı organlarıyla ilişkileri, yarı başkanlık sisteminde siyasi kültür ve son olarak yarı başkanlık modelinin genel bir değerlendirmesi.

2. TARİHSEL GELİŞİM

Fransa'da 2. Dünya Savaşı'ndan sonraki 25 yıllık siyasi hayatta General Charles De Gaulle çok önemli bir yere sahiptir. General De Gaulle 2. Dünya Savaşı sırasında Almanya'ya karşı direniş mücadelesi vermiş bir askerdir ve Fransızların milli kahramanıydı. Savaş sonlandığında De Gaulle iktidarı tek elinde toplamıştı. Yeni anayasanın hazırlanması görevini üstlenecek meclisin kurulmasıyla görevi bıraktı ve siyasetten çekildi. 4. Fransız Anayasası hazırlandı ve böylece 4. Fransız Cumhuriyeti resmen başlamış oldu.

“Le Tripartisme” denilen ülkenin 3 büyük partisinin koalisyonuyla 4. Cumhuriyet dönemi başlamıştır. Merkez partisi MRP,¹ sosyalist

¹ Le Mouvement républicain populaire: Halkçı Cumhuriyetçi Hareket

parti SFIO ve komünist partinin 3'lü iş birliği partilerin hiçbirinin tek başına ülkeyi yönetmeye yeterli çoğunluk sahibi olmaması sebebiyle tek makul ihtimaldi. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra kıtlık ve enflasyon ülke ekonomisini tehdit etmekteydi. Bunun üzerine bir de Fransa'nın sömürgelerinden olan Indochine² kurtuluş savaşı başlayınca merkez-sosyalist-komünist koalisyonu çatırdamaya başladı.

22 Mart 1947'de Indochine'e askeri operasyon için adım atmak isteyen hükümetin komünist bakanları hükümet dayanışmasını bozmak için kararlar lehine oy kullanırken komünist partinin milletvekilleri oylamalara katılmıyorlardı. Kendi partilerinden üyelerin bakanlık yaptığı bir hükümetin icraatlarını desteklememek paradoksal bir tutumdur.³ Hükümetin savaşın finansmanı için maaşların bloke edilmesi tedbiri tepki oluşturmuştur. İşçilerin maaşlarının ödenmemesi, 25 Nisan 1947'de Troçkist bir grubun önderliğiyle Renault fabrikalarında grev başlamasına yol açınca ve komünist milletvekilleri de işçilerden yana ve hükümete karşı tavır alınca her ne kadar sosyalistler ilk başta komünist milletvekilleri olmazsa hükümetten çekilecekleri tehdidinde bulunsalar da komünist bakanların hükümetten uzaklaştırılmalarıyla üçlü koalisyon sonlanmış oldu.⁴

Marshall planından sonra soğuk savaş dönemi başladı. Komünistler sosyalistlere emperyalist Amerika'yla tüm güçleriyle mücadele etmeyi ve Marshall planına tümünden cephe almayı teklif etti. 1947 yazındaki yerel seçimlerde sosyalistler komünistlerle ittifak yapmayı reddetti ve komünistler daha önce ellerinde olan birçok belediyeyi kaybetti. İpler gerilmişti ancak henüz kopmamıştı.⁵

Ekim 1947'de Marsilya'da tramvay bileti fiyatlarının artmasına tepki olarak Birleşik İşçi Konfederasyonu ve komünistlerin yönlendirmesiyle protesto gösterileri başladı. Gösteriler Marshall planına da tepki için fırsat oldu. Fransız kamuoyunda anti-komünist bir dalga oluştu ve tripartizmin sonu kesin olarak gelmişti ve Fransız siyasi hayatı tam

² Hindistan ve Çin arasında kalan Asya kıtası karasında bulunan bölge: Vietnam, Laos, Kamboçya bu ülkelerdendir.

³ Jean Jacques Becker, Histoire Politique De La France Depuis 1945, Armand Colin Yayınevi, Paris, 2011, 10. Baskı, s.53

⁴ Becker, a.g.e., s.53

⁵ Becker, a.g.e., s.56

anlamıyla parçalanmıştı.⁶ Fransız siyasi hayatında sağ, merkez, sosyalistler ve komünistler olmak üzere başlıca 4 kutup oluşmuştu.

Fransız seçim sistemi 4. Cumhuriyet döneminde dar bölgeli seçim sistemi ve oransal olarak sandalye paylaşımıydı.⁷ Sosyalistler ve komünistler arasındaki iş birliği de sonlanınca Fransız siyasi hayatı tamamen parçalı bir yapıya büründü. Milletvekilleri kendi bölgelerinden kolaylıkla seçilebiliyordu ve mecliste oransal sandalye paylaşımı olduğundan güçlü ve durağan bir hükümet kurulamıyordu. Bu sebeple 4. Cumhuriyet döneminin toplam 11 yılında 27 hükümet kurulmuş ve dağılmıştır.⁸ Meclis çok partili, hükümetler ise koalisyon idi.

Bu dönemlerde Fransa için artık geri ödeme zamanı gelmişti ve Fransa'nın sömürgeleri birer birer kurtuluş mücadelesi vermeye başlıyordu. Haziran 1955'te Tunus'a giden Pierre Menés France, Tunuslulara özerklik olarak tanımlayabileceğimiz "iç egemenlik" getiren bir anlaşmayı imzaladı. Mart 1956'da Tunus bağımsızlığını kazandı.⁹ 4. Cumhuriyet döneminde Fransa dış politika açısından oldukça sıkıntılı bir dönemden geçiyordu. Soğuk savaş başlamıştı ve Amerika güçlü bir Avrupa ve yeniden silahlandırılmış bir Batı Almanya istiyordu. Fransa ise 2. Dünya Savaşında Almanya tarafından işgal edilmişti ve Almanya'nın yeniden silahlandırılmasından çekinmek için gayet makul gerekçeleri vardı. Buna ek olarak Indochine, Tunus, Fas, Madagaskar bağımsızlığına koşuyordu. Sömürgeler teker teker Fransa için kazançtan ziyade sürekli askeri operasyonlarla baskı altına alınması gereken, vakit, para ve asker gerektiren bataklıklara dönmüştü. Mendes'in başbakanlığı döneminde komünistler Almanya'nın yeniden silahlandırılmasına, merkez milletvekilleri Indochine politikalarına karşı çıkıyorlardı. Hükümet karar almakta zorlanıyor, etkin olamıyordu. Bu süreçte 1 Kasım 1954'te Cezayir'de ciddi saldırılar meydana geldi. Cezayir kurtuluş savaşı 4. Cumhuriyet'in sonunu getiren en önemli mesele olacaktı.

Cezayir meselesinde de Fransız kamuoyu arasında da Fransız hükümeti koalisyon ortaklarında da sıklıkla olduğu gibi görüş birliği yok-

⁶ Becker, a.g.e., s.58

⁷ Becker, a.g.e., s.39 ve 63

⁸ Mehmet Merdan Hekimoğlu, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı "Demokratik Hükümet Sistemleri" ve Türkiye, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009, s.62

⁹ Becker, a.g.e., s.74

tu. Başbakan Mendes France, dekolonizasyonu yani eski sömürgelerin bağımsızlıklarının verilmesi politikasını benimsiyordu ancak İçişleri bakanı François Mitterrand; “Cezayir, Fransa’dır. Flandres’dan Kongo’ya tek yasa, tek ulus, tek meclis vardır!”¹⁰ diyordu. Cezayir’in Fransa’dan ayrılması ve bağımsızlığına karşı Fransız kamuoyunda ciddi muhalefet vardır. Çünkü Cezayir Indochine gibi ülkeye çok uzak değil tam tersine yakındı, orada ciddi miktarda Fransız yerleşimci vardı bunlara ek olarak yer altı kaynakları da mevcuttu; Tunus gibi maden yönünden fakir değildi.

1957’de sosyalist Guy Mollet başbakan oldu. Guy Mollet, Cezayir’in kendi yasalarını çıkarmasına izin verdi ve Cezayir politikasını “1-Ateşkes 2-Serbest seçimler 3-Pazarlık” olarak özetledi. Ancak işler istenildiği gibi gitmedi ve zaten meclis desteği güçlü olmayan Guy Mollet görüşme yoluyla meseleyi çözmekten uzak kaldı. İngiltere ve Fransa’nın haklarını elinde tuttuğu Süveyş kanalı, Mısır’ın lideri Cemal Abdünasır tarafından millileştirilince, zaten Arap milliyetçiliği ideolojisiyle hem maddi hem de manevi olarak Cezayir bağımsızlıkçılarında destek çıkan Mısır’a gözdağı vermek amacıyla İsrail ve İngiltere ile iş birliği halinde Fransa, bölgeye komandolar çıkardı. Amerika, Sovyet Rusya ile soğuk savaş döneminde olduğu için Arap devletlerin tepkisini çekip de onları Sovyet Rusya’nın kucağına atmamak için bu operasyonu kınadı. Sonrasında Amerika, Birleşmiş Milletler vasıtasıyla Fransa’nın başarılı olan bu askeri operasyonlardan bir menfaat elde etmesini engelledi.

Komünistler Cezayirli bağımsızlıkçıların (FLN) Ulusal Kurtuluş Cephesine sempati duyuyorlardı. Cezayir’in elde tutulabilmesi için yapılması gereken müdahaleler ekstra finans kaynakları gerektiriyordu ve bunun için konulmak istenen yeni vergilere karşı komünistler karşı oy kullanıyorlardı. Kamuoyu ise tam anlamıyla paramparçaydı; Ulusal Kurtuluş cephesine sadece sempati duyanlar, FLN’ye valizlerle silah ve para taşıyanlar, Cezayir’in Fransa’da kalmasını isteyenler ancak Fransa’nın savaş suçlarına karşı çıkanlar, Cezayir isyanının her türlü şekilde bastırılmasını destekleyenler ve benzeri birçok grup. Mendes France, bu bölünmüşlüğü ve Fransa’nın durumunu isabetli olarak “ulusal spazm” olarak adlandırdı.¹¹

¹⁰ “L’Algérie, c’est la France. Des Flandres au Congo, il y a la loi, une seule nation, un seul Parlement!”

¹¹ Becker, a.g.e., s.85

Cezayir tam anlamıyla Fransa'nın savaş bölgesi olmuştu. 1958'de Tunus sınırında bir FLN kampını vurma amacıyla Fransa savaş uçaklarıyla bombardıman yaptı ancak sonuç tam bir felaketti; öldürülen 69 kişiden 21'i çocuktur. Bu katliam hükümetin sonunu getirdi, hükümet dağıldıktan sonra 1 ay yeni hükümet kurulamadı. 13 Mayıs 1958'de merkez parti MRP'den Pierre Pflimlin başbakanlığa aday oldu.¹² Aynı tarihte Cezayir'de Fransa'nın oradaki hükümeti görevini yürüten yönetim Fransız General Massu tarafından darbeyle ele geçirildi. Cezayir'deki Fransız yerleşimcileri ve askerler Cezayir'in bağımsızlığına karşı pozitiflardı. Fransız General, Cezayir'de askerleriyle Halkın Selameti Komitesi (Le Comité de Salut Public)'ni kurdu. Darbeci komite Cezayir'in bağımsızlığına engel olacağını düşündükleri milli kahraman General Charles De Gaulle'ün iktidara getirilmesini istediler, Fransa'da da Cezayir'in Fransa'nın bir vilayeti olarak kalmasını isteyenler de General Charles De Gaulle'ü istiyorlardı.¹³ General De Gaulle "cumhuriyetin iktidarını üstlenmeye hazır olduğunu" bir basın toplantısıyla bildirdi.¹⁴ Kamuoyu De Gaulle'ün liderliğine hazır olduğunu ortaya koyunca Pflimlin çok kısa süren başbakanlığını istifayla sonlandırdı. Cumhurbaşkanı De Gaulle'e hükümeti kurması için başbakanlık teklif etti ancak De Gaulle'ün 2 şartı vardı:

- 1- Meclis kendisine tam yetki versin, olağanüstü yetkilerle kuşatılsın çünkü kriz zamanında yasa tartışmaları yapmak için geniş vakit yoktur.
- 2- 1946 Anayasası'nın öngördüğü anayasa değişikliği yolunun bir anayasa değişikliğiyle değiştirilmesi. Çünkü 1946 Anayasası'nın değiştirilme usulü çok zordur ve anayasanın kendisi de değiştirilmelidir zaten.¹⁵

De Gaulle istediği yetkileri elde etti. Başbakan olarak atandı ve anayasa değişikliği yapabilmesi için yetki verildi. De Gaulle tam yetkiyle donatılmış olarak anayasa taslağını meclisten geçirmeden halk

¹² Becker, a.g.e., s.87

¹³ M. Eric Sales, Galatasaray Üniversitesi 2009-2010 Droit Constitutionnel Yayınlanmış Ders Notları

¹⁴ Berbard Chantebout, Brève Histoire Politique et Institutionnelle de la 5. République, Armand Colin Yayınevi, Paris, 2004, 1. Baskı, s.7

¹⁵ M. Eric Sales, Galatasaray Üniversitesi 2009-2010 Droit Constitutionnel Yayınlanmış Ders Notları

oylamasına sunmak gibi bir yetki de almış oldu. Meclisin onaylamadığı bir anayasa değişikliği Fransız anayasal sisteminde ilk ve tekti. Hukuken tamamen tartışmalı şekilde anayasa değişiklikleri gerçekleştirildi, hazırlanan anayasa "De Gaulle için De Gaulle tarafından" (par de Gaulle, pour De Gaulle) sloganıyla eleştirildi. Halkoylaması da anayasa oylaması değil de De Gaulle'ün cumhurbaşkanlığının plebisitine dönüştüğü şeklinde eleştiriler aldı. Ancak sonuç itibarıyla 5. Cumhuriyet Anayasası 4. Cumhuriyetten farklı bir sistemle ve ilkelerle kabul edilmiş oldu.

3. HUKUKİ İNCELEME

Fransız 4. Cumhuriyet döneminde siyasi istikrarsızlık olduğu çok açıktır. 2. Dünya Savaşında Almanya tarafından yenilgiye uğratılan ve işgal edilen Fransa bu dönemde emperyal geçmişiyle hesaplaşmakta zorunda kaldı. Eski sömürgeleri zaten zayıflamış olan Fransa'ya karşı teker teker isyan ettiler. Önce Uzakdoğu sömürgeleriyle boğuşan Fransa daha sonra Tunus'un, Fas'ın bağımsızlığını tanımak zorunda kalmış, en son da Cezayir'in şiddetli mücadelesiyle karşılaşmıştır. Her ne kadar ülke savaştan çıkmış olup, bir yandan da sömürgeleriyle uğraşmak zorunda kalsa da anayasa hukukçularına göre Fransa'nın 4. Cumhuriyetinin bu kadar kısa sürede sonuçlanması ve siyasi istikrarsızlığın bu döneme damgasını vurmasının sebebi 4. Cumhuriyet Anayasası'nın öngördüğü kurumlar ve sistemlerin sorun çıkaran türde işlevsizlikleridir.

Dmitri Georges Lavroff 4. Cumhuriyetin kurumlarında 'gizli fonksiyonsuzluk' olduğu görüşündedir.¹⁶ Anayasa hukukçularının genel kanaatine göre kurumsal işlevsizlik kaçınılmaz olarak siyasi istikrarsızlık yaratıyordu ve sonuç olarak gerçekleşen siyasi parçalanmışlık ve istikrarsızlık da kurumların işlevsizliğini artırıyordu. Bu görüşün devir daim yapan bir kısır döngü olarak adlandırılması mümkündür.

4. Cumhuriyetin kurumlarının işlemezliği 2 aşamada incelenebilir. İlk sebep seçim sisteminin siyasi parçalanmışlığa yol açma eğiliminde olması, ikinci sebep ise anayasal kurumların (avam kamarası ve senato, hükümet, başbakan, cumhurbaşkanı) birlikte çalışabilecek

¹⁶ Dmitri Georges Lavroff, *Le Droit Constitutionnel de la 5. République*, Dalloz Yayınevi, Paris, 1997, 2. Baskı, s.65

şekilde yetki paylaşımının yapılmamış olması, rasyonelleştirilmiş parlamentarizm uygulamalarının olumlu sonuç vermek yerine çözümsüzlüğün parçası olmasıdır.

4. Cumhuriyetin seçim sistemi seçim çevresi düzeyinde nispi temsil sisteminin (la représentation proportionnelle dans le cadre départemental) uygulanması, artık oyların ise en kuvvetli ortalama usulüne (méthode de la plus forte moyenne) göre dağıtılmasıdır.¹⁷ Seçim çevresi düzeyinde nispi temsil sisteminde, her parti o seçim çevresinde çıkan milletvekili sayısı kadar aday içeren bir listeye seçime katılır. Seçmenler partilerin adaylarına oy verirler. Kural olarak her parti aldığı oy oranında milletvekili çıkarır.¹⁸ Nispi temsil sistemi, temsil bakımından adildir; ama istikrarsız ve zayıf hükümetlere yol açar.¹⁹ Meşhur Fransız anayasa hukukçusu ve siyaset bilimcisi Maurice Duverger'ye göre nispi temsil sistemi çok parti sistemine sebep olur. Bu da siyasi istikrarsızlığa sebep olur ve demokrasinin işlemlerini zorlaştırır.²⁰ Seçim çevresi düzeyinde nispi temsil sistemi, oyların ülke çapında oranına göre meclis sandalye dağılımının değil belirlenen seçim bölgelerinde ortaya çıkan oranlara göre sandalyelerin dağıtılmasıdır. Bu sebeple bu sistem ülke çapında temsil kabiliyetine sahip olmasa bile bir bölgede milletvekili çıkarabilecek çoğunluğa sahip olan partilerin de mecliste yer alabilmesine fırsat vermektedir. Demokrasiyi halkın görüşlerinin mecliste temsil edilmesi olarak tanımlarsak, dar bölge seçim sistemi mikro azınlıklara dahi temsil edilebilme fırsatı vermesi nedeniyle oldukça demokratiktir. Ancak Pierre Pactet'ye göre nispi temsil sistemi rejimin işleyişinde ciddi anlamda negatif bir rol oynamıştır. Nispi temsil, siyasi konular hakkında bölünmüş pozisyon alışları kristalleştirmiştir.²¹ Nispi temsil sistemi durağan meclis çoğunlukları oluşmasına fırsat vermemiş, 4. Cumhuriyeti yalnızca "meclis rejimi" değil "partiler rejimi" yapmıştır. Meclis zaten kendi aralarında bölünmüş ve birbirlerine ağır surette muhalif olan partilerin oyun sa-

¹⁷ Pierre Pactet/Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, Sirey université Yayınevi, Paris, 2006, 25. Baskı, s.299

¹⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, 31. Baskı, s.139

¹⁹ Gözler, a.g.e., s.143

²⁰ Gözler, a.g.e., s.144

²¹ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.307

hası olmuştur.²² Fransızların 4. Cumhuriyetin başında oluşturdukları tripartizm uzlaşısı merkez-sosyalistler-komünistlerin uzlaşmasıydı. Ancak 4. Cumhuriyetin henüz başında bu uzlaşısı sonlanmıştır ve parçalı bir yapı oluşmuştur. Soğuk savaş döneminin başlamasıyla beraber komünistler Sovyet Rusya'ya yakın bir duruş benimsemişlerdir. Buna karşılık sağcılar ve merkez sağcı Gaullistler Amerikancı bir tutum içerisindeydiler. Sosyalistler ise süreç boyunca sola yakın olmakla beraber iki arada bir derecede görünümü vermişlerdir. Siyasi parti disiplini sağlam olan Fransa'da ideolojik bölünmüşlüğe ek olarak parti kamplaşmaları da meclisteki bölünmüşlüğü artırmıştır. Seçim sistemi ve Fransızların siyasi bölünmüşlüğü hükümetlerin kurulmalarını ve dahi dağılmalarını zorlaştırmıştır.

4. Cumhuriyet Anayasası'nda parlamentonun üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir, ortaya koyduğu düzensizlikler ise reformlarla düzeltilemeyecek kadar büyüktür.²³ Parlamentonun egemenliği hükümetin parlamentoya karşı sorumlu olması, yasama prosedüründe hâkimiyetin mecliste olmasını (meclis gündeminin milletvekilleri tarafından belirlenmesi, yasa komisyonlarındaki milletvekillerinin hâkim rolü), hükümet üyelerinin halen vekil sıfatını taşımalarını ifade eder.²⁴ 2 kanatlı bir meclis vardır ve avam kamarası senatoya göre daha çok yetkiye sahiptir. Millet meclisi (avam kamarası-l'assemblée nationale) doğrudan halk tarafından tek dereceli seçimle belirlenirken senato üyeleri college electorale denilen ikinci seçmenler tarafından seçilirler. Cumhurbaşkanı'nın atama yetkileri azaltılmıştır ancak pratikte vesayet yetkileri dikkat çekecek şekilde kullanılmıştır. Cumhurbaşkanı 7 yıl için parlamento tarafından seçilmektedir ve siyasi olarak sorumsuzdur. İşlemleri başbakan veya ilgili bakan tarafından karşı imza ile imzalanır, sembolik atama yetkileri vardır, hükümeti seçemez, onu idare edemez. Başbakan (o dönemdeki adıyla bakanlar konseyi başkanı-Le Président du Conseil des ministres) yürütme organının gerçek şefidir, siyasi olarak sorumludur, bakanlar üzerinde otoritesi vardır.²⁵ Görüleceği üzere 4. Fransız Cumhuriyeti Britanya Parlamenti sistemine oldukça yaklaşmıştır. Bizim 1961 anayasal sistemimize oldukça ben-

²² Becker, a.g.e., s.49,50

²³ Hugues Portelli, Droit Constitutionnel, Dalloz Yayınevi, Paris, 1999, 3. Baskı, s.121

²⁴ Portelli, a.g.e., s.122

²⁵ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.299,300

zemektedir. Yetkisiz ve yalnızca danışman görüntüsü veren sembolik lider cumhurbaşkanı, meclise karşı sorumlu gerçek yürütme organı hükümet ve yasaları yapan çift kanatlı bir meclis mevcuttur.

Hükümetin parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu güvenoyu için de gensoru oylaması için de mutlak çoğunluk²⁶ aranması nedeniyle yürütme organının özerkliğinin artması şeklinde bir noktaya oturmuştur.²⁷ Zaten hükümetin düşürülmesi yasama döneminin ilk 18 ayında ileri sürülemez ve daha sonra da ancak daha önceki 18 aylık süreç içerisinde anayasada şartları öngörülen 2 hükümet krizi atlatılmışsa mümkün olabilir. Hükümet krizleri ifadesi de bir bakan aleyhine gensorunun oylanması ve hükümet tarafından sorulan güvenoyunun reddi anlamına gelir.²⁸ Bu öngörülen anayasal kurallar parlamentarizmin rasyonelleştirilmesi olarak ifade edilen araçlar olup, meclis dağılık olsa da hükümetler kurulduysa devam etsin mantığını taşımaktadırlar. Ancak seçim sistemi ve ülkenin siyasi parçalanmışlığı sebebiyle mecliste tek başına iktidar olabilecek çoğunluklar oluşmuyordu. Kurulan hükümetler 1- Merkez sağ, 2- Merkez sol, 3- Birlik uzlaşıları sayesinde oluşuyorlardı.²⁹ Meclisin yanında hükümet de parça parça idi ve koalisyon sonucunda oluşuyordu. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm kuralları nedeniyle (18 ay, 2 hükümet krizi, mutlak çoğunluk) her nasılsa kurulabilmiş hükümet devrilemiyordu. 21 Haziran 1947'de Ramadier hükümetinin kurulmasıyla çifte kuruluş teorisi ortaya çıktı; hükümetin tüzel kişiliği vardır, önce başbakan seçilir daha sonra hükümet oluşturulur ve bu çifte bir işlemdir. O sebeple hükümet kurumu gensoru ve güvenoyu ile ortadan kaldırılmadan da hükümet üyeleri değişebilir. 4. Cumhuriyette gelenek hâline gelen bu uygulama tam 21 değişik hükümetin gensoru veya güvenoyu olmadan göreve gelip gitmesini sağlamıştır.³⁰ Hugues Portelli bu durumu dislokasyon olarak ifade etmiştir ve bu görüş sayesinde hukuki olarak tek hükümet varken sosyalistler, komünistler, merkez siyasetçiler, sağcılar neredeyse dönüşmeli olarak hükümette görev yapmışlardır. Aynı hükümette farklı partilerden ve farklı görüşlerden milletvekillerinin

²⁶ Mutlak çoğunluk meclis üye tam sayısının çoğunluğunu ifade eder.

²⁷ Portelli, a.g.e., s.127

²⁸ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.304

²⁹ Lavroff, a.g.e., s.66

³⁰ Portelli, a.g.e., s.127

görev yapması ve bir bakan gelirken diğerinin gitmesi gibi sebeplerle hükümet dayanışması ilkesini yok etmiştir ve hükümetin parlamenter sistemde olan kolejyal yapısını ve hükümetin meclise karşı birlikte sorumluluğunu de facto (fiilen) olarak ortadan kaldırmıştır. Pierre Pactet'ye göre hükümetteki bakanlar kendi partilerinin menfaatlerine göre hareket etmişler ve onların temsilcileri olmuşlardır.³¹

Sonuç olarak 4. Cumhuriyet; parlamentonun üstünlüğü ve yürütmenin zayıflığı kavramlarıyla özetlenebilir.³² 4. Cumhuriyetin rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemi başarısızlığa uğramıştır. Dar bölge nispi temsile dayanan seçim sistemi çok partili meclise sebep olmuştur. Hükümet kurulmasını mutlak çoğunluk şartına bağlayan anayasa kuralı ise çok parçalı meclis nedeniyle hükümetleri koalisyon sonucu oluşmaya zorlamıştır. Zıt görüşlü ve soğuk savaş dönemi nedeniyle cepheleşmiş partilerin oluşturdukları koalisyonlar da zayıf olmuş ve ülke gerektiği gibi yönetilememiştir. Eski sömürgelerin isyanları Fransa'yı sürekli kriz dönemi içerisinde bırakmış ve 4. Cumhuriyetin sonu Cezayir'de yapılan ve Charles De Gaulle'ün başbakan olarak atanması ve Cezayir'in Fransa'ya bağlı olarak devam ettirilmesi talebini dile getiren bir Fransız bölüğünün yaptığı darbeyle gelmiştir.

4. SİSTEMDE ÖNE ÇIKAN ÖZELLİKLER

Fransız yarı başkanlık sisteminde hükümet, başbakan ve güçlü bir cumhurbaşkanı vardır. Genel olarak kabul edilen görüşe göre Fransız yarı başkanlık sistemi parlamenter sistem ile Amerikan başkanlık sisteminin arasında kalan bir sistemdir. Fransız yarı başkanlık sistemini parlamenter sistemden ayıran esas nokta yürütme organının yasama organına karşı güçlendirilmesidir. Türk akademisyenler de yürütme organının meclise karşı yetkilerinin genişlemiş olduğu noktasına odaklanarak Fransız sistemini kategorize etmişlerdir. Ümit Kardaş'a göre *“yürütme, yasama aleyhine güçlendirilirken; başkan, başbakandan güçlü kılınmış egemenlik altına alınmış bir parlamento yaratılmıştır.”* Kardaş, meclisin zayıflatılmasının bir tehlike olduğuna işaret etmiştir.³³ Ümit Kar-

³¹ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.307

³² Portelli, a.g.e., s.129

³³ Ümit Kardaş, Hukuk Devlete Sızabilir mi?, Timaş Yayınevi, İstanbul, 2006, 1. Baskı, s.111

daş yasamaya karşı yürütmenin güçlendirilmesine karşı toptan karşı çıkıp güçlü yasama organını tercih ederken Nur Vergin de Fransız sisteminde yürütmenin güçlendirildiğini belirtip bunun “tek adam” rejimi olmadığını iddia etmektedir.³⁴

Öncelikle belirtmeli ki; 5. Cumhuriyetin oluşturduğu hükümet etme şekli tamamıyla özgündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesine farklı bir açılım getirmiştir. Klasik parlamenter sistemden kırptıklarıyla ve ona yaptığı rötuşlarla farklı bir hükümet sisteminin ortaya çıktığı açıktır. Genel kabul olarak yürütme organının yasama organına karşı güçlendirildiği; bir bütün olarak yürütme organının yetkilerinin artırıldığı bir gerçektir. Ancak olaya salt bu bakış açısıyla yaklaşmak oldukça yüzeysel kaçır ve bizi bu sistem hakkında yanlış bir kanaat sahibi olmaya götürür. Bu bölümde yarı başkanlık modelinin genel özelliklerini, ona rengini veren, ana hatlarını ortaya koyan farklılıklarına değineceğim. Detaylara ise sonraki bölümlerde yoğunlaşacağım.

Yarı başkanlık sistemini Amerikan başkanlık sisteminden ve parlamentarizmden ayıran özellikler şunlardır:

- 1- Devlet başkanının halk tarafından genel oyla seçilmesi
- 2- Devlet başkanının önemli anayasal yetkilere sahip olması
- 3- Yürütme fonksiyonunu icra eden ve meclisin güvenine tâbi olan bir başbakan ve hükümetin yer alması³⁵

Anayasa hukukçusu René Carré de Malberg klasik parlamenter sistemin bir muhalifi olarak Fransız ihtilalinden beri gelişmiş olan meclisin iradesi toplumun iradesine eşittir ve çoğunlukta olan görüş her zaman haklıdır anlayışına karşı meclisin aslında oligarşik bir cemiyet olduğunu, meclisin görüşünün de her zaman toplumun genel iradesini yansıtmayacağını, yansıtırsa bile her zaman doğru olmayacağını klasik parlamenter sistemde meclisin ortaya koymuş olduğu iradesine karşı temsil edilenlerin karşı koyma ihtimali olmadığını belirtmiştir. Ona göre sözü yeniden egemenliğin gerçek sahibi olan halka vermek gerekmektedir. Yasa yapan parlamentonun gücü sınırlanma-

³⁴ Nur Vergin, Yarı Başkanlık Sistemi, Yeni Türkiye Dergisi-Başkanlık Sistemi Özel Sayısı (Mart, Nisan 2013 Sayı:51), s.450

³⁵ Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri (Türkiye için bir değerlendirme), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayinevi, İstanbul, 2011, 1. Baskı, s.101

lıydı ve bunun için de güçlü bir organa, güçler ayrılığındaki dengeyi sağlayacak bir cumhurbaşkanına ihtiyaç vardır.³⁶ Carré de Malberg'in görüşü ilk bakışta ulusal egemenliği tek bir adama tevdi eder görünmesi sebebiyle garip gelebilir ancak burada kastedilen görüşü güçler ayrılığı ilkesi ve Jean Jacques Rousseau'nun çoğunluğun her zaman haklı olduğu ve çoğunluğu da seçilmiş meclisin temsil ettiği görüşü çerçevesinde düşünmek gerekir. Bu görüşlere göre oluşturulan parlamentonun yetkisi sınırsızdır. Yasaları o yapar ve çıkan yasaları yürütmekle görevlendirilen hükümet meclise karşı sorumludur. Hükümet meclis içerisinden çıktığı için bu durum güçler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Malberg'e göre meclis içerisinden çıkmayan, meclise karşı sorumlu olmayan, halk tarafından seçilmiş bir cumhurbaşkanının olması meclisin klasik parlamenter sistemin güçler ayrılığı ilkesini yasama lehine dengesizleştirmiş durumunu düzeltecektir.

Fransa Cumhurbaşkanı 2. Seçmenlerin devreye girdiği Amerikan Başkanından farklı olarak genel oylamayla halk tarafından seçilmektedir. Halkın oyuyla iktidara gelmiş olmak modern demokratik sistemlerde meşruiyet kaynağının halkın oyu olması sebebiyle ciddi bir prestij ve güç kazandırır. Cumhurbaşkanı demokratik meşruiyete sahiptir ve meclis üyesi de değildir. Siyaseten sorumsuz olup, parlamentoya karşı sorumlu değildir. Bu siyaseten sorumsuzluğa rağmen halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı hükümet yetkilerine ortak olmaktadır. Anayasaya göre başbakan, "hükümetin faaliyetlerini" yönetir (m.21); "hükümeti" değil. Çünkü anayasa gereğince "Cumhurbaşkanı, bakanlar kurulunun başkanıdır" (m.9)³⁷ Cumhurbaşkanı bakanlar kurulu toplantılarına başkanlık ve karar alma sürecine katılır, bununla birlikte senatör veya milletvekili olmamasına rağmen meclise hitap etme yetkisi de vardır.

Meclisin çoğunluğunun desteğini alıp kurulmuş olan hükümet kendi üzerinde cumhurbaşkanının otoritesini kabul ediyorsa durum bu şekilde işler ve cumhurbaşkanı fiilen tek adam yetkilerini kullanmış olur. Bununla birlikte hükümet parlamentoya karşı hâlen sorumludur. Kanımca yarı başkanlık sisteminin kilit noktalarından biri yasama ve

³⁶ Jean Paul Jacqu , Droit Constitutionnel et institutions politiques, Dalloz Yayınevi, Paris, 2022, 14. Baskı, s.133

³⁷ Fevzi Demir, Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye, *Yeni Türkiye Dergisi-Başkanlık Sistemi Özel Sayısı* (Mart, Nisan 2013 Sayı:51), s.456

yürütmenin bir şekilde karşılıklı uzlaşma yolunu bulmak zorunda oluşudur. Şöyle ki; halkın seçtiği cumhurbaşkanının üyesi olduğu parti parlamentoda çoğunluk ise hükümet de cumhurbaşkanının isteği doğrultusunda şekillenecektir ve cumhurbaşkanı zaten hem meclisin şekillenmesinde hem de hükümetin şekillenmesinde en büyük dahli olan kişi olarak ülkeyi idare edecektir. Parlamento çoğunluğu tamamen zıt şekillenmişse cumhurbaşkanının parlamenter sistemin kurallarına göre oluşturulan hükümet üzerinde otoritesi olamayacaktır ve anayasada da pozitif hükümler olarak kendisine yetkiler tanıya hükümler ülkeyi yönetmeye yetecek kadar olmadığından meclise hâkim olabilen ancak cumhurbaşkanına zıt görüşlü olan hükümet ülkeyi yönetecektir. Buna karşılık meclis bölünmüş ise, koalisyonla hükümet kurulmuşsa cumhurbaşkanı bu sefer oluşan iktidar boşluğunu doldurmak için ön plana çıkacaktır ve fiili olarak ülkeyi yönetecektir. Her üç durumda da öyle veya böyle meclisin çoğunluğuna göre iktidar çift başlı yürütme organı içerisinde ya hükümete ya da cumhurbaşkanına geçmekte ve böylece yasama ve yürütme organı karşılıklı uzlaşmış olmaktadır. Böylece klasik parlamenter sistemde rastlanan yürütmenin istikrarsızlığı sorunu ile başkanlık rejimlerinde görülen yasama ile yürütmenin kilitlenmesi sorunu aşılmaktadır. Çünkü meclis bölünmüş olsa da iktidar parlamenter sistemin koalisyon hükümetlerinde olduğu gibi paylaştırılarak değil bir bütün hâlinde ya cumhurbaşkanına veya meclise geçmektedir. Buna karşılık başkanlık rejimindeki gibi “yasama-yürütme zıtlığı nedeniyle kilitlenme” de olmaz çünkü zaten tek parça hâlinde iktidar meclisin çoğunluğuna göre hareket edip birinin eline geçmektedir. Bu kuruma ek olarak meclisin çok bölünmüş olması ihtimaline karşı hükümetin kendini meclisin önüne bir yasanın geçmesi için sorumluluğunu ortaya koyması gibi usuller de vardır ve hiçbir durumda Fransa'nın istikrarsızlığına tahammül etmeyeceğini buradan çıkarabiliriz.

Görülebileceği üzere Fransız yarı başkanlık modelinin birinci özelliği yürütmenin yasamaya karşı güçlenmesi; ikinci özelliği cumhurbaşkanının yürütme organı içerisinde güçlendirilmesidir. Hatta Maurice Duverger'ye göre Fransız Cumhurbaşkanı seçimle gelen bir kraldır. Ona göre Fransa cumhuriyetçi bir monarşidir. Fransa'da hükümet etme yetkisi özellikle bir kişinin elindedir. Bu kişi ulusça benimsenmiş bir meşruiyet içinde oldukça özgür bir biçimde hareket eder, giri-

şim ve atılımlarında bağımsızdır; önemli ve önemsiz birçok karar alır. Ulusal politikayı saptar ve yürütür.³⁸

Cumhurbaşkanının mümtaz konumu yanında kanımca Fransızların 5. Cumhuriyetle artık saplantı noktasına varmış istikrar takıntıları şu anki sistemlerine damgasını vurmuştur. 4. Cumhuriyette dar bölgeci nispi seçim sistemi uygulandığı için meclis içerisinde parçalı bir görüntü oluşabiliyordu. Birçok küçük parti meclise giriyor, bunun sonucunda koalisyon hükümleri oluşuyor ve bunlar da kalıcı olmuyorlardı. 11 yılda 27 hükümetin kurulup dağılması gibi bir sonuç özellikle seçim sisteminden kaynaklanıyordu. İrkçi, sağ, merkez, sosyalist ve komünist partilere bölünmüş olan Fransa'da dar bölgeci ve oransal olarak sandalye dağıtımını yapan seçim sisteminde meclise oldukça azınlık görüşlerini yansıtan gruplar dahi girebiliyordu. Bu sistemin halkın görüşlerinin büyük ölçüde meclise yansması nedeniyle daha demokratik olduğu açıktır. Temsilde adalet diye ifade edilen seçmenin oyunun oranına göre yasama organına yansması ilkesi tam anlamıyla bu sistemde uygulanmaktaydı ancak çok parçalı meclis sebebiyle yürütme organının güçlü ve istikrarlı bir şekilde oluşamaması problemi Fransızları yönetimde istikrarı sağlamak için aşırı tedbirler almaya itmiştir. Yeni seçim sistemi eski sistemden tamamen farklıdır.

Fransa'nın 5. Cumhuriyetteki seçim sistemi tek isimli iki turlu çoğunluk sistemidir (le scrutin uninominal a deux tours). Bu sistemde ülke her biri sadece bir milletvekili çıkaran seçim bölgelerine bölünür. Bu sistemde seçimin 2 turda yapılma ihtimali vardır. Birinci turda, bir aday geçerli oyların mutlak çoğunluğunu yani yarıdan bir fazlasını elde edebilirse, o aday seçilmiş olur. İkinci tura gerek kalmaz. Buna karşılık, ilk turda hiçbir aday mutlak çoğunluğu sağlayamamışsa, bir müddet sonra o seçim çevresinde ikinci tur oylama yapılır. Bu tura ilk turda en çok oy almış iki aday veya belirli bir oranın üzerinde oy almış adaylar katılabilir. İkinci turda mutlak çoğunluk aranmaz. En çok oy alan aday kazanır.³⁹ Fransa özelinde uygulanan tek isimli iki turlu çoğunluk sistemine göre eğer ilk turda hiçbir aday geçerli oyların mutlak çoğunluğunu alamazsa ikinci tura birinci turda kayıtlı seçmenlerin

³⁸ Maurice Duverger, Seçimle Gelen Krallar, Konuk Yayınları, İstanbul, 1975, 1. Baskı, s.7

³⁹ Gözler, a.g.e., s.136

sayısının %12.5 oranında oy almış adaylar katılabilir. Eğer hiçbir aday kayıtlı seçmenlerin %12.5'ü oranında oy alamamışsa en çok oy alan 2 aday, 2'den fazla bu şartı sağlamış aday varsa bunların hepsi ikinci tura katılır.⁴⁰ Bu seçim sistemine göre örneğin bir semtten sadece bir milletvekili çıkacaktır ve o semtin bağlı olduğu ilçeden 5 milletvekili çıkacak olsa dahi çoğunluğu sağlamış olan parti her semtte çoğunluk olacağı için her semtteki bütün milletvekillerini toplayacaktır. Örneğin bir parti %20 oranında kitleye sahip olsa da her milletvekili için azınlıkta kalıp kaybedeceği için oransal olarak bu 5 milletvekilinden 1'ini dahi kendinden seçtirme ihtimaline sahip olamayacaktır. Bu seçim sistemi çok açık bir şekilde küçük partileri elimine etme amacı gütmektedir. Örneğin Ulusal Cephe, yeşiller, komünistler temsil ettikleri oranın altında sandalye alabilmektedirler.⁴¹ Bu seçim sistemine göre temsilde adalet yerine yönetimde istikrar ilkesi tercih edilmiştir. Mecliste parçalı bir görünüm oluşması hemen hemen imkânsızdır. Oyların büyük partilere kanalize edilmesi parlamentoda ezici çoğunlukların oluşmasına sebep olmaktadır. Sözelimi son 6 parlamenter seçim sonucuna göre oluşan çoğunluklara bakalım; 1988'te sosyalistler %47.7, 1993'te General De Gaulle'cü sağcılar %44.5, 1997'de sosyalistler %43.3, 2002'de Jacques Chirac'ın genel başkanı olduğu sağcı UMP %63.3, 2007'de Sarkozy'nin genel başkanı olduğu sağcı UMP %54.3 ve 2012'de sosyalistler %57.37 oranı ile çoğunluk elde etmişlerdir.⁴² Bu sebeple mecliste ciddi anlamda bir uyum söz konusu olmaktadır. Meclisle uyumlu hükümetler oluşmaktadır. Ülke yönetimi hükümet ve meclis çoğunluğunun uyumuna göre yönetilmekte çatışmalar ise meclisteki genellikle halkın %20-40 civarındaki kısmını temsil eden ana muhalefetle ve/veya eğer cumhurbaşkanı zıt ideolojide ise hükümet ile cumhurbaşkanı arasında gerçekleşmektedir. Ancak her iki ihtimalde de anayasaya göre yetkilerle donatılmış olan ve mecliste çoğunluk olduğu için yasama organının yetkilerini kullanan parti ve onun oluşturduğu hükümet karşısında muhalefetin pek de karşı koyma imkânları yoktur. Azınlığın açık şekilde ezilmesine ve kendi görüşlerini gerçekleştirilmesine büyük engeller vardır. Çoğunluğun her kararı denetimsiz bir şekilde almasını önleyebilmek için Fransız 1958 Anayasası'nın 61.

⁴⁰ http://fr.wikipedia.org/wiki/Elections_legislatives_en_France

⁴¹ Jacqué, a.g.e., s.173

⁴² http://fr.wikipedia.org/wiki/Elections_legislatives_en_France

maddesine göre organik yasalara ve meclis iç tüzüğüne yapılan bütün değişiklikler yürürlüğe girmeden önce otomatik olarak Anayasa Konseyi tarafından değişikliğin anayasaya uygun olup olmadığı yönünden inceleme ve denetlemeye tâbi tutulur. Organik yasa anayasada öngörülen konularda çıkarılabilecek ve anayasa hükmünü detaylı şekilde açıklayacak anayasa ile yasa arasında bir seviyede bulunan meclis tarafından mutlak çoğunlukla kabul edilen yasama aracıdır.⁴³ Bununla birlikte sıradan yasalar ise; Cumhurbaşkanının, Başbakanın, Millet Meclisi başkanının, Senato başkanının, 60 milletvekilinin veya 60 senatörün anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Konseyi önüne getirilebilir (FR. AY. m. 61/2). Sistemde kilit taşlarından biri budur, çünkü bu blokaj sistemin diktatörlüğe kaymasını engelleyecek kadar sıkı, yürütmenin anayasaya aykırı olmamak kaydı ile her istediğini yapabilmesine fırsat sağlaması nedeniyle de gevşektir.

Sonuç olarak Fransız yarı başkanlık sisteminin ön plana çıkan özellikleri şunlardır; eğer meclis çoğunluğuna da hâkimse oldukça güçlendirilmiş konumuyla Cumhurbaşkanı tek adam noktasına gelmektedir. Meclis çoğunluğu cumhurbaşkanı ile zıtlıyorsa başbakan ön plana çıkmaktadır. Seçim sistemi nedeniyle mecliste ezici çoğunluklar oluşmaktadır ve bu sebeple koalisyon hükümetlerine ihtiyaç kalmamaktadır. Muhalefetin ise karşı koyma imkânları kısıtlıdır buna karşılık denge mekanizması olarak Anayasa konseyi yasalar yürürlüğe girmeden önce her yasanın anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Hatta son tahlilde sistemin azınlığı ezmeye dönüşmemesi için denge yasama/yürütme karşıtlığında değil yasama-yürütme/yargı karşıtlığında arandığı söylenebilir. Çünkü Fransa'da Anayasa konseyi, Danıştay ve idari yargı ve Fransa'nın AİHS'ne taraf olması sebebiyle AİHM ve Avrupa birliğine üye olması sebebiyle Avrupa Adalet Divanı Fransa'yı ciddi anlamda etkileyebilecek kararlar vermektedir.

5. YÜRÜTME ORGANI

Fransa'da yürütme organı çift başlıdır. Yürütme organın cumhurbaşkanı ve başbakan olmak üzere iki başı vardır ancak tek bir hükümet vardır. Yarı başkanlık sisteminin en görünür farkını da bu oluşturur zaten. Amerikan başkanlık sisteminde yürütme organının

⁴³ Portelli, a.g.e., s.263

başında sadece başkan vardır ve yetkileri tek başına kullanır. Buna karşılık klasik parlamenter sistemde görünürde başbakan+kral veya başbakan+sembolik yetkileri haiz cumhurbaşkanı vardır. Fransız sisteminde cumhurbaşkanı salt sembolik bir anlam ifade etmeyip aynı zamanda ülkeye hükmetmesini sağlayabilecek yetkilere de sahip olduğu için sistem mezkûr iki sistemden farklıdır.

A- CUMHURBAŞKANI

5. Fransız Anayasası'nı yazan Michel Debré'ye göre rejimin anahtar organı cumhurbaşkanıdır. Meclis çoğunluğunun desteğine sahip cumhurbaşkanı sistemin işleyişinde en önemli rolü oynar.⁴⁴ Cumhurbaşkanının bu hâkim rolü halkın genel oyu ile seçilmesi ve meclisin çoğunluğunun desteğine bağlıdır. Cumhurbaşkanını seçen çoğunluk ile meclisin çoğunluğunu seçen çoğunluğun uyuşması cumhurbaşkanının yürütme organının şefi olmasını ve onun üstün olmasını sağlar.⁴⁵ Cumhurbaşkanının asıl gücünü halk tarafından en az %50 oy ile seçilmiş olması sağlar. "Condordance" yani uyumluluk dönemi olarak adlandırılan meclis çoğunluğu ile cumhurbaşkanının uyuşma ihtimalinde cumhurbaşkanı yürütme organının şefi olmakta ülkeyi idare etmektedir. 2000 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldan 5 yıla düşürülmüştür. Cumhurbaşkanının görev süresinin 7 yıl, ulusal meclisin görev süresinin 5 yıl olduğu dönemde "cohabitation" olarak adlandırılan meclis çoğunluğunun cumhurbaşkanına zıt görüşlü bir parti tarafından müteşekkil olması ihtimali vardı ve birkaç defa da gerçekleşmişti. Ancak 2000'de cumhurbaşkanının görev süresinin 5 yıla düşürülmesi ve seçim dönemi ve tarihlerinin iyice birbirine yaklaştırılması nedeniyle artık cohabitation ihtimalinin kalmadığını söyleyebiliriz. Artık Cumhurbaşkanı Fransa'nın başkanıdır denilebilir.

"Cumhurbaşkanı anayasaya uyumu gözetir. Hakemliğiyle kamu gücünün düzenli işleyişini ve böylece devletin devamlılığını garanti eder. Cumhurbaşkanı uluslararası sözleşmelere saygının, toprak bütünlüğünün ve ulusal bağımsızlığın garantisidir." (FR. AY. m. 5).

⁴⁴ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.411

⁴⁵ André Barilari-Marie José Guédon, Institutions Politique, Sirey Yayınevi, Paris, 1998, 4. Baskı, s. 190

1- Cumhurbaşkanı devlet başkanıdır ve temel görevleri üstlenmiştir.

A- Anayasayı gözetir

- Anayasa konseyinin 3 üyesini atar ve anayasa konseyinin başkanını seçer.
- Yasaların ve sözleşmelerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ve gerekirse iptal edilmesi için Anayasa konseyine başvurabilir.

B- Hakemliğiyle kamu gücünün düzenli işleyişini ve devletin devamlılığını garanti eder.

- Başbakanı ve bakanları atar (FR. AY. m. 8).
- Parlamenta okunmak üzere mesaj yollayabilir ve parlamento olağanüstü toplantıya çağırabilir (m. 30).
- Ulusal meclisi feshedebilir (m. 12).

C- Ulusal Bağımsızlığın, toprak bütünlüğünün ve sözleşmelere uyulmasının garantisidir.

- Uluslararası ilişkilerde önemli rolü vardır. Sözleşmelerin görüşülmesinde ve onaylanmasında yetkilidir (m. 52).
- Başkomutandır (m. 15). Ancak tabii ki başkomutanlık yetkilerinin kullanılmasında başbakanla ve meclisle yetkileri paylaşmaktadır.

“Arbitrage” kavramıyla ifade edilen cumhurbaşkanının anayasal organların anayasaya uymaları ve onların bir harmoni içerisinde çalışması olarak anlaşılacak hakemlik yetkisinin sınırları tartışmalıdır. Ancak Fransız siyasi hayatında bu hakemlik yetkisinin hukuki anlamından ötede oldukça aktif bir hakemlik olduğu açıktır.

2- Cumhurbaşkanı ve hükümet ilişkileri

Anayasa bu konuda yorumlanma konusunda oldukça karmaşıktır. Anayasa cumhurbaşkanına birkaç yetki veriyor ancak uygulamada daha çeşitli ve daha fazla yetkiler kullanılıyor. Eğer cumhurbaşkanı “çifte çoğunluk” desteğine sahip ise hükümeti boyunduruğu altına almış görünümü vermektedir. Bu durumda cumhurbaşkanı asıl lider, sistemin itici gücü olmaktadır. O derece ki hükümet programları dahi

“Başkanın programı” olarak sunulmaktadır. Bu işin doğasına da uygundur çünkü seçim sırasında cumhurbaşkanı halka bir program sunmuş ve birtakım vaatlerde bulunmuştur.

Cohabitation durumunda ise cumhurbaşkanının konumu geri plana itilir ancak tamamen kaybolmaz.⁴⁶

Cumhurbaşkanı başbakanı atar. Hükümet istifa etmiş ise hükümetin görevine son verir. Başbakanın önerisi üzerine bakanları atar ve onların görevine son verir (m.8).

Cumhurbaşkanı bakanlar kuruluna başkanlık eder (m. 9). Bu maddeye göre cumhurbaşkanı her ne kadar hükümetin üyesi olmasa da bakanlar kuruluna başkanlık yapar. Eğer kurulmuş olan bu hükümet zaten cumhurbaşkanının partisinin mensupları olan kişilerden müteşekkil ise bakanlar kurulunu ve hükümeti cumhurbaşkanı yönetir. Yasaları yapan ve hükümeti denetleyen meclis olduğu için meclisin çoğunluğunun desteğine sahip olmak ve gerektiği zaman meclise ulaşabilmek önemlidir. Partisini bırakıp cumhurbaşkanı olan siyasetçiler kendi partileriyle ve mecliste iletişimlerini devam ettiremedikleri için ülkeyi başbakanken yönettikleri gibi yönetememişler ve zamanla güç dengelerinin değişmesi sonucu yavaş yavaş geri plana çekilmek zorunda kalmışlardır. Fransızlar bunu da öngörerek cumhurbaşkanına ekstra birtakım yetkiler daha vermişlerdir.

- Anayasanın 11. maddesi uyarınca cumhurbaşkanı hükümetin teklifi ile bir kanun tasarısını referanduma sunabilir. Hükümet ise bu teklifini ya meclis görüşmeleri yapılırken cumhurbaşkanına ulaştırır ya da her iki meclisin bir önerisi olarak ortaya atar. Şu hâlde burada söz konusu olan şey duruma göre değişen bir yetkidir. Bu ya cumhurbaşkanıyla hükümetin bir ortak yetkisi olarak ortaya çıkar ya da cumhurbaşkanıyla parlamentonun bir ortak yetkisi şeklini alır. Burada inisiyatif hükümetle parlamentonun elindedir. Cumhurbaşkanı onların önerilerini isterse kabul eder, fakat onların fikrini almadan hareket edemez.⁴⁷
- Cumhurbaşkanı başbakanı ve meclise danıştıktan sonra ulusal meclisi feshedebilir (m. 12). 1 yıl içerisinde daha önce meclis fes-

⁴⁶ Barilari-Guédon, a.g.e., s. 190, 191, 192

⁴⁷ Duverger, a.g.e., s.126

hi olmaması şartı dışında feshi imkânsızlaştıran hiçbir kayıt veya şart yoktur. Cumhurbaşkanı sembolik denilebilecek danışmayı yaptıktan sonra meclisi feshedebilir.

- Cumhurbaşkanı senatoya da ulusal meclise de okunması üzere mesaj yollayabilir ve bu mesaj hiçbir tartışmaya fırsat vermez (m. 18.). Cumhurbaşkanı böyle bir mesaj yollarsa okunması engellenemez. 2008 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanı artık meclise de hitap edebilir. Meclise mesaj yollama ve hitap etme yetkisi cumhurbaşkanının meclis üzerindeki hâkimiyetini korumasına imkân vermektedir. Fransa'da cumhurbaşkanı meclise mesaj yollayabilir ve bu mesaj vesilesiyle ve sadece bu mesajla alakalı olarak meclis toplanır ve cumhurbaşkanı isterse bu durumda meclise hitap edebilir. Yani böylece cumhurbaşkanının vermiş olduğu mesajlar ve yasama organına ulaştırmak istediği görüşleri kulak ardı edilememekte illaki dikkate alınmak zorunda kalınmaktadır. Bu da cumhurbaşkanının başbakanla ters düşmesi ihtimalinde kendi partisinden seçilen milletvekilleriyle arasındaki bağın kopmaması için cumhurbaşkanına bir yol sunmaktadır.

Öte yandan, cumhurbaşkanı; Danıştay ve Sayıştay üyeleri, valiler, elçiler, generaller, rektörler ve merkezi idare amirleri gibi yüksek düzeyde görevlilerin atanmalarını sağlayan kararnameler ile hükümetin yetki kanunlarına dayanarak kabul ettiği, kanun gücünde metinleri (ordonnance) imzalamayı reddetme yetkisine de sahiptir. Diğer bütün kararnameleri başbakan tek başına çıkarır.⁴⁸

Bunlara ek olarak istisnai durumlarda roma hukukunda tanımlandığı anlamıyla cumhurbaşkanına diktatör olabilme fırsatı verilmektedir. Anayasanın 16. Maddesine göre "Cumhuriyetin kurumları, milletin bağımsızlığı, ülkesinin bütünlüğü veya uluslararası taahhütlerin yerine getirilmesi ciddi ve ani biçimde tehdit edildiği ve anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi bozulduğu zaman Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclis Başkanlarının ve Anayasa Konseyinin resmi görüşlerini aldıktan sonra, bu şartların gerektirdiği önlemleri alır. Durumu bir açıklamayla milletin bilgisine sunar. Bu önlemler anayasal kamu güçlerine en kısa süreler içinde görevlerini yerine getirmek olanak-

⁴⁸ Yazıcı, a.g.e., s.95

larını sağlama iradesinden kaynaklanmalıdır. Bu konularda Anayasa Konseyinin görüşü alınır.” Cumhurbaşkanı olağanüstü durumlarda diğer anayasal kurumların yetkilerini kendinde toplayabilmektedir. Ancak bu olağanüstü dönemde cumhurbaşkanının kullandığı kamu yetkilerinin amacı diğer kamu kurumlarının yetkilerini ve görevlerini en kısa zamanda onlara geri vermek olmalıdır. Bu olağanüstü durumun 16. maddedeki şartlardan olup olmadığı ve devam edip etmediği hakkında kararı anayasa konseyi verir.

Sonuç olarak cumhurbaşkanı dayandığı demokratik meşruiyet sebebiyle anayasada sayılan yetkilerini daha aktif bir şekilde kullanabilmektedir. Çifte çoğunluğa hâkimse yürütme organının başı olarak hükümete fiili olarak da başkanlık eder ve hükümeti idare eder. Cumhurbaşkanının sembolik yetkilerinin yanında meclis çoğunluğa dayansın veya dayanmasın özel af yetkileri, atama yetkileri vardır. Bunlar da kimi zaman ülke siyaseti için kritik konular olabilmektedir. Parlamenter sisteme ek olarak cumhurbaşkanına meclisle iletişimini devam ettirebilmesi için kanallar açılmıştır. Türk Anayasal Tarihi açısından da cumhurbaşkanı ve meclisin iletişiminin ne kadar önemli olduğuna dair örnekler verilebilir. Türkiye’de cumhurbaşkanı olan Celal Bayar, Adnan Menderes’e; Turgut Özal Mesut Yılmaz’a, Süleyman Demirel Tansu Çiller’e karşı parti ve meclis üzerindeki hegemonya mücadelesini iletişim kanalları olmaması sebebiyle kaybetmişti.

B- BAŞBAKAN VE HÜKÜMET

Parlamenter rejimin ortaya çıkışında, bakanlar eşitti ve hükümetin şefi birinci bakan, bakanlar konseyinin başkanı, Türkiye’de başvekil olarak adlandırılmaktaydı. Başbakan, klasik parlamenter sistemde devlet başkanı tarafından atanmaktaydı ve o yalnızca “primus inter pares” yani eşitler arasında birinci konumdaydı. Ancak ekibin çalışması için sürekli talimat verilmesi yerine bakanlardan birine lokomotif rolü oynaması için yetkilerin devri süreç içerisinde gerçekleşmiştir.⁴⁹ Başbakan 3. Cumhuriyet döneminde hukuken yetkili olarak tanınmamıştı, 4. Cumhuriyet döneminde gerçek siyasi yetkilere sahip değildi.⁵⁰

⁴⁹ Chantebout, a.g.e., s. 477

⁵⁰ Barilari-Guédon, a.g.e., s. 213

5. Cumhuriyet döneminde parlamenter rejimde başbakanın giderek artan ağırlığına uygun olarak başbakanın siyasi ve hukuki yetkileri artırılmıştır. Başbakan hükümetin faaliyetlerini yönetir (m. 21). Yönetme yetkisi artık resmi olarak tanınmıştır, başbakan teamüle uygun olarak başbakanlığı üstlenir, hükümetin diğer üyelerini seçer. Anayasanın 8. maddesine göre başbakanın önerisi üzerine ve onun karşı imzasıyla birlikte cumhurbaşkanı bakanları atar. Bu sebeple ve işin doğasına uygun olarak başbakan her bakanın hükümet hiyerarşisindeki yerini belirler ve onlara başkanlık eder.

İkinci olarak anayasa başbakana kabinenin diğer bakanları üzerinde gerçek ve ciddi disiplin yetkisi tanımaktadır. Başbakan cumhurbaşkanından bir bakanın görevine son vermesini isteyebilir.⁵¹

Üçüncü olarak başbakanın bakanlar üzerindeki yetkisi aynı zamanda mali alandaki yetkilerine dayanır. Çünkü hem bütçenin belirlenmesinde hem de mali yasalara uygun olarak kredilerin hacminin belirlenmesinde ve dağıtılmasında büyük bir esneklik vardır ve bu esnekliği kararnamelerle başbakan kullanır.

Bunun dışında başbakanın Türkiye'deki örtülü ödeneğin muadili olan "özel fon" yetkisi vardır. Gizli kalması gereken dış operasyonların finansmanına öngülenen bu fonları başbakan kullanır.⁵²

Hükümetin ve başbakanın yetkilerinin son dönem hükümet sistemlerinde artmış olmasına rağmen kurulmaları için meclisin çoğunluğunun desteği hâlen bir zorunluluktur. Parlamenter sistemin kurallarına göre meclis çoğunluğunun desteğini elde etmiş kişi başbakan olarak atanır, o kişi hükümeti diğer üyelerini belirler ve meclis önünde kolejyal (hükümetin tüm üyelerinin bir bütün olarak meclis önünde sorumlu olması) olarak sorumlu olurlar. Hükümet üyeleri arasında kolejyal sorumluluğa uygun olarak hükümet dayanışması vardır. Birbirlerinin eylem ve kararlarından siyasi olarak ve meclis önünde hukuki olarak sorumlu olurlar. Hükümet, milli politikayı belirler ve yürütür. Milli politikayı yürütürken devletin kamu kurum ve kuruluşlarından ve silahlı güçlerine hükmederek onlardan yararlanırlar.

⁵¹ Chantebout, a.g.e., s. 478

⁵² Chantebout, a.g.e., s. 480

Anayasa'nın 19. maddesinde *numerus clausus* (sınırlı sayılı olarak) olarak cumhurbaşkanının karşı imzaya ihtiyaç duymadan yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki bütün işlemlerinde başbakan karşı imza yetkisine sahiptir. Çünkü cumhurbaşkanı siyasi ve hukuki olarak sorumsuz olduğu için onun sorumluluğu başbakana aktarılmaktadır. Başbakanın cumhurbaşkanının karşı imzasıyla kullandığı önemli yetkiler şunlardır; bakanların atanması, parlamento olağanüstü toplantıya çağırma, anayasa değişikliği prosedürünü başlatmak (Anayasayı değiştirme girişiminde bulunma yetkisi Başbakanın teklifi üzerine Cumhurbaşkanına ve Parlamento üyelerine aittir.-m. 89-) ...

Güçler ayrılığı ilkesine göre yasama organı olan parlamento yasaları yapar, yürütme organı halkın temsilcilerinin yapmış oldukları yasaların uygulamaya geçirilmesini sağlarlar. Ancak Fransız 5. Cumhuriyetinde hükümetin parlamento ile yasama konusunda çok çarpışık ve bir o kadar da karmaşık ilişkileri vardır. Yürütme organının yasama organı ile ilişkileri başlığı altında bu konuyu ayrıntılı olarak değerlendireceğiz ancak burada hükümetin yetkilerine genel olarak değinelim.

Öncelikle meclis gündemi çoğunlukla hükümet tarafından belirlenir. Yasa yapma inisiyatifi de hükümettedir. Sıradan yasaların %80'i hükümet orijindir. Bakanlar kurulunun hazırladığı yasa tasarıları yasama organından geçmekte ancak inisiyatif hükümette olmaktadır. Yani normal yasaların yapılmasında dahi hükümetin ciddi bir ağırlığı vardır. Bununla birlikte kararname ve tüzükler hükümetin genel düzenleyici işlemler yapabilmesine fırsat vermektedir.

Klasik parlamenter sistemlerde olmayan özgün bir özellik daha vardır. İngiliz parlamenter sisteminde yasama organının yasama yetkisi sınırsızdır. İngiltere'de "Parlamento her şeyi yapabilir fakat bir erkeği kadın yapamaz" denir.⁵³ Parlamenter sisteme göre ve güçler ayrılığı ilkesine göre halkın oyunu almış, demokratik meşruiyete sahip halkın temsilcileri yasama organını oluşturur ve meclis böylece yasaları yapar. Yapılan yasalara ket vurulamaz çünkü halkın iradesine ket vurulamaz. Bu sebeple meclis her konu hakkında genel düzenleyici şekilde objektif kurallar öngörür. Yasama organının sınır olmadan her

⁵³ Duverger, a.g.e., s.83

konu hakkında yasa yapması mümkündür. Bununla birlikte yürütme organına bazı konularda genel düzenleyici işlem yapmasına fırsat verilecek olsa bile bunun için önce yasama organının o konu hakkında daha önce daha genel çerçevede bir yasa yapmış olması daha sonra ise yürütme organına sınırlarını ve çerçevesini çizerek yetki veren bir kanun yapması gerekir. Yani parlamenter sistemlerde yasama organının genel normlar oluşturma yetkisi sınırsızken, yürütme organına kanun hükmünde kararname yapma yetkisi belirli koşullar altında verilmektedir. Ancak buna karşılık 5. Cumhuriyet dönemi Fransız sisteminde durum tam tersidir. Fransız Anayasası'nın 34. maddesinde parlamentonun yapabileceği yasaların kapsamı belirlenmektedir. Bu maddeye göre kanunların uygulama alanı sınırlanmaktadır. Yani klasik parlamenter sistemde yasama organı sınırsızca yasa yapabilirken ve ancak bazı koşullar altında yürütme organına genel düzenleyici işlem yapma yetkisi verilirken Fransa'da durum tersidir. Yasama organı olan meclis yalnızca belli konularda yasa yapma yetkisine sahiptir, bunun dışındaki alanları hükümet (caractere réglementaire) tüzüklerle kendisi düzenler. Yani yasama alanı, yasalarla veya tüzüklerle düzenlenen olmak üzere 2'ye ayrılmış durumdadır. Bir konunun hangisiyle düzenleneceğine dair itirazları ise Anayasa konseyi inceler.

Hükümetin parlamentoyu devre dışı bırakarak referanduma gitme ihtimali de vardır. "Cumhurbaşkanı, Hükümetin Parlamentonun toplantı dönemi boyunca yaptığı ya da her iki Meclisin ortaklaşa yapmış oldukları ve Resmi Gazete'de yayınlanan teklifleri, kamu mercilerinin teşkilatlandırılması yasa tasarılarını, kamunun sosyal, ekonomik ve siyasal reformuna ilişkin tasarıları, aynı şekilde kamu hizmetlerine ilişkin, Anayasaya aykırı olmaksızın kurumların işleyişi üzerinde etki yapabilecek bir antlaşmanın onaylanması için izin verilmesine ilişkin her yasa tasarısını referanduma sunabilir." (m. 11)

Görüleceği üzere, hükümet yasaların uygulanması ve yürütülmesi konusunda mutlak yetki sahibi olmanın yanında meclis gündemini belirleme, mecliste çoğunluk olma sebebiyle yasaların çoğunu yapma, yasa tasarıları yapma ve "domaine réglementaire" denilen yalnızca hükümetin düzenleyici işlemleriyle genel normları koyacağı alanlar olması nedeniyle yasama erki üstünde de çok ciddi bir iktidara sahiptir. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm uygulamalarıyla hükümetin eli ayrıca güçlendirilmiştir ve genel norm yapamayan güçsüz bir hü-

kümet ihtimali bertaraf edilmiştir. Konuya yasama-yürütme ilişkileri başlığı altında ayrıca ve ayrıntılı olarak tekrar değineceğiz.

6. YÜRÜTME ORGANININ DİĞER ORGANLARLA İLİŞKİLERİ

A- YÜRÜTME ORGANININ YARGI ORGANIYLA İLİŞKİLERİ

Güçler ayrılığı ilkesinin yeni parlamenter sistem uygulamalarıyla giderek evrime uğraması sonucu ilk başta yürütme organı üyelerinin yasama organı üyelerinden oluşması daha sonra da yürütme organının yetkilerinin yasama organının yetkileri aleyhine artması sonucu zarar gördüğü söylenebilir. Yasama organı ile yürütme organı arasındaki bu iç içe geçmişlik ve yürütmenin giderek daha fazla üste çıkmasına karşılık tarafsız ve bağımsız bir yargı organının öneminden dolayı yargı organı diğer organlardan ayrı kalabilmiştir. Toplumun vicdanının tatmin eden, adil kararlar verilebilmesi için hakimlerin özlük hakları geliştirilmeye çalışılmış, emir ve talimat almama kuralının uygulamada da bir anlam ifade edebilmesi için hakimlerin azledilememesi kuralı ortaya çıkmıştır.

Fransa'da da yargı organı bağımsızdır. Hakimler azledilemezler (m. 64/4). Yargı organının yasama ve yürütme organından bağımsızlığı Fransa'da özlük haklarıyla sağlanmaya çalışılmaktadır. Şöyle ki; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üyeleri genelde yasam ve yürütme organı üyeleri tarafından seçilir ancak hakimler azledilemedikleri için seçildikten sonra bu üyelerin tarafsız ve bağımsız olarak vicdanlarına uygun olarak karar vermeleri beklenir.

Cumhurbaşkanı yargı erkinin bağımsızlığının garantörüdür (m. 64). Cumhurbaşkanının garantörlüğü daha çok sembolik bir yetki olarak görünmekle birlikte aslında hukuki olarak da yetkisi vardır. Şöyle ki; anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi bozulduğu zaman Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclis Başkanlarının ve Anayasa Konseyinin resmi görüşlerini aldıktan sonra, bu şartların gerektirdiği önlemleri alır. Yargı organının bağımsızlığını tehdit eden bir durum olduğu zaman cumhurbaşkanı anayasanın 16. maddesine dayanarak anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi yeniden ikame etmek amacıyla

olağanüstü yetkileri üstlenir. Ancak uygulamada böyle bir durum hiç gerçekleşmemiştir.

Hakimler ve Savcılar Kurulu iki kanattan oluşur. Türkiye’de Hakimler ve Savcılar Kurulu tek bir kurul olup hakimler hakkında da savcılar hakkında da görev yeri, atama ve disiplin konularına dair kararları verir. Ancak Fransa’da HSK’nın bir dairesi hakimler hakkında ikinci dairesi ise savcılar hakkında kararlar verirler. Hâkimler konusunda yetkili daire, Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı dışında, beş hâkim, bir savcı, Danıştay tarafından seçilen bir Danıştay üyesi, her biri Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanı tarafından, parlamento ve adliyeye mensup olmayanlar arasından seçilen üç kişiden oluşur.

Savcılar konusunda yetkili olan daire, Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı dışında, beş savcı ve bir hâkim, bir Danıştay üyesi ve her biri Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanı tarafından, parlamento ve adliyeye mensup olmayanlar arasından seçilen üç kişiden oluşur.

Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi başkanı, Senato başkanı bu daireler için birer üye seçerek toplamda her biri HSK için 2 üye atamış olmaktadır. Buna ek olarak Cumhurbaşkanı yargı organının bağımsızlığının garantörüdür ve HSK’ya başkanlık eder. Adalet bakanı hukuken başkan yardımcısıdır ve Cumhurbaşkanı’na vekalet edebilir. Kurul toplantılarına böylece cumhurbaşkanı veya adalet bakanı başkanlık etmektedir. Buna karşılık kurulun dairelerinde bulunan hakimlik veya savcılık mesleğinden gelen 7 üye çoğunluk oluşturmaktadır. Birçok Avrupa ülkesinde bu tür kurullara üye seçilirken meclis çoğunluğuna imkân verilmesi veya yasama-yürütme organı ile yargı organını tamamen ayırıp bu kurulun üyelerini kendi kendine seçme imkânı verilmesi yaygın iken Fransa diğer ülkelerden farklı şekilde Cumhurbaşkanı, Senato başkanı ve Meclis başkanına doğrudan atama yetkisi vermiştir. Demokratik niteliği tartışmalı olan bu atamalar hakkında iki cephe vardır denilebilir. Bir görüş hakimlerin ve savcılarının bağımsızlığı için yasama ve yürütme organı üyelerinin kurula başkanlık etme ve üyelerinin seçimindeki yetkilerinin ellerinden alınması gerektiğini savunur. Buna karşılık diğer görüş kontrolün

devamından yanadır. Örneğin Nicolas Sarkozy konu hakkında "HSK hakimlerin çoğunlukta olmayacağı şekilde düzenlenmelidir. Hakimleri siyasi iktidarın müdahalesinden korumak kesinlikle doğrudur, ama bu müdahale, HSK'nın hakimlerin sendikalarının otoritesinin altında olmasındansa, bütün toplumu yansıtan bir kurumun otoritesi altında olmasıyla çok daha iyi engellenmiş olur."⁵⁴ Hakimlerin ve savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığının nasıl sağlanacağı oldukça tartışmalı olup, bir consensus oluşması da çok zor görünmektedir. Ancak demokratik meşruiyetin kutsal bir değer olarak görülmesi ihtimalinde meclisin seçimiyle üyelerinin seçilmesine fırsat tanınması ve hâkim ve savcılarının maaşlarının artırılıp, özlük haklarının artırılıp görevden alınma veya başka bir yere sürülme korkularının engellenmesi kanımca en makul yöntem olarak durmaktadır.

Fransa'da Anayasa Konseyi Türkiye'deki Anayasa Mahkemesinin muadilidir. Yasaların ve kanun hükmünde kararnamelerin anayasa-ya uygunluğunu denetler. Anayasa Konseyinin Fransa'daki en önemli görevi genel düzenleyici işlemler konusunda m. 34 ile çerçevelenen yasa alanı ile m. 37 ile m. 34 dışındaki bütün alanlarda yürütmeye yetki veren düzenleyici alan (le domaine réglementaire) arasındaki çizgiyi çekmektir. Bu sebeple Anayasa Konseyi oldukça önemli bir anayasal kurumdur. "Anayasa Konseyi dokuz üyeden oluşur, görev süreleri dokuz yıldır ve bu süre uzatılamaz. Üyelerin üçte biri her üç yılda bir yenilenir. Üyelerden üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi Başkanı, üçü de Senato Başkanı tarafından atanır. Yukarıda sözü edilen dokuz üyeden başka, eski Cumhurbaşkanı Anayasa Konseyinin kaydı hayat şartıyla doğal üyesidirler. Başkan, Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Eşitlik halinde, Başkanın oyunun bulunduğu tarafa üstünlük tanınır." (m. 56). Anayasa konseyinin bütün üyeleri yasama ve yürütme organlarının başkanları tarafından atanmaktadır, bununla birlikte eski cumhurbaşkanları anayasa konseyinin doğal üyeleri olarak eğer isterlerse konseye katılırlar.

Yargı organının yasama ve yürütme organı üzerinde anayasal yetkilerinin aşmamaları için eylemlerinin ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi vardır. Anayasa Konseyi yasama organının anayasanın 34. maddeye dayanarak yaptığı yasaların ve yürütmenin

⁵⁴ Nicolas Sarkozy, İtirafımlarım, Karakutu Yayınları, İstanbul 2006, 1. Baskı, s.213

37. maddeye dayanarak yaptığı tüzükler (le r glement)⁵⁵in anayasaya uygunluğunu denetler.

İdari yargı ise bir bütün olarak idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetler. Danıştay (Conseil D'Etat)⁵⁶ yürütme organının m. 37 dışında yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri ve eylemleri; 1. derece idari yargı mahkemeleri ise diğer kamu kurum ve kuruluşlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlerler.

Eric Sales'a göre yeni sistemle beraber cumhurbaşkanının ve millet meclisi seçimleri hemen hemen aynı anda yapıldığı için Anayasa Konseyinin 6  yesi aynı çoğunluk tarafından seçilmektedir. Bu sebeple parlamentonun yasalarının iptal edilebilmesi için gereken 7 oyluk nitelikli çoğunluk şartı sağlanamamakta ve iptal kararları verilememektedir.⁵⁷ Bu duruma ek olarak yürütme organının kendine has, yasama organının erişemediği genel düzenleyici işlemler yapma alanı (domaine r glementaire) göz önüne alındığında yürütme organının etkili ve verimli denetlenmesi Anayasa konseyinin üyelerinin seçildikleri kaynak nedeniyle Anayasa konseyinden çok Danıştay ve idari mahkemelere düşmektedir. Aynı zamanda idari yargı hakimleri yasama ve yürütme organı tarafından seilmedikleri için idari eylem ve işlemlerin halka yansayan yönünün hukuka uygunluğu konusunda gerçek denetçiler olmaktadır.

B- YÜRÜTME ORGANININ YASAMA ORGANIYLA İLİŞKİLERİ

i. YASAMA YETKİSİNE KARŞILIK YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

Anayasa dalgasıyla kralın münhasır yasama alanı yavaş yavaş meclise kaymıştı. Modernite  ncesi dönemde meşruiyet kaynağı Tanrı

⁵⁵ Fransız Anayasası'nın orijinal metninde "caractere r glementaire" olarak geçiyor. Tam tercümesi "düzenleyici nitelik" olarak çevrilebilir. Ahmet etin Er-türk sözlüğünde "le r glement" yönetmelik olarak çevrilmiş. Buna karşılık resmi eviride Türkçe'ye tüzük olarak çevirmişler. Ben de aynı kavramı farklı isimle kullanmamak adına "r glement" kelimesini tüzük olarak metne işlemeyi uygun buldum.

⁵⁶ Tam Türkçe'si Őura-yı Devlet

⁵⁷ M. Eric Sales, Galatasaray Üniversitesi Droit Public Compar  Ders Notları, 2011-2012 Eğitim yılı Yayınlanmamış Ders Notları

olup, Tanrı'nın yeryüzündeki iradesini yansıtan kral olduğu için kralın münhasır yasama yetkisi vardı. Modernizmle beraber meşruiyet kaynağı yaratıcı ilahi güçten halka geçtiği için aydınlanma çağı yazarlarına göre, meşruiyet kaynağı olan halkın seçtiği insanlar yani meclis her konu hakkında her türlü yasayı yapabilmeliydi. Jean Jacques Rousseau'nun halkın genel iradesinin her zaman haklı olduğu ve azınlığın azınlık kaldığı konuda yanlış sonuca varmış olduğu görüşü doğrultusunda yeni kurulan cumhuriyetlerde meclislere geniş yasama yetkileri verildi. Buna karşılık Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı teorisine göre yürütme organı yasama organının yasama erkine müdahale edemeyeceği ve yasama organı da yürütme organının yasaları yürütmesine müdahale edemeyeceği için bir denge oluşacaktı. Yargı organının denetleme ve düzeltme işleviyle beraber iktidar tek elde toplanmayacak ve böylece sistem diktatörlüğe dönüşmeyecekti.

Meclise bu kadar güçlü yasama yetkisinin verilmesi, meclisi oluşturan katmanlara göre farklı sonuçlara sebep oldu. Mecliste tek renk olduğu zaman, hâkim ideolojinin dışında kalan toplumsal kesitlerin aleyhine yasaların çıkması oldukça kolay olmuştur. Buna karşılık meclis çok farklı renklere sahip olduğu zaman ve istikrarlı bir çoğunluk olmadığı zaman da ülkenin ihtiyaç duyduğu yasalar çıkarılamamakta ve yürütme organı gerek duyduğu araçlara sahip olmadığı için ülkeyi yönetememektedir. Sonuç olarak Kıta Avrupa'sının vardığı nokta yasaların üzerinde temel normlar oluşturmak olmuştur. Bu mantığa göre insanların doğuştan sahip oldukları, devredilemez temel hak ve özgürlükleri vardır. Bu temel hak ve özgürlükler anayasalarla güvence altına alınırlar ve bu hakları kısıtlayan, özüne dokunan şekilde yasalar yapılamaz. Temel hakları ihlal eden yasaları da Anayasa mahkemeleri tespit ederek, iptal eder.

Fransa'nın 4. Cumhuriyet dönemindeki en sorunu meclisin çok parçalı olması sebebiyle yasaların yapılamaması ve yürütme organının koalisyonlara mahkûm olmasıydı. Fransızlar 5. Cumhuriyet döneminde çoğunluğun azınlığın temel haklarını ihlal etmesini engellemek için temel hakları anayasaya almışlardır, anayasa ile yasaların arasında bir konumda yer alan "Organik Yasa" dedikleri bir norm tipi ortaya çıkarmışlardır. Organik yasalar anayasanın hükümlerini açıklayan ve değiştirilebilmesi için sıradan yasalardan daha ağır nitelikli bir çoğunluk gerektiren bir norm tipidir.

Fransız 1958 Anayasası'nda, "Yasaları yasama organı yapar." anlayışını ciddi şekilde etkileyecek bir sistem öngörülmüştür. 1958'e kadar "yasa" yasama organı tarafından oylanarak oluşan işlem olarak tanımlanıyordu. Ancak 1958 Anayasası yasama organının yetki alanına maddi bir kriter eklemiştir.⁵⁸ 1958 Anayasası 34. madde hükmü ile daha önceden yasama organının yetkisine giren alanı kısıtlayarak parlamentonun müdahale yetkisini azaltmıştır. Ayrıca 37. madde hükümetin yararına özerk bir düzenleme iktidarının varlığını tanımıştır.⁵⁹ Böylece 5. Cumhuriyet Anayasası; objektif, genel düzenleyici norm yapma alanını parlamentoya ait olan yasa alanı (les normes législatives) ile yürütmeye ait olan tüzük alanı (les normes réglementaires) olmak üzere yasama ve yürütme organı arasında paylaşmıştır.

Kelsen'in normlar hiyerarşisi piramidine göre en üstte anayasa bulunur, onun altında anayasaya uygun olmak zorunda olan yasalar bulunur. Anayasayı ve yasayı değiştirme yetkisi ise yasama organıdır. Anayasaya ve yasaya uygun olmak şartıyla daha alt statüde yönetmelikler ve tüzükler yapılabilir. Klasik güçler ayrılığı prensibini uygulayan ülkelerde ve bizim sistemimizde, yasama organı her konu hakkında yasa yapabilir. Ancak yasama organı bir alanı genel normlarla düzenledikten sonra yürütme organı yasaya dayanmak şartı ile düzenleyici işlemler yapabilir. Yürütme organının yasama organının kendi yetkisine giren bir alanı düzenlediği iddiasıyla Anayasa mahkemesine başvurma gibi bir ihtimal de yoktur çünkü yürütme organının münhasır düzenleme alanı yoktur. Ancak 1958 Anayasası'nın 34. maddesi yasama organının yasama alanını maddi olarak sınırlandırmıştır. 34. madde şu şekildedir; "Yasalar, aşağıda belirtilen konulara ilişkin kuralları belirler;

- Medeni haklar, kamusal özgürlüklerin kullanılması için vatandaşlara tanınan temel güvenceler; basın özgürlüğü, çeşitliliği ve bağımsızlığı; Milli savunma nedeniyle vatandaşların kişilik ve mallarına getirilen yükümlülükler;
- Tabiiyet, kişilerin hal ve ehliyetleri, evlilik rejimleri, veraset ve karşılıksız kazandırmalar;

⁵⁸ Jacqué, a.g.e., s.181

⁵⁹ Jacqué, a.g.e., s.180

- Cürüm ve suçların tayini ve bunlara uygulanacak cezalar, ceza usulü, af, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü;
- Her türlü vergilerin matrah, oran ve tahsil biçimleri; para basımı rejimi.

Yasalar, aynı şekilde şu konuları da belirler;

- Parlamento, yerel meclislerin ve yurtdışında yerleşik Fransız vatandaşlarının temsil edildiği meclislerin seçim rejimi ve yanı sıra mahalli idarelerin özel meclislerinin üyelerinin seçimle atandıkları görevler ve unvanlar;
- Kamu kurumlarının kategorilerinin ihdası;
- Devletin sivil ve askeri memurlarına tanınan temel güvenceler;
- Teşebbüslerin millileştirilmesi, kamu sektörü teşebbüslerine ait mülkiyetin özel sektöre devri.

Yasalar, şu konularda temel ilkeleri belirler;

- Milli savunmanın genel teşkilatlanması;
- Mahalli idarelerin serbest yönetimi, yetki ve kaynakları;
- Öğrenim;
- Çevrenin korunması;
- Mülkiyet rejimi; aynı haklar, medeni ve ticari borçlar;
- Çalışma, sendika ve sosyal güvenlik hakkı.”

1958 Anayasası'nın 37. maddesine göre yasa kapsamına girmeyen diğer konular tüzük niteliğindedir. Sayılan konularda yasama organı yasa yapabilir, bu konuların dışındaki alanlarda hükümet tüzük (la norme réglementaire) yapabilir. Görünüşte, tüzük (le pouvoir réglementaire) esas, yasamanın yetkisi istisna gibidir.⁶⁰ Ancak gerçek bunun tam tersidir, normlar hiyerarşisinde yasa, tüzüğün üstündedir.⁶¹ Yasamanın ve yürütmenin düzenleyici norm yapma yetkilerini paylaşması şu hassas denge üzerine kuruludur.

⁶⁰ Jacqué, a.g.e., s.181

⁶¹ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.592

Parlamentodaki görüşmeler sırasında, parlamento üyesi tarafından yapılan yasa teklifi veya yasa değişikliği teklifinin yasa alanını ilgilendirmediği ortaya çıkarsa, Hükümet bunların kabul edilmemesini isteyebilir. Parlamentoda bir konuda yasa yapılırken hükümet bu konunun aslında 34. maddede sayılan konulardan birine dahil olmadığı, bu sebeple kendi yetki alanına girdiğini ileri sürüp meclis başkanlarından bu konuda yasa yapılmasının engellenmesini isteyebilir. Meclis başkanı da hükümet ile aynı kanaatte ise o konuda yasa yapılması için oylama yaptırmaz ve o konunun yasayla düzenlenmesine engel olur. Ancak meclis başkanı o konunun yasa alanına girdiği kanaatinde ise, Hükümet veya Meclis başkanı Anayasa Konseyi'ne başvurarak bu konunun 34. maddede sayılan yasa alanında mı yoksa yürütmenin düzenleme alanında mı olduğu hakkında karar vermesini ister. Bu durumda Anayasa Konseyi 8 gün içerisinde karar vermelidir.

Görüleceği üzere, Anayasa Konseyi bir konuyu düzenleme yetkisinin yasama organına mı yoksa yürütme organına mı ait olduğu konusunda karar merciidir. Anayasa Konseyi, içtihadlarıyla 1789 Deklarasyonuna ve 1958 Anayasası'nın diğer maddelerine atıf yaparak yasama organının yasa yapma alanını genişletmiştir. Ayrıca Anayasa Konseyi içtihadına göre aslında yasama organının yasa yapma alanına girmeyen bir konuda yasa yapmış olması ihtimalinde yürütmenin yetkisine tecavüz eden bu yasa geçersiz değildir ve Anayasa Konseyi bunu iptal etmez. Ancak hükümet 41. maddedeki prosedürü kullanarak Anayasa Konseyi'ne başvurmak zorunda değildir, yasa her nasılsa kabul edilmişse hükümet 37/2 uyarınca Anayasa Konseyine başvurur, Anayasa konseyi yasanın hükümetin yetkisine giren bir konuyu hükme bağladığını tespit ederse o yasa iptal etmez, sadece tespit eder ve böylece hükümet dilerse o alanı yeniden tüzükle düzenleyebilir. Yani bir konu aslında yürütmenin yetkisine giriyor olmasına rağmen o konuda yasa yapılmış ise hükümet aynı konuyu tüzükle düzenleyerek şeklen yasa olan ancak yetki yönünden sakat olan normu yürürlükten kaldırmış olur.⁶² Buna karşılık yürütmenin yetkisini aşarak yasa alanına giren bir konuda tüzük yaptığı iddia ediliyor ise bunu da Danıştay denetler.⁶³

⁶² Jacqué, a.g.e., s.181

⁶³ Jacqué, a.g.e., s.182

İlk bakışta görünenin aksine, Fransa'da halen yasa esastır ve yürütmenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinde üstündedir. Anayasa Konseyi yasa alanını da genel anlayışa uygun olarak geniş yorumlamıştır. Maurice Duverger'ye göre yeni kurallar 4. Cumhuriyetten pek de farklı değildir. Parlamentolar her ülkede önemli konuları ele alırlar ve bu konular 34'üncü maddede sayılanlarla uyumludur. Ona göre zaten önemli konular 34'üncü maddede sayılmıştır.⁶⁴ Bununla birlikte yürütme organına münhasır düzenleme yetkisinin verilmiş olmasının yürütme organına parlamenter sistemlerde görülmeyen bir hareket etme kolaylığı ve takdir yetkisi verdiği gözden kaçırılmamalıdır. Hükümet, parlamentoya hiç başvurmadan çeşitli konularda ismi yasa olmasa da de facto olarak yasa gücünde işlemler yapmaktadır. Bu haliyle bu mekanizma, klasik güçler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Ayrıca halkın temsilcileri olan milletvekilleri hep birlikte karar alırken, belli bir görüş veya parti çerçevesinde oluşmuş olan bir hükümet tek başına karar alabilmektedir. Demokratik meşruiyet açısından sıkıntılı görülebilecek yürütmenin bu düzenleme yetkisi yürütme organını güçlendirmekte, meclis parçalı dahi olsa eğer hükümet oluşmuşsa asgari noktalarda uzlaşmış koalisyonun hareket edebilmesini sağlamaktadır.

Yasama organının gücünü azaltan bir diğer kural 40. maddede öngörülmüştür. Parlamento üyeleri tarafından getirilen kanun teklifleri, kabul edilmeleri durumunda kamusal kaynakların azalması, yeni bir kamusal yükümlülük yaratılması ya da böyle bir yükümlülüğün artırılması sonucunu doğuramaz. Parlamento üyeleri devletin kamu gelirlerini azaltacak veya kamu harcamalarını artıracak şekilde kanun tekliflerinde bulunamazlar. Parlamento yalnızca kamu gelirlerinin artırılmasına veya kamu giderlerinin azaltılmasına yönelik kanunlar yapabilir. Eric Sales'a göre bu hükmün amacı milletvekillerinin popülizm ve demagoji yaparak sistematik olarak vergilerin azaltılmasını ve devletin kaynaklarını tüketmesini engellemektir. Devletin bütçesinin dengesinin korunması en önemli amaç olmakla beraber yasağın diğer etkisi parlamentonun hükümeti sıkıştırabilmesi için bir imkândan daha yoksun kalmasıdır. Eğer parlamento kamu bütçesinin zararına bir kanun teklif etmiş ise hükümet "Mali Kabul Edilemezlik İtirazı"nda bulunabilir. 5. Cumhuriyet tarihinde şöyle ilginç bir olay oldu. 60'lı

⁶⁴ Duverger, a.g.e., s.153

yıllarda bazı milletvekilleri idam cezasının kaldırılması için kanun teklifi verdiler. Buna karşılık hükümet idam cezasının kaldırılması hâlinde idam edilmeyen mahkumlar hapsedileceği için ve bunların barındırılması ve yedirilmesi sebebiyle kamu gideri artacağı için mâli kabul edilemezlik itirazında bulundu. Gerçekten itiraz kamuoyunda çokça tartışılrsa da hukuki olarak kabul edildi. İdam cezası ancak 1981 yılında zamanın Adalet Bakanının kanun tasarısı ile kaldırılabilirdi.⁶⁵

Parlamentar sistemlerde de var olan, yürütme organına tanınmış diğer düzenleyici işlemler Fransa'da da vardır. Décret d'application denilen bir yasanın uygulanması kararnamesi, bizim sistemimizdeki yönetmeliklere benzer. Kanunun uygulanabilmesi için, kanuna dayanan ve onu açıklayan kararnameye décret d'application yani uygulama kararnamesi denmektedir.

Décret Loi dedikleri parlamentonun verdiği yetkiye dayanarak hükümetin yasama alanında yaptığı düzenlemedir ve Türk sistemindeki kanun hükmünde kararnamenin karşılığıdır. Bizim sistemimizde hükümet yasa alanına giren bir konuda düzenleme yapmak istiyorsa parlamentodan nasıl bir düzenleme yapılacağını da açıklayan bir yetki kanununa dayanmalıdır; ancak Fransız sisteminde hükümet yalnızca 34. madde kapsamında kalan bir konu için bu yola başvurmak zorunda kalabilir çünkü 34'üncü maddenin dışındaki konular zaten yürütme organının münhasır düzenleme alanına girmektedir.

Fransa Cumhuriyetinde yürütme organı yasama organına göre oldukça güçlendirilmiştir. Seçim sistemi sebebiyle meclise istikrarlı bir çoğunluğun gelmesi sağlanmakta, anayasal yetki bölüşülmesi açısından da yürütme yasama organına öncelenmektedir. Yasama organı ile yürütme organı arasındaki yetki uyumsuzluğuna da duruma göre Anayasa Konseyi veya Danıştay çözüm getirmektedir.

ii. MECLİSİ FESİH YETKİSİ / HÜKÜMET DÜŞÜRME

Demokrasilerde bir seçim sonucu oluşan meclis genelde 4 veya 5 sene için seçilir. Seçim sistemi sebebiyle veya ülkenin ideolojik olarak bölünmesi sonucu meclis çok parçalı olabilir. İlk başta hükümet ko-

⁶⁵ M. Eric Sales, Galatasaray Üniversitesi 2009-2010 Droit Constitutionnel Yayınlanmış Ders Notları

layca kurulabilse bile 4-5 sene içerisinde siyasi konjonktür değişmiş olabilir. Demokratik sistem içerisinde bu tıkanıklığın giderilebilmesi, hükümetin sorumluluğunun gündeme getirilebilmesi için yasamanın hükümete karşı ve parlamenter sistemde meclisin hükümetin eli kolunu bağlamaya çalışması ihtimalinde de yürütmenin yasamaya karşı kullanabileceği mekanizmalar öngörülmüştür.

Genel olarak yürütmenin yasama organına karşı kullanabileceği mekanizmalar; yürütmenin yasama organını feshedebilmesi, hükümetin görevi sırasında kendi inisiyatifiyle güvenoyu isteyebilmesidir. Fransa'da bu iki mekanizmaya ek olarak "Giyotin" olarak adlandırılan bir usul daha vardır.

Katı kuvvetler ayrılığının olduğu Amerikan başkanlık rejiminde yürütme organı yani başkan yasama organını feshedemez. Parlamenter sistemler yumuşak kuvvetler ayrılığına dayandığı için yürütme yasama organına karşı sorumlu olması sebebiyle aralarında etkileşim vardır ve yürütme organı da yasama organını ülkeden ülkeye değişen şartlar çerçevesinde feshedebilir ve ülkeyi yeni bir seçime götürebilir. Parlamenter sistemde meclisin feshi anayasal olarak belirli şartlara bağlı tutulmuştur. Örneğin 1982 Anayasası'nın ilk hâline göre Türkiye'de Cumhurbaşkanının TBMM'yi feshedebilmesi için madde 116 hükmüne göre bakanlar kurulunun güvenoyu alamaması sebebiyle kurulamamasından veya bakanlar kurulu güvensizlik oyu ile düşürüldükten sonra 45 gün içerisinde hükümet kurulamaz ise Cumhurbaşkanı Meclis başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verir yani mevcut meclisi fesheder. Bu sistemde meclisi feshedebilmek için ülkenin en az 45 gün hükümete kalması gerekir. Bunun dışında Cumhurbaşkanının Meclis başkanına danışması şart olmakla beraber Meclis Başkanının olumlu görüşü gerekmez. 1958 Fransa Anayasası'na göre geçen 1 yıl içerisinde başka bir fesih yapılmadığı takdirde Cumhurbaşkanı yalnızca Başbakan, Meclis Başkanı ve Senato Başkanının görüşünü aldıktan sonra Meclisi feshedebilir (m. 12). Fransız Cumhurbaşkanının Meclisi feshedebilmesi için yalnızca danışması yeterlidir. Meclisi fesih için objektif şartlar öngörülmemiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; hükümet yalnızca meclise karşı sorumludur yani senatoya karşı sorumlu değildir. Buna koşut olarak Cumhurbaşkanı yalnızca Meclisi feshedebilir, Senatoyu feshedemez.

Cumhurbaşkanının meclisi fesih yetkisi sınırlayan yalnızca 2 şart vardır. Önceki yıl içerisinde Cumhurbaşkanının fesih yapmamış olması ve 16. maddeye uygun olarak Cumhurbaşkanı olağanüstü yetkileri kendinde toplamış ise meclisi feshedemez.⁶⁶ Meclisi fesih yetkisi, Cumhurbaşkanının kişisel bir imtiyazı olup yalnızca ona özgü bir yetkidir. Meclisi fesih için ciddi bir sınırlama olmaması sebebiyle gerçekten meclisler kolaylıkla feshedilebilmiştir. 1962, 1968, 1981, 1988 ve 1997 yıllarında cumhurbaşkanı meclisi tamamen siyasi amaçlar sebebiyle feshetmiştir.⁶⁷ Fransa'da 2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile daha önce 7 yıl olan cumhurbaşkanlığı görev süresi 5 yıla indirilmiştir. Cumhurbaşkanlığının görev süresinin 7 yıl olduğu dönemde cohabitation durumu sıkça gerçekleşebiliyordu. Bunu aşmak için göreve yeni gelen cumhurbaşkanları eğer meclis kendine zıt ideolojide ise derhal meclisi feshediyor ve böylece kendine yakın parti bu seçimle beraber meclise çoğunluk olarak geliyordu. Ancak 5 yıllık Cumhurbaşkanlığı ve Meclis seçimleri aynı tarihlerde yapıldığı için artık cohabitation durumu reformdan beri gerçekleşmemektedir. Cumhurbaşkanı içerisinde çıktığı partiyle beraber yürütme organını oluşturmakta ve mecliste de kendi ideolojisine yakın milletvekilleri çoğunluk oluşturmakta, bu sebeple Cumhurbaşkanı sürekli ön planda olmaktadır.⁶⁸

Hükümet kendi inisiyatifiyle meclisten güvenoyu (un vote de confiance) isteyebilir. Hükümet kendi iradesiyle bir programı için veya genel siyasi deklarasyonu için meclisten güvenoyu isteyebilir. Görev sırasında istenen güvenoyu eğer kabul edilirse meclisin hükümete desteğini gösterir. Ancak en başta hükümet güvenoyu alamadığı takdirde istifa etme tehdidinde bulunduğu için aslında meclisi bir siyasi tercihe de zorlamaktadır.⁶⁹

Başbakan, genel siyasi bir beyannamenin Senato tarafından tasvip edilmesini isteyebilir. Normalde hükümet meclise karşı sorumludur, senatoya karşı sorumlu değildir; ancak parlamentonun seçkin kanadının desteğini almak seçmenler önünde başbakana prestij kazandırır.

⁶⁶ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.426, 427

⁶⁷ Pactet/Mélin-Soucramanien, a.g.e., s.426

⁶⁸ M. Eric Sales, Galatasaray Üniversitesi, (<http://www.euractiv.com.tr/politika-000110/interview/eric-sales-bakanlk-sisteminde-snrz-otoriteyi-dengelemek-art-012570> Son erişim: 13.06.2022)

⁶⁹ Chantebout, a.g.e., s. 532

Senatonun beyannameyi reddi halinde Başbakan ve hükümet istifa etmek zorunda değildir ama tasvip hâlinde hükümetin meclisten güvenoyu alabilmesi için, bazı yasaların çıkarılabilmesi için ve kamuoyu desteğinin artırılması için sembolik bir destek hükümete çok şey katabilir.⁷⁰

“Giyotin” (L’Engagement de la responsabilité du gouvernement sur l’adoption d’un texte) rasyonelleştirilmiş parlamentarizm araçlarından biridir. Giyotin veya “bir metnin kabulü hakkında hükümetin sorumluluğunu ileri sürmesi”, parlamentonun düşüremediği ama parlamentoda çoğunluğa da sahip olmayan bir hükümetin kanun çıkarmasına imkân veren bir usuldür. 1958 Fransız Anayasası’nın 49’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, “Başbakan, Bakanlar Kurulunda görüşükten sonra, Millet Meclisi önünde, bir metin üzerinde Hükümetin sorumluluğunu yüklenebilir. Bu durumda, izleyen 24 saat içinde bir güvensizlik önergesi sunulmaz ve oylanarak kabul edilmezse bu metin kabul edilmiş sayılır.”⁷¹ Rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemlerde hükümet kurmak kolaylaştırılmış olup hükümeti düşürmek zorlaştırılmıştır. Kurmak ve düşürmek için gereken oy sayıları rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemlerde farklıdır. Giyotin usulünde hükümet meclisten olağan yasa oylama şekline göre yasayı geçirememektedir veya yapılmak istenen yasa oldukça tartışmalı bir yasadır ve iktidar partisi içerisinde dahi bölünmelere yol açmıştır. Bu durumda hükümet meclise 2 seçenek sunmaktadır, 1-Ya hükümeti düşürecek-siniz 2-Ya da bu yasa geçmiş sayılacak. Giyotin usulünde hükümetin planladığı projelerin gerçekleştirilebilmesi için gereken yasaları çıkarabilmesi sağlanmaktadır.

Yasama organının yürütme organının denetlenmesi ve sorumluluğunun ortaya konulabilmesi amacıyla kullanılabileceği mekanizmalar sözlü veya yazılı olarak hükümetin cevaplaması için soru sormak, Meclis soruşturma komisyonu kurmak ve gensorudur.

Sözlü ve yazılı sorular hükümete yöneltilir ve sonuçta bir yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Sorular yalnızca mecliste bir münazara ve tartışma ortamının oluşmasında faydalı olur.⁷²

⁷⁰ Chantebout, a.g.e., s. 533

⁷¹ Gözler, a.g.e., s.109

⁷² Chantebout, a.g.e., s. 530

Meclis soruşturma komisyonlarında meclisin çoğunluğu komisyonunda da çoğunluk olduğu için mecliste istikrarlı bir çoğunluğa sahip olan iktidar partisinin sıkıştırılması mümkün değildir. O sebeple pek fazla başvurulmaz.⁷³

Millet Meclisi milletvekilleri hükümetin sorumluluğunu günde me getirmek ve eğer gerekli çoğunluğu elde etmiş iseler hükümeti devirmek için güvensizlik önergesi/gensoru (La motion de censure) verirler. Güvensizlik önergesi verebilmek için Millet Meclisi üyelerinin en az onda birinin imzalamış olması gerekir. Gensoru önergesinin oylanmasında yalnızca güvensizlik oyları sayılır. Güvensizlik oyunun kabul edilebilmesi için salt çoğunluk yani Millet Meclisi üyelerinin tam sayısının çoğunluğunun güvensizlik oyu vermesi gerekir.⁷⁴ Hükümeti düşürmek meclisin salt çoğunluğuna bağlandığı için hükümeti kurmaya göre daha zordur. Gereken imza sayıları ve güvensizlik oyu sayısının ciddi miktarlar olması sık sık hükümetlerin dağılıp, kurulmasını engellemekte ve siyasi istikrar sağlamaktadır.

7. FRANSIZ YARI BAŞKANLIK SİSTEMİNDE SİYASİ HAYAT

A- SİYASİ PARTİLER

Yukarıda bahsedildiği gibi Fransa'nın 5. Cumhuriyetteki seçim sistemi tek isimli iki turlu çoğunluk sistemidir (le scrutin uninominal a deux tours). Millet meclisi seçiminde milletvekilleri tek isimli iki turlu çoğunluk seçim sistemiyle seçildiği için o seçim bölgesinde en az %50+1 oy almak gerekmektedir. Cumhurbaşkanı da aynı şekilde seçilmektedir. İlk turda veya ilk turda sağlanamazsa ikinci turda %50+1 oyla cumhurbaşkanı seçilir. Doğal olarak bu seçim sistemi seçmenleri iki cephede toplamaktadır. Tek isimli iki turlu çoğunluk sistemi ve cumhurbaşkanlığı seçimi Fransa'da iki büyük partinin var olmasına sebebiyet vermiştir.

Fransa'daki ikiye bölünme sağ-sol ekseninde olmuştur. Sağ cephede Amerika ve İngiltere'nin desteğiyle 2. Dünya Savaşında Almanya'ya karşı mücadele etmiş Charles De Gaulle'ün Yeni Cumhuriyet İçin Bir-

⁷³ Chantebout, a.g.e., s. 531

⁷⁴ Chantebout, a.g.e., s. 533

lik Partisi (Union Pour la Nouvelle République)⁷⁵, sonra Fransız Demokrasisi için Birlik Partisi (Union Pour La Démocratie Française)⁷⁶ yer almıştır, hali hazırda ise Halk Hareketi Birliği (Union Pour Un Mouvement Populaire)⁷⁷ sağ cephenin asli partisidir. Sol cephede ise 1969 yılından beri Sosyalist parti⁷⁸ istikrarlı bir şekilde öndedir. Bununla birlikte sol cephe 5. Cumhuriyette gerçekleşen bütün seçimlere istisnalar dışında sol koalisyon olarak girmiştir.⁷⁹

Fransa'da parti disiplini olan örgütlü siyasi partiler vardır. Amerikan Başkanlık rejiminde parti disiplini olmayan, seçim dönemlerinde toplanan gevşek bağlı iki büyük parti vardır. Amerikan başkanı seçildikten sonra bakanlarını seçme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip iken, parti disiplininin olduğu Fransa'da bir partinin adayları olan cumhurbaşkanı ülkeyi yönetebilmek için mecliste çoğunluğu oluşturan partiye yaslanmak durumundadır. Bunu başarabilmesi için de partinin kendisine önermiş olduğu veya cumhurbaşkanının seçmesi hâlinde partisinin uygun bulacağı bakan adaylarını belirlemek zorundadır. Maurice Duverger mevcut düzende partilerin patronajı olduğu görüşündedir. Seçim kampanyası yapabilmek için gereken ciddi finansman ihtiyacı ve ülkenin çok boyutlu meselelerini çözebilmek için nitelikli bir ekip ihtiyacı parti desteğini doğurmaktadır.

Fransa'nın siyasi hayatını parti disiplini olan iki örgütlü partinin oluşturduğunu söylemek az ve öz bir değerlendirme olacaktır.

B- CUMHURBAŞKANININ VE BAŞBAKANIN ÜLKE SİYASETİNDEKİ KONUMU

Fransız yarı başkanlık sistemi kendine has bir yönetim biçimidir. Aslında geniş yetkilere sahip olan bir cumhurbaşkanının olduğu bir parlamenter sistemdir. Görünüşte yasama ve yürütme organı parlamenter sistemin kurallarına göre çalışmaktadır. Bu sebeple asıl yetkili olan başbakandır. Başbakan meclis üyesi olduğu için ve kendisi de seçimle geldiği için anayasal yetkilerini bağımsız olarak kullanması

⁷⁵ http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_pour_la_nouvelle_République

⁷⁶ http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_pour_la_démocratie_française

⁷⁷ http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_pour_un_mouvement_populaire

⁷⁸ [http://fr.wikipedia.org/wiki/Parti_socialiste_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Parti_socialiste_(France))

⁷⁹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Elections_legislatives_en_France

mümkündür. Ancak cumhurbaşkanı da halkın doğrudan oyuyla seçildiği için o da demokratik meşruiyete sahiptir. Demokratik meşruiyete sahip iki kurum arasında anayasal yetkiler açısından karşılaştırma yaparsak, başbakanın yetkileri cumhurbaşkanının yetkilerinden fazladır. Ancak cumhurbaşkanının ve başbakanın ülke siyasetindeki konumu salt hukuksal yetkileri sebebiyle oluşmamaktadır. Cohabitation denilen meclis çoğunluğu ile cumhurbaşkanının farklı siyasi cephelerde olması ile Concordance olarak adlandırılan meclis çoğunluğu ile cumhurbaşkanının aynı siyasi partiden olması ihtimaline göre yürütme organının başının kim olacağı, ülkeyi gerçekten kimin yöneteceği teamüli olarak değişmektedir.

Concordance yani uyumluluk söz konusu olduğunda, Cumhurbaşkanı meclis çoğunluğuna hâkimdir. Cumhurbaşkanı halkın doğrudan oyuyla seçildiği için demokratik meşruiyete sahiptir, anayasal yetkileri azımsanmayacak ölçüde geniştir. Bunlara ek olarak kendisinin içerisinden çıktığı siyasi parti mecliste çoğunluk oluşturmuşsa kendisine sadık, talimatlarını sıkı sıkıya yerine getirecek bir başbakan atar. Cumhurbaşkanı ülkenin dış politikasına ve ülkenin genel siyasetine yoğunlaşır, başbakan ise uzman bakanlarla beraber cumhurbaşkanının emir ve talimatları doğrultusunda çalışırlar. Gel gelelim cumhurbaşkanının emir ve talimatlarının hukuki bir dayanağı yoktur. Tamamen uygulamada gelişmiş olarak, başbakanın ve mecliste çoğunluğu oluşturan siyasi partinin cumhurbaşkanına itimadı ve sadakati çerçevesinde işler yürümektedir. Görünüşte işler parlamenter sistemin kurallarına göre işler. Yasa tasarılarını hükümet hazırlar, tüzükleri (les normes reglemantaire) hükümet hazırlar. Hükümet meclise karşı sorumludur, cumhurbaşkanı siyaseten sorumsuzdur ve siyasi sorumluluk başbakan ve hükümetin sırtındadır. Fransız 5. Cumhuriyeti halk kahramanı General Charles De Gaulle'ün cumhurbaşkanlığı ile başladığında, anayasayı yazan ekipte bulunan Michel Debré ilk başbakan oldu. Anayasayı yazdıran ile yazan cumhurbaşkanı ve başbakan olarak 5. Cumhuriyetin ilk yürütme organını oluşturdular. Gaulle ve Debré'nin uyguladığı biçimde Cumhurbaşkanı genel siyaseti belirliyor iken hükümet bir nevi icra heyeti gibi siyasetin sahada uygulanmasını üstlenmişlerdi. Bu görev paylaşımı concordance dönemleri için bir teamül hâlini almıştır.

Cohabitation yani bir arada yaşama, zıt partilerde yer alan cumhurbaşkanı ile başbakanın aynı dönemlerde görev yapmasıdır. 2000 yılından önce cumhurbaşkanlığı görev süresi 7 yıl iken meclis görev süresi 5 yıl idi. Sosyalist parti üyesi François Mitterand 1981'de cumhurbaşkanı seçildi. Solcu François Mitterand ilk iş olarak 1978 yılında yapılan seçimler sonucu oluşan sağcı çoğunluklu meclisi feshetti. Fransız cumhurbaşkanı anayasanın 12. maddesine göre yalnızca başbakan ve meclis başkanının görüşünü alma şartına uyduktan sonra meclisi feshedebilir. Meclisin feshedilmesi cumhurbaşkanının takdir yetkisindedir. François Mitterand Meclisi feshettikten sonra daha birkaç ay önce solcu aday cumhurbaşkanı yapan halk tabii ki meclise de solcu bir çoğunluğu soktu. Ancak 1986 yılında yapılan meclis seçimlerinde sağcılar çoğunluğu sağladı. Sağcı aday Jacques Chirac başbakan seçildi. Başbakanın icrası olmayınca cumhurbaşkanı ülkeyi yönetmeyeceği için François Mitterand geri çekilmek zorunda kalmıştır. Ülkenin yönetimini başbakan üstlenmiştir. Ancak cumhurbaşkanının yetkileri de oldukça geniş olduğu için birtakım sürtüşmeler de ortaya çıkmıştır. Cumhurbaşkanı ile başbakan arasında bazı bakanların atanması konusunda, kanun hükmünde kararnameye gereken karşı imzanın atılmasında sıkıntılar olmuştur. Bu dönemde beraber basın toplantısı düzenleme gibi bir teamül de ortaya çıkmıştır, öyle ki basın mensuplarının sordukları sorulara sırayla cevap verme gibi ilginçlikler dahi ortaya çıkmıştır. Her ne kadar bu durum siyasi uzlaşma kültürüne katkıda bulunmuşsa da Fransızlar da cohabitation durumunun ortaya çıkmasını engellemek için önlem almışlardır.

2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanı seçim süresi 5 seneye indirilmiştir. Meclis seçimleri ile cumhurbaşkanlığı seçimleri aynı sene içerisinde yapılmaktadır. Son durumda Fransa'da artık cohabitation durumunun ortaya çıkması imkânsızdır denilebilir.

8. GENEL DEĞERLENDİRME

1958 Anayasası hükümetlere egemen olan, siyaset oyunlarındaki kozları ellerinde tutan sayıca çok ama disiplin yönünden zayıf olan partilerden oluşan bir çoğunluğun yer alamadığı, hükümetlerin hemen düşürülemediği ve yürütücü tarafından meclisin oyuna sunulan kanun tasarılarını milletvekillerinin didik didik edemedikleri uyumsuzlukları ve kavgaları yatıştıran ve çeşitli siyasal olanaklardan yarar-

lanarak denge sağlayan, siyasi kombinezonların en önemli eksenini durumunda olan merkez partilerinin bulunduğu bir parlamento sistemi dikkate alınarak kaleme alınmıştır.⁸⁰

Fransız yarı başkanlık sisteminde yürütme organını çok fazla güçlendirilmiştir, yasama organını çok zayıflatılmıştır. Hatta Maurice Duverger'ye göre yürütme organının içerisinde de tek adam güçlendirilmiştir ve halk artık seçimle kendine bir kral seçmektedir. Endüstrileşmiş ve teknolojik gelişmelerin çok hızlı geliştiği, anlık süreler içerisinde sermaye akışının olduğu, ülke siyasetinin karmaşıklaştığı günümüzde yürütmenin tek elde toplanması ve "seçimle gelmiş kralın" etrafındaki teknostrüktür ile gelişen olaylara hızlı ve etkili bir biçimde müdahale edebilmesi için iktidarın merkezileştirilmesi gerektiği açıktır.

Temel haklar ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alındığı, anayasa mahkemesinin hak ve özgürlükleri etkili bir şekilde koruyabildiği bir düzende, yürütmenin kendi politikasını uygulayabilmesine fırsat vermek gerekir. Demokratik bir şekilde seçilen, halkın çoğunluğunun desteğini almış yürütmenin serbest bir şekilde çalışabilmesi ve projelerini gerçekleştirmesine yol açmak gerekir. Karmaşık ekonomi ağının düzenlenebilmesi ve denetlenebilmesi için hızlı şekilde karar alıp uygulayabilecek kurumlara ihtiyaç vardır. 400-500 kişilik meclislerde her konunun saatlerce tartışılması ve sonunda karar alınması mümkün değildir.

Fransız 5. Cumhuriyetinde yürütme organını güçlendirmek ve ülkenin siyasi istikrarını sağlamak için radikal kurallar öngörülmüştür. Öncelikle tek isimli iki turlu seçim sistemiyle mecliste çok fazla partinin yer alması engellenmiştir. Bu seçim sistemi 2 büyük partiyle ülke siyasetinin yürütmesine yol açmaktadır. Görünüşte seçim barajı olmasa dahi, küçük partiler toplamda aldıkları oy oranına göre oldukça az sandalye elde edebilmektedirler. Mecliste istikrarlı bir çoğunluk var olmaktadır.

Yürütme yasama organına karşı güçlendirilmiştir. Yürütme organının kendine has genel düzenleyici işlem yapabileceği bir alan vardır. Hükümet mecliste yeterli çoğunluğu elde edememiş ise, rahatça yasa

⁸⁰ Duverger, a.g.e., s.160

yapabilmesi için bir yasa metni üzerine hükümetin sorumluluğunu koyabilmektedir. Meclis gündemini belirleme yetkisi büyük oranda hükümettedir. Yürütme organı yüksek yargı atamalarında söz sahibidir. Buna karşılık meclisin yürütmeyi dengelemesi mümkün değildir. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm uygulaması çerçevesinde hükümet devirmek kurmaya göre oy sayısı yönünden zorlaştırılmıştır. Yasama organı kamu bütçesinin dengesini bozacak yasa yapamaz, 34. madde dışında kalan bir konu hakkında yasa yapamaz. Zaten seçim sistemi sebebiyle meclisteki çoğunluk hükümetle de uyumlu olmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimi aynı yıl içerisinde 5 yıllığına yapıldığı için yürütme organı ile yasamanın sürekli bir concordance (uyum) içerisinde kalması sağlanmaktadır. Son tahlilde muhalefetin hükümetin yapmak istediği icraatları sekteye uğratması mümkün değildir. Hukuka aykırı olup Danıştay veya Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmedikten sonra yürütmeyi ve yasamayı elinde tutan çoğunluk bu sistemde engellenemez. Ancak sistem demokrasi olduğu için, gayri memnun halkın tepkisini sandıkta vermesi ve yasamayı ve yürütmeyi farklı bir siyasi gruba tevdi etmesi en önemli karşı koyma yoludur.

Kaynakça

Kitaplar

- Barilari André/Guédon Marie José, Institutions Politique, Sirey Yayınevi, Paris, 1998, 4. Baskı
- Becker Jean Jacques, Histoire Politique De La France Depuis 1945, Armand Colin Yayınevi, Paris, 2011, 10. Baskı
- Chantebout Berbard, Brève Histoire Politique et Institutionnelle de la 5. République, Armand Colin Yayınevi, Paris, 2004, 1. Baskı
- Duverger Maurice, Seçimle Gelen Krallar, Konuk Yayınları, İstanbul, 1975, 1. Baskı
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, 31. Baskı
- Hekimoğlu Mehmet Merdan, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı "Demokratik Hükümet Sistemleri" ve Türkiye, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009
- Jacqué Jean Paul, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Dalloz Yayınevi, Paris, 2022, 14. Baskı
- Kardaş Ümit, Hukuk Devlete Sızabilir mi?, Timaş Yayınevi, İstanbul, 2006, 1. Baskı
- Lavroff Dmitri Georges, Le Droit Constitutionnel de la 5. République, Dalloz Yayınevi, Paris, 1997, 2. Baskı

- Pactet Pierre/Mélin-Soucramanien Ferdinand, Droit Constitutionnel, Sirey Université Yayınevi, Paris, 2006, 25. Baskı
- Portelli Hugues, Droit Constitutionnel, Dalloz Yayınevi, Paris, 1999, 3. Baskı
- Sales M. Eric, Galatasaray Üniversitesi 2009-2010 Droit Constitutionnel Yayınlanmamış Ders Notları
- Sales M. Eric, Galatasaray Üniversitesi Droit Public Comparé Yayınlanmamış Ders Notları, 2011-2012 Eğitim yılı
- Sarkozy Nicolas, İtirafımlarım, Karakutu Yayınları, İstanbul 2006, 1. Baskı
- Yazıcı Serap, Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri (Türkiye için bir değerlendirme), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2011, 1. Baskı

Makaleler

- Demir Fevzi, "Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye", *Yeni Türkiye Dergisi*, Başkanlık Sistemi Özel Sayısı (Mart, Nisan 2013 Sayı:51), 456-476.
- Vergin Nur, "Yarı Başkanlık Sistemi", *Yeni Türkiye Dergisi*, Başkanlık Sistemi Özel Sayısı (Mart, Nisan 2013 Sayı:51), 449-456.

İnternet Kaynakları

- Sales M. Eric, Galatasaray Üniversitesi, (<http://www.euractiv.com.tr/politika-000110/interview/eric-sales-bakanlk-sisteminde-snrzs-otoriteyi-dengelemek-art-012570> Son erişim: 13.06.2022)
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Elections_legislatives_en_France
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_pour_la_nouvelle_République
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_pour_la_démocratie_française
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Union_pour_un_mouvement_populaire
- [http://fr.wikipedia.org/wiki/Parti_socialiste_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Parti_socialiste_(France))
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Elections_legislatives_en_France

SOSYAL MEDYA DÜZENLEMESİ İÇİN BİR TÜRKİYE DENEMESİ

A TURKEY PRACTICE FOR SOCIAL MEDIA REGULATION*

Kadir YILDIZ**

Özet: Yüksek hızlı internetin kolay ulaşılabilir olması ve bilgiye ulaşmayı kolaylaştırması insanların interneti kullanım oranını arttırmıştır. Böylelikle web 2.0 araçlarından olan sosyal medya bilginin daha hızlı ve daha çok kişiye yayılabilemesinin aracı olmuştur. Bu avantajlarının yanında yalan haber ve dezenformasyon gibi yıkıcı ve yanıltıcı yanları da bulunmaktadır. Bu konularda kanunlarla düzenleme yapılması konusunda Türkiye'nin de aralarında yer aldığı küresel bir yönelim bulunmaktadır. Bu çalışmada Türkiye'de yapılan yasal düzenleme konusunda süregiden tartışmalar ekseninde yasa inceleme sorunları ve olası sonuçlar irdelenmiştir. Dünyadaki düzenlemeler düşünce özgürlüğüne yaklaşımları açısından tasniflenerek Türkiye açısından uygulanabilecek bir pratik sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Düzenleme, Yalan Haber, Dezenformasyon, Sosyal Medya Denetimi

Abstract: The fact that high-speed internet is easily accessible and facilitates access to information has increased the rate of people's use of the internet. Thus, social media, which is one of the web 2.0 tools, has become a means of spreading information faster and to more people. In addition to these advantages, there are also destructive and misleading aspects such as fake news and disinformation. There is a global orientation, including Turkey, in the regulation of these issues by law. In this study, the law has been examined on the axis of the ongoing debate on the legal regulation in Turkey, and the problems and possible consequences have been examined. The regulations in the world are classified in terms of their approaches to freedom of thought and a practice that can be applied in terms of Turkey is presented.

Keywords: Social Media, Regulation, Fake News, Disinformation, Social Media Regulation

* Çalışma, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğrencisi, avyildizkadir@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1886-5830 Makalenin Gönderim Tarihi: 10.02.2023, Kabul Tarihi: 12.06.2023

GİRİŞ

Günden güne gelişen dijital tabanlı medya araçları gerek insanlar gerek şirketler ve gerekse de devletler tarafından kullanımı kaçınılmaz hale gelen mecralar olagelmıştır. Şöyle ki günümüz dünyasında insanlar kendilerini sosyal medya araçları aracılığı ile ifade etmekte, şirketler tanıtımlarını bu mecralar üzerinden yapmakta ve devletler hem merkezi hem de yerel yönetimler açısından kendilerini ve hizmetlerini bu mecralar üzerinden vatandaşlarıyla paylaşmaktadır. Dolayısıyla sosyal medya artık herkes için bir zorunluluk haline gelmiştir. Sosyal medyanın çekici yanları olduğu kadar herkes için tehlike arz eden yanları da bulunmaktadır. Devletlerin, şirketlerin ve vatandaşların neredeyse tamamının sosyal medya ile bir şekilde yollarının kesiştiği ve sosyal medya kullanılmamanın neredeyse imkânsız hale geldiği günümüz dünyasında bu alanın avantajlarını ve dezavantajlarını görmezden gelme lüksüne sahip değiliz. Sosyal medya kavramını günümüzde bu kadar önemli hale getiren durum avantajlarının yanı sıra içerisinde barındırdığı tehlikelerdir. Sosyal medya, daha önce de belirttiğimiz üzere, içerisinde avantajları barındırdığı gibi bireylerin kişilik haklarının yanında, devletlere ve şirketlere yönelik haksız saldırılar için de çok uygun bir zemin hazırlamaktadır. İncelenebilecek konuların kapsamı her ne kadar geniş olsa da yoğunlaşmak açısından bu makalede, yalan haberin ve dezenformasyonun sosyal medya aracılığıyla ne kadar hızlı yayıldığı, zarar verme gücünün ne kadar yüksek ve etkili olduğu çizgisi üzerinden ilerlenecektir. Bu minvalde bu makalede üç bölüm altında incelenen çalışmanın birinci bölümünde; sosyal medyanın tanımı, gelişimi, avantajları-dezavantajları, kolaylıkları, kattıkları, etkileme gücü gibi kavramlar incelenecektir. İkinci bölümünde yalan haber ve dezenformasyonun ne olduğu, sosyal medyanın yalan haber ve dezenformasyonun yayılmasına sağladığı kolaylıklar gündelik hayattan örnekler ile açıklanacaktır. Son olarak üçüncü bölümde ise dünyadaki ve Türkiye'deki uygulamalarıyla beraber nasıl bir denetleme yoluna gidilebileceğinin pratiği yapılacaktır.

1. SOSYAL MEDYA

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “sosyal” kelimesi bir sıfat olmakla beraber toplum bilimi manasına gelmektedir. Bununla beraber “medya” için ise iletişim ortamı ve iletişim araçları tanımları yapıl-

maktadır.¹ Dolayısıyla sosyal medya kavramı kelime üzerinden gidersek dahi toplumun fertlerinin birbiriyle iletişim kurduğu ortamlar ve araçlar olarak nitelendirilebilmektedir. Gerçekten sosyal medya, insanların internet aracılığı ve/veya birçok uygulama ile siyasi, felsefi, dünyevi, dini vb. fikirlerini, düşüncelerini ifade ettikleri ve/veya görsel-işitsel verilerini paylaştıkları alanlar olarak tanımlanabilmektedir. Evvela sosyal medya modern demokrasilerin gelişimi için mükemmel bir araç olarak öne çıkarılabilir. Bir demokraside ne kadar fazla farklı düşünce olursa ve bu düşünceler ne kadar rahatça ifade edilirse demokrasinin o toplumda o kadar gelişmiş olduğu genel kabuldür. İfade özgürlüğü gelişmiş demokrasilerde anayasalarla koruma altına alınmış negatif statü haklarından. İfade özgürlüğü Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinde "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir" hükmü ile koruma altına alınmıştır. Sosyal medya bireylerin kendilerini ifade etmeleri açısından önemlidir. Devletler ifade özgürlüğünü koruma altına almayı ve ifade özgürlüğüne dokunmamayı taahhüt etmişlerdir. Diğer taraftan sosyal medyanın bu kadar iyi bir alan olmasına rağmen oluşan bu endişenin sebebini anlayabilmek için öncelikle onun nasıl bir süreçten geçtiğini ve nasıl çalıştığını anlamak gereklidir.

1970'li yıllara gelinmesi ile birlikte öncelikle askeri alanda kullanılmaya başlayan internet Türkiye'de 1990'lı yıllarda kullanılmaya başlanmış ve 2000'li yıllarla beraber yaygınlaşmıştır.² Hayatın her alanına giren internetin hızlı bir şekilde gelişimi 1990'lı yıllarda gerçekleşmiş ve sosyal medya kavramı internetin ulaşılabilir olması sonucu bireylerin kullanımına açılmasıyla hızla yayılma eğilimine girmiştir. Hatta bu gelişim günümüz dünyasının ayrılmaz bir parçası olmuş ve kişi-

¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15.12.2022.

² Murat Cihan/Sıtkı Yıldız, "Sosyal Medya Aracılığı İle İşlenen Suçlar: Facebook, Twitter ve Instagram Örnekleri", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2021, C. 11, S. 1, s. 136.

ler arası iletişim bu yolla gerçekleşir duruma gelmiştir.³ İnternet erişiminin çok yüksek hızlara ulaşması ile web 2.0 teknolojisi hayatımıza girmiştir. Bu doğrultuda Facebook gibi her yaş grubundan insanın kullandığı ve iletişim kurduğu platformlar ortaya çıkmıştır. İnsanlar arasında hızla yayılan bu platformlar sosyal medya kavramının gelişimini hızlandırmıştır.⁴ Facebook, Myspace gibi platformlardan sonra Instagram, Twitter, Tiktok gibi birçok sosyal medya uygulaması da sahnedeki yerlerini almıştır. Günümüzde milyarlarca abonesi olan bu sosyal medya platformları sınır, dil, din, ırk, siyasi görüş fark etmeksizin kullanıcılarını bir araya getirmektedir. Sosyal medya; televizyon, gazete, radyo gibi geleneksel medya araçlarından birçok açıdan farklıdır. Bu farklılığın en önemli olanı bireyin pasif yani edilgen konumda değil bilakis aktif yani etken konumda bulunmasıdır. Şöyle ki birey bu mecrada kendi içeriğini yaratabilmekte, yorum yapabilmekte ve içeriğe katkı sağlayabilmektedir. Sosyal medya metin, ses, video, resim gibi birçok aracı paylaşma olanağı sağlayarak bireyler arasında çok yönlü bir etkileşim oluşturmaktadır.⁵ Böylece kullanıcılarına birbirlerinin hayatlarından birinci elden haberdar olma imkânı vermesi sayesinde onlara kendi koşullarını sorgulamaları ve geliştirmeleri açısından inanılmaz fırsatlar sunmaktadır. Birbirinden çok uzakta olan insanlar dakikalar içinde haberleşebilmekte ve ihtiyaç olan durumlarda yardımlaşabilmektedir. Sözelimi öğrencilerinin ihtiyacı için sosyal medyada yardım kampanyası başlatan bir öğretmen bu amacına ulaşabilmektedir.⁶ Kızılay⁷ ve AFAD⁸ gibi yardım kuruluşları da yardımseverlere bu şekilde ulaşabilmektedir. Dolayısıyla daha fazla insana daha hızlı ve etkili ulaşmak için sosyal medya platformları büyük önem arz etmektedir. Bu hızlı etkileşimin yanında sosyal medya insanlar üzerinde büyük bir etkiye sahiptir. Mesela Nike PG 2,5 model spor ayakkabısı-

³ Kıvanç Tuğsan, "Sosyal Medya Bağlılığının Sonuçları", *International Journal of Social Science*, 2021, C. 11, S.1, s. 90.

⁴ Cihan/Yıldız, s. 136.

⁵ Veysel Eren/Abdullah Aydın, "Sosyal Medyanın Kamuoyu Oluşturmadaki Rolü ve Muhtemel Riskler", *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2014, C. 2014, S. 3, s.198.

⁶ Öğrencileri için sosyal medyada yardım kampanyası başlattı, <https://www.aa.com.tr/tr/pg/foto-galeri/ogrencileri-icin-sosyal-medyada-yardim-kampanyasi-baslatti>- Erişim Tarihi: 16.12.2022.

⁷ Sosyal Medyanın İyilik Kampanyası 'Minik Eller Üşümesin2', <https://www.kizilay.org.tr/Haber/HaberDetay/1965> Erişim Tarihi: 16.12.2022.

⁸ Afad, <https://www.afad.gov.tr/yarim-kampanyalari> Erişim Tarihi: 16.12.2022.

nın hiçbir müdahale olmadan karşılaşma sırasında ikiye ayrılmasının sosyal medyada yayılması sonucu Nike'ın ABD borsasında yaşadığı 1,1 milyar dolar hisse kaybı bu etkiye örnek verilebilir. Boeing 737 Max tipi uçakların 5 ay aralıklarla düşmesi ile ilgili tweetler sebebiyle Boeing'in 12,7 milyar dolar pazar kaybı⁹; Volkswagen marka arabaların dizel motorda emisyon hilesinin sosyal medyada yayılması ile Volkswagen markasının yanı sıra diğer Alman arabalarının da itibar algısının zedelenip zarar görmesi bizlere sosyal medyanın insanlar üzerindeki etkisini göstermesi açısından önemli başka örnekler olarak verilebilir.¹⁰ Sosyal medya insanların vereceği tepkiler üzerinde de büyük bir belirleyiciliğe sahiptir. Misalen Amerika'da Wall Street Olaylarında polisin orantısız güç kullanımının Youtube videoları yoluyla yayılması ile polise gösterilen tepki bütün toplumda karşılık bulmuş, Fransa'da Clichy-sous-Bois'da polisten kaçan iki Kuzey Afrikalı gencin elektrik akımına kapılarak ölmeleri ile başlayan ve şehir isyanlarına neden olan olay yine sosyal medya ile yayılmıştır. Arap Baharı ve Gezi Parkı Protestoları da hep sosyal medyanın başrolde olduğu halk hareketleri olmuştur.¹¹ Şöyle ki Gezi Parkı protestolarında 31 Mayıs günü akşam 16.00'dan itibaren sadece 12 saat içinde 2 milyon tweet atılmıştır. Kişiler içinde buldukları durumun heyecanı ile doğruluğunu araştırmadan ve düşünce süzgecinden geçirmeden bu tweetleri sosyal medyalarında paylaşmışlardır. Bu tweetler halk üzerinde büyük bir etki yaratmışlardır.¹²

Bununla beraber sosyal medya suç işleme konusunda suçlulara ulaşılabilir bir zemin hazırlamaktadır. Başka bir ifadeyle suç işleme eylemini kolaylaştırıcı bir ortam sunmaktadır. Bu kişiler profesyonel suçlular olabildiği gibi, suç işlediğini dahi bilmeyen kişiler olabilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesindeki cinsel saldırı ve 103. maddesindeki çocuğun cinsel istismarı suçları mağdurun vücuduna fiziksel bir temas gerektirmektedir. Sosyal medya bu suçlar için faile kolaylaştırıcı bir zemin hazırlamaktadır. Aynı Kanun'un 105. maddesindeki cinsel taciz, 106. maddesindeki tehdit, 107. maddesindeki

⁹ Zeynep Bayazıt/ Ali Altuğ Biçer, "Sosyal Medya İletişiminde Sosyal Medya Dene-timinin Önemi", Muhasebe ve Denetime Bakış, 2019, C. 19, S. 57, s. 148.

¹⁰ Bayazıt/Biçer, s.149.

¹¹ Eren/Aydın, s. 200.

¹² Eren/Aydın, s. 201.

şantaj, 125. maddesindeki hakaret, 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal, 158. maddesinin f fıkrasındaki bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi yoluyla yapılan nitelikli dolandırıcılık, 244. maddesindeki sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme gibi suçlar sosyal medya kullanılarak direkt işlenebilen suçlara örnek olarak verilebilir.¹³ Sonuç olarak, kişilerin kişisel haklarına saldırı, haksız fiil oluşturan eylemler sosyal medya ile kendine yeni bir zemin edinmiştir. Bununla beraber sosyal medyayla ilgili Yargıtayın önüne 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu¹⁴ ile bununla bağlantılı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299.¹⁵ maddesindeki Cumhurbaşkanı hakaret ve 301.¹⁶

¹³ Cihan/Yıldız, s. 145.

¹⁴ Y.3.CD., 29.06.2022, E. 2021/7892, K. 2022/3993; "Oluş, iddia, savunma, sanığa ait Facebook paylaşımlarına ilişkin tutanak ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın sosyal medya platformu üzerinden yapmış olduğu paylaşımlarının DEAŞ silahlı terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretler içermediği hususu ve sanığın aşamalarda alınan inkara yönelik istikrarlı savunmaları gözetilerek; sanığın, anılan örgüte mensup olup olmadığı belli olmayan, yüzü maskeli ve elinde silah bulunan bir şahsın fotoğrafının altında "Cihat kıyamete kadar devam edecek bir farzdır" yazılı görseli sosyal medya hesabı üzerinden paylaşmaktan ibaret eyleminin silahlı terör örgütünün başvurmuş olduğu cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemleri meşru gösterecek, bu yöntemleri övecek, yada bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olmaması nedeniyle 3713 Sayılı Kanun'un 7/2 maddesinde yazılı silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun unsurlarının oluşmamaçağı gözetilmeksizin, delillerin değerlendirilmesinde düşülen yanlış neticesinde atılı suçtan beraati yerine mahkumiyetine hükmedilmesi..."(www.kazanci.com. - Erişim Tarihi: 29.01.2023).

¹⁵ Y. 16. CD., 28.01.2021, E. 2020/7346, 2021/271; "16 Temmuz tarihinde; "Sen şimdi bu askerden vatanına bağlılık bekle üzerinde koruduğu halkın üniforması halkından dayak yiyor. Kin yuttuk kan kusturacağız", "Paraları sıfırlayıp dönmüş... yazık... Ailecek sizi ayakta...", "Her olayda yayın yasağı getirirler, dün nasıl oldu da her olan biteni canlı izledik? Camilerden cihad çağrısı yaptılar, halkın gerizekalılık seviyesini ölçtüler, askeri linç ettirdiler, linci meşru kıldılar. Er yada geç hepsinin hesabı sorulacak kubilayı katledenlerin tohumları", "Çok güzel bir tiyatroydu emeği geçen herkesin...", "Şimdi bu salak it oğlu itler mi demokrasiyi kurtardı hem de askerimizin kafasını keserek" şeklindeki yorumlarını da içerir paylaşımlarda bulunduğu ile, 19 Temmuz'da, bir paylaşımına yönelik yanıt olduğuna dair ibarenin olduğu görülen, "Gönder gitsin... Darbeye destek vermiyorum ama tayyiti sizin gibi baş tacı da etmiyorum... Ula kara cahil", "İp adreslerimi iyi al ama ip adreslerimi" şeklinde gönderide/paylaşımında bulunduğu görülmüştür". (www.kazanci.com. - Erişim Tarihi: 30.01.2023).

¹⁶ Y. 16. CD., 28.01.2021, E. 2020/7718, 2021/267; "Dosya kapsamına göre, şüphelinin serhat.cabuk.52 isimli Facebook hesabından bir video paylaştığı ve bu videoda "Rojava şehitlerine selam olsun, tüm Kürdistan milleti çok büyüktür, bu Türkler faşist, Suriye tarafı yarın kan gölüdür, Biz A. Öcalanı orada bırakmayız, Faşist Türk bilsin ki Kürt milleti şehitler için, topraklar için canını verir, Faşist Türk biliyor ki Rojava

maddesindeki Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçları ile ilgili de birçok dava taşınmaktadır. Daha önceden geleneksel medya alanında yer alan yalan haber sorunu da sosyal medya ile yeni bir boyuta taşınmıştır. Yalan haber üreten hesapların bu haberleri çok hızlı şekilde yayabilme ve dezenformasyon ile kullanıcılarını yanıltma kabiliyetlerinin derecesi o kadar yüksektir ki bu platformlar faile avantaj sağlarken mağduru dezavantajlı bir duruma sokmaktadır. İşin daha vahim durumu ise zarar verici bu edimlerin geri dönüşü ve tamiri çok zor ya da imkânsız olmaktadır. Bu durum sosyal medyanın ne kadar yanıltıcı ve yıkıcı olduğunu göstermesi açısından son derece önemlidir. Sosyal medyanın dezavantajlı yanını ortaya koymak açısından bu suçlar bile yeterli olmakla birlikte ilerleyen bölümlerde ana başlıklarımız olan yalan haber ve dezenformasyonun bu yıkıcılığı ve yanıltıcılığı üzerinde durulacaktır.

2. YALAN HABER ve DEZENFORMASYON

Bir tanıma göre yalan haber sosyal medya aracılığıyla çevrimiçi olarak yayınlanan ve dolaşan güvenilir haberleri maskeleyen için üretilmiş medya ürünleridir.¹⁷ Diğer bir tanıma göre ise yalan haberler kaynağı olmayan, doğrulanmamış ve genellikle uydurulmuş bilgilerden oluşturulup gerçek ve güvenilir habermişçesine manipüle edilerek güvenilir ve gerçek haberlerin yerine geçerler.¹⁸ Verdiğimiz bu iki

Kürdistan'ın başıdır, Türkiye'deki İran'daki Iraktaki Suriye'deki Kürtler hepimiz faşist Türkiye'nin karşısında birlik olup savaşmamız lazım" şeklinde sözlerin yer aldığı, bu suretle şüphelinin terör örgütü propagandası yapmak suçunu işlediğinin iddia edildiği somut olayda, sanığa yüklenen fiilin Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunun ancak mahkemesince yapılacak yargılama sonucunda delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesinden sonra tespit edilebileceği, suç vasfının 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesi kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde mahkemesince tefrik kararı verilerek evrakın Cumhuriyet savcılığına gönderilmesinin her zaman mümkün olduğu, Cumhuriyet savcısınca suçun nitelmesi yapıldıktan sonra mahkemenin yargılamaya başlamadan iddianamen değerlendirilmesi aşamasında delil takdirine girerek suçun niteliğini tespit ve tayin etmesinin açıkça kanuna aykırı olduğu gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir". (www.kazancı.com. – Erişim Tarihi: 31.01.2023).

¹⁷ Nina I. Brown/Peters Jonathan, "Say This, Not That: Government Regulation and Control of Social Media", Syracuse Law Review, 2018, C. 68, s. 521.

¹⁸ Alexandra Andorfer, "Spreading Like Wildfire: Solutions For Abating The Fake News Problem On Social Media Via Technology Controls And Government Regulation", Hastings Law Journal, 2017, C. 69, s. 1413.

tanımın yanı sıra Türk Dil Kurumunun yalan haber için tanımı kısa ve özür: Gerçek olmayan, uydurma haber.¹⁹ Allcott ve Gentzkow ise yalan haber için kasıtlı olarak okuyucularını yönlendiren ve yalan olduğu doğrulanabilir haber makaleleri ifadesini kullanmaktadır.²⁰ Bu tanımları yüzeysel olarak toparlayacak olursak sonuçta hepsi aynı sonuca varmakla birlikte bir haberi yalan haber olarak nitelendirebilmek için şu şartları sağlaması gerektiğini söyleyebiliriz:

1. Kaynağı olmayan
2. Doğrulanmamış
3. Genellikle ve kasten uydurulmuş
4. Güvenilir haberleri ya da gerçek haberleri maskeleyen
5. Güvenilir ve gerçek habermiş gibi sunulan

Eğer bu sosyal medya aracılığıyla yapılıyorsa iki şık daha ekleyebiliriz:

1. Çevrimiçi olarak yayınlanan
2. Çevrimiçi hesaplar arasında ve internette dolaşan

Dolayısıyla yalan haberin amacının gerçekleri saklamak ve insanları gerçek olmayan olgu ve bilgileri kasten paylaşmaya yönlendirmek olduğunu söyleyebiliriz. Yalan haberi yapan her ne kadar bu hikâyeyi gerçek bir habermiş gibi pazarlasa da bu olgunun uydurma ve gerçek dışı olduğunu bilmektedir. Çoğunlukla yayan kişiler hikayenin ilk yaratıcısını bilemedikleri ve ona ulaşamadıkları için kaynağının da belirsiz olduğu sonucuna varabiliriz.

Yine aynı mantıkla ilerleyecek olursak yabancı kökenli bir kelime olduğu anlaşılan dezenformasyon kavramının Türk Dil Kurumu Sözlüğündeki karşılığı bilgi çarpıtma olarak geçmektedir.²¹ Cambridge Sözlüğünde ise yanlış bilginin insanları kandırmak için birileri veya bir şey aracılığıyla yayılması tanımı verilmektedir.²² Dezenfor-

¹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 22.12.2022.

²⁰ Hunt Allcott/Matthew Gentzkow, "Social Media And Fake News In The 2016 Election", *Journal Of Economic Perspectives*, 2017, C. 31, S. 2, s. 213.

²¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 22.12.2022.

²² Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/disinformation> Erişim Tarihi: 23.12.2022.

masyonun tipe uygun bir tanımı da yanlış ve yanıltıcı bilginin zarar vermek amacıyla kasıtlı olarak paylaşılması ve yayılmasıdır.²³ Bennett ve Livingston'un siyasi hedefleri gerçekleştirmek için yayılan ve paylaşılan haber hikâyeleri ya da kurgulanmış belgeseller tanımının da diğerleriyle paralel çizgide olduğu söylenebilir.²⁴

Dolayısıyla bu tanımlardan yola çıkarsak dezenformasyon için de belli kıstaslar oluşturabiliriz. Bunlar:

1. Yanlış bir bilgi olmalıdır.
2. Yanlış bilgi kasten paylaşılmalıdır.
3. Belirli bir saik olmalıdır.
4. Yanlış bilgi paylaşılırken zarar verme amacıyla hareket edilmelidir.

Kastın hukuki karşılığının bilmek ve istemek olduğu²⁵ düşünüldüğünde dezenformasyon yapmak isteyen fail davranışının farkında olarak bunu gerçekleştirmektedir. Amacı zarar vermektir. Bununla beraber burada misenformasyon konusuna değinmekte fayda vardır. Şöyle ki çoğu insan yanlış ve yanıltıcı bilgiyi farkında olmadan paylaşmaktadır. Dolayısıyla bir bilgiyi yanlış veya yanıltıcı bilgi olduğunu bilmeden kasten paylaşan kişiler için dezenformasyon yerine farklı bir kavram kullanılmaktadır. Bu bilgileri kasten paylaşıyor olsa dahi bunu yapan kişilerin edimini misenformasyon terimi karşılamaktadır. İngilizce karşılığı misinformation olan misenformasyonda yanlış bilgi, içeriğinin yanlış olduğunun veya kendinin yanlış yönlendirildiğinin farkında olunmadan paylaşılmasıdır.²⁶ Dolayısıyla dezenformasyonda aradığımız kast ile misenformasyonda bulunan kast bilginin yalan ve yanıltıcı olduğunu bilip bilmememe konusunda ayrışmaktadır. Her iki failde kasten bu bilgiyi yaymaktadır ama saikleri farklıdır. Üçün-

²³ Hicran Özlem Ilgın, "Sosyal Medyada Dezenformasyon ve Halkla İlişkiler İlişkisi", *İletişim Çalışmaları Dergisi*, 2021, C. 7, S. 2, s. 305.

²⁴ W. Lance Bennett/Steven Livingston, "The Disinformation Order: Disruptive Communication And The Decline Of Democratic Institutions", *European Journal Of Communication*, 2018, C. 33, S. 2, s. 124.

²⁵ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 255.

²⁶ Mehmet Büyükaşar, "Sağlık Mezenformasyonu: Çevrimiçi Kanallardan Yayılan Yanlış Bilgi Salgını", *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, 2022, C. 17, S. 57, s. 75.

cü ölçütümüz olan belirli bir saiki olma bu durumu karşılamaktadır. Her iki eylemi de yapan kişi yaptığını bilerek ve isteyerek yani kasten yapmaktadır ama biri endişe, korku, panik yaratmak saiki ile hareket ederken diğeri belki de yaptığının faydalı olduğunu düşünmektedir. Son olarak failin zarar verme ereği olmalıdır. Yani sonucunda ulaşmak istediği bir amaç olmalıdır. Bu amaç ise mağduruna bir şekilde zarar vermektir. Her ikisi de aslında zarar verme potansiyeline sahip bir eylemi yapmalarına rağmen misenformasyon yapan kişinin amacı zarar vermek değildir. Aksine insanları zarardan korumak gibi bir amacı bile olabilir. Zaten kendince insanları uyarmak için muhteviyatını araştırmadan bilgiyi yayan kişi ile bunu ne için yaptığını tam manasıyla bilerek yani zarar verme amacıyla yapan kişiyi aynı derecede sorumlu tutmak adil olmayacaktır. Burada misenformasyona ayrı bir pencere açmamızın sebebi ise 13.10.2022 tarihinde kabul edilen 7418 numaralı Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gereğince 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'na eklenen 217/A²⁷ hükmüdür. Bu hükmün lafzını incelediğimizde hükümde bulunan saik kavramı dezenformasyon yapan kişi ile misenformasyon yapan kişiyi ayırmayı zorlaştırmaktadır. Çünkü her iki failde de incelenecek şey sosyal paylaşım sitelerinde yaptıkları paylaşımlar olacaktır. Paylaşım aynı olacağı için her ikisinin saikleri de aynı gibi görünecektir. Aslında daha büyük bir kusura sahip olan dezenformasyonun faili için saiki belirlemenin yolu çoğunlukla vereceği ifadeye bağlıdır. Başka bir açıdan bakarsak misenformasyonu yapan kişi de dezenformasyon oluşturma saikiyle hüküm giyebilecektir. Ayrıca ispat hukuku açısından saiki tespit etmenin zor olması sebebiyle dezenformasyon saikiyle bunu yapan kişi için perdeleme görevi de üstlenecektir. Dezenformasyonu ürettiği tespit edilemeyen kişinin sadece kasıtlı olarak yayma eylemini yaptığı bahsiyle cezalandırılabilmesi gerçeği saik ifadesinin burada yeterli olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla söz konusu hükmün özgürlüğü kısıtlayıcı bir hüküm olduğu da göz önünde tutularak dezenformasyon ve misenformasyon tasnifinin net bir şekilde yapılması, ihdas edilen suçun müeyyidesinin ne az ne de çok

²⁷ "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma Madde 217/A- (Ek:13/10/2022-7418/29 md.) (1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

verilmesi açısından elzemdir. Sırası gelmişken dezenformasyon yapan kişinin gerçek haberi maskeleyerek ya da çarpıtmak amacından çok yalan ve yanıltıcı bilgiyi yayarak insanları manipüle etme amacı vardır. Bu ince çizgi bize dezenformasyon ve yalan haber kavramının ayrımını göstermesi açısından önemlidir.

Dezenformasyon kavramının sınırlarını böylece çizdikten sonra tarihsel süreçte geçirdiği aşamalara bakmak kavramın önemini anlamak açısından önemli olacaktır. Öncelikle dezenformasyon kavramı sosyal medya ile ortaya çıkmış bir kavram değildir. Dezenformasyon kavramı eski çağlardan bu yana bir araç olarak kullanılmıştır. Dezenformasyon için, Antonius'un Kleopatra ile tanıştığı Roma Dönemi'ni dahi örnek verebiliriz. Octavian tarafından, Antonius'un itibarını kirletmek için tasarlanmış bir propaganda kampanyası başlatılmıştır. Bu kara propaganda ile Octavian, Antonius'u zampara ve ayyaş biri olarak göstermektedir. Octavian; Antonius'un Kleopatra'nın her dediğini yaptığını, Kleopatra'ya olan aşkı sebebiyle dejenere olduğunu iddia etmektedir. Bu dezenformasyon sayesinde Octavianus Augustus, Roma'nın ilk imparatoru olmuştur. Bu büyük güçle Octavianus, imparatorluk yönetimini getirerek cumhuriyet sistemini ortadan kaldırmıştır.²⁸ Bununla beraber, başka bir rivayete göre de "dezenformasyon" ifadesinin ortaya çıkışıyla ilgili kesin bir tarihin olmadığı ancak Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin kapitalizme ve kapitalist uluslara zarar vermek amacıyla kullandığı ve Rusça "dezinformazia" kelimesinden türetildiği ileri sürülmektedir.²⁹ Sonuç olarak dezenformasyona tarihi açıdan bakarsak dahi yukarıda tespit ettiğimiz üç kıstasın isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

Oxford Sözlüğü tarafından 2016 yılının kelimesi olarak seçilen post-truth³⁰ kavramı gerçeğin yerine yalanların pazarlanması ve tercih edilmesidir. Türkçeye hakikat ötesi olarak çevrilen bu kavram insanların inançları veya korkuları çerçevesinde gerçek yerine inanmak istediğini kabul etmesi üzerine kurgulanmıştır.³¹ Eski çağlardan bu

²⁸ Ilgın, s. 305.

²⁹ Hakan Irak, "Post-Truth Çağda Dijital Dezenformasyon: Covid-19 Aşı Karşıtlığı Üzerine Bir İnceleme", Ahi Evran Akademi, 2022, C. 3, S. 1, s.120.

³⁰ Oxford Languages, "Word of the Year 2016", <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/> Erişim Tarihi: 31.12.2022.

³¹ Ali Fikret Aydın, "Post-Truth Dönemde Sosyal Medyada Dezenformasyon: Covid-19 (Yeni Coronavirüs) Pandemi Süreci", Asya Studies, 2020, C. 4, S. 12, s. 78.

yana daha önce de belirttiğimiz gibi insanları kandırmak ve onları yönlendirmek için yalan haber ve dezenformasyon kullanılmıştır. Fakat post-truth dönemde hakikatin yerini alan gerçek dışılığın temel sebebi internetin bu denli hızlanmasıdır. Gerçek dışılığın bu kadar rahat ve hızlı yayılmasının ana sebebinin de günümüz dünyasında sosyal medya olduğunu iddia etmek yersiz olmayacaktır. Sosyal medya kullanıcıları kaynağını araştırmadan gerçek dışı haberleri çok hızlı bir şekilde bir an önce paylaşma arzusuyla yaymaktadır.³² Dolayısıyla bu kadar hızlı bir platformda paylaşılan enformasyon miktarını göz önüne alacak olursak bilgi kirliliğinin kaçınılmaz olacağını saptamak çok da zor değildir.³³ Bilgi kirliliği başka bir sorun olmakla birlikte buradaki daha büyük sorun bu bilginin yanlış veya yalan olmasıdır. Çünkü yayılan bu yanlış ya da yalan haberler istemli veya istemsiz bir şekilde birilerinin menfaatine zarar vermektedir. Kişilerin kendilerine yakın olduğunu düşündüğü görüş ve inançları düşünmeden sabırsızca paylaşımları olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir. Bunun sonucunda zarar gören kişilerin zararlarını gidermek bazen çok zor bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle yalan haber ve dezenformasyon için alınacak önlemler bilgi kirliliğinin temizlenmesinden daha öncelikli ve önleyici olmalıdır.

Yalan haberi ve dezenformasyonu kendi oluşturduğumuz kıstaslarla tespit etmek ve onların etkilerini belirlemek açısından birkaç örnek vermekte fayda vardır. Covid-19 pandemi sürecinde sosyal medya paylaşımları dünya çapında önceki yıllara nazaran çok daha fazla olmuş ve hatta altın çağını yaşamıştır. Sosyal medya paylaşımlarının bu denli kontrolsüz artması beraberinde yalan, yanlış ve yanıltıcı bilgi ve habere de kaynaklık etmiştir. Türkiye özelinde ise 2021 yılında yaşanan büyük çaplı orman yangınları sırasında bazılarının haber değeri de olan birçok dezenformasyon yapılmıştır. Sözgelimi 29.07.2021 tarihinde paylaşılan Türkiye'deki yangınların kundaklama olduğunu gösterdiği iddia edilen bir video Twitter'da paylaşılmıştır. Nitekim bu video aslında 2020 yılı ağustos ayında yapılan planlı yakma yöntemin-

³² Aydın, s. 79.

³³ Ahmet Ayhan/Gülsüm Erken, "Siyasal İletişimde Dezenformasyon Ve Sosyal Medya: Bir Doğrulama Platformu Olarak Teyit.Org", *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, S. 29, Y. 2018, s.205.

den başka bir şey değildir.³⁴ Bu bir dezenformasyon örneğidir. Dezenformasyon için oluşturduğumuz ölçütlerle test edersek öncelikle bu bir yanlış bilgidir. Bu tweeti ilk oluşturan kişi bunun planlı yakma yönteminde çekilen bir video olduğunu bilmediğini iddia edemez. Çünkü ilk montajlama aşamasında videoyu kullanırken onun ne için, nerede ve ne zaman çekildiğini bilmektedir. Dolayısıyla videonun orijiniyle paylaşım anındaki niteliği uyuşmamaktadır. Ortada yanlış bir bilgi mevcuttur. İkinci olarak, ilk kıstası sağlayan bu paylaşımın kasten paylaşılıp paylaşılmadığını tespit etmemiz gerekir. Bilerek montajlayan ve yanlış olduğunu bilerek paylaşan kişi hedefine vereceği zararı hesap ederek kasten paylaşmıştır. Aynı zamanda halk arasında endişe oluşturma saikiyle paylaşması da üçüncü ölçütümüzü sağlamaktadır. Çünkü bu durum devleti güçsüz gösterecek ve halkta korku, panik gibi duygular hakim olabilecektir. Dördüncü ve son kıstasımız olan zarar verme amacı da olmalıdır ki dezenformasyondan bahsedebilelim. Bu videoyu ilk olarak alıp montajlayan ya da başka bir içerikle paylaşan kişinin zarar verme amacının olmadığını ileri süremeyiz. Dezenformasyonu oluşturan kişi nihai olarak devleti yönetenlerin beceriksizliği üzerine bu bilgiyi kurgulamıştır. Böylece yalan ve yanıltıcı bilgilerle onların itibarına saldırmaktadır. Sonucunda halkın da galeyana gelip değişimi arzusuyla istemesini sağlamayı amaçlamaktadır. Belki de meşru olmayan ve antidemokratik yollara başvurma konusunda halkı teşvik etmektedir.

Her ne kadar yalan haber ve dezenformasyon kavramları birbirleriyle yüksek derecede ilişkiliyse de kanımca aralarındaki temel fark haber değeri taşıyıp taşıyamalarıyla ilgilidir. Misalen Ahaber, Sabah ve The World News'ün internet web sitelerinde 03.08.2021 tarihinde yayınladıkları Türkiye'nin yangına müdahaledeki başarısını gösteren haberde referans verdikleri raporu uydurma ya da çarpıtma haber olarak tanımlayabiliriz.³⁵ Söz konusu haberin içeriğinde paylaşılan rapor için Avrupa Orman Yangını Bilgi Sistemi 2020 tarihli rapor baz alınmıştır ancak bu raporda Türkiye'nin yangınlara müdahalede hızlı olduğunu ortaya koyan bir veri yoktur. Yalan haberler ile ilgili geliş-

³⁴ Kadriye Kobak/Şuheda Soğukdere, "Sosyal Medyadaki Dezenformasyon: 2021 Türkiye Orman Yangınları Örneği", *Uluslararası Medya ve İletişim Araştırmaları Hakemli Dergisi*, 2021, C. 4, S. 2, s. 174.

³⁵ Kobak/Soğukdere, s.180.

tirdiğimiz kıstaslarla yorumlarsak ilk olarak bakacağımız şey kaynağı olacaktır. Her ne kadar kaynağı Avrupa Orman Yangını Bilgi Sistemi raporu gibi gözükse de olmayan bir verinin kaynak teşkil edebileceğini söyleyemeyiz. Çünkü buradaki kaynak rapor değil raporun içindeki veridir. Dolayısıyla haber yapılan olgu rapor değil veridir. Bu veri ise Türkiye'nin yangınlara müdahalede hızlı olduğudur. Veri yoksa kaynak ta yoktur ve kaynağı olmayan bir haber mevcuttur. İlk geçerlilik sebebimiz olan kaynağı olmayan haber ölçütümüz sağlanmıştır. İkinci olarak doğrulanmamış bir haber vardır. Hâlihazırda olmayan bir bilgiyi doğrulayamayız. Doğru veya yanlış diyebilmemiz için ortada doğru veya yanlış bir bilgi olmalıdır. Üçüncü kıstasımız ise yalan haberin genellikle ve kasten uydurulmuş olmasıdır. Uydurma haberler ya gerçek haberleri maskeler ya da olmayan bir şeyi varmış gibi gösterirler. Bu haber ise Türkiye'nin yangınlara nasıl müdahalede bulunduğunu değil, hızlı ve başarılı bir şekilde müdahale ettiğini haberleştiriyor. Aslında bir habercinin yapması gereken objektif olarak nasıl müdahale edildiğini haber yapmak iken, bu haberin yerine olmayan, uydurma bir haberi kasten koyarak mevcut durumu maskeleydiğini söyleyebiliriz. Nihayet son kıstasımız olan güvenilir ve gerçek habermiş gibi sunulmaya gelirse mevcut haber güvenilir bir rapora dayandırıldığı için insanlarda güven duygusu ve gerçekmiş hissi uyandırmaktadır. Yalan haber için belirlediğimiz beş ölçütü de sağladığımızı göre bu haberi yalan haber olarak nitelendirebiliriz. Bu haberin ülke menfaatleri için böyle sunulduğunu savunanlar olabilir. Fakat bu savunucular şunu unutmamalıdır ki bunun tam tersine yani ülke menfaatlerinin aksine hareket edenlere hukuk dışılığı teşvik etmiş olacaktırlar. Zira hangi platformda olursa olsun bir habercinin yapması gereken objektif, tarafsız, doğru ve dürüst haber olmalıdır.

Yalan haber ve dezenformasyonu örneklerle ölçütlendirdikten sonra etkilerinin ne denli yıkıcı olduğuyla ilgili örneklerle devam edersek meselenin önemi daha iyi algılanacaktır. Daha önce ölçütler üzerinde çalışıldığı için bu kısımda tek tek ölçütler üzerinde durmak yerine yıkıcı etkileri üzerinde durulacak ve sonuçları irdelenecektir. Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp gibi sosyal medya uygulamalarının bilgi kirliliğine aracılık ettiğine; daha da kötüsü yalan haber ve dezenformasyona alet olarak zararlı olabileceği üzerinde durulmuştu. Facebook ve Twitter gibi uygulamalarda insanlar kendi görüş ve inançlarına

uygun kişilerin paylaşımlarını benimsemektedirler. Ayrıca bunları derin bir inançla ve gerçekmişçesine savunmakta ve paylaşmaktadırlar. Post-truth dönemin bir özelliği olduğunu aktardığımız bu inanmak istediğini gerçek kabul etmek durumu sosyal medya uygulamalarında sıklıkla karşılaştığımız bir olgudur. WhatsApp uygulaması bir web 2.0 aracı olmakla birlikte insanların birbiriyle haberleştiği bir kanal olarak sosyal medya kavramı içine dâhildir. Bu uygulamada diğerlerine nazaran daha farklı bir pekiştireç karşımıza çıkmaktadır ve bu pekiştireç WhatsApp uygulamasını diğer sosyal medya uygulamalarından ayıştırmaktadır. Çünkü WhatsApp uygulamasında telefon rehberimizdeki kişilerle muhatap olunmaktadır. Yani diğer uygulamalara göre daha özel daha ailevi bir alanda hareket edilmektedir. Bu durum çemberi daraltmakta ve dolayısıyla güven duygusunu artırmaktadır. WhatsApp uygulamasında iletişimde olduğumuz kişilerin aile üyeleri ve arkadaş grupları gibi daha yakından tanıdığımız kişiler olması gelen bilgiye şüpheyle yaklaşma ihtimalini büyük oranda düşürmektedir.³⁶ Sözelimi 'Dikkat dikkat! Suudi Sağlık Bakanlığı uyarı yayınladı.' cümlesiyle başlayan ve WhatsApp aracılığıyla sosyal medyada hızla yayılan bir dezenformasyon örneği covid-19 pandemisi döneminde oluşturulmuştur. Hurmaların önce yıkanması gerektiğini çünkü bu sezon hurma ağaçlarında çok sayıda yarasa olduğu ve hurma ağaçlarına yarasaların koronavirüs taşıdıkları iddiası yayılmıştır.³⁷ İşin daha vahim durumu bu bilgi Ramazan ayında yayılmıştır. Bu bilgi bir ülkeyi yerinden oynatacak kadar etkili olmayabilir fakat etkileyeceği kişiler illaki olacaktır. Bu yalan bilgiyi ekonomik, toplumsal ve dini olarak üç açıdan ele alarak inceleyelim: Ekonomik açıdan Ramazan ayı öncesi yüklü miktarda hurma ithal eden esnaf ve tacirler ürünleri satamayacağı için direkt olarak zarar edecektir. Devlet satılmayan ürünlerden vergi alamayacağı için devletin de dolaylı bir maddi zararı olacaktır. Toplumsal açıdan incelersek zaten korku ve endişe içinde olan toplum içinde bu yalan bilgiler daha fazla korku ve endişe yaratmaktadır. Pandemi sebebiyle yediklerinden, içtiklerinden ve hatta soludukları havadan dahi mikrop kaparak ölebileceklerini düşünen insanların olduğu

³⁶ Recep Ünal/Ahmet Taylan, "Sağlık İletişiminde Yalan Haber-Yanlış Enformasyon Sorunu Ve Doğrulama Platformları", *Atatürk İletişim Dergisi*, 2017, S. 14, s.94.

³⁷ Gülin Çavuş, "Hurmaldaki Corro Virüs Ve Suudi Arabistan Sağlık Bakanlığının Uyarısı" <https://teyit.org/hurmaldaki-virus-ve-suudi-arabistan-saglik-bakanliginin-uyarisi> Erişim Tarihi: 02.01.2023.

bir toplumda bu hurmayı tüketen ve tüketmiş olanların içine düşeceği endişe ya da korkunun tarifi veya telafisi yoktur. Son olarak dini açıdan incelersek Müslümanlar için kutsal bir ay olan Ramazan ayında yine kutsiyet addedilen bu yiyeceği tüketememek insanları mevcut psikoloji içinde daha huzursuz ve mutsuz edebilecektir. Sadece kısa bir sürede oluşturulup kısa bir sürede paylaşılabilen ve kaynağı belli olmayan bu dezenformasyon örneği birçok kişi ve kuruma, birçok açıdan zarar verebilmekte ve onları yanlış yönlendirebilmektedir. Bir hurma ile ilişkilendirilen olumsuz bir olgunun bile halk arasında ve devlet açısından birçok olumsuz sonucu olduğu düşünülürse bu bilgilerin ne kadar tehlikeli boyutlara ulaşabileceğinin sınırı öngörülemez bir durumdadır. Yine başka bir örnekle devam edecek olursak, Amerika Birleşik Devletleri'nin 2016 seçimlerinde Donald Trump'ın neden olduğu dezenformasyon ile Brexit referandumu süreci yanlış ve yanıltıcı bilginin ulaşabileceği boyutları göstermek açısından çarpıcı örnekler olarak verilebilir.³⁸ Örneğin Papa Francis'in Trump'ı desteklediği³⁹ asılsız bilgisi Obama destekçilerinin yüzde sekizi tarafından doğru kabul edilmiştir.⁴⁰ Bu oran önemlidir çünkü seçimin sonucunu değiştirecek büyüklüktedir. Dolayısıyla bir sonraki bölümümüzde işleyeceğimiz konu olan düzenlemelerin bu örnekler ışığında bakıldığında dahi ne kadar gerekli olduğu görülmektedir. Yine belirtmek gerekir ki bir bilgi sosyal medya aracılığıyla paylaşıldığında geri dönüşü zor ve telafi edilemez sonuçlara neden olabilmektedir. Hızlı bir reaksiyon ile bu tür yanıltıcı ve yanlış bilgilere müdahale etmek tabii ki elzemdir fakat bu müdahalede ölçülü olmak şarttır. Bu ölçü ise düşünce özgürlüğünün zedelenmemesidir.

Tekrar üstünden geçecek olursak dezenformasyon ile yalan haber birbirlerine o kadar yakın kavramlardır ki ayırt etmek çok zor olabilmektedir. Belli ölçütler geliştirmiştik ve kanımca aralarındaki ince çizgi haber değeri taşıyıp taşınamaması ile alakalıdır. Yalan haber örneğini

³⁸ Nefise Şirzad, "Kovid-19 Sürecinde Aşı Kararsızlığı: Aşı Karşıtı Tweetlere İlişkin Bir Analiz", TRT Akademi Dergisi, 2022, C. 7, S. 14, s. 61.

³⁹ Sydney Schaedel, Did the Pope Endorse Trump <https://www.factcheck.org/2016/10/did-the-pope-endorse-trump/> Erişim Tarihi: 02.01.2023.

⁴⁰ Blake Aaron, "A New Study Suggests Fake News Might Have Won Donald Trump The 2016 Election", The Washington Post <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2018/04/03/a-new-study-suggests-fake-news-might-have-won-donald-trump-the-2016-election/> Erişim Tarihi: 02.01.2023.

bu çizgi üzerinden incelersek haber olarak aktarılmış ve haber olarak yayınlanmış olması kabaca onu dezenformasyondan ayırabilmektedir. Kavramı daha anlaşılır kılmak adına T24, Hürriyet, Star, Ontrava, Posta, ABC, Akşam gibi haber sitelerinde yer alan bir haber örnek verilebilir.⁴¹ Haberin içeriğinde Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşayan 87 yaşındaki eski bir postacının 1300'den fazla çocuğun babası olduğunun ispatlandığı aktarılmaktadır. Biraz magazinsel ve trajikomik olan bu haberin çok yıkıcı etkileri olabileceği aşikârdır. Bu haberi yalan haber kabul etmemizin ilk sebebi bu haberi yapan ve yayan ilk sitenin gerçekdışı haberler daha doğrusu yalan haberler yaptığının sonradan fark edilmiş olmasıdır. Her ne kadar kaynağı var gibi gözükse de bu haberin doğruluk temeli olmadığı için kaynağı olduğu iddia edilemez. Çünkü kaynağı olmak demek bir yayıncısı olmak demek değil, temellendirilebilecek doğru bir dayanağı olmak demektir. Bu yanlış bilgiyi yalan haber kategorisinde incelememizin başka bir nedeni ise haber kanalları aracılığıyla bir haber değeri taşıyarak sunulmuş olmasıdır. Bu yalan haber örneği ise toplumsal açıdan ve halk arasında oluşturabileceği infial açısından incelenebilir. Öncelikle bu eski postacı olan yaşlı adam için hayatı tehlike doğmaktadır. Öfkeli bir baba bu yaşlı adamı öldürebilir, yaralayabilir veya sözlü ya da fiziki şiddete maruz bırakabilir. Hatta bölgenin halkı tarafından linç girişimiyle veya toplum dışına itilmeyle karşı karşıya bırakılabilir. Diğer yandan bu çocukların anne ve babaları arasındaki ilişkinin bozulmasına, aile kurumunun zarar görmesine ve kitlesel boşanmalara neden olabilir. Anneler atılı bu iftira sebebiyle kendilerini aklayamadıkları için mevcut eşleri tarafından yaralama, psikolojik şiddet ve cinayet eylemlerinin mağduru durumuna getirilebilirler. Hatta daha ileri gidersek bazı anneler bu sebeple intihar edebilirler. Bunların hepsinin dışında devlete de bir yük ve karmaşa getirecektir. Sözgelimi bu çocukların babası kim olacak, nüfusa nasıl kayıt edilecek, nüfusa kayıtları sırasında iş yoğunluğu nasıl düzenlenecek, olası boşanmalar iş yüküne nasıl dağıtılacak, mahkemeye gelecek darp, şiddet, cinayet gibi vakalar nasıl yönetilecek gibi birçok soru ve sorunla boğuşulmak zorunda kalacaktır. Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus güvenilir say-

⁴¹ Selim Gerçekler, "2017'de Viral Olmuş Ve Gerçekliğine Birçok İnsanı İnandırmış 17 Yanlış Haber" <https://listelist.com/viral-yanis-haberler/> Erişim Tarihi: 02.01.2023.

dığımız haber kanallarının kaynağının doğruluğunu araştırmadan bu haberi yayınlamasıdır. Artık haber yerel bir haber olmaktan çıkmış küresel bir düzeye ulaşmıştır. Yalan bir haberin kişiler ve devletler açısından ne derecede bir infial yaratabileceğini göstermek açısından bu haber güzel bir örnek olarak verilebilir. Yalan haberin bu kadar kolay yayılabilmesinin önüne geçmek için yayımcıların haberin kaynağını teyit etmeden yayınlamamaları konusunda geleneksel medyada etik düzenlemeler ve hukuki düzenlemeler mevcuttur. Bununla beraber sosyal medya için belirlenmiş düzenlemelerin yeterli gelmediği ülkeyi yönetenler tarafından düşünülmüştür. Bu sebeple kanun koyucu tarafından 13.10.2022 tarihinde 7418 numaralı Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmiştir. Kanun teklifinde sosyal medya ile ilgili düzenlemelerin gerekçeleri belirtilmiştir.⁴² Bu düzenlemeler dijital çağa uygun bir şekilde düşünce özgürlüğüne zarar vermeden yerine getirilmelidir. Bir sonraki bölümde de irdedeceğimiz üzere kanun hükümlerindeki belirsizlik öngörülemez, hukuk dışı ve istenmeyen sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.

3. SOSYAL MEDYA DÜZENLEMELERİ VE BİR TÜRKİYE DENEMESİ

Her geçen gün abone sayısını artırarak büyüyen sosyal medya platformları eğlenme, vakit geçirme, paylaşım, mesajlaşma gibi işlevleri yerine getirirken birçok olumsuzluklara da neden olmaktadır. Özellikle 2016 Amerika Birleşik Devletleri başkanlık seçimleri ile Brexit oylaması sonrası, devletler münferit bir şekilde ve Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşlar üyeleri için sosyal medyanın denetlenmesi konusunda çeşitli adımlar atmışlardır. Daha önceleri dolandırıcılık, cinsel istismar, hakaret gibi daha belirgin suçlar için kendi kanunlarında yaptıkları düzenlemelerle durumu idare eden

⁴² “Değişiklik Teklifiyle yalan haberin vardığı nokta ve etkileri dikkate alınarak dezenformasyonla mücadele kapsamında bir taraftan idari tedbirler güçlendirilirken diğer taraftan 5237 sayılı Kanun’un “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” başlığıyla müstakil bir suç ihdas edilmektedir. Bu doğrultuda, sırf halk arasında endişe, panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılması suç olarak düzenlenmektedir. Böylelikle failde özel kast, gerçeğe aykırı bilgi de özel nitelik ve eylemde elverişlilik aranmaktadır”.

bu devlet ve kuruluşlar sosyal medya şirketlerinin ulaştığı ekonomik ve siyasi güçten dolayı sosyal medya ile ilgili düzenlemeleri tam anlamıyla yasal bir zemine oturtma ihtiyacı hissetmişlerdir. Bu amaçla her ülke kendi kültürel ve sosyolojik yapısına göre düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Bazı ülkeler bu düzenlemeleri sansür ve zorlama derecesine getirecek şekilde genişletirken bazıları daha esnek davranmış diğer üçüncü grup ise neredeyse hiç karışmamayı tercih etmiştir. Bu ayrışmanın temel sebebi ise düşünceyi ifade etme ve özgürce yayma hakkını ihlal etme endişesidir. Bu kısımda konuyu dağıtmamak açısından ülkelerin ve kuruluşların tarihsel bağlamda uyguladığı yasaları ayrıntılı bir şekilde incelemek yerine sosyal medyayı düzenleme düşüncesi üzerine kurulu yasaları incelenecektir.

Bu yasalardan Türkiye özelinde en çok tanınanı Almanya'da uygulanan Ağ Yaptırım Yasası (Network Enforcement Act) diğer adıyla NetzDG yasasıdır. Bu yasanın Türkiye'de yapılmak istenen sosyal medya kanununa ilham verdiği söylenmektedir. Yine konu bütünlüğü açısından makalemizde yasa'yı hüküm bazında inceleme yoluna gidilmeyecektir. Hangi konuların yaptırıma bağlandığı ve nasıl denetleneceği konumuz açısından önem arz etmektedir. Öncelikle internette nefret söylemi ve yasa dışı sosyal medya paylaşımlarını konu edinen kanun, ilgili paylaşımın 24 saat içinde kaldırılmasını aksi takdirde para cezası uygulanacağını ifade etmektedir.⁴³ Ayrıca Alman Sosyal Medya Kanunu Bölüm 1'de kanunun kapsamı açıklanırken sosyal ağ kullanıcılarına yaptırım uygulamak için 2 milyon kullanıcı sınırı getirilmiştir. Yani 2 milyondan az kullanıcıyı sosyal medya şirketleri yasanın bildirme yükümlülüğü ve yasa dışı içerikle ilgili şikâyetlerin ele alınması açısından muaf tutulmaktadır.⁴⁴ Özellikle üye sayıları bazı ülkelerin nüfusunu geçen sosyal medya kurumlarının bu şekilde direkt hedef alınması kanunun net olması açısından önem arz etmektedir. Böylece hem hangi sosyal medya platformlarının büyük bir infial yaratabileceği kanun koyucu tarafından muhataplarını uyaracak şekilde netleştirilmekte hem de fikir özgürlüğüne zarar vereceği düşün-

⁴³ Taylan Gülaslan, "Sosyal Medya Güncel Tartışmalar: Sosyal Medyanın Kontrolü & Medya Hizmet Ve Gizlilik Sözleşmeleri & Yerli Ve Milli Sosyal Medya", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 2021, C. 4, S. 1, s.5.

⁴⁴ Sena Kontoğlu, "Alman Sosyal Medya Kanunu", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 2018, C. 8, S. 24, s. 143.

cesine bir bariyer görevi görmektedir. Çünkü ifade özgürlüğüne zarar vereceği düşüncesi taşıyan çoğunluk bu yasalar sebebiyle üç kişi bile bir platformda bir araya gelip bir konu hakkında konuşurlarsa kanunların onları sorumlu tutacağı endişesini taşımaktadırlar. Bir sayı belirlenmiş olması kişilerin yanlış bir bilgiyi böylesi büyük bir ortamda yaydıklarında ne gibi sonuçlar doğuracağını bir an için düşünmeleri açısından da onlara bir otokontrol sorumluluğu yükleyecektir. Başka bir ifadeyle bu platformlarda kişiler bilgiyi yaymadan önce biraz daha düşünmeyi tercih edebileceklerdir. Bununla beraber büyümeye çalışan daha az üyeye sahip sosyal medya platformlarının büyük sosyal medya mecraları tarafından suistimale uğramalarına kanun koyucu mevcut kanun hükmüyle bir önlem almış görünmektedir. Bir diğer önemli nokta ise bu yasa dışılığı ya da suistimalleri kim ya da hangi kurum inceleyecek ve yaptırıma bağlayacak sorusunun cevabıdır. Almanya Federal Cumhuriyeti yasada bu görev için Adalet Federal Ofisini görevlendirmiştir. Hatta bahsi geçen kurum Facebook'a 2 milyon avro üzerinde bir ceza uygulamıştır.⁴⁵

Bir diğer Avrupa ülkesi olan Fransa'da da bir sosyal medya düzenlemesi yapılmaya çalışılmış fakat bazı hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünü engellediği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Fransa, 2018 yılında sosyal paylaşım sitelerinin Fransa'da bir temsilci bulundurmasını ve kişisel veriler konusunda şeffaf olmalarını talep eden hükümleri kabul etmiştir.⁴⁶ Mart 2019'da halk arasında Avia Kanunu olarak bilinen Fransa Ulusal Meclisi üyesi Laetitia Avia tarafından önerilen ve 13 Mayıs 2020'de kabul edilen bu kanunun bazı hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından 18 Haziran 2020'de Fransa Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁴⁷ Kanundan iptal edilenlerden geriye kalan hükümler, nefret suçlarına özgü yeni bir mahkeme kurulacağı kararı, Yüksek Yayıncılık Kurulu tarafından görev tanımı yapılacak bir gözlem merkezi kurulacağı kararı ve 250 bin avroluk adli para cezasını düzenleyen hükümler Fransa Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron tarafından 24 Haziran 2020'de imzalanarak yürürlüğe girmiş-

⁴⁵ Gülaslan, s.5.

⁴⁶ Mehmet Burak Ünal, "Seçili Örneklerde Sosyal Medya Şirketlerinin Yasal Yükümlülükleri", TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Bölümü, 2021, s.20.

⁴⁷ Ünal, s. 21.

tir.⁴⁸ Fransa'da yapılan düzenlemelerle ise sosyal medyanın küresel düzeyde etkileyebildiği suçlara önlem alınmak istenmiştir. Sosyal medya platformlarından ırk, din, cinsel yönelim ve cinsiyet temelli nefret söyleminin yanı sıra cinsel taciz kapsamına giren içeriklerin 24 saat içerisinde kaldırılması, terör ve çocuk istismarı içeren içeriklerin kaldırılması için öngörülen sürenin bir saat olması zorunluluğu bu suçlara sosyal medyanın alet edilemeyeceğini göstermek açısından kayda değerdir. Ayrıca idare tarafından bu hükümlere uymayan gerçek kişilere 250 bin avroya, tüzel kişilere ise 1,2 milyon avroya varan para cezaları verilebilmesi işlenen suçun cezasız kalmayacağını göstermektedir. Fransa'daki ilgili düzenleyici kurum olan Görsel-İşitsel Üst Konseyine (CSA), sürekli ve tekrarlanan ihlaller için şirketlerin küresel cirosunun yüzde dördüne kadar daha ağır cezalar verme yetkisi verilmesi ise yargının yükünü alması ve davaların ivedilikle çözülmesi açısından isabetlidir. Ancak Anayasa Konseyi idareye verilen yetkinin çok olması sebebiyle kanunun bazı hükümlerini iptal etmiştir.⁴⁹ Fransa da Almanya gibi belli düzenlemeler getirerek sosyal medya üzerinde devletin bir kontrolünün olmasını istemiş fakat Almanya'dakinden daha fazla bir dirençle karşılaşmıştır. Bu daha önce de belirttiğimiz gibi ülkelerin kendi sosyolojik ve kültürel yapısıyla alakalı olduğu kadar kendi yargı yapısıyla da alakalı olduğunu göstermektedir. Karşılaştırmalı hukuktan bildiğimiz üzere Almanya'da yargı erki Fransa'ya göre daha etkin ve baskındır. Almanya'da da çeşitli karşı görüşler olmasına rağmen yürürlüğe girebilen sosyal medya yasası Fransa'da dirençle karşılaşmıştır. Nitekim her iki ülkenin de sosyal medya konusundaki ortak yanları bizim konumuz açısından odak noktasıdır. Her ikisinde de para cezaları bulunmakta, yargı yolu takip edilmekte ve bu sorunlarla ilgilenen bir kurul veya kurum bulunmakta ya da bulunacaktır.

Kıta-Avrupası devletleri Almanya ve Fransa örneğindeki gibi kanunlar aracılığıyla sosyal medyayı kontrol etme yöntemini kullanırken Anglosakson ülkeleri konuya daha farklı bir açıdan bakmayı tercih et-

⁴⁸ Ünal, s. 22.

⁴⁹ Denge Ve Denetleme Ağı, "Dünyada Sosyal Medya Düzenlemelerine Karşılaştırmalı Bakış ve Türkiye için Somut Öneriler", Demokrasi Barometresi, 16.05.2022, Analiz Raporu No: 16, s.8. (Açık erişim: <https://www.dengedenetleme.org/publication/182/Dunyada-Sosyal-Medya-Duzenlemelerine-Karsilastirmali-Bakisve-Turkiye-icin-Somut-oneriler-Raporu>) Erişim Tarihi: 05.01.2023.

mektedirler. Anglosakson ülkelerini Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda olarak sayabiliriz.⁵⁰ Bu ülkeler liberal bir siyasi sisteme sahip olmaları ve serbest piyasa ekonomisi anlayışı⁵¹ sebebiyle sosyal medya platformlarına müdahale konusunda ya çok temkinliler ya da gönülsüzler. Avustralya hariç Anglosakson ülkelerinin genel bakış açısı sosyal medya şirketlerinin kendi özdenetimlerini kurmaları yönündedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 6 Ocak 2021 tarihinde Donald Trump'ın destekçileri tarafından başkent Washington'da yaşatılan olaylar ve özellikle kongre baskınının sosyal medya aracılığıyla kışkırtılmış olması⁵² sosyal medyanın denetlenmesi gerektiği görüşlerinin bu ülkede de yaygınlaşmasına neden olmuştur. Yaklaşım ise Avrupa'dan farklı ilerlemektedir. Devletin müdahalesi yerine kendi kendini denetleme (self-regulation) sistemi savunulmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi liberal devlet anlayışı devletin özgürlüklere müdahalesini azaltması minvalinde ilerlediği için sosyal medya platformlarının kendi kendilerini denetlemeleri gerektiğini savunanlar ön plana çıkmaktadır. Hatta bunun için nasıl video oyunları, televizyon şovları ya da filmler kendini uygunluk derecelerine göre etiketliyorsa; nasıl mobil uygulamalar, bilgisayar oyunları kendilerini derecelendiren bir sisteme gönüllü olarak katlanıyorsa sosyal medya platformları da gönüllü ve kendi kendini takip eden bir derecelendirme, izleme ve denetleme sistemi kurabilirler düşüncesini savunanlar bulunmaktadır.⁵³ Bu düşüncenin gerekçesi ise bu denetimin devlet kontrolüne bırakılması sosyal medya platformlarına güvensizlik duygusu oluşturabilir ve platformların başarısını azaltabilir kaygısıdır. Çünkü devletin baskısının olduğu bir alana insanların güveni azalabilmektedir.⁵⁴ Bundan dolayı şirketler aslında başarısız olmak istemiyorlarsa bu düzenlemeleri devlet yapmadan kendileri yapmalı ki güven kaybına uğramasınlar. Diğer yandan kendi kendine denetleme konusunda şirketlerin çok da gönüllü olduğu söylenemez. Amerika'nın

⁵⁰ Fatih Yıldız, "Anglosakson Ve Kıta-Avrupası Geleneğinde Darbeler" , *Ekonomik İşletme Ve Siyaset Ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2019, C. 5, S. 1, s.37.

⁵¹ Yıldız, s. 41.

⁵² Michael A. Cusumano, Annabelle Gawer & David B. Yoffie, "Social Media Companies Should Self-Regulate. Now", *Harvard Business Review*, Yıl 2021, s.1. <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=59517> Erişim Tarihi: 03.01.2023.

⁵³ Cusumano, s.3.

⁵⁴ Cusumano, s.7.

yaklaşımı açısından bakacak olursak şirketlerin kendi kendini denetleme (self-regulation) konusunda yeterli itici gücü bulamaması anlaşılabilir. Birleşik Devletler Kanunu'nun 47. Başlığının (Title 47 of the United States Code) 230. Bölümünde (Section 230) 'Etkileşimli bir bilgisayar hizmetinin hiçbir sağlayıcısı veya kullanıcısı, başka bir bilgi içeriği sağlayıcısı tarafından sağlanan herhangi bir bilginin yayıncısı veya konuşmacısı olarak kabul edilmeyecektir.'⁵⁵ denilmektedir. Bu hüküm sayesinde devlet sosyal medya sitelerine kanunu bir kalkan teşkil etmekte ve bu kanunla açıkça onları korumaktadır. Yine daha önce üzerinden geçtiğimiz 2016 yılında ABD başkanlık seçimlerinde yaşananlardan sonra bu kanun hükmü tartışmaya açılmıştır. Görünen o ki devlet her ne kadar şirketlerin kendilerinin inisiyatif almalarını istese de şirketler sorumluluklarını yerine getirmekten bu denli kaçınmaya devam ederlerse devlet denetleme mekanizmalarını devreye sokmak zorunda kalacaktır.

İngiltere ise çocuk istismarı, siber zorbalık, terörizm, nefret söylemi ve pornografi gibi konulara yoğunlaşarak dijital dünyayı denetlemenin yolunu ilk olarak Nisan 2019'da takdim edilen Online Harms White Paper ile resmi olarak açmıştır. Günümüze kadar ve halen süregelen kanuni eklemelerle denetimin içeriği genişletilmektedir. Kültür Bakanı Nadine Dorries'in kanunun anlamı hakkında söylediği şu iki cümle bakış açısını anlatması açısından önemli olacaktır.⁵⁶ "Teknoloji şirketleri üzerlerine düşen görevi yapmaları için beklenmeyecektir."⁵⁷, "Teknoloji şirketleri kendi platformlarında yaşanan zarar, taciz ve suçlu davranışlarından şu ana kadar sorumlu tutulmadı."⁵⁸ Bu iki cümle artık devletin sabrının tükendiğini ve ipleri eline alacağını ifade etmesi açısından belirleyicidir. Bu bağlamda sosyal medya şirketlerine verilecek cezalar için İletişim Kurumu (Office of Communication-Ofcom) yetkilendirilmiş ve yetkisi de gittikçe genişletilmektedir. İlk baş-

⁵⁵ "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider".

⁵⁶ Jane Wakefield/Tom Gerken, "Online Harms Bill: Cyber-flashing added to proposed legislation", BBC Technology, 2022, <https://www.bbc.com/news/technology-60750463> Erişim Tarihi: 05.01.2023.

⁵⁷ "Technology companies would not be left to check their own homework".

⁵⁸ "Tech firms haven't been held to account when harm, abuse and criminal behaviour have run riot on their platform".

larda sosyal medyayı genelde kanunda suç olan konularda denetleme yoluna giden kurumun yetkisi genişletilmiş, şirketlerden bilgi isteme yetkisi de verilmiştir. Hatta daha ileri gidilerek kuralları ihlal eden bir firma cirosunun yüzde onuna kadar para cezasına çarptırılabilirken, uyumlu olmayan web siteleri tamamen engellenebilmektedir. İngiltere yıllar içinde kendi ülkesinde yaşanan olumsuzlukları ve hukuk dışılıkları bertaraf edebilmek için bu düzenlemeleri yapmaktadır. Yine Avrupa ülkelerine benzer şekilde denetleyici bir kurum kurma ve cezai yaptırımlar uygulama yoluna gidilmektedir. Avustralya ise diğer Anglosakson ülkelerinden bazı konularda ayrılmaktadır. Sosyal medyayı kendi kaderine bırakmak yerine ilk yasal düzenlemeler 2015 tarihli Çevrimiçi Güvenliğin Artırılması Yasası (Enhancing Online Safety Act 2015) ile oluşturulmuştur. Denetleme ve değerlendirme için e-Güvenlik Komiserliği (eSafety Commissioner) görevlendirilmiştir.⁵⁹ Yeni Zelanda'da iki camiye gerçekleştirilen silahlı terör saldırılarının sosyal medyada naklen yayınlanması⁶⁰ nedeniyle devlet Ceza Yasasına bir değişiklik de eklemiştir. Bu değişikliğin sınırları terör, adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs, işkence, cinsel saldırı, adam kaçırma eylemleri olarak belirlenmiştir.⁶¹ Türkiye'de de meclis komisyonu tarafından incelenen ve 18.10.2022 tarihinde kanun olarak Resmi Gazete'de yayımlanan 40 maddelik kanunun 29. maddesi için kamuoyunda çıkan belirsiz ve muğlak ifadeler olduğu yönündeki iddialar için Avustralya'nın sayma yöntemi kullanılabilir. Bu konuyu son kısımında inceleyeceğimiz için yeri gelmişken anlaşılması açısından vurgulamak, ayrıntılı inceleme için ise daha sonraya bırakmak yerinde olacaktır. Böylelikle diğer Anglosakson ülkelerinden ayrılarak Avustralya özelinde cezai bir müeyyide olarak para cezasının yanında hapis cezası da ihdas edilmiştir. Ufukta gördüğümüz tablo devletlerin siyasi yapıları ya da hukuk düzenleri nasıl olursa olsun sosyal medya denetimi konusunda global bir kabule varılacağıdır. Çünkü global ölçekte güçlü olan bu şirketlere bölgesel yaptırımlar ve düzenlemeler yapmak açık ve halen kanayan bir yaraya yara bandı ile müdahale etmeye ben-

⁵⁹ Taylan Gülaslan, s.5.

⁶⁰ Recep Sakar/Emel Öz Gözellik, "Yeni Zelanda'da iki camiye terör saldırısı: 49 kişi yaşamını yitirdi", Anadolu Ajansı, 2019, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/yeni-zelandada-iki-camiye-teror-saldirisi-49-kisi-yasamini-yitirdi/1418614> Erişim Tarihi: 07.01.2023.

⁶¹ Gülaslan, s.5.

zemektedir. Ulusal yönde yapılan düzenlemelerin temel haklara ve düşünce özgürlüğüne aykırı olmaması için devletlerin taraf olacağı bir uluslararası denetim mekanizması kurulması temel insan hakları açısından da çarpıcı bir çözüm olabilir.

Son olarak sosyal medya konusunda direkt devlet müdahalesini öngörüp sosyal medya şirketlerinin kendilerini denetlemeleri konusunda alan açmayan devletlerde liberal görüşün tam zıttı noktada durmaktadırlar. Bu bölümde Belarus, Çin, Bangladeş gibi ülkelerdeki düzenlemeleri inceleyip sosyal medya denetiminin gelebileceği uç noktalar gösterilecektir. İlk olarak Belarus'ta internet kısıtlamaları tamamen devletin keyfiyetine bağlı yönlendirilmekte ve hatta Belarus Medya Yasası 38. maddesi uyarınca hiçbir hukuki sebep gerektirmeksizin idarenin kararı ile bir site engellenebilmektedir. Gün geçtikçe yetkili kurum olan Enformasyon Bakanlığının yetkileri genişletilerek anonim kişilerin⁶² yorumlarından dahi site sahiplerinin sorumluluğuna gidilmektedir.⁶³ Devletin mutlak bir güce sahip olması onu keyfiyete sürükleyecek bir olgudur. Belarus uygulamasında maalesef düşünce özgürlüğü iklimi olabileceği iddia edilemez. Herhangi bir gerekçe sunmadan cezalandırma yapılmaması gerekirken, bu şekilde yaptırım uygulanması keyfiyete yol açacaktır. İngiliz tarihçi Sir John Emerich Edward Dalberg-Acton'un tarihe düştüğü not gibi: 'Güç bozulmaya meyillidir ve mutlak güç mutlak biçimde bozulur.'⁶⁴ Çin ise sosyal medya konusunda en katı kuralları uygulayan ülkeler arasında bulunmaktadır. Şöyle ki Çin uygulaması direkt sansür ve yasaklama üzerine kuruludur. Çin; Facebook, Twitter, Youtube, Yahoo gibi birçok uygulamaya daha sonra bazılarına izin verse de çeşitli sebeplerle eriş-

⁶² "Anonimlik, bir kişinin kimliğine ilişkin bilgilerin başkaları tarafından bilinmediği bir duruma işaret etmektedir. Anonimlikte cinsiyet, yaş, din, ırk, sınıf ve daha birçok kişinin tanımlanmasına olanak tanıyacak niteliler iç içe geçmektedir. Gerçek yaşamda bireyler tanımlanabilecekleri görsel ve işitsel ipuçları sunarken, çevrim içi olduğu platformlarda kimliksel unsurlardan sıyrılabilirler. Bireyler, internet ve sosyal medya platformlarında kendi gerçek isimlerini ve görsellerini kullanmadan oluşturdukları profiller aracılığıyla varlıklarını anonim olarak kurgulamakta ve paylaşımlarını bu oluşturduğu yeni kimlik üzerinden gerçekleştirmektedir". (Sertaç Kaya, "Sosyal Medyada Anonim Olmanın Söylemler Üzerindeki Etkisinin Haber Yorumları Üzerinden İncelenmesi", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, 2022, S. 60, s.170).

⁶³ Ahmet Taha Gedikli, "Karşılaştırmalı Hukukta İnternet Ortamındaki Asılsız Bilgi Paylaşımlarının Önlenmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2020, C. 2, S. 2, s.238.

⁶⁴ "Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely."

mi engellemiş ve yerli alternatiflerinin doğmasını sağlamıştır. Böylece muhalif sesleri kıstak için sansür uygulamanın yolunun kontrol etmekten geçtiğini bilen Çin yönetimi sunucuları ülkesi içinde olmayan ve kendi çıkarlarına ters düşen platformları engellemiştir. Yerli platformların sunucuları ülke içinde olduğu için kontrolü kolay olmuştur. Hatta paylaşımları izleyerek kullanıcıları takip ederken, kullanıcılar takip edildiklerini bildikleri için kendi oto-sansürlerini yaratmışlardır.⁶⁵ Çin 2015 yılında yaptığı düzenlemesinde dezenformasyona 7 yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. 2020 yılı düzenlemesiyle devlet yapay zekâ ve sanal gerçeklik teknolojisini kullanarak denetleme yolunu açmış, sahte haberlerin yayınlanması ve paylaşılmasını yeni kurallara ve yaptırımlara bağlamıştır.⁶⁶ Çin Siber Ortam İdaresi (Cyberspace Administration Of China (CAC)) sosyal medyadaki yorumları bile sansürleme üzerine çalışmalar yapmaktadır.⁶⁷ Daha önce ifade ettiğimiz mutlak güç mutlak biçimde bozulur ifadesi ekseninde alınabilecek keyfi kararların sınırsızlığını göstermesi açısından Çin uygulaması dikkate değerdir. Mutlak gücün gezindiği bireysel özgürlükler ile totalitarizm arasındaki bu ince çizgi devletleri yönetenler için zorlayıcıdır. Denetim bazı durumlarda gerekli olabildiği gibi bazı durumlarda özgürlükleri baltalayabilmektedir. Misalen, “Çin’de hükümetin Covid-19 politikasını eleştiren sosyal medya hesaplarına sansür” başlıklı haberde uzmanlara, akademisyenlere ve sağlık çalışanlarına kişisel saldırı içermesi ve covid politikasıyla ilgili kışkırtıcı nitelikte olmaları gerekçesiyle 12 bin 854 mesajın incelendiği, 1120 hesabın ise topluluk kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle geçici veya sürekli kapatıldığı belirtildi.⁶⁸ Bu haberden de anlaşıldığı üzere eleştirilere tahammül seviyesi maa-lesef çok aşağılarda kalmaktadır. Bununla beraber sosyal medya denetimi bazı konularda da kesinlikle gereklidir. Sözgelimi “Çin’den sosyal medya fenomeni Xu Guohao’ya 277 milyon lira vergi cezası” başlıklı

⁶⁵ İlhan Aras, “Çin’de Sosyal Medya”, Teknoloji ve Uluslararası İlişkiler, ss. 277-290, Ömer Aydın/Çağdaş Cengiz, Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.

⁶⁶ Gedikli, s.239.

⁶⁷ Çin Hükümeti, İnternet Yorumlarını Sansürlemek İstiyor, <https://www.ensonhaber.com/teknoloji/cin-hukumeti-internet-yorumlarini-sansurlemek-istiyor> Erişim Tarihi: 08.01.2023.

⁶⁸ Çin’de hükümetin Covid-19 politikasını eleştiren sosyal medya hesaplarına sansür, <https://www.ntv.com.tr/dunya/cinde-hukumetin-covid-19-politikasini-elestiren-sosyal-medya-hesaplarina-sansur,jlG1S-pT6kunOfM58t-tNA> Erişim Tarihi: 26.01.2023.

haber ise vergi kaçakçılığının önüne geçilmesi açısından önemlidir.⁶⁹ Bahsi geçen haberin içeriğinde ayrıca çocukları güvence altına alabilecek sosyal medya ile ilgili düzenlemelerde yapıldığına değinilmiştir. Gençlerin ve çocukları korumak için alınan bu önlemler kanımca yerinde önlemlerdir. Görüldüğü üzere ülke değerlerini korumak, halkı denetlemek, aykırı sesleri engellemek, hak taleplerini görmezden gelmek ve üstünü kapatmak için bu denetim mekanizması kullanılabilir. Demek ki sosyal medya denetiminde önemli olan öncelik devletin ve toplumun çıkarlarını korumak ve ifade özgürlüğünü engellememektir. Bangladeş ise 2018 yılında “Digital Security Act” adında bir kanun çıkarmıştır. Bu kanun hapis cezası, para cezası ve yetkili kurum olarak dijital güvenlik birimi kurulmasını öngörmektedir. 25. maddede⁷¹ ise dezenformasyonu açık bir şekilde ele almaktadır. Kanunun verdiği yetkiyle birçok kişinin tutuklanması ve soruşturulması ise ifade özgürlüğünü engellediği düşüncesini uyandırmaktadır.⁷² Dezenformasyonu net bir şekilde tanımlaması açısından önemli olan bu yasa çok fazla tutuklama ve soruşturma nedeniyle amacını aşmış ve düşünce özgürlüğüne zarar vermiştir. Ayrıca 25. maddedeki muğlak ve göreceli bir ifade olan ülke imajına zarar verme eyleminin neleri içerdiği gerekirse tahdidi bir şekilde belirlenmeli ki suçta ve cezada belirlilik ilkesi gereği kanun meşruiyet kazanabilsin. Aksi takdirde ülke imajına zarar vermek eleştiri boyutunda kalan ifadeleri de içine alabilecektir ve düşünce özgürlüğünü yok edebilecektir.

Devletler kendi siyasi bakış açıları ve yönetim şekillerine göre belli başlı düzenlemeler yapmışlardır. Genel olarak her devlet bir kanun ihdas etmiş, bu kanunu takip edecek ve denetleyecek bir kurum yetkilendirmiştir. Hemen hemen bütün devletlerde gördüğümüz ortak iki nokta bu olmakla beraber her birinde içerik ve yöntemlerde değişiklikler olmuştur. Liberal görüş temelinde her ne kadar aksini iddia edenler olsa da milyonlarca insanın kullandığı sosyal medyayla

⁶⁹ Çin’den sosyal medya fenomeni Xu Guohao’ya 277 milyon lira vergi cezası, https://www.ntv.com.tr/dunya/cinden-sosyal-medya-fenomenixu-guohaoya-277-milyon-lira-vergi-cezasi,2d-Uzu2mq0eqt26w_0v4MA Erişim Tarihi: 26.01.2023.

⁷⁰ Aras, s.285.

⁷¹ “Herhangi bir bilgiyi ülkenin imajına zarar verecek şekilde veya karmaşa çıkarmak amacıyla yaymak veya yayınlamak, yanlış olduğunu bilmesine rağmen bir bilginin tamamını veya bir kısmını aynı amaçlarla yaymak veya yayınlamak”.

⁷² Gedikli, s.236.

İlgili yeni bir düzenleme getiren kanun gerekli gözükmektedir. İhdas edilecek kanuna aykırılıkların denetlenmesi ise yargı erkine büyük bir yük getirecektir. Bu yükü azaltmak amacıyla arada RTÜK gibi denetleyici bir kurumun varlığı kırtasiye ve bürokrasiyi azaltmakla beraber yargının yükünü de azaltacak ve sorunların ivedilikle çözülmesine katkı sağlayacaktır. Kanımca bu tür idari kurumların yaptırım açısından çok fazla yetkilendirilmesi düşünce özgürlüğünü engelleyecektir. Devlet halen faaliyette ve etkin olan Türkiye Gazeteciler Cemiyeti, Basın Konseyi ve Medya Etik Konseyi'ne benzer sosyal medya özelinde kurulabilecek veya mevcut özdenetim mekanizmalarının içinde oluşturulabilecek özdenetim kuruluşlarını desteklemeli ve cesaretlendirmelidir.⁷³ Adı geçen özdenetim mekanizmalarının yalan habere karşı deklare ettikleri duruş zaten yeterlidir. Etki güçleri de yeterli olduğu sürece devlet müdahalesi şart olmayacaktır. Denetleyici bir kurumun yanında denetlenecek özel ve tüzel kişiler için tipikliği tanımlayan normlar olmalıdır. Bunu sağlamanın yolu da kanun düzenlemesidir. Kanun ihdas etmek yasama erki için çok önemli bir konudur. Kanun yapıcılar için gerekli çoğunluk sağlanmışsa bir kanun yapmak çok kolaydır. Kanunun konusu ve lafzı dikkatle seçilmemişse kolayca yapılan bu kanun yarardan çok zarar getirebilir. İktidardakiler kanunları yaparken bir gün iktidarın başkasının eline geçebileceğini bilmeli ve bu kanunun ülke menfaatleri için olumsuz sonuçlar yaratabileceği düşüncesi ve sorumluluğu altında olmalıdır. Uzun lafın kısası kanunun açık ve net olması gerekmektedir. Kanunilik ve belirlilik ilkesini sağlayamayan bir kanun ne adil ne de meşru olacaktır. Kanun ihdas etmek her ne kadar kanuniliği sağlasa da belirlilik ilkesine aykırı olan bir norm meşru olmayacaktır. Hukukun temel ilkeleri kanun yapılırken göz ardı edilebilecek kavramlar değildir. Burada konuyla ilgisi açısından sırası gelmişken kısa bir başlık açmak gerekirse 2022 yazında Meclis Komisyonu tarafından oylanan ve halk arasında sosyal medya kanunu olarak bilinen Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi⁷⁴ 13.10.2022 tarihinde kabul edilmiş ve 18.10.2022'de Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu

⁷³ Tülay Parlak, "Ulusal Ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler İle Basın Etik İlkeleri Işığında "Yalan Haber Neşri" Ve Yalan Haber Neşrinin Önlenmesi Sorunu", 2015, *TBB Dergisi*, S. 118, s.182.

⁷⁴ Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, 27.05.2022, Esas No:2/4471, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4471.pdf> Erişim Tarihi: 10.01.2023.

tarihten sonra artık bir teklif olmayan bu kanunun üzerinde durmak gerekmektedir. Özel bir kanun olan Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun genel bir kanun olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) değişiklik öngören 29. maddesi önemlidir. Çünkü belirtilen madde TCK'nin 217. maddesinden sonra gelecek şekilde "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma" başlığıyla bir düzenleme getirmektedir. Maddenin gerekçesinde çok makul ve anlaşılır açıklamalar bulunmaktadır.⁷⁵ Konumuz açısından yalan haber ve dezenformasyonun kabaca tanımı yapılmış ve kanun maddesinin eklenme sebeplerinden birinin de bu olduğu belirtilmiştir. TCK'nun 217/A⁷⁶ maddesi olacak şekilde düzenlenecek bu norm yaptırım açısından zararı daha önce de örneklerle açıklamaya çalıştığımız derecede büyük boyutlara ulaşabilen yalan haber ve dezenformasyonu önleme açısından isabetlidir. Fakat normun net olmaması tepkilere ve kafa karışıklığına neden olabilmektedir. Öncelikle TCK 217/A hükmü ile TCK 213⁷⁷ hükmü birbirine çok yakın ifadeler taşımaktadır. Mahkeme önüne gelen davalarda hangisinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkabilecektir. Diğer yandan suçun manevi unsuru olan 'sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saiki' hangi kıstaslarla belirlenecektir. Korku, endişe ve panik kişiden kişiye değişebilen göreceli kavramlardır. Gerçeğe aykırı bilgi ise yine ölçütlere oturtulmamış bir ifadedir. Pandemi sürecinde dahi doktorlar arasında aşılı ile ilgili ihtilaflar olmuştur. Bu ihtilaflardan birini gerçek kabul edersek diğerini

⁷⁵ "Teknolojik gelişmelerin ve internetin yaygınlaşmasına bağlı olarak ciddi rağbet gören dijital platformlar, daha çok 'içerik' olarak nitelendirilebilecek bilgi veya haberlerin yayılma hızını öngörülemez biçimde artırmış ve bu içeriklerin zihin süzgecinden geçme, analiz etme ve değerlendirme süresini oldukça kısaltmıştır. Bu noktada internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur."

⁷⁶ "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma Madde 217/ A- (1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayın kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Suçun, failin gerçek kimliğini gizlemek suretiyle veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır".

⁷⁷ "Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit Madde 213- (1) Halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından alenen tehditte bulunan kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun silahlı işlenmesi halinde, verilecek ceza, kullanılan silahın niteliğine göre yarı oranına kadar artırılabilir".

cezalandırmak zorunda kalabiliriz. Dolayısıyla bu norm belli sınırlar ve ölçütler içine konulmalıdır. Sözelimi ekonomiyle ilgili görüşlerden hangisinin gerçeğe aykırı olduğu hangi kıstaslara göre belirlenecektir. Hukukçular arasında devamlı tartışma konusu olan genel ahlak, genel sağlık, kamu düzeni, kamu yararı⁷⁸ gibi kavramlar kişilerin siyasi, dini, felsefi ve dünyevi görüşlerine göre değişebilmekte ve birbirinden farklı hatta zıt cenahlarda görüşler ortaya çıkabilmektedir. Kanunun lafzında kamu düzeni, genel sağlık kavramları ölçütlenilmemiş şekilde ucu açık sunulmuştur. Bu durumun keyfiyete yol açmayacağı öngörülemez. Son olarak alenen yayma bahsinden hareketle aleniyeğin sınırı ne olacaktır? İki kişiye yapılan bir hitapta aleni sayılabilir milyonlara hitaben yapılan bir açıklamada aleni sayılabilir. Bu kadar belirlilik ilkesinden uzak ve bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngören bu norm T.C. Anayasası'nın 26. maddesi ile vatandaşlara verilen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini olumsuz etkileyecektir. Ayrıca otosansüre neden olacak ve anayasaya aykırılığı gündeme gelecektir. Bütün bu açıklamalardan sonra kanuna yapılan bu eklemenin gerekli ve değerli olduğunu belirtmekle beraber normun hukukun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesine⁷⁹ aykırı olmasının düşünce özgürlüğüne engel olacağı aşıkardır. Ölçüt olarak yalan haber ve dezenformasyon için makalemizin ilgili bölümlerinde verilen kıstaslar kullanılabilir. Kanaatimce kanun yapmak gereklidir fakat hukukun temel ilkeleri göz ardı edilmemelidir. Sosyal medya gibi büyük ve tehlikeli sonuçlara yol açabilecek bir mecra için yapılacak kanun diğer kanunlara bağımlı bir şekilde değil bağımsız ve özel bir kanun olmalıdır.

Türkçe diline işbirlikçi düzenleme olarak çevirebileceğimiz co-regulation kavramı kanun yaparken demokrasi ve çoğulculuğun önünü kapamaması için takip edilmesi gereken bir yol olarak tanımlanabilir. İş birlikçi düzenleme (co-regulation) devlet ile sosyal medya şirketlerinin birlikte çalışmasını ifade etmektedir. Devletler yasa yoluyla, sosyal medya şirketleri de kendi düzenlemeleri (self-regulation) ile sürece ka-

⁷⁸ Dr. Öğr. Üyesi Aras Türay/Arş. Gör. Eşref Barış Börekçi/ Arş. Gör. Aslı Ekin Yılmaz/ Arş. Gör. Yalım Yarkın Özbacı, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler", *Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi*, Aralık 2022, s. 20.

⁷⁹ Murat Balcı/Kerim Çakır, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, C. 9, S. 1, s. 3.

tılım sağlamaktadır.⁸⁰ Sosyal medya şirketleri kendi iç düzenlemelerini yapmakta ve yaptıkları düzenlemeler kanunda gösterilen normlara paralel olabileceği gibi kendi kuruluş amaçlarına uygun da olabilmektedir. Bu düzenlemelerin denetlenmesi şirketlerin kendileri tarafından yapılırken, devlet kendi koyduğu kanunlarla ilgili olanlara da uyulmasını şirketlerden talep etmektedir. Şirket kendi içinde kanunlara uygun yaptırımları uygulamakla mükellef olacaktır. Şayet şirket uygulama konusunda gönüllü olmazsa devlet devreye girecek ve hem sosyal medya platformuna hem de içeriğe müdahale edecektir. Bu sayede devlet konuya son müdahil olduğu için düşünce özgürlüğüne engel olduğu argümanı asgari seviyeye çekilebilecektir. Bu yöntemin diğer bir avantajı da sosyal medya şirketlerinin ülke içinde kuracakları temsilci kuruluşlar devletin RTÜK misali sosyal medya özelinde kuracağı bir kurum ile denetlenebilmesidir. Sosyal medya şirketlerinin kuracağı temsilci kuruluşlara Almanya örneğinde olduğu gibi iç hukuka hakim hukuk danışmanlarının atanması zorunluluğu getirilerek devlet müdahalesi gerekmeksizin şirketlerin iç ilişkilerinde bu durum çözümlenebilecektir. Çözümlemeyen ya da kasten çözülmeyen durumlarda yargıya daha fazla yük getirmemesi açısından konusunda uzmanlardan oluşan bu denetleyici idari kurum temsilci kuruluşların hukuk danışmanları ile kanun çerçevesinde sonuca gitmek için çalışacaktır. Dolayısıyla yargı yolundan önce birçok çözüm yolu sunulmuş ve devletin müdahalesi minimize edilmiş olacaktır. Sonuç olarak bizim sunduğumuz sistemin üç temel ögesi bulunmaktadır. Bunlar: Kanun, Denetleyici İdari Kurum ve İşbirlikçi Düzenleme (Co-regulation) Sistemi. Bu üç ögenin de içeriği yalan haber ve dezenformasyon için oluşturmaya çalıştığımız ölçütler kullanılarak ve son bölümde açıklamaya çalıştığımız yöntemler aracılığıyla hukukun temel ilkelerine uygun, adil ve düşünce özgürlüğünü engellemeyecek şekilde kurgulanarak yalan haber ve dezenformasyonun bütün çıkış yolları kapatılabilecektir.

SONUÇ

Dijital tabanlı medya araçları özelinde sosyal medya platformları gittikçe artan kullanıcı kitlesi ile sağladığı pek çok yararın yanında

⁸⁰ András Koltay, "A Typology of Social Media Regulations in Europe and their Possible Future Development", *Law, Identity And Values*, 2021, C. 1, S. 2, s. 42.

bazen hesaplanamayacak büyüklükte zararlar verebilmektedir. Günümüzde özel ve tüzel kişiler kendilerini sosyal medya araçları aracılığı ile ifade etmekte, amaçlarını, misyonlarını bu yolla gerçekleştirmektedir. Sosyal medya şirketleri büyük bütçeleri ve global güçleriyle artık herkes için bir iletişim aracı haline gelmiştir. Sosyal medya birçok açıdan faydalı olmakla birlikte çığ gibi büyüyen kartopu misali halk arasında infiallere yol açabilmektedir. Herkesin bir şekilde sosyal medya ile yollarının kesiştiğini ve sosyal medya kullanmamanın neredeyse imkânsız hale geldiği günümüz dünyasında dezenformasyon ve yalan haberin yıkıcı etkisi göz ardı edilemeyecek büyüklüktedir. Donald Trump'ın seçimlere sosyal medya üzerinden müdahalesi, covid-19 pandemisindeki yalan ve yanlış bilgi akışı, Brexit referandumu dünya ölçeğinde; Muğla'daki orman yangınlarında yapılan yalan haberlerin çalışmaları zorlaştırması, Gezi Parkı olayları gibi konular ve dünya ölçeğindeki konular ise Türkiye ölçeğinde sosyal medyanın denetlenmesi ile ilgili yolları açmıştır. Yalan haberin amacının gerçekleri saklama ve insanları gerçek olmayan olgu ve bilgileri yalan haber olduğunu bilerek ya da bilmeyerek bir şekilde paylaşmaya yönlendirmek olduğunu belirleyebiliriz. Bununla beraber her ne kadar yalan haber yapımcıları bu haberi gerçek bir habermiş gibi pazarlasa da onun uydurma, gerçek dışı olduğu ve çoğunlukla da kaynağının belirsiz olduğu sonucuna vararak yalan haberi saptayabiliriz. İkinci kavramımız dezenformasyon ise yanlış bir bilginin, kasten, belli bir saikle ve zarar vermek amacıyla paylaşılmasıdır. Yalan haber ve dezenformasyon birbirine çok yakın kavramlar olmakla beraber aralarındaki farkı temel olarak haber değeri taşıyıp taşınamamasıyla ayırt edebiliriz. Yalan haber ve dezenformasyon artık hem demokrasi hem de devletler için önemli derecede tehditkar olmaya başladığı için birçok ülkede farklı konseptlerde olmakla beraber düzenleme yoluna gidilmektedir. Avrupa devletlerinde kanun ihdası ve şirketlerle iş birliği yoluna gidilirken, Anglosakson ülkelerinde değişken uygulamalarla karşılaşmaktadır. Çin gibi daha kapalı ülkelerde ise sansür uygulamaları sosyal medya denetimi olarak tanımlanmaktadır. Sosyal medya denetiminin ifade özgürlüğüne engel olduğunu belirten hatırı sayılır çoğunlukta bir grup olduğu için demokrasi anlayışı yüksek devletler denetleme konusunda hassas davranırken, Çin gibi ülkeler direkt yasaklama hatta yorumları dahi denetleme yoluna giderek vatandaşların kendi kendilerine bile otosansür uygulamasına neden olmaktadır. Denetleme ihti-

yacının diğeri bir sebebi de sosyal medya şirketlerinin yeterli önlemleri alma konusunda gönülsüz olmasıdır. Devletler ya direkt yasaklayıcı zihniyet yolunu tercih etmiş, ya iş birliğine gitme yolunu tercih etmiş ya da Amerika gibi karışmama yoluna gitmiştir. Kanaatimce Türkiye pratiği için ise şu yöntemler uygulanabilir: Öncelikle sosyal medya düzenlemesi ile ilgili özel, hukukun temel ilkelerini gözetilen ve ayrı bir kanun yapılması gereklidir. Mevcutta bir kanunumuz vardır fakat çok fazla eleştiri aldığı için en azından revize edilmesi ilgilileri memnun etmesi ve kafalardaki şüpheleri yok etmesi açısından önemlidir. RTÜK gibi denetleyici bir kurumun kurulması mahkemelerin yükünü azaltacaktır. Basın Konseyi gibi özdenetim mekanizmalarının cesaretlendirilmesi ve desteklenmesi ile kendi etiğini yaratacak sosyal medyanın devlete olan yükü azaltılacaktır. Nihayet iş birliği denetleme (co-regulation) sistemi ile kurulacak ülke sınırları içindeki temsilciler aracılığıyla sosyal medya şirketlerinin iç hukuka hâkim ve devlet tarafından zorunlu tutulan içerik denetleyici kadrosunun özdenetimi ile devlet ikinci planda kalacak ve ifade özgürlüğüne engel olunmayacaktır. Sonuç olarak sosyal medya denetimi konusunda şirketlerin gönülsüz olması sebebiyle devletin bu alana müdahale etmesi kaçınılmaz olmuştur. Müdahale gerekli ve önemlidir, fakat izlenen yolun adil, güvenilir ve ifade özgürlüğüne engel olmayacak şekilde düzenlenmesi demokrasi ve hukuk için daha büyük önem arz etmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aras İlhan, "Çin'de Sosyal Medya", Teknoloji ve Uluslararası İlişkiler, s. 277-290, Aydın Ömer/Cengiz Çağdaş, Nobel Akademik Yayıncılık, B. 1, Ankara 2021.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", B. 11, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Makaleler

- Aaron Blake, A New Study Suggests Fake News Might Have Won Donald Trump The 2016 Election, The Washington Post, 03.04.2018, (Çevrimiçi erişim: <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2018/04/03/a-new-study-suggests-fake-news-might-have-won-donald-trump-the-2016-election/>).
- Allcott Hunt & Gentkow Matthew, Social Media And Fake News In The 2016 Election, Journal Of Economic Perspectives, 2017, C. 31, S. 2, s. 211-236.
- Andorfer Alexandra, Spreading Like Wildfire: Solutions For Abating The Fake News Problem On Social Media Via Technology Controls And Government Regulation, *Hastings Law Journal*, 2017, C. 69, s. 1409-1431.

- Aydın Ali Fikret, Post-Truth Dönemde Sosyal Medyada Dezenformasyon: Covid-19 (Yeni Coronavirüs) Pandemi Süreci, *Asya Studies*, Haziran 2020, C. 4, S. 12, s. 76-90.
- Ayhan Ahmet & Erken Gülsüm, Siyasal İletişimde Dezenformasyon Ve Sosyal Medya: Bir Doğrulama Platformu Olarak Teyit.Org, *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, 2018, S. 29, s.202-223.
- Balcı Murat & Çakır Kerim, Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, C. 9, S. 1, s. 3.
- Bayazıt Zeynep & Biçer Ali Altuğ, Sosyal Medya İletişiminde Sosyal Medya Denetiminin Önemi, *Muhasebe ve Denetime Bakış*, 2019, C. 19, S. 57, s. 141-164.
- Bennett W. Lance & Livingston Steven, The Disinformation Order: Disruptive Communication And The Decline Of Democratic Institutions, *European Journal Of Communication*, 2018, C. 33, S. 2, s. 122-139.
- Brown Nina I., & Jonathan Peters, Say This, Not That: Government Regulation and Control of Social Media, *Syracuse Law Review*, 2018, C. 68, s. 521-545.
- Büyükaşar Mehmet, Sağlık Mezenformasyonu: Çevrimiçi Kanallardan Yayılan Yanlış Bilgi Salgını, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, Ocak 2022, C. 17, S. 57, s. 73-101.
- Cihan Murat & Yıldız Sıtkı, Sosyal Medya Aracılığı İle İşlenen Suçlar: Facebook, Twitter ve Instagram Örnekleri, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Ocak 2021, C. 11, S. 1, s. 135-150.
- Cusumano Michael A., Gawer Annabelle & Yoffie David B., Social Media Companies Should Self-Regulate. Now, *Harvard Business Review*, 15.01.2021, s.1-7. (Çevrimiçi erişim: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=59517>).
- Denge ve Denetleme Ağı, "Dünyada Sosyal Medya Düzenlemelerine Karşılaştırmalı Bakış ve Türkiye İçin Somut Öneriler", *Demokrasi Barometresi*, 16.05.2022, Analiz Raporu No: 16, s.8. (Çevrimiçi erişim: <https://www.dengedenetleme.org/publication/182/Dunyada-Sosyal-Medya-Duzenlemelerine-Karsilastirmali-Bakis-ve-Turkiye-icin-Somut-oneriler-Raporu>).
- Dr. Öğr. Üyesi Türay Aras/Arş. Gör. Börekçi Eşref Barış/Arş. Gör. Yılmaz Aslı Ekin/Arş. Gör. Özbacı Yalım Yarkın, Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler, *Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi*, Aralık 2022, s. 20.
- Eren Veysel & Aydın Abdullah, Sosyal Medyanın Kamuoyu Oluşturmadaki Rolü ve Muhtemel Riskler, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2014, C. 2014, S. 3, s.197-205.
- Gedikli Ahmet Taha, Karşılaştırmalı Hukukta İnternet Ortamındaki Asılsız Bilgi Paylaşmalarının Önlenmesi, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 30.12.2020, C. 2, S. 2, s.221-257.
- Gülslan Taylan, Sosyal Medya Güncel Tartışmalar: Sosyal Medyanın Kontrolü & Medya Hizmet Ve Gizlilik Sözleşmeleri & Yerli Ve Milli Sosyal Medya, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 2021, C. 4, S. 1, s. 1-21.
- İlgin Hicran Özlem, Sosyal Medyada Dezenformasyon ve Halkla İlişkiler İlişkisi, *İletişim Çalışmaları Dergisi*, 2021, C. 7, S. 2, s. 303-322.

- Irak Hakan, Post-Truth Çağda Dijital Dezenformasyon: Covid-19 Aşı Karşıtlığı Üzerine Bir İnceleme, Ahi Evran Akademi, 2022, C. 3, S. 1, s.115-129.
- Kaya Sertaç, Sosyal Medyada Anonim Olmanın Söylemler Üzerindeki Etkisinin Haber Yorumları Üzerinden İncelenmesi, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, 2022, S. 60, 168-185.
- Kobak Kadriye & Soğukdere Şuheda, Sosyal Medyadaki Dezenformasyon: 2021 Türkiye Orman Yangınları Örneği, *Uluslararası Medya ve İletişim Araştırmaları Hakemli Dergisi*, 2021, C. 4, S. 2, s. 167-189.
- Koltay András, A Typology of Social Media Regulations in Europe and their Possible Future Development, Law, Identity And Values, 2021, C. 1, S. 2, s. 33-52.
- Kontoğlu Sena, Alman Sosyal Medya Kanunu, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 01.06.2018, C. 8, S. 24, s. 143-150.
- Parlak Tülay, Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler İle Basın Etik İlkeleri Işığında "Yalan Haber Neşri" ve Yalan Haber Neşrinin Önlenebilmesi Sorunu, *TBB Dergisi*, 2015, S. 118, s.163-198.
- Şirzad Nefise, Kovid-19 Sürecinde Aşı Kararsızlığı: Aşı Karşıtı Tweetlere İlişkin Bir Analiz, *TRT Akademi Dergisi*, Ocak 2022, C. 7, S. 14, s. 58-61.
- Tuğsan Kıvanç, Sosyal Medya Bağımlılığının Sonuçları, *International Journal of Social Science*, 2021, C. 11, S. 1, s. 90-100.
- Ünal Mehmet Burak, Seçili Örneklerde Sosyal Medya Şirketlerinin Yasal Yükümlülükleri, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Bölümü, 12.08.2021, s.1-28.
- Ünal Recep & Taylan Ahmet, Sağlık İletişiminde Yalan Haber-Yanlı Enformasyon Sorunu ve Doğrulama Platformları, *Atatürk İletişim Dergisi*, 2017, S. 14, s. 81-100.
- Yıldız Fatih, Anglosakson Ve Kıta-Avrupası Geleneğinde Darbeler, *Ekonomik İşletme ve Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2019, C. 5, S. 1, s.36-48.

İnternet Kaynakları

- AFAD, <https://www.afad.gov.tr/yardim-kampanyalari>
- Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4471.pdf>
- Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org>
- Çin Hükümeti, İnternet Yorumlarını Sansürlemek İstiyor, <https://www.ensonhaber.com/teknoloji/cin-hukumeti-internet-yorumlarini-sansurlemek-istiyor>
- Çin'de hükümetin Covid-19 politikasını eleştiren sosyal medya hesaplarına sansür, <https://www.ntv.com.tr/dunya/cinde-hukumetin-covid-19-politikasini-elestiren-sosyal-medya-hesaplarina-sansur,jlG1S-pT6kunOfM58t-tNA>
- Çin'den sosyal medya fenomeni Xu Guohao'ya 277 milyon lira vergi cezası, https://www.ntv.com.tr/dunya/cinden-sosyal-medya-fenomenixu-guohaoya-277-milyon-lira-vergi-cezasi,2d-Uzu2mq0eqt26w_0v4MA
- Hurmaldaki Corro Virüs Ve Suudi Arabistan Sağlık Bakanlığının Uyarısı, <https://teyit.org/hurmaldaki-virus-ve-suudi-arabistan-saglik-bakanliginin-uyarisi>

- Öğrencileri için sosyal medyada yardım kampanyası başlattı, <https://www.aa.com.tr/tr/pg/foto-galeri/ogrencileri-icin-sosyal-medyada-yardim-kampanyasi-baslatti->
- Schaedel Sydney, Did the Pope Endorse Trump?, <https://www.factcheck.org/2016/10/did-the-pope-endorse-trump/>
- Sosyal Medyanın İyilik Kampanyası 'Minik Eller Üşümesin2', <https://www.kizilay.org.tr/Haber/HaberDetay/1965>
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>
- Wakefield Jane & Gerken Tom, Online Harms Bill: Cyber-flashing added to proposed legislation, BBC Technology, 2022, <https://www.bbc.com/news/technology-6075046>
- Word of the Year 2016, <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>
- Yargıtay Kararları, <https://www.kazanci.com>.
- Yeni Zelanda'da iki camiye terör saldırısı: 49 kişi yaşamını yitirdi, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/yeni-zelandada-iki-camiye-terror-saldirisi-49-kisi-yasamini-yitirdi/1418614>
- 2017'de Viral Olmuş Ve Gerçekliğine Birçok İnsanı İnanırmış 17 Yanlış Haber, <https://listelist.com/viral-yanis-haberler/>

MESAJLAŞMA UYGULAMALARI İLE BULUT VE SOSYAL MEDYA ORTAMLARINDAN SAYISAL DELİLLERİN ELDE EDİLMESİ

OBTAINING DIGITAL EVIDENCES FROM MESSAGING APPLICATIONS, CLOUD AND SOCIAL MEDIA

Burak MELEMEZ*

Özet: Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucu bilişim cihazlarının çeşitliliğinin artması ve kullanımının yaygınlaşması bilişim suçları ile bilişim sistemleri vasıtasıyla işlenen suçların sayısındaki artışı beraberinde getirmiştir. Bu suçların aydınlatılmasını sağlayacak sayısal deliller çeşitli adli bilişim yöntemleriyle elde edilebilmektedir. Elde edilen bu delillerin bir anlam ifade edebilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekir. CMK m. 134 ve m. 135'te bilişim cihazlarındaki sayısal delillerin elde edilebilmesi için iki farklı koruma tedbirine yer verilmiştir. Ancak bu tedbirler günümüz bilişim ve yazılım teknolojilerinin ihtiyaçlarına tam anlamıyla karşılık verememekte ve bu durum uygulamada tereddütlere sebep olmaktadır. Çalışmamızda bu ihtiyaçtan yola çıkılarak, CMK m. 134 ve m. 135 bağlamında elektronik posta ve anlık mesajlaşma uygulamaları ile bulut ve sosyal medya ortamlarında bulunan sayısal delillerin elde edilmesi konusu incelenmiştir.

Çalışmada öncelikle CMK m. 134 ve m. 135 hükümlerinin kapsam ve özelliklerine değinilerek bu koruma tedbirlerinden hangisine, ne zaman başvurulması gerektiği hususu tespit edilmeye çalışılmıştır. Daha sonra ise bu tespitten yola çıkılarak yaygın kullanımları nedeniyle sayısal deliller için önemli birer kaynak teşkil eden mesajlaşma uygulamaları ile bulut ve sosyal medya ortamlarındaki delillerin hukuka uygun olarak nasıl elde edilmesi gerektiği hususu incelenmiştir. Bu inceleme sırasında söz konusu program ve ortamların sahip oldukları özellikler dikkate alınmıştır. Son olarak, e-posta ve anlık mesajlaşma uygulamalarına nazaran daha yeni bir teknoloji ürünü olan bulutta bulunan delillerin elde edilmesindeki güçlükler nedeniyle başvuru alan veri yerelleştirme/veri ikameti konusuna değinilmiştir. Çalışmada mevzuatımızın yanı sıra Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleş-

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, bmelemez@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8768-7535, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.03.2023, Kabul Tarihi: 17.07.2023

mesi (ASSS) ve Avrupa Konseyi'nin sayısal delillerin elde edilmesine ilişkin faaliyetleri kapsamında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayarlarda Arama, İletişimin Denetlenmesi, Bulutta Arama, Siber Suç Sözleşmesi, E-posta, WhatsApp, Sosyal Medya

Abstract: As a result of the developments in information technologies, the spread of the diversity and use of information devices has brought about an increase in the number of cyber crimes and crimes committed through information systems. Digital evidence to detect these crimes can be obtained by various forensic methods. In order for these evidences to be legitimate, they must be obtained in accordance with the law. In Art. 134 and Art. 135 of Turkish Criminal Procedure Code, two different measures of protection are included in order to obtain digital evidence on information devices. However, these measures cannot fully cover the needs of today's information and software technologies, therefore this situation cause hesitations in enforcement of law. Based on this need in our study, in the context of Art. 134 and Art. 135 Turkish Criminal Procedure Code, the issue of obtaining digital evidence in electronic mail and instant messaging applications, cloud and social media environments were examined.

In the study, first of all, the scope of Art. 134 and Art. 135 of Turkish Criminal Procedure Code are mentioned and it is tried to determine which and when of these measures of protection should be applied. Then, based on this determination, it is examined how to obtain evidence from messaging applications, cloud and social media environments in accordance with law through which are important sources for digital evidence due to their widespread use. During this research, the features of the mentioned programs and environments were taken into consideration. Finally, cloud database, which is a newer technology compared to e-mail and instant messaging applications is addressed due to the difficulties in accordance with obtaining evidence in data localization/data residency. In this study, in addition to Turkish legislation, evaluations were made within Council of Europe Convention on Cyber Crime and the scope of activities of the Council of Europe on obtaining digital evidence.

Keywords: Search on Computers, Inspection of Communication, Search on Cloud, Convention on Cybercrime, Digital Evidence, Email, WhatsApp, Social Media

GİRİŞ

Günlük hayatımızın bir parçası haline gelen bilişim cihazları hem bilgisayarlar gibi veri depolayarak işleyebilmekte hem başkalarıyla iletişim kurulmasına aracılık etmekte hem de internet erişimine imkân sağlamaktadır. Bu fonksiyonların hepsini bünyesinde barındıran ve en çok kullanılan bilişim cihazı türü şüphesiz ki akıllı telefonlardır.

Akıllı telefonlar bu özellikleri itibarıyla günümüzde sayısal deliller¹ için eşsiz birer kaynak haline gelmişlerdir. Akıllı telefonlardan elde edilen delillerin bilgisayarlar veya diğer bilişim cihazlarından elde edilen delillerden farkı bu delillerin doğrudan kullanıcıyla ilişkilendirilebilir olmasıdır.² Kullanıcının kiminle görüştüğü, sosyal medya hesapları, e-postaları, fotoğraf, video ve ses kaydı gibi birçok veriye bu yolla ulaşılabilir. Bu cihazlar müşterek kullanımdan ziyade şahsi kullanıma tahsisli olduklarından akıllı telefonlardan elde edilen delillerin kullanıcısıyla bağlantısının ortaya konulması da oldukça kolay olacaktır. Bu nedenle akıllı telefonlar maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlayacak temsil edici ve ispat gücü yüksek delillerin elde edilmesi bakımından oldukça önemli birer kaynaktır.

Teknolojinin gelişimiyle bağlantılı olarak bilişim cihazlarındaki sayısal delillerin büyük bir kısmına çeşitli adli bilişim inceleme ve yöntemleriyle kolaylıkla erişilebilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, bir delil maddi vakıa bakımından ne kadar önemli olursa olsun hukuka uygun olarak elde edilmediği takdirde hükme esas alınamaz (CMK m. 217/2). Dolayısıyla sayısal delillerin elde edilmesinde teknik boyut kadar hukuki boyut da önemlidir. Teknik eksiklikler delilin elde edilememesine, hukuki hatalar ise elde edilen delilin hukuka aykırılığına yol açar.³ Adli bilişim yöntemleri ne kadar ilerlerse ilerlesin bilişim cihazlarından elde edilen delillerin hukuka aykırı olmaması için öncelikle kanunda öngörülen usule göre alınmış bir karar bulunmalı ve bu karar hukuka uygun bir şekilde icra edilmelidir. Bu doğrultuda bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve programlarında arama yapılabilmesi için CMK m. 134, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için ise CMK'nın 135 vd. maddeleri kapsamında bir karar alınması gerekir. Ancak akıllı telefonların birden fazla fonksiyona sahip olması ve bu cihazların her geçen gün farklı şekil ve amaçlarla

¹ Elektronik delil, sayısal delil kavramını da kapsayan bir üst kavramdır. Çalışmamızda bir elektronik delil türü olan analog delillerin günlük hayatımızdan her geçen gün silinmesi ve çalışmamızın konusunu teşkil eden elektronik delil türünün sayısal deliller olması sebebiyle sayısal delil kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Elektronik ve sayısal delil kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Olgun Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 125 vd.

² Değirmenci, Sayısal Delil, s. 147.

³ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 311.

kullanılabilir olması uygulamada bu koruma tedbirlerinden hangisine başvurulacağına ilişkin tereddütler yaratmaktadır.⁴ Bu konuda yapılacak yanlış bir tercih sonucu, elde edilen delil kanuna aykırı olacağından reddedilecek (CMK m. 206/2-a) ve temel hak ve özgürlüklerin ihlali gündeme gelebilecektir. Teknolojiye başvurmanın zorunlu olduğu bu gibi hallerde temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi gerekliliği hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir.⁵

Çalışmamızda bu bağlamda akıllı telefon, tablet, bilgisayar gibi bilişim ve iletişim amaçlı kullanılabilen cihazların sahip oldukları özellikler ve kullanım amaçları dikkate alınarak bu cihazlardan hukuka uygun bir şekilde delil elde edilebilmesi için CMK m. 134 ve m. 135 hükümlerinden hangisi veya hangilerine başvurulması gerektiği hususu tarafı olduğumuz Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (ASSS) ve mevzuatımızdaki hükümler çerçevesinde incelenecek, böylece mevzuatımızdaki hükümlerin bu konudaki ihtiyaca ne derece karşılık verdiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. CMK m. 134 ve m. 135 HÜKÜMLERİNİN KAPSAMI

Bilişim teknolojilerindeki baş döndürücü hızdaki gelişmeler bilişim suçları olarak adlandırılan yeni suç tiplerinin doğmasına ve klasik anlamdaki bazı suçların ise bilişim araçlarıyla işlenebilmesine yol açmıştır.⁶ Bilişim suçlarında elle tutulur, gözle görülür klasik deliller yerini soyut nitelikteki sayısal delillere bıraktığından⁷ bu suçların izini sürerek delil elde edilebilmesi için geleneksel yöntemler yetersiz kalmıştır.⁸ Dolayısıyla bilişim suçlarıyla mücadele etmek ve bilişim sis-

⁴ Ersan Şen, "Bilgisayar Aramasında ve İletişimin Denetlenmesinde Hukuka Aykırılık Soruları", <https://www.hukukihaber.net/bilgisayar-aramasinda-ve-iletisim-in-denetlenmesinde-hukuka-aykirlilik-sorulari-makale,7344.html> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

⁵ Muharrem Özen/İhsan Baştürk, *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 165.

⁶ A. Caner Yenidünya/Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, 2003, s. 14.

⁷ Muharrem Özen/Gürkan Özocak, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve Elkoyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 73, S. 2015/1, s. 59; Olgun Değirmenci, "Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 58.

⁸ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 453.

temlerinin bu suçların işlenmesinde kullanılıp kullanılmadığını tespit etmek amacıyla yapılacak çalışmaların⁹ hukuki bir zemine oturtulması için CMK'da bazı yeni koruma tedbirlerine yer verilmiştir. Teknolojik imkanların ve altyapının kullanılmasını gerektiren adli bilişime ilişkin bu tedbirler CMK m. 134'te düzenlenen bilgisayarlarda arama ve CMK m. 135'te düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasıdır.¹⁰ Sayısal delillerin elde edilmesinde bu koruma tedbirlerinden hangisine başvurulması gerektiğine doğru olarak karar verilebilmesi için öncelikle bu tedbirlerin kapsam ve özelliklerinin belirlenmesi gerekir.

CMK m. 134 sadece bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve programlarında arama, kopyalama ve elkoymaya izin vermektedir. Dolayısıyla bu tedbire başvurabilmek için öncelikle incelemenin yapılacağı bilişim sisteminin bu üç kavramdan birinin kapsamına girmesi gerekir. Buradaki bilgisayar kavramı geniş anlamda kabul edilmeli ve veri¹¹ işleme, saklama ve iletme özelliğine sahip tüm cihazlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bilgisayar olarak adlandırılmamasına rağmen geniş anlamda bilgisayar tanımının kapsamına giren her türlü aygıt hakkında bu tedbire başvurulabilir.¹² Dolayısıyla akıllı telefon¹³ ve tablet

⁹ Bu çalışmaların tümü bir bütün olarak adli bilişim olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkay Henkoğlu, *Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi*, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1 vd.

¹⁰ Madde kenar başlığındaki bu ibare yerine "uzakla haberleşmenin denetlenmesi" teriminin kullanılmasının daha doğru olacağına ilişkin görüş ve eleştiriler için bkz. Veli Özer Özbek, "Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, İstanbul 2015, ss. 178-179.

¹¹ Veri, bilişim sistemlerinde yer alan ve formatlanarak sistem tarafından okunabilir hale getirilen her türlü bilgidir. Bilişim sistemlerinde yer alan veriler maddi gerçeğin ortaya çıkması için kullanıldığı takdirde sayısal delil niteliği kazanacaktır. Maddi olayla bağlantılı her türlü veri muhakeme sürecinde sayısal delil olarak kullanılabilir. Olgun Değirmenci, "Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Deliller ve Bilimselliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 97, Eylül 2014, s. 16.

¹² Değirmenci, *Sayısal Delil*, s. 328, 329; CMK m. 134'ün veri yerine, veriyi depolayan cihazı esas alan bir düzenlemeye tabi tutulmasının hatalı olduğuna dair görüş için bkz. Olgun Değirmenci, "Sayısal (Dijital) Verilerde Yakalama Sonrası Arama: Amerikan Yüksek Mahkemesinin Riley v. California Kararı Sonrası Amerikan Hukukunun Değerlendirilmesi", *TAAD*, Y. 7, S. 24, Ocak 2016, s. 81

¹³ "CMK 134. maddesindeki 'bilgisayar kütükleri' ifadesi teknik anlamda sadece masaüstü ve dizüstü bilgisayarlarda bulunanları değil, CD, DVD, flash disk, disket, harddisk vs. tüm çıkarılabilir bellekler, telefon vb. dijital tabanlı mobil cihazlarda dahil olmak üzere herhangi bir bilgi işlem veya veri toplama araç ya da gerecinde bulunabilecek tüm dijital dosyaları kapsamaktadır." Yargıtay 16. C.D. E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017.

ile akıllı saat ve bileklik gibi giyilebilir teknoloji ürünleri de bilgisayar kavramı kapsamındadır.¹⁴

CMK m. 134 kapsamında yapılan arama bilgisayarın fiziki varlığına yöneliktir. Yani doğrudan bilgisayarda depolanan verilerin kopyalanması veya bilgisayara el konulması söz konusudur.¹⁵ Bilişim sistemlerinde depolanan veya depolandığı sistem içinde işlenen bu tür veriler durağan veridir.¹⁶ Bilişim sistemlerinden elektronik veri olarak iki tür sayısal delil elde edilebilir. Bunlar akış halindeki veriler ve durağan verilerdir. Bazı veriler akış halindeyken durağan hale gelebilir.¹⁷ Durağan haldeki sayısal delillerin elde edilmesi için CMK m. 134 hükmüne başvurulması gerekir.¹⁸

CMK m. 135'te iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi (CMK m. 135/1), mobil telefonun yerinin tespiti (CMK m. 135/5) ve iletişimin tespiti (CMK m. 135/6) olmak üzere birden fazla tedbire yer verilmiştir. Bu tedbirler ilgili bölüm başlığında belirtildiği üzere telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkindir. CMK m. 135'e başvurulabilmesi için ortada telekomünikasyon¹⁹ yoluyla gerçekleştirilen bir iletişimin olması gerekir.²⁰ Telekomünikasyon araçlarıyla yapılmayan iletişim bu tedbirin konusu-

¹⁴ Tezcan vd., Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, (Editörler: Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 564; Osman Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 1227.

¹⁵ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 359.

¹⁶ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 382.

¹⁷ Değirmenci, Sayısal Delil, ss. 309-310; Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Komitesi bünyesinde kurulan Bulut Delil Grubu (Cloud Evidence Group) tarafından yapılan bir çalışmada, buradaki tasnife benzer şekilde, bilgisayarda depolanan içerik verisi (stored content data) ve iletişime müdahale etmek gibi bir yöntemle toplanması gereken gelecekteki içerik verisi (future content data) şeklinde bir ayrımı gidilmiştir. Cybercrime Convention Committee (T-CY), Criminal justice access to data in the cloud: challenges (Discussion paper prepared by the T-CY Cloud Evidence Group), 26 Mayıs 2015, s. 9.

¹⁸ Değirmenci, Sayısal Delil, ss. 309-310.

¹⁹ Telekomünikasyon kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, ss. 51-54.

²⁰ CMK m. 135 açısından önemli olan ortada bir iletişimin olup olmadığı ve bunun bir telekomünikasyon aracıyla yapıp yapılmadığıdır. Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 432.

na girmez.²¹ İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine ileriye dönük olarak başvurulabilir.²² İletişimin denetlenmesinden iletişimin yapıldığı anda dinlenmesi, kayda alınması veya okunması anlaşılmaktadır.²³ CMK m. 135 geleceğe yönelik, canlı iletişime ilişkindir.²⁴ Buradaki veri durağan değil, akış halindedir.²⁵ Bir başka ifadeyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesiyle aktif veri trafiği tespit edilmektedir.²⁶ Geçmişte yapılan eş zamanlı iletişime ilişkin kayıtlar ise CMK m. 135'in konusuna girmez.²⁷ CMK m. 135'te telekomünikasyon araçları vasıtasıyla gerçekleştirilen eşzamanlı iletişimin denetlenmesi suretiyle akış halindeki sayısal verilerin elde edilmesi söz konusudur.²⁸ Bu tedbir uygulanırken çalışmakta olan bir cihaza kullanıcının haberi olmaksızın girilmekte²⁹ ve iletişimi denetlenmektedir. Yani bu koruma tedbiri mahiyeti icabı gizli bir koruma tedbiridir.³⁰ Aksi takdirde delil elde edilmesi mümkün değildir.

²¹ Dinleme yapılırken haberleşmenin gizliliğini sağlayan önlemlerin üstesinden gelinerek iletişimin içeriğini ortaya çıkaracak teknik araçlar kullanılmalıdır. Kapının arkasından kulak misafiri olunarak yapılan bir dinleme iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamına girmez. Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano 2010, s. 378. Örneğin, kişilerin bir araya gelerek herhangi bir araç kullanmadan gerçekleştirdikleri iletişim CMK m. 139'daki gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kapsamında tespit edilebilir. Kaymaz, s. 56.

²² Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ise ileriye veya geriye dönük olarak başvurulabilir. Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020, s. 497.

²³ Kaymaz, ss. 47-49.

²⁴ Mehmet Saydam, *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 88; Yusuf Yaşar/İsmail Dursun, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri", *MÜHF-HAD*, C. 19, S. 3, s. 23.

²⁵ Resul Göksoy, *Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 194.

²⁶ Frank Saliger, "Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'na göre Telekomünikasyonun Denetlenmesi" (Çev. Murat Ceyhan), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, İstanbul 2015, s. 135.

²⁷ Kaymaz, ss. 47-49.

²⁸ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 581; Değirmenci, *Sayısal Delil*, s. 382 vd.

²⁹ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku- I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 357; Ali Parlar/Ahmet Çetin, *Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi ve Uygulaması*, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017, s. 435.

³⁰ Tonini, s. 378; Saydam, s. 156; İbrahim Şahbaz, "Koruma Tedbiri Olarak İletişim Denetlenmesi", *Ceza Yargılaması Hukukunda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 2016, s. 32.

II. MESAJLAŞMA UYGULAMALARI

Günümüzde mesajlaşmak için e-posta ve sms (short message service)'in yanı sıra çeşitli anlık mesajlaşma uygulamaları da kullanılmaktadır. WhatsApp, Facebook Messenger, Bip, Instagram Direct Message (DM), Skype, Snapchat gibi internet tabanlı anlık mesajlaşma uygulamalarının GSM operatörleri tarafından sunulan konuşma ve mesajlaşma hizmetlerine ilave olarak ses, görüntü ve video paylaşımı, görüntülü konuşma, fotoğraf filtreleme gibi bazı ilave hizmetler sunulması ve ücretsiz olması³¹ bahse konu uygulamaların oldukça fazla tercih edilmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla bu uygulamalar vasıtasıyla gönderilen ve suçun aydınlatılması için gerekli olan mesaj, görüntü, ses kaydı ve/veya videoların hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi önem kazanmaktadır. Ayrıca anlık mesajlaşma uygulamalarına nazaran daha köklü bir geçmişe sahip olan ve kullanım amacı ve şekli bakımından bu uygulamalarla benzer özellikler gösteren e-postalarda arama da günümüzdeki yaygın kullanımı dikkate alındığında halen önemini korumaktadır.

Kişiler arası iletişim kurulmasını sağlayan bu uygulamaların ortak özelliği, haberleşmenin baz istasyonları aracılığıyla değil internet üzerinden gerçekleştirilmesidir. İnternet üzerinden yapılan iletişimde, mobil telefonla baz istasyonu arasında olduğu gibi bir sinyal alışverişi değil, veri alışverişi söz konusudur. Maddenin CMK Tasarısındaki³² gerekçesinde belirtildiği üzere, kişiler arası iletişimin her türlü kablolulu veya radyo ve elektromanyetik sistemler gibi kablosuz sistemlere girilerek elde edilmesi mümkündür. Dolayısıyla CMK m. 135 internet üzerinden gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesini de kapsar.³³

³¹ Bu uygulamaların kullanılabilmesi için sadece internet bağlantısı yeterlidir. Operatörler tarafından sunulan sms hizmetinde olduğu gibi atılan her bir mesaj kullanıcının tarifesine tanımlı olan limitten düşmemekte veya atılan her bir mesaj için ücretlendirme yapılmamaktadır. Anlık mesajlaşma uygulamalarının bu kadar yaygınlaşmasının altında yatan önemli nedenlerden bir diğeri de budur.

³² Maddenin CMK Tasarısındaki gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, ss. 376-381.

³³ Cumhuriyet Şahin, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", GÜHFD, C. 11, S. 1-2, Y. 2007, s. 1099; Değirmenci, Sayısal Delil, s. 385; Kaymaz, s. 151; Saydam, s. 88; Göksoy, s. 174; Yaşar/Dursun, s.24; Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 85; İnternet üzerinden gerçekleştirilen canlı konuşma ve yazışmaların takibinin dinleme olarak nitelendiril-

E-postalar iki sunucu arasında akış halindeyken, alıcı hesabına ulaştığı anda durağan hale gelir.³⁴ ASSS'nin "Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması" kenar başlıklı 19. maddesine ilişkin açıklayıcı memorandumun 190. maddesinde elektronik postaların bu özelliği dikkate alınarak, e-postaları saklı bilgisayar verisi (durağan veri) veya akış halindeki veri olarak belirleme yetkisi taraf devletlere bırakılmıştır.³⁵ ASSS'yi onayladığımız³⁶ 9 Ağustos 2014 tarihinden beri mevzuatımızda bu konuda bir düzenlemeye gidilmediğinden bu konudaki çözüm öğreti ve uygulamaya bırakılmış gözükmektedir.

Öğretideki bir görüşe göre, e-posta yoluyla yapılan iletişim üç safhada gerçekleşir. İlk aşamada ileti, göndericinin e-posta hizmetini kullandığı araçtan (tablet, telefon, bilgisayar vs.) hizmet sağlayıcının posta sunucusuna (mail-server) gelir. İkinci aşamada hizmet sağlayıcının sunucusuna kaydedilen ileti gönderilmek üzere kısa bir süre bekletir. Üçüncü ve son aşamada ise ileti hizmet sağlayıcının ara sunucusundan alıcının posta sunucusuna gönderilir.³⁷ Elektronik posta ikinci aşamada, yani hizmet sağlayıcısının sunucusunda iken e-posta göndericinin posta kutusundan alıcının posta kutusuna nakledilmektedir. İletişimin bu aşamasında elektronik veri akış halindedir.³⁸ Dola-

lebileceğine ilişkin görüş için bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, "Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi", Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt-1, İstanbul 2008, ss. 109-110.

³⁴ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 310.

³⁵ "Madde 19 saklı bilgisayar verileri için geçerlidir. Bu açıdan, alıcı kendi bilgisayar sistemine indirinceye kadar bir İnternet hizmet sağlayıcının posta kutusunda bekleyen e-posta mesajlarının saklı bilgisayar verisi olarak mı yoksa aktarım halindeki veri olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bazı Taraf Ülkelerin mevzuatında bu e-posta mesajları iletişimin bir parçasıdır ve dolayısıyla içerikleri ancak müdahale yetkisini uygulayarak temin edilebilir. Bazı hukuk sistemlerinde ise bu mesajlar Madde 19'un kapsamına giren saklı veriler olarak görülür. Bu nedenle, Taraflar hangisinin kendi ulusal hukuk sistemlerine uygun olduğunu belirlemek için yasalarını incelemelidir". Siber Suç Uzmanları Komitesi, Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi Taslağı (Çev. İnternet ve Hukuku Platformu), Ankara 2008, s. 206.

³⁶ Türkiye'nin 10 Kasım 2010 tarihinde imzaladığı Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi" olarak 29083 sayılı ve 9 Ağustos 2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak onaylanmıştır.

³⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 459; Kaymaz, s. 44.

³⁸ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 333.

yısıyla CMK m. 135'e başvurulmalıdır.³⁹ Üçüncü aşamada, ara sunucudaki ileti alıcı tarafından çağrılarak açılır ve iletişim sona erer. Bu işlem özellikle kamu veya özel kurum ve kuruluşlarda kullanılması tercih edilen mailbox üzerinden gerçekleştirilebileceği gibi webmail üzerinden de gerçekleştirilebilir. Mailbox üzerinden okunan e-posta açıldığı anda bilgisayara kaydedilerek durağan veri haline geldiğinden artık bu aşamadan sonra CMK m. 134'ün konusunu teşkil eder. Ancak webmail hizmetinde alıcı, kullanıcı adı ve şifresini girmek suretiyle herhangi bir yer ve bilgisayardan kendine ait posta kutusuna girerek herhangi bir iletiyi bilgisayara kaydetmeksizin okuyabilmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla e-posta hizmetinin sadece webmail üzerinden sunulduğu hallerde, kişinin bu iletinin içeriğini kullandığı bilgisayara kaydettiği haller ayrık kalmak üzere, ileti internet üzerindeyken elde edilirse iletişimin denetlenmesi söz konusudur.⁴¹

Öğretide yer alan ikinci bir görüşe göre ise, elektronik posta kutularında saklanan ve silinmiş bile olsa bilgisayarda yapılacak arama sonucu ele geçirilebilecek iletilerin CMK m. 134 kapsamında değil, CMK m. 135 kapsamında denetlenmesi gerekir. Burada iletişimin sona ermesi gerekçe gösterilerek CMK m. 135'in uygulanamayacağı, ayrıca bu durumun telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin gizliliği ile de bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Ancak iletişimin özel olarak korunması ihtiyacına yanıt vermek için bu postalara CMK m. 135 kapsamında müdahale edilmesi şarttır.⁴² Bu görüşün, iletişimin gizliliğinin özel olarak korunması ihtiyacına katılmakla birlikte, kanaatimizce burada CMK m. 135'te düzenlenen koruma tedbirinin ileriye dönük bir iletişimin varlığı ve gizlilik özelliklerini de dikkate alarak bir sonuca

³⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 460; Değirmenci, Sayısal Delil, s. 333; Özbek'e göre, e-posta haberleşmesinin ikinci aşamasında iletişimden söz edilemez. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi söz konusu olamaz. Veli Özer Özbek, "İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", *DEÜHFD*, C. 4, S. 1, Y. 2002, s. 132; Alman Federal Temyiz Mahkemesi de posta kutusundaki açılmamış e-postaların elde edilmesini iletişimin denetlenmesi kapsamında değerlendirmektedir. Kaymaz, s. 44.

⁴⁰ Yenisey/Nuhoğlu, ss. 459-460; Bilgisayarda bulunan sabit veri şeklindeki e-postaların Alman Ceza Muhakemesi Kanundaki arama ve elkoyma hükümleri kapsamında elde edilebileceğine ilişkin bkz. Saliger, s. 135.

⁴¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 460; Sunucular arasında nakledilen e-postalar (ikinci aşama), paket toplama programları sayesinde toplanarak elde edilebilir. Değirmenci, Sayısal Delil, s. 333.

⁴² Tezcan vd., s. 612.

ulaşmak gerekir. Bu nedenle e-posta yoluyla yapılan iletişim denetlenmesinde bu iletişim türünü üç safhaya ayıran ve e-posta hizmetinin kullanıldığı platformların (mailbox-webmail) özelliklerini dikkate alarak bir sonuca ulaşan ilk görüşü benimsemek kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

Mailbox, kullanılan bilgisayarda kurulu olan ve e-posta gönderip almaya yarayan bir programdır.⁴³ Mailbox üzerinden gönderilen e-postalar göndericinin bilgisayarındaki mailbox programının kurulu olduğu klasöre kaydedilmektedir. Aynı şekilde gönderilen e-posta alıcı tarafından mailbox üzerinden açılarak okunduğu zaman alıcının bilgisayarına kaydedilmektedir. E-postaların gönderilip alınmasının mailbox üzerinden gerçekleşerek bilgisayara kaydedildiği bu hallerde e-postalar durağan veri haline geldiklerinden bizce de CMK m. 134'ün konusunu teşkil ederler.⁴⁴ E-posta içeriğinin iletişimin yapıldığı sırada elde edilmesi bakımından ise CMK m. 135'te düzenlenen koruma tedbirine başvurulacaktır.⁴⁵ E-posta göndericiden hizmet sağlayıcının posta sunucusuna, hizmet sağlayıcının posta sunucusundan ise alıcıya nakledilirken akış halindedir. Verilerin akış halinde olduğu sunucular arasında gerçekleşen bu nakil sırasında, e-postalar bazı paket toplama programları aracılığıyla elde edilebilir. Bu kapsamda elde edilen delillerin hukuka uygun olması için iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulmalıdır.⁴⁶ Ancak e-postayla yapılan iletişimin ikinci aşamasında, yani gönderilen e-postanın mail-server üzerinde kısa süre de olsa beklediği aşamada kanaatimizce CMK m. 134'e başvurulması gerekir. Bu aşamada e-posta mail-sunucusunda kayıtlı durağan veri haline gelerek iletişim sona ermiş ve alıcıya nakledilmeyi beklemektedir. Ayrıca hizmet sağlayıcının posta sunucusunun bulut depolama

⁴³ Microsoft Outlook buna örnek gösterilebilir.

⁴⁴ E-posta okunarak bilgisayara kaydedildiği anda iletişim sona ermiştir. Dolayısıyla CMK m. 134'e başvurulmalıdır. Kaymaz, s. 47; Öğretide Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararından yola çıkılarak, ele geçirilen cep telefonundaki mesajların arama ve elkoyma kararına istinaden okunamayacağı, arama ve elkoyma ile iletişimin denetlenmesi kararlarının icrasının birbirinden farklı hak ve menfaatleri ihlal ettiği, e-posta gönderilerinin okunmasının iletişime yönelik bir müdahale olduğu bu nedenle e-postaların içeriğinin okunması gerekiyorsa iletişimin denetlenmesine ilişkin karar alınması gerektiği ifade edilmektedir. Aytekin İnceoğlu, ss. 110-111.

⁴⁵ Kaymaz, s. 61.

⁴⁶ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 333.

alanı niteliğinde olan bir veri depolama birimi olduğuna işaret etmekte fayda vardır. Örneğin, Google'ın sunduğu bulut depolama hizmeti olan Google One, kendi e-posta hizmeti olan Gmail'deki e-postaları da burada depolamaktadır.⁴⁷ Çalışmamızın bulut bilişime ilişkin kısmında detaylı olarak açıklanacağı üzere, bulutta depolanan verilerin elde edilmesi bakımından verinin saklandığı yere bakılarak bir sonuca ulaşılması gerekir. Hizmet sağlayıcısının posta sunucusu (mail-server), yani gönderilen e-postanın saklandığı depolama merkezi yurt içinde bulunabileceği gibi yurt dışında da bulunabilir. Hizmet sağlayıcının mail sunucusunun yurt dışında bulunduğu hallerde CMK m. 134 kapsamında arama yapılması başka bir devletin yargılama yetkisine müdahale niteliğinde olacaktır. Aynı şekilde e-posta hizmetinin webmail üzerinden kullanıldığı hallerde e-postayla gerçekleştirilen iletişim hangi aşamada olursa olsun gönderilen ileti gönderici veya alıcının kullandığı bilgisayar, akıllı telefon veya tabletin dahili hafızasında değil hizmet sağlayıcıya ait bulut depolama alanında bulunmaktadır. Dolayısıyla webmail vasıtasıyla gönderilen iletilerin elde edilmesi bakımından da bulut bilişimin özelliklerinin dikkate alınması gerekir.

Anlık mesajlaşma uygulamaları, sms ve elektronik posta yoluyla gerçekleştirilen iletişim türlerinde olduğu gibi haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla anlık mesajlaşma uygulamaları veya kısa mesaj yoluyla gerçekleştirilen iletişim de e-posta gibi değerlendirilerek CMK m. 135 kapsamında denetlenebilir.⁴⁸ Alınan dinleme kararında CMK m. 135/4'te ifade edildiği üzere, tedbirin uygulanacağı kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespit imkân veren kodun belirtilmesi gerektiğinden usulüne uygun olarak alınan bir karar kapsamında telefonu dinlenen şüphelinin, bu uygulamalar vasıtasıyla internet üzerinden de iletişime geçtiği tespit edildiğinde bu konuda ayrı bir karar alınması gerekir. Çünkü artık iletişimin gerçekleştirildiği araç ve ortam değişmiştir. Alınan bu yeni karar önceki karar üzerinde değişiklik yapan bir karar olduğundan internet üzerinden yapılan iletişimin

⁴⁷ Gmail'in yanı sıra Google Photos ve Google Drive'da kayıtlı olan veriler de bu depolama alanına kaydedilmektedir. Bkz. <https://one.google.com/about> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

⁴⁸ Göksoy, s. 175; Şen, X Muhbir, s. 85.

denetlenmesine ilişkin bu yeni kararın süresi önceki karardaki dinleme süresinin bitiş tarihini geçemeyecektir.⁴⁹

Sms ve elektronik posta yoluyla gerçekleştirilen iletişimde olduğu gibi anlık mesajlaşma uygulamaları bakımından da geçmişte gerçekleştirilen iletişimin içeriğine nasıl erişilmesi gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır. WhatsApp, Facebook Messenger, Bip, Skype gibi bu uygulamaların anlık mesajlaşma uygulaması olarak adlandırılması tercih edilse de⁵⁰ bu uygulamalarla yazılı olarak mesajlaşmanın⁵¹ yanı sıra sesli ve/veya görüntülü iletişim ve dosya, görüntü, ses veya video paylaşımı yapılabilmektedir. Dolayısıyla geçmişte gerçekleştirilen iletişimin içeriğine hukuka uygun olarak erişebilmesi için bu uygulamalarının kendilerine özgü çalışma prensipleri ve özelliklerini de dikkate alarak bir sonuca ulaşılması gerekir.

Doktrinde aksi ileri sürülse de⁵² bir kez daha ifade etmek gerekir ki geçmişe dönük haberleşmenin dinleme ve kaydetme şeklinde denetiminin yapılması mümkün değildir.⁵³ Ancak iletişim sona erdikten sonra bu uygulamalar iletişimin içeriğine ilişkin bilgileri kullanılan telekomünikasyon aracının hafızasında veya kendilerine ait sunucularda depolayabilmektedir. Öğretideki depolanmış iletişimin CMK m. 129'da düzenlenen postada elkoyma hükümlerine göre elde edilmesine ilişkin görüş, bu sorunun çözümü için yetersizdir. Çünkü CMK m. 129'un konusu mektup gibi maddi varlığı bulunan gönderilere ilişkin-

⁴⁹ Kaymaz, ss. 357-358.

⁵⁰ Göksoy, s. 103.

⁵¹ Öğretide yer alan bir görüşe göre, CMK m. 135 hükmünde yazılı iletişimin denetlenebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Madde metni ve bu konudaki yönetmelik dikkatlice okunduğunda sürekli konuşma üzerine odaklandığı görülmektedir. Madde gerekçesinde her ne kadar elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin CMK m. 135'e tabi olduğu ileri sürülse de madde metni yazılı iletişimin denetlenmesine imkân vermemektedir. Dolayısıyla elektronik posta, sms veya anlık mesajlaşma uygulamalarıyla yapılan yazışmalar CMK m. 135 kapsamında denetlemeye konu olamaz. Bunun için yasal düzenleme yapılması gerekir. Yaşar, ss. 1280-1281.

⁵² "...CMK'nın 135. maddesi sadece ileriye dönük iletişimin denetlenmesini değil, aynı zamanda usule uygun karar almak şartıyla geçmişe yönelik iletişimin denetlenmesine de imkân tanımaktadır. 135. madde, denetimin fiilen mümkün olması kaydıyla ileriye veya geriye doğru iletişim denetlenmesi arasında bir ayrıma gitmemiş ve engel de koymamıştır." Şen, X Muhbir, s. 229.

⁵³ Kaymaz, s. 43.

dir.⁵⁴ Depolanmış iletişimin içeriğine ulaşılması CMK m. 135 kapsamına da girmez.⁵⁵ Çünkü iletişim yapılarak bitmiş ve artık bu iletişimin içeriği bilgisayarda, kullanılan cihazın hafızasında veya uygulamanın sunucusunda kayıtlı bir veri haline gelmiştir.⁵⁶ Dolayısıyla burada tartışılması gereken husus CMK m. 134'teki koruma tedbirine başvuru olarak bu verilerin elde edilip edilemeyeceğidir. Ayrıca durağan veri haline gelmiş iletişim içeriklerinin nerede depolandığının tespiti de bu konu bakımından önem arz etmektedir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, CMK m. 134 kapsamında alınan arama kararına istinaden yapılan arama neticesinde elde edilen iletişim içerikli verilerin delil olarak kullanılabilmesi için bu verilerin kişi tarafından ayrıca bilgisayara kaydedilmiş olması gerekir. İletişim içerikli bu verilerin bilgisayar tarafından otomatik olarak kaydedildiği ya da kişinin özgür iradesiyle kaydedilmediği hallerde bilgisayarda arama sonucu elde edilen bu verilerin delil olarak kullanılabilmesi için CMK m. 135 uyarınca ayrıca karar alınmış olması gerekir. Ancak yazar bu görüşün aksinin de savunulabileceğini, yani kullanıcının iradesi dışında kaydedilen iletilerin haberleşme özelliğini kaybederek bilgisayara kayıtlı bir veri haline geldiği ve bu yüzden CMK m. 134'ün kapsamına girdiği görüşünün de ileri sürülebileceğini ifade etmektedir.⁵⁷ Kanaatimizce bu konuda iletinin kullanıcının iradesiyle veya ira-

⁵⁴ Kaymaz, s. 50; Almanya'da verilen bir kararda, Facebook üzerinden gönderilen mesajlar, posta yoluyla mektup veya telgraf göndermeye benzetilmiş ve Facebook'taki mevcut ve kalıcı sohbet içerikleri hakkında postada elkoyma hükümleri kıyasen uygulanmıştır. Saliger, s. 144.

⁵⁵ Kaymaz, s. 49.

⁵⁶ Ünver/Hakeri'ye göre, iletişim ve ileti kavramlarını aynı şeylermiş gibi ele alarak ileti kaydedilmeden önceki işlemleri CMK m. 135-138 kapsamında, kaydedildikten sonra ise CMK m. 134 kapsamında gören bu görüş yerinde değildir. Burada önemli olan verinin kaydedilmesi değil, bir iletişimin varlığıdır. Eğer halihazırda bir iletişim mevcut ise CMK m. 135, iletişim sona ermişse CMK m. 160 ve devamındaki hükümler uygulanabilir. CMK m. 135 açısından önemli olan telekomünikasyon aracıyla gerçekleştirilen bir iletişimin olmasıdır. Ünver/Hakeri, s. 432; Aynı yönde bkz. Bahri Öztürk/Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 303; Aksi görüşe göre, iletişim bitmiş olsa da bu verilere erişimle kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edildiğinden bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla anlık mesajlaşma uygulamalarıyla veya kısa mesaj olarak gönderilen iletiler e-posta gibi değerlendirilerek iletişim anında delil elde etmek için CMK m. 135, iletişim sona erdikten sonra ise CMK m. 134 uygulanmalıdır. Göksoy, s. 175.

⁵⁷ Şen, X Muhbir, ss. 228-229.

desi dışında kaydedilmiş olması arasında bir ayrıma gidilmesine gerek yoktur. Öncelikle anlık mesajlaşma uygulamasının kullanıldığı tablet, akıllı telefon veya bilgisayarın hafızasına kaydedilen iletinin kullanıcının iradesiyle mi yoksa iradesi dışında mı kaydedildiğini tespit etmek her zaman için mümkün olmayabilir. Adli bilişimdeki ilerlemeler dikkate alınarak bunun oldukça kolay bir şekilde tespit edilebileceği düşünülse bile, kullanıcı bu iletilerin otomatik olarak kaydedildiğini bilmesine rağmen bunun aksini ileri sürebilir ve böylece elde edilen delilin hukuka aykırılığı gündeme gelebilir. Örneğin, CMK m. 134 kapsamında yapılan bir arama sonucu elde edilen WhatsApp'tan gönderilen bir videonun kullanıcının iradesi dışında kaydedildiği ve haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bu iletinin hukuka uygun delil sayılabilmesi için CMK m. 135 kapsamında elde edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu tarz istenmeyen durumların önüne geçebilmek adına bilişim ve iletişim fonksiyonlarına sahip cihazlarda yapılacak aramalarda bu koruma tedbirlerinin her ikisine birden başvurulması düşünülebilir.⁵⁸ Ancak bu ihtimalde de CMK m. 134'ün uygulama alanı CMK m. 135'te sayılan katalog suçlarla sınırlanmış olacaktır. Oysa bilgisayarlarda arama koruma tedbirine herhangi bir sınırlamaya tabi olunmaksızın işlenen her türlü suç için başvurulabilir. Ayrıca bu konudaki bir diğer eksiklik, bilişim suçlarına CMK m. 135'te sayılan katalog suçlar arasında yer verilmemiş olmasıdır. Bilişim suçlarında genellikle başka türlü delil elde etme imkânı bulunmaz.⁵⁹ Dolayısıyla bilişim suçları hakkında hukuka uygun olarak delil elde edilebilmesi için CMK m. 134 ve m. 135'teki tedbirlere aynı anda başvurulması mümkün değildir. Öğretide haklı olarak bilişim suçlarına katalog suçlar arasında yer verilerek bu eksikliğin giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰ Netice itibarıyla kullanıcının ister kendi iradesiyle ister iradesi dışında kaydedilmiş olsun anlık mesajlaşma uygulamalarındaki iletişim içeriği eğer bu uygulamanın kullanıldığı

⁵⁸ Bu görüş için bkz. Dülger, ss. 593-594.

⁵⁹ Bilişim suçlarında genellikle başka türlü delil elde edilemeyeceğinden CMK m. 134'teki tedbire son çare olarak başvurulması muhakemenin amacına ulaşmasını riske atacak, fail ve delillere ulaşılması oldukça güçleşecektir. Dülger, s. 585.

⁶⁰ Düzenlemedeki bu eksiklik uygulamada, bilişim suçlarının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği varsayılmak suretiyle giderilmekte ve katalog suçlar arasında sayılan TCK m. 220 hükmüne dayanılarak iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararı alınmaktadır. Dülger, s. 594.

cihazın hafızasına kaydedilmişse CMK m. 134'e göre karar alınması yeterli olacaktır. Hafızadan kastımız kullanılan cihazda veri depolanması için ayrılmış dahili hafıza ile cihazın haricen takılacak kartlarla yükseltilebilir hafızasıdır.

CMK m. 135'in ileriye dönük iletişimin denetlenmesine imkân vermesi ve bu koruma tedbirinin kullanıcıdan habersiz gizli bir koruma tedbiri olması özelliklerini dikkate alarak geçmişe dönük iletişim içeriklerinin tespiti için bu iletilerin bilgisayara kaydedilip kaydedilmemesini dikkate alarak ulaştığımız sonuç yukarıda izah edilmiştir. Ancak anlık mesajlaşma uygulamaları bu içerikleri kurulu olduğu cihaza kaydetmiyor ve bu iletiler anlık mesajlaşma hizmetini sunan kuruluşun sunucusunda depolanıyorsa ne yapılması gerektiği hususunun cevaplanması gerekir.

Anlık mesajlaşma uygulamaları web üzerinden de hizmet vermektedir. Yani bu uygulamalar herhangi bir uygulama yüklenmeden hizmetin sağlandığı internet adresinin girilmesi suretiyle de kullanılabilir. Örneğin, sosyal medya platformlarından Facebook'un anlık mesajlaşma uygulaması olan Messenger'a ya da bir diğer popüler mesajlaşma uygulaması olan WhatsApp'a web tabanı üzerinden erişilebilmektedir.⁶¹ Bu uygulamalara web üzerinden erişilerek gerçekleştirilen iletişimin içeriği kullanılan cihazın hafızasına değil hizmet sağlayıcının veri depolama merkezlerine kaydedilmekte, daha sonra mobil uygulama vasıtasıyla erişim sağlandığında hizmet sağlayıcının serverlarında kayıtlı bulunan bu veriler internet aracılığıyla senkronize edilerek uygulamanın yüklü bulunduğu mobil cihazda kayıtlı bir veri haline gelmektedir.⁶² Kanaatimizce web tabanlı anlık mesajlaşma uygulamaları ile webmail üzerinden sunulan elektronik posta hizmetleri birbirleriyle benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla WhatsApp, Facebook Messenger gibi mesajlaşma platformlarının kullanılan cihaza

⁶¹ Facebook Messenger uygulamasına www.messenger.com adresinden, WhatsApp uygulamasına web.whatsapp.com adresinden herhangi bir uygulamaya ihtiyaç duyulmadan erişilebilir.

⁶² Örneğin, WhatsApp uygulamasına herhangi bir internet tarayıcı üzerinden (Google Chrome, Mozilla Firefox, Microsoft Edge, Yahoo vb.) erişim sağlanarak gerçekleştirilen görüşmeler, gönderilen ses, video veya görüntü içerikleri internet tarayıcı kapatıldıktan sonra kaybolmamakta, yapılan görüşmelere ait bu içerik WhatsApp'ın veriyi depoladığı yerden internet aracılığıyla senkronize edilerek uygulamanın kullanıldığı mobil cihaza da aktarılmaktadır.

yüklenen bir uygulama ile değil de web tabanlı üzerinden kullanıldığı hallerde webmail üzerinden gönderilen e-posta içeriğinin tespitiyle aynı sonuca ulaşmak gerekir. Bu platformlardan gerçekleştirilen geçmişe yönelik iletişimin içeriği ancak kullanılan cihaza kaydedildiği takdirde CMK m. 134 kapsamında elde edilebilir. İletişimin kullanılan cihaza kaydedilmediği hallerde ise, iletişimin içeriğine ilişkin bilgiler kullanılan mesajlaşma platformuna ait depolama biriminde kayıtlı bir veri olarak kalacaktır. Bu verilere erişilmesi bulut depolama birimlerinde kayıtlı verilerle benzerlik gösterdiğinden çalışmamızda bulutta depolanan verilerin elde edilmesiyle ilgili ulaştığımız sonuçlar, iletişimin hizmet sağlayıcıya ait depolama birimlerinde depolandığı bu haller bakımından da geçerli olacaktır.

Anlık mesajlaşma uygulamaları üzerinden gerçekleştirilen iletişimin tespit edilmesinin önündeki en büyük engel bu uygulamalardan bazıları tarafından kullanılan uçtan uca şifreleme özelliğidir. Uçtan uca şifreleme özelliği,⁶³ gönderilen mesaj, video veya ses kaydı gibi içeriklerin sadece gönderici ve alıcı tarafından görülmesini sağlayan bir özelliktir. Bu özellik sayesinde gönderilecek ileti göndericinin cihazından çıkmadan şifrelenmekte ve bu şifreyi çözecek anahtar sadece alıcıda bulunmaktadır. Mesajların iletilmesine aracılık eden hizmet sağlayıcı hiçbir surette şifrelenmiş iletilerin içeriğini göremeyeceği gibi yapılan aramaları da dinleyemez. Uçtan uca şifreleme kişisel verilerin yasadışı yollardan elde edilmesini önleyerek kullanıcıları korumak adına getirilen bir özellik olsa da bu özellik anlık mesajlaşma uygulamalarından sayısal delil elde edilmesini neredeyse imkânsız hale getirdiğinden kötüye kullanılmaya müsaittir. Uçtan uca şifreleme özelliği bulunan anlık mesajlaşma uygulamalarıyla gerçekleştirilen geleceğe yönelik canlı iletişim, CMK m. 135 kapsamında tespit edilemeyeceği gibi bu iletişimin içeriğinin uygulamayı kullanıma sunan hizmet sağlayıcısından elde edilmesi de zor gözükmektedir. Çünkü akış halindeki veri şifrelidir ve bu şifreyi çözecek anahtar sadece alıcı da bulunmaktadır. Dolayısıyla CMK m. 135 kapsamında tespit edilen şifreli ileti adli bilişim yöntemleriyle çözülmedikçe dinlemeyi gerçekleştiren kolluk kuvvetleri tarafından iletinin içeriğine erişilemez. Aynı

⁶³ WhatsApp'ın kullandığı uçtan uca şifreleme özelliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://faq.whatsapp.com/791574747982248/?helpref=uf_share (Erişim Tarihi: 28.02.2023)

şekilde hizmet sağlayıcının da elinde şifrelenmiş gönderiden başka bir şey bulunmadığından talep edilmesi halinde adli makamlarla paylaşabilecek tek veri şifreli iletiler olacaktır. Kaldı ki uçtan uca şifreleme özelliğini kullanan WhatsApp teslim edilen mesajlar ve bu mesajlara ilişkin log kayıtlarını saklamamakta, teslim edilemeyen mesajları ise 30 gün sonra sunucularından silmektedir. Bu nedenle gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtların şifreli de olsa WhatsApp'tan temini mümkün olmayabilir. WhatsApp tarafından yapılan bilgilendirmede koluk kuvvetleri ile profil fotoğrafı, varsa hakkımda bilgisi, grup bilgileri ve telefon rehberlerinin paylaşılacağı ifade edilmektedir. Yani WhatsApp'ın sunucularından elde edilebilecek veriler bu sayılanlardan ibarettir.⁶⁴ Uçtan uca şifreleme özelliğinin sayısal delillerin elde edilmesi bakımından yarattığı bu sorunların çözümü toplum ve bireylerin suça ve suçluya karşı korunması gerekliliği bakımından büyük önem arz etmektedir.

III. BULUT BİLİŞİM ve SOSYAL MEDYA

A. Genel Olarak

Bulut bilişim, bilgisayar tabanlı hizmet ve uygulamaların internet üzerinden paylaşılması ve bu kaynakların internet bağlantısı olan her yerden erişilmesi ve çalıştırılmasını sağlayan⁶⁵ dış kaynak kullanımına dayalı bir bilgi teknolojisidir.⁶⁶ Dünya üzerinde 4.62 milyar insanın

⁶⁴ WhatsApp'ın kolluk kuvvetlerine yönelik bilgilendirmesi için bkz. https://faq.whatsapp.com/800085810452992/?helpref=uf_share (Erişim tarihi: 28.02.2023).

⁶⁵ Murat Topaloğlu/Harun Özkişi/Egemen Tekkanat, Bulut Bilişim, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 19; Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü (NIST) bulut bilişimi şu şekilde tanımlamıştır: "Bulut bilişim, yapılandırılabilir bilişim kaynaklarından oluşan ortak bir havuza, uygun koşullarda ve isteğe bağlı olarak her zaman, her yerden erişime imkân veren bir modeldir. Söz konusu kaynaklar (bilgisayar ağları, sunucular, veri tabanları, uygulamalar, hizmetler vb.) asgari düzeyde yönetimsel çaba ve hizmet alıcı-hizmet sağlayıcı etkileşimi gerektirecek kolaylıkta tedarik edilebilmekte ve elden çıkarılabilmektedir." BTK, Bulut Bilişim, Ankara 2013, s. 3, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/bulut-bilisim.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023); NIST'in tanımı için bkz. NIST, Cloud Computing Standards Roadmap, Temmuz 2013, s. 8, <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.500-291r2.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

⁶⁶ bkz. Metin Turan, Bulut Bilişim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 72.

aktif olarak kullandığı⁶⁷ sosyal medya ise web 2.0 teknolojisi⁶⁸ sayesinde kullanıcıların kendi içeriklerini oluşturabildiği ve aralarında etkileşime geçebildiği çift yönlü bir medya alanıdır.⁶⁹ Bulut bilişimdeki üç farklı hizmet modelinden⁷⁰ sayısal delillerin elde edilmesi bakımından en önemli olanı veri depolama hizmetinin sunulduğu IaaS hizmet modelidir.⁷¹ Ayrıca sosyal ağ hizmetleri gibi çeşitli yazılım ve uygulamaların, genellikle web tarayıcısı aracılığıyla kullanıcıların hizmetine sunulduğu SaaS⁷² da sosyal medyanın yaygın kullanımı dikkate alındığında bir diğer önemli sayısal delil kaynağıdır. Sosyal medya bir iletişim aracı olmakla birlikte yapılan paylaşımlar ilgili platformun sunucusunda kayıtlı olduğu için aynı zamanda verilerin bulutta depolanması söz konusudur.⁷³ Dolayısıyla sağladığı avantajlar⁷⁴ sayesinde kullanımı giderek artan bulut bilişim ile halihazırda oldukça geniş bir kullanıcı kitlesine sahip olan sosyal medya mecralarındaki sayısal delillerin hukuka uygun surette elde edilmesi hususuna açıklık kazandırılması gerekir. Burada üzerinde durulan hususun farklı bulut yazılımları veya sosyal medya ortamlarıyla internet üzerinden gerçek-

⁶⁷ We are Social'ın Dijital 2022 Raporuna göre, 7.91 milyarlık dünya nüfusunun 4.95 milyarı internete erişim sağlamakta ve bunların 4.62 milyarı sosyal medyayı aktif olarak kullanmaktadır. <https://wearesocial.com/us/blog/2022/01/digital-2022-another-year-of-bumper-growth-2/> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

⁶⁸ Web teknolojileri sırasıyla web 1.0, web 2.0, sosyal medya, bulut bilişim ve web 3.0 şeklinde gelişim göstermiştir. Turan, ss. 103-104.

⁶⁹ Sosyal medya ve web 2.0 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turan, s. 59 vd.

⁷⁰ Bulut bilişimdeki hizmet modelleri hakkında bkz. Henkoğlu, ss. 215-217; Peter Mell/Timothy Grance, The NIST Definition of Cloud Computing, NIST Special Publication, 2011, ss. 2-3.

⁷¹ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 158.

⁷² Turan, s. 80, 92; Sosyal medya ortamlarını SaaS olarak değerlendiren görüş için bkz. Bo-Wen Yang vd.: "Cloud Computing Architecture for Social Computing – A Comparison Study of Facebook and Google", 2011 International Conference on Advances Social Networks Analysis and Mining, 2011, s. 741; Bulut bilişimin hizmet türlerinden biri olan SaaS'ta kullanıcı bir yazılımı satın almak yerine onu hizmet sağlayıcıdan kiralamaktadır. Windows Live, Hotmail, Google Docs uygulamaları buna örnek olarak gösterilebilir. Johndavid Kerr/Kwok Teng, "Cloud Computing: legal and privacy issues", Journal of Legal Issues and Cases in Business, Vol. 1, 2012, s. 3.

⁷³ Aynı yönde bkz. Göksoy, s. 105.

⁷⁴ Bulut bilişimin avantajları hakkında bkz. TBMM, Bilgi Toplumu Olma Yolunda Bilişim Sektöründeki Gelişmeler ile İnternet Kullanımının Başta Çocuklar, Gençler ve Aile Yapısı Üzerinde Olmak Üzere Sosyal Etkilerinin Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Haziran 2012, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2781> (Erişim Tarihi: 28.02.2023), s. 262-263; Topaloğlu/Özkişi/Tekkanat, ss. 21-23.

leştirilen iletişimin içeriğini tespit etmek olmadığını belirtmekte yarar vardır. Zira bu konu yukarıda etraflıca tartışılmıştır. Bu başlık altında bulut bilişimin karakteristik yapısı dikkate alınarak bulutta veya sosyal medyada depolanan, yani akış halinde olmayan ses, görüntü veya video gibi sayısal delil niteliğindeki verilerin elde edilme yöntemleri ve bu yöntemlerin hukuka uygunluğu üzerinde durulacaktır.

B. Bulutta Depolanan Verilere Erişim Yöntemleri

1. Genel Olarak

Bulutta depolanan sayısal delil niteliğindeki veriler farklı yöntemlerle elde edilebilir. Bu yöntemler; CMK m. 134'te düzenlenen bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama koruma tedbirine başvurmak, karşılıklı adli yardımlaşmaya başvurmak ve bulut hesabına ait kullanıcı bilgilerinin girilmesi suretiyle bulutta depolanan verilerin elde edilmesi olarak tasnif edilebilir. Bunlarla ilgili açıklamalara geçmeden önce bulutta depolanan verilere erişim yöntemlerinin hukuka uygunluğuna ilişkin öğretilerdeki görüşlerin şekillenmesinde referans noktalarından biri olan buluttaki verilerin nerede depolandığına⁷⁵ ilişkin sorunun çözüme kavuşturulması gerekir.

Bulut veya bulut özelliğine sahip sosyal medya platformlarındaki veriler bulut hizmet sağlayıcısına ait yurt içi veya yurt dışında bulunan veri merkezlerinde depolanmaktadır.⁷⁶ Söz konusu veriler sabit olarak bu veri merkezlerinden herhangi birinde depolanabileceği gibi verilerin bulut hizmet sağlayıcısına ait veri merkezleri arasında sürekli hareket halinde olması da mümkündür. Bulutta depolanan verilerin sürekli hareket halinde olması verilerin depolandığı yerin tespit

⁷⁵ Öğretilerde bulutta depolanan verilerin konumu ve bu verilere erişim noktasındaki farklılıklardan yola çıkılarak bulut hizmetlerinin geleneksel sınıflandırmasına alternatif teşkil edecek bir sınıflandırmaya gidilmiştir. Bu sınıflandırmaya göre, data shard, data localization ve data trust olmak üzere üç farklı bulut yönetim modeli vardır. Bu ayırımın data localization olarak adlandırdığı modele çalışmamızın ilerleyen kısımlarında tekrar değinilecektir. Söz konusu sınıflandırma hakkında detaylı bilgi için bkz. Paul M. Schwartz, "Legal Access To The Global Cloud", *Columbia Law Review*, Vol. 118, No. 6, s. 1694 vd.

⁷⁶ Mesut Orta, *Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 213; Topaloğlu/Özkişi/Tekkanat, s. 80.

edilmesini güçleştirir.⁷⁷ Veriler sabit bir merkezde depolansa bile yargı yetkisinin bulut hizmet sağlayıcısının merkezinin bulunduğu yer, verilerin depolandığı yer veya şüphelinin vatandaşı olduğu ya da bulunduğu yerlerden hangisine ait olacağı hususu tartışmalı kalacaktır.⁷⁸ Ayrıca bulut hizmet sağlayıcının merkezi ile verilerin depolandığı yer farklı yargı bölgelerinde olabileceği gibi verilerin bulut hizmet sağlayıcısı tarafından ceza adaletini önlemek için sistematik olarak farklı yargı bölgelerine taşınması da mümkündür.⁷⁹ Bu sorunları aşabilmek için bulut hizmet sağlayıcıların veri depolama merkezlerinde bulunan sayısal delil niteliğindeki verilerin bütünlüğünün ve geçerliliğinin nasıl sağlanacağı ve verilerin elde edilmesine ilişkin yargı yetkisinin nasıl belirleneceği,⁸⁰ bir başka ifadeyle buluttaki verilere hukuka uygun olarak nasıl erişilebileceğinin bulut bilişimin özellikleri dikkate alınarak cevaplanması gerekir.

2. Koruma Tedbirine Başvurmak Suretiyle

Bulutta depolanan verilerin elde edilmesi için başvurulacak yöntemlerden ilki delil elde etmenin klasik yöntemlerinden olan koruma tedbirine başvurulmasıdır. Burada CMK m. 134'te düzenlenen koruma tedbirinin bulutta arama yapmak için kullanılıp kullanılmayacağına üzerinde durulması gerekir.⁸¹ CMK m. 134'te "*şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde*" arama yapılmasından bahsedilmektedir. Bulut bilişimde fiziken kullanılan bilgisayardan bir web tarayıcı, yazılım geliştirme ortamı veya sanal alt yapı yöneticisi aracılığıyla hizmet sağlayıcının dünyanın herhangi bir yerinde bulunan sunucularına erişim sağlanmaktadır. Örneğin, alt yapı hizmetinin sunulduğu IaaS'ta kullanıcı bu hizmete bağlandığı bilişim aracının donanımsal özelliklerinden bağımsız olarak bulut sağlayıcısından ihtiyaçları doğrultusunda kiraladığı sanal donanımlar

⁷⁷ Bulut bilişimin en önemli dezavantajlarından biri verilerin nerede olduğunun bilinmemesidir. Henkoğlu, s. 219, 220.

⁷⁸ T-CY, Discussion Paper, ss. 10-11.

⁷⁹ Cybercrime Convention Committee (T-CY), Criminal justice Access to electronic evidence in the cloud: Recommendations for consideration by the T-CY (Final report of the T-CY Cloud Evidence Group), 26 Eylül 2016, para. 40, s. 15.

⁸⁰ T-CY, Discussion Paper, s. 14.

⁸¹ Olgun Değirmenci, "Bulut Bilişim ve Beraberinde Getireceği Hukuksal Sorunlar Üzerine Görüşler", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 136, Y. Aralık 2017, s. 110.

(depolama alanı, işlemci, ram vs.) doğrultusunda işlem gücüne sahip olmaktadır.⁸² Yani bulut bilişimde fiziki değil, sanal⁸³ bir kullanım söz konusudur. Dolayısıyla madde metnindeki “*şüphelinin kullandığı*” ibaresindeki kullanma kavramı hem fiziki hem de sanal kullanım olarak anlaşılmalıdır.⁸⁴

Sanal kullanımın CMK m. 134’ün madde metninde yer alan “*şüphelinin kullandığı*” ibaresi kapsamına girdiğini belirledikten sonra bulut bilişimin bilgisayar, bilgisayar kütüğü veya programı kavramlarından herhangi birinin kapsamına girip giremeyeceğini tespit etmek gerekir. Öğretide yer alan bir görüşe göre, bilgisayar kütüğü kavramı bulut formunda depolama hizmeti sunan sistemleri de kapsamaktadır.⁸⁵ Bu görüşle örtüşen bir başka görüşe göre ise, Google Drive, Yandex Disk gibi internet ortamında depolama hizmeti sunan bulut depolama alanları Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (Yönetmelik) m. 17/3’te geçen “*uzak bilgisayar kütükleri*” kavramı kapsamında değerlendirilmekte ve CMK m. 134 kapsamında bulutta arama yapılabileceği ileri sürülmektedir.⁸⁶ Bilgisayar kütükleri, insan müdahalesi ile bilişim sistemi tarafından oluşturulup saklanan dosyalardır.⁸⁷ Bu tanım dikkate alındığında, kanaatimizce de bulut ortamlarını bilgisayar kütüğü kavramı kapsamında değerlendirmek gerekir. Ancak Yönetmelik m. 17/3 hükmüne dayanarak bulutta arama yapılabileceğine ilişkin görüşe katılmamız mümkün değildir. CMK m. 134 ve Yönetmelik m. 17 hükümleri kıyaslandığında bilgisayarlarda aramaya ilişkin kayda değer tek farkın, el-koyma sırasında yapılacak olan sistemdeki verilerin yedeklenmesi işleminin “*bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları*” hakkında da uygulanması gerektiğine dair ibare olduğu görülmektedir. Öğretide yer alan bir görüşe göre, kanundaki yetersiz düzenlemeye ilişkin eksiklik Yönetmeliğe eklenen bu ibareyle gide-

⁸² Topaloğlu/Özkişi/Tekkanat, s. 53.

⁸³ Bulut bilişimde kullanılan sanallaştırma teknolojisi için bkz. Turan, ss. 99-102.

⁸⁴ Değirmenci, Sayısal Delil, ss. 321-322.

⁸⁵ Bu görüşe göre, CMK m. 134’teki “bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri” kavramı yerine TCK’da kullanılan “bilişim sistemi” ibaresinin kullanılması daha yerinde bir tercih olacaktır. Dülger, s. 585.

⁸⁶ Yaşar/Dursun, s. 16, 20; Yaşar, s. 1228; Yönetmelik’te yer alan bu hükmün her hal ve şart altında uzaktan arama veya onun bir türü olan bulutta aramaya izin veren bir düzenleme olarak değerlendirilmemesi gerekir. Değirmenci, “Bulut Bilişim”, s. 110.

⁸⁷ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 53.

rilmeye çalışılarak yasanın uygulama alanı genişletilmiştir.⁸⁸ Kanaatimizce bu hususta, verilerin bilişim sistemlerinin yapı taşı olduklarını⁸⁹ unutmamak gerekir. Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere, CMK m. 134 ve 135'teki koruma tedbirlerine yer verilmesinin nedeni maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak sayısal verileri elde etmektir. Devletlerin toplumu ve bireyleri bilişim suçlarına ve aydınlatılması için sayısal delil elde edilmesi gereken diğer suçlara karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁹⁰ Dolayısıyla ister bilgisayarda isterse bilgisayara bağlanabilen bir USB veya hard diskte ya da bir bilgisayar ağı ya da uzak bilgisayar kütüğünde depolansın elektronik ortamda kayıtlı her türlü veriye erişilebilmesi gerekir.⁹¹ Kullanıcıya ait verilerin bilgisayarda veya bulutta bulunması arasında bir fark yaratılmamalıdır.⁹² Ancak bunu yaparken Anayasa m. 13 hükmünde yer alan temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması gerekliliği gözden kaçırılmamalı, gerekli yasal zemin hazırlanmalı ve belirlilik ilkesine riayet edilmelidir. Aksi halde bu tarz tartışmalarının ve uygulama kaynaklı farklılıkların oluşması kaçınılmazdır. Ayrıca CMK m. 134 hükmü, AİHS m. 8 ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkını ilgilendirdiğinden bu hakka yönelik müdahaleler AİHS m. 8/2'de ifade edildiği üzere hukuka uygun olmalıdır. Hukuka uygunluk ibaresi yapılan müdahalenin yasayla öngörülmesini, açık ve öngörülebilir olmasını gerektirir.⁹³ Anayasa m. 13 ve AİHS m. 8/2 hükümleri dikkate alındığında, bulutta arama ve elkoymanın sınırlarının kanunla net bir şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁹⁴ Temennimiz bu yönde olmakla birlikte arzu edilen yasal düzenleme yapılanaya kadar öğretilerde ileri sürüldüğü üzere

⁸⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 463.

⁸⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 362.

⁹⁰ T-CY, Final Report, para. 17, s. 9.

⁹¹ Değirmenci'ye göre, kanun koyucunun iradesi veri merkezli düzenleme yapılmasına ilişkindir. Zira veri fiziki bir varlık olsaydı zaten CMK m. 116 hükmü arama yapılması için yeterli olacaktır. Ancak kanun koyucu verinin soyut yapısını dikkate alarak CMK m. 134'te özel bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla CMK m. 134'ün odak noktasının veri olarak alınması gerekir. Değirmenci, Sayısal Delil, s. 331.

⁹² Değirmenci, Sayısal Delil, s. 243.

⁹³ De Tommaso/İtalya, Başvuru Nu. 43395/09, 23.02.2017, para. 106-107.

⁹⁴ Online aramanın kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ve bunun için bir yasal düzenleme yapılması gerektiğine dair görüş için bkz. Candide Şentürk Akaner, Bir Koruma Tedbiri Olarak Online Arama ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, ss. 185-186.

CMK m. 134/1'deki bilgisayar kütüğü kavramının bulut formunda depolanan verileri de kapsadığını⁹⁵ ve CMK m. 134 kapsamında alınan arama kararına istinaden bulutta arama yapılabileceğini⁹⁶ kabul etmek kanaatimizce de yerinde olacaktır. Ancak bu görüşümüz aşağıda açıklanacağı üzere, buluttaki verilerin saklandığı depolama birimlerine fiziki erişimin mümkün olduğu, bir başka deyişle fiziksel olarak arama ve elkoyma yapılabilen hallerle sınırlıdır.

Uygulamada CMK m. 134 kapsamında verilen arama kararlarında şüphelinin kullandığı bilgisayar, cep telefonu vb. dijital cihazlar üzerinde söz konusu karara istinaden arama yapılabileceğine ilişkin genel ibarelere yer verilmektedir.⁹⁷ Arama kararlarında genel ibarelere yer verilerek neyin, ne zaman, nerede aranacağını belirlik ilkesi çerçevesinde sınırlandırılmaması aramayı bir keşif aramasına dönüştürmekte⁹⁸ ve bilgisayarlarda aramanın en son çare olarak başvurulması gereken ikincil nitelikte bir koruma tedbiri olması hususu göz ardı edilmektedir.⁹⁹ Kanaatimizce bu şekilde tanzim edilen bir arama kararı ile şüphelinin kullandığı bulut hesaplarında arama yapılamaz. Özel bir arama türü olan bilgisayarlarda aramaya ilişkin CMK m. 134'te arama kararında bulunması gereken hususlara ilişkin CMK m. 135/4'te olduğu gibi özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden genel hüküm olan CMK m. 119'a gidilir. CMK m. 119/2-b'ye göre, arama kararında aramanın konusunun açıkça belirtilmesi gerekir.¹⁰⁰ Dolayısıyla bu konuda yukarıda belirttiğimiz kriterlerde bir düzenleme

⁹⁵ Dülger, s. 585; Bulut bilişim sistemlerini "şüphelinin kullandığı bilgisayar kütükleri" kapsamında kabul eden benzer görüş için bkz. Dilek Özge Uğraş, "Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *TBBD*, S. 154, Y. 2021, s. 116.

⁹⁶ Değirmenci, *Sayısal Delil*, s. 243.

⁹⁷ CMK m. 134 kapsamında verilen arama kararlarında, "El konulan bilgisayar, cep telefonu vb. dijital eşyalar üzerinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde belirtilen usule göre inceleme yapılmasına" ibaresine yer verilmektedir. Örnek arama kararı için bkz. Ahmet Aslan, Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 560.

⁹⁸ Değirmenci, *Triyaj*, s. 68.

⁹⁹ Olgun Değirmenci, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134), 7145 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 13, Kasım 2018, s. 151.

¹⁰⁰ CMK m. 119/2-b'de aramanın yapılacağı eşyadan söz edilmektedir. Ancak bahsettiğimiz üzere bilgisayar kütükleri ve sayısal deliller soyut kavramlardır. Dolayısıyla bu ibareyi aramanın konusu olarak kabul etmek gerekir.

yapılana kadar CMK m. 134 kapsamında verilecek arama kararında, şüphelinin kullandığı bulut ve sosyal medya hesaplarında da inceleme yapılabileceği hususuna açıkça yer verilmesi yerinde olacaktır. Arama kararında sadece bilgisayar, harddisk veya cep telefonu gibi dijital cihazlardan söz edilmiş ve bu cihazlar üzerinde yapılan inceleme sonucu şüphelinin kullandığı bulut, sosyal medya ve e-mail hesaplarının kullanıcı adı ve şifrelerine erişilmişse¹⁰¹ bu verilerin tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilmesi ve durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilerek (CMK m. 138) CMK m. 134 kapsamında bu hesaplara erişilip bulutta arama yapılabilmesi için yeni bir karar talep edilmesi gerekir. Zira bulutta depolanan veriler aramanın konusunu teşkil eden dijital cihazın dahili hafızasında değil bulut hizmet sağlayıcısına ait veri depolama merkezlerinde, yani farklı bir bilişim cihazında bulunmaktadır.

Bulut bilişime ilişkin yapılan ayrımlardan bir diğeri dağıtım modelleri dikkate alınarak yapılan sınıflandırmadır. Bulut bilişim dağıtım modelleri genel (kamusal) bulut, özel bulut, hibrit bulut ve topluluk bulutu olmak üzere dörde ayrılır.¹⁰² Hizmetin kullanıma sunulduğu kitle bakımından yapılan bu sınıflandırmada özel bulut ve genel bulut yapı itibarıyla birbirlerinden ayrılmaktadır. Özel bulut, belirli bir kurum veya kuruluşun kullanımına tahsis edilen ve kurum dışından kişilerin erişimine kapalı olan bulut bilişim türüdürken, genel bulut ise bulut bilişim altyapısının web tarayıcılar ve programlar vasıtasıyla internet üzerinden talep eden herkesin kullanımına sunulduğu dağıtım modelidir.¹⁰³ Genel bulut ile özel bulut arasındaki en önemli fark bulut bilişim altyapısı üzerindeki hakimiyete ilişkindir. Genel bulutta alt yapı hizmet sağlayıcının kendi veri merkezlerinde yer almaktayken,¹⁰⁴ özel bulutta kurulumun gerçekleştirileceği kuruluş altyapı hizmeti üzerinde sahiplik, yönetim ve işletme yetkilerine sahiptir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ayrıca web tarayıcıları e-posta hesaplarıyla da ilişkilendirilebildiğinden, bu şifreler mail hesabıyla da senkronize edilebilmekte ve o e-posta hesabıyla giriş yapılan her cihazdan kaydedilen tüm şifrelere erişilebilmektedir.

¹⁰² Mell/Grance, s. 3.

¹⁰³ Vanni Boncinelli, "Modelli tecnici e discipline giuridica del c.d. cloud computing", *Rivista italiana di informatica e diritto*, 3, 1 (lug. 2021), s. 31; Henkoğlu, s. 216.

¹⁰⁴ Turan, s. 82; Topaloğlu/Özkişi/Tekkanat, s. 60.

¹⁰⁵ Turan, s. 81; Kuruluşlar veri güvenliğine ilişkin nedenlerle çoğunlukla özel bulutu tercih etmektedirler. Boncinelli, s. 32.

Genel ve özel bulut dağıtım modellerinin söz konusu yapıları dikkate alınarak CMK m. 134 kapsamında bulutta arama yapılabileceğine ilişkin yukarıda ulaştığımız sonucun yeniden ele alınması gerekir. Öğretide dar kapsamlı ve özel bir ağda verilen bulut hizmetine ilişkin hesap bilgilerinin ve bu hesap bilgilerine ait verilerin hukuka uygun olarak verilen arama kararına istinaden elde edilebileceği ve bu surette bulutta depolanan verilere ulaşıp kopya alınmasının mümkün olabileceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁶ “Sunulana-özel” bulut bilişim hizmeti olarak da adlandırılan özel bulutta, bu hizmetten faydalanan kurum ve kuruluşların sistem üzerinde yüksek derecede kontrol imkânına sahip olması ve dışarıya kapalı olan bu özel ağın sadece ilgili kuruluşun kullanımına açık olması¹⁰⁷ dikkate alındığında kanaatimizce bu görüşe katılmak gerekir. Özel bulut alt yapısı, ilgili kişi veya kuruluşun kendi bünyesinde olduğundan¹⁰⁸ elde edilmek istenen delillerin bulunduğu depolama birimlerine fiziken erişim mümkündür. Dolayısıyla CMK m. 134 kapsamında alınan arama kararına istinaden özel buluttan delil elde edilebilir. Öğretide Yönetmelik m. 17/3’te yer alan uzak bilgisayar kütükleri ibaresinin ancak aramanın yapıldığı yerde bulunan yerel iletişim ağları üzerinde, yani özel bulutta, arama yapılmasına cevaz vereceği ifade edilmektedir.¹⁰⁹ Örneğin, bir şirket bünyesinde yapılan arama sırasında, şirket bilgisayarlarının bağlı olduğu ağdaki “ortak” klasörüne herhangi bir bilgisayardan erişim sağlanarak arama yapılabilir. Ayrıca özel bulutta, genel bulutta olduğu gibi birçok kullanıcıya ait verinin tek bir yerde depolanması söz konusu olmadığından soruşturmayla ilgisi olmayan kişilerin verilerine ulaşılarak bu kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi tehlikesi¹¹⁰ de daha az olacaktır.

Genel bulut bakımından ise hizmet sağlayıcının yurt içinde veya yurt dışında olmasına göre ikili bir ayrıma gidilmelidir. Bu ayrıma

¹⁰⁶ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 242.

¹⁰⁷ Topaloğlu/Özkişi/Tekkanat, ss. 61-62.

¹⁰⁸ Özge Dereboylular, “Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükmelerin Uygulanabilirliği”, CHD, S. 39, Y. 14, s. 170.

¹⁰⁹ Örneğin, bir işyerinde yerel ağ bağlantısıyla birbirlerine bağlı olan bilgisayarlardan birine giriş yapılarak, ağa bağlı diğer bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilir. Değirmenci, Sayısal Delil, ss. 365-366.

¹¹⁰ Bulutta birçok kişiye ait veri tek bir yerde depolandığından bulut depolama birimlerinin tamamının değil, sadece kullanıcının verilerinin depolandığı kısmın imajının alınması gerekir. Değirmenci, “Bulut Bilişim”, s. 110; Dereboylular, s. 170, 176.

gidilmesinin nedeni, devletlerin yargı yetkisinin kendi coğrafi sınırlarıyla belirlenmesine ilişkin ülkesellik (mülkiyet) ilkesidir. Bu ilkeye göre, kural olarak hiçbir devlet başka bir devletin topraklarında yargı yetkisini kullanamaz.¹¹¹ Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan ulusal düzenlenmeleri uygulama yetkisinin¹¹² ihlal edilmemesi için bu ayrıma gidilmesi bir zorunluluktur.

Yurt içinde bulunan genel bulut hizmet sağlayıcısına ait olan ve iletişimin içeriğiyle ilgili olmayan IP adresi, hizmet türü ve hizmetin alındığı zaman dilimine ilişkin bilgiler CMK m. 135'te düzenlenen iletişimin tespiti hükümlerine göre elde edilir. Bulut hizmetinin kullanıldığı cihaz ile bulut hizmet sağlayıcısının alt yapısı arasında bir iletişim söz konusu olduğundan¹¹³ bu bilgilere CMK m. 160 kapsamında¹¹⁴ erişilemez. Bulutta depolanan ve kullanıcıya ait verilerin elde edilmesi için ise CMK m. 134'e göre alınan arama kararı yeterli olacaktır.¹¹⁵ Örneğin, veri depolama merkezleri Türkiye'de bulunan¹¹⁶ Turkcell Bulut hizmetini kullanan bir kullanıcının bulutta sakladığı ve ceza soruşturması kapsamında elde edilmesi gereken delil niteliğindeki bir veriye CMK m. 134 kapsamında erişilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, CMK m. 134 kapsamında yapılacak arama şüpheli tarafından kullanılan alanla sınırlı olacaktır.¹¹⁷

Yurt dışından sunulan genel bulut hizmetlerinde ise CMK m. 134 kapsamında arama yapılması başka bir devletin egemenlik alanına müdahale teşkil edeceğinden mümkün değildir.¹¹⁸ Bir başka ifadeyle-

¹¹¹ T-CY, Final Report, para. 42, s. 15.

¹¹² Murat Önok, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İş Birliği", MÜHF-HAD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 1234.

¹¹³ Telekomünikasyon kavramının iki bilgisayar arasındaki veri alışverişini kapsamadığına, dolayısıyla telekomünikasyonun denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında tespit edilemeyeceğine dair görüş için bkz.

Saliger, s. 141; İnternete bağlı bilgisayarın başka bir bilgisayarla iletişiminin CMK m. 135 kapsamında dinlenebileceğine ilişkin görüş için bkz. Değirmenci, Sayısal Delil, s. 386.

¹¹⁴ Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi, şüphelinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil edebilecek nitelikteki araçlara başvurulmasına müsaade etmez. Saliger, s. 138.

¹¹⁵ Değirmenci, Sayısal Delil, ss. 242-243.

¹¹⁶ Turkcell Bulut'un veri merkezleri Ankara, Gebze, İzmir ve İstanbul Avrupa yakasındadır. <https://turkcellbulut.com/homepage> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

¹¹⁷ Değirmenci, Sayısal Delil, ss. 330-331.

¹¹⁸ Değirmenci, "Bulut Bilişim", s. 110.

le, yurt dışından hizmet sunan ve veri depolama merkezleri yurt dışında bulunan genel bulut hizmet sağlayıcılarındaki veriler CMK m. 134 kapsamında alınan arama kararına istinaden elde edilemez. Yargı yetkisine tecavüzün yanı sıra elde edilmek istenen veriler yurt dışında bulunan bir bilgisayar kütüğünde depolandığından, bu kütüğe yurt içinden fiziken erişim imkânı da yoktur. CMK m. 134 kapsamında yapılan arama daha önce ifade ettiğimiz üzere bilgisayarın fiziki varlığına yönelik olduğundan yurt dışındaki bilgisayar kütüklerinde bulunan verilerin CMK m. 134 kapsamında elde edilemeyeceği aşıkardır.

Farklı bir yöntem olarak yurt dışında depolanan verilerin uzaktan erişim yoluyla elde edilmesi düşünülebilir. Nitekim Alman hukukunda ASSS m. 19/2 hükmüne uyum sağlanması amacıyla uzaktan arama yapılabilmesine imkân sağlanmıştır.¹¹⁹ ASSS'nin "*Depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması*" kenar başlıklı 19. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre,¹²⁰ yetkili merciler kendi yargı yetkisi içerisinde bulunan bilişim sistemlerinde soruşturma kapsamında elde edilmesi gereken bir sayısal delil olduğuna ilişkin makul şüpheye ulaşırsa, arama kararının kapsamını genişleterek bu sistemler üzerinde de arama yapabilir.¹²¹ ASSS m. 19/2 hükmü, taraf devletlerden her birine kendi ulusal sınırları içerisinde yapılacak aramaların kapsamını genişletmek için gerekli yasal düzenlemeleri yapma yetkisi tanımaktadır.¹²² Bu hüküm doğrultusunda Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (StPO) 2007 yılında yapılan değişiklikle, aranan verilerin kaybolma tehlikesinin bulunması ve söz konusu verilerin bulunduğu sisteme uzaktan erişimin mümkün olması halinde uzaktan arama yapılabilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.¹²³ Vurgulamak gerekir ki, StPO m. 110 tarafından tanınan bu yetki genel bulut hizmet sağlayıcıların yurt içinde depoladığı veriler bakımından söz konusudur. Mevzuatımızda ise Alman hukukunda olduğu gibi, ASSS m. 19/2'un

¹¹⁹ Uğraş, s. 112.

¹²⁰ ASSS m. 19 hükmü için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140809-5-1.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

¹²¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 455.

¹²² ASSS m. 19 hükmü taraf devletlerin kendi ulusal sınırları içerisinde uygulayabilecekleri tedbirlere ilişkindir. Dereboylular, s. 194.

¹²³ Uzaktan aramaya ilişkin StPO m. 110 hükmü hakkında bkz. Uğraş, s. 112.

verdiği yetki kapsamında uzaktan arama veya online arama¹²⁴ yapılmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Daha önce değinildiği üzere, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 17/3'te geçen “uzak bilgisayar kütükleri” kavramına dayanarak uzaktan arama yapılabileceğine ilişkin görüşe de kanunilik ilkesi karşısında katılmamız mümkün değildir. Mevcut CMK m. 134 hükmü bilgisayar kütüklerine fiziken erişimin mümkün olduğu hallerde arama yapılmasına müsaade etmektedir. Bu nedenlerle gerekli yasal düzenleme yapılana kadar uzaktan arama yöntemiyle elde edilen deliller hukuka aykırı delil statüsündedir.¹²⁵

Yukarıdaki açıklamalardan sonra yurt dışından hizmet sunan ve kullanıcılarına ait verileri yurt dışında depolayan genel bulut hizmet sağlayıcılarındaki verilerin elde edilmesi için başvurulabilecek tek yöntemin aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere karşılıklı adli yardımlaşma olduğunu ifade etmek gerekir.¹²⁶ Avrupa Konseyi de özellikle içerik verileri için¹²⁷ karşılıklı adli yardımlaşmayı, farklı ülkelerin yargı yetkisinde bulunan delillerin elde edilmesinde başvurulacak temel yöntem olarak görmektedir.¹²⁸

¹²⁴ Kanaatimizce uzaktan arama ve online arama kavramları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmamalıdır. Çünkü StPO m. 100 b/1'de düzenlenen online arama, çeşitli casus yazılımlardan faydalanarak şüphelinin kullandığı bilişim sistemine gizlice erişilip veri toplanması amacıyla başvuru olan bir koruma tedbiridir. StPO m. 110/3'te düzenlenen uzaktan aramada ise; şüphelinin kullandığı ve aramanın konusunu teşkil eden bilişim sisteminden ayrı olduğu için fiziken erişilemeyen veri depolama alanına, uzaktan erişim sağlanarak aramanın kapsamı genişletilmektedir. Gizli bir soruşturma tedbiri olan online aramada tıpkı iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi şüphelinin kullandığı bilişim sistemindeki tüm hareketleri eş zamanlı olarak izlenip kayıt altına alınmaktadır ve şüpheli bundan haberdar değildir. StPO m. 100 b/1'de düzenlenen online arama hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şentürk Akaner, s. 70 vd.; Tezcan vd., ss. 565-567.

¹²⁵ Aynı yönde bkz. Dereboylular, ss. 183-184.

¹²⁶ “Bulut hizmetini sunan hizmet sağlayıcısının ülke sınırları dışında bulunması durumunda, bulutta arama yapılması ve verilere el konulmasının adli yardımlaşma hükümleri kapsamında yerine getirilmesi gerekecektir.” Değirmenci, Sayısal Delil, s. 243.

¹²⁷ T-CY, Final Report, para. 90, s. 35; Bir ceza soruşturmasında abone bilgileri, trafik verileri ve içerik verisi olmak üzere üç tür veriye ihtiyaç duyulur. Bu üç tür veriden elde edilmesi en ağır şartlara tabi tutulan veri türü içerik verisidir. T-CY, Discussion Paper, s. 7.

¹²⁸ T-CY, Discussion Paper, s. 14.

3. Adli Yardımlaşma

Yurt dışındaki veri depolama merkezlerinde saklanan verilerin elde edilmesi için başvurulması gereken adli yardımlaşmaya ilişkin genel ilkeler¹²⁹ ASSS m. 25'te yer verilmiştir. Bu hükme göre; taraflar bilgisayar sistemleri ve verileriyle ilgili suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında sayısal delil toplanması için birbirlerine "mümkün olan en geniş ölçüde" gerekli kolaylıkları sağlayacaklardır. Taraf devletlere yüklenen bu yükümlülük bilgisayar sistemiyle işlensin veya işlenmesin sayısal delil toplanmasını gerektiren bütün suçlar için söz konusudur. Ayrıca acil durumlarda, adli yardımlaşma talebinde bulunmak için kullanılacak iletişim aracının güvenilir olması kaydıyla, faks ve elektronik posta gibi hızlı iletişim araçları kullanılabilir. Adli yardımlaşma süreci yürütülürken temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması adına kural olarak taraflar arasındaki ikili antlaşma hükümleri ve kendisinden talepte bulunulan tarafın ulusal mevzuatı dikkate alınır. Adli yardımlaşma konusu fiilin her iki ülke mevzuatında suç olarak düzenlenmesi gerekir. Bu noktada önemli olan fiilin suç olarak düzenlenmesi olup taraf devletlerin söz konusu fiile ilişkin hukuki nitelendirmesinin farklı olması adli yardımlaşma talebinin olumsuz cevaplanmasını gerektirmez.¹³⁰

ASSS'nin "Saklanan bilgisayar verilerine erişilmesine ilişkin yardımlaşma" kenar başlıklı 31. maddesinin 1. fıkrasına göre taraf devletlerden her biri, ASSS'ye taraf başka bir ülkenin sınırları içerisinde bulunan bilgisayar sistemleri aracılığıyla saklanan verilerin araştırılması, bu verilere erişilmesi, el konulması, elde tutulması ya da açıklanması amacıyla talepte bulunabilir. ASSS m. 31/2'ye göre, talepte bulunulan devlet ASSS ve karşılıklı adli yardımlaşma anlaşmaları uyarınca bu talebe cevap verecektir. İlgili verilerin kaybolma ya da değiştirilme tehlikesinin bulunduğu haller ile tarafların karşılıklı anlaşmaları gereği hızlı bir iş birliği yapılmasının öngörüldüğü hallerde adli yardımlaşma taleplerinin daha hızlı cevaplanması gerekir (ASSS m. 31/3). Hızlı

¹²⁹ Adli yardımlaşma ayrı bir makale konusu olacak kadar geniş bir konudur. Bu nedenle adli yardımlaşma konusu çalışmamızda ASSS kapsamında ele alınacak ve sayısal delillerin elde edilmesi bakımından etkili bir yöntem olarak kabul edilmeyen bu yöntemin nasıl daha etkili hale getirilebileceği üzerinde durulacaktır.

¹³⁰ Karşılıklı adli yardımlaşmaya dair genel ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Önok, s. 1251 vd.

cevap yükümlülüğünü gerektiren acil durumlarda 7 gün 24 saat çalışan irtibat noktaları¹³¹ ve irtibat görevlileri ile taraflar arasındaki adli ağlar ve polis teşkilatları arası iş birliğinden yararlanılır.¹³²

İnternet kullanımının giderek artması ve dünyanın farklı yerlerinde faaliyet gösteren şirketler tarafından depolanan kullanıcılara ait muazzam miktardaki sayısal veri karşılıklı adli yardımlaşma taleplerinin sayısının son yıllarda çarpıcı bir şekilde artmasına neden olmuştur.¹³³ Bu talep artışı öyle bir noktaya gelmiştir ki, kullanıcılara ait verilerin büyük çoğunluğunu ellerinde bulunduran ABD merkezli şirketlerden sayısal delil elde edilmesine ilişkin adli yardım talepleri, ABD’de karşılıklı adli yardımlaşma sürecinin işleyişini zora sokarak bu taleplere yanıt verme sürelerini oldukça yavaşlatmıştır.¹³⁴ Öyle ki adli yardımlaşma taleplerindeki bu artış sayısal delillerin elde edilmesi bakımından karşılıklı adli yardımlaşmayı etkili bir yöntem olmaktan çıkartacak seviyeye ulaşmıştır. Adli yardımlaşma taleplerinin 6 ila 24 aylık sürelerde cevaplanması pek çok adli yardım talebinden ve dolayısıyla ceza soruşturmasından vazgeçilmesine yol açmaktadır.¹³⁵ Artan talep sayısının yanında, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak için tasarlanan adli yardımlaşma prosedürleri sürecin yavaş işlemesine neden olmakta ve adli yardımlaşma sürecini daha maliyetli hale getirmektedir.¹³⁶ Bu nedenlerle adli yardımlaşma bulut ortamında saklanan delillerin elde edilmesinde her zaman işe yarayacak, gerçekçi bir çözüm yolu değildir.¹³⁷

Bulut ortamında saklanan sayısal deliller kolaylıkla yok edilerek karartılabileceğinden¹³⁸ adli yardımlaşma sürecinin en hızlı şekilde işletilmesi gerekir. Bunun için de adli yardımlaşmayı hızlandıracak yeni

¹³¹ ASSS’nin 35. maddesinde “24/7 Ağı” olarak adlandırılan bu irtibat noktalarının kurulması için özel bir hükme yer verilmiştir.

¹³² Cybercrime Convention Committee (T-CY), T-CY assesment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime (Adopted by the T-CY at its 12th Plenary), 3 Aralık 2014, s. 124.

¹³³ U.S. Department of Justice (DOJ), Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act, White Paper, April 2019, s. 3.

¹³⁴ DOJ, s. 10.

¹³⁵ T-CY, Final Report, para. 17, s. 9

¹³⁶ Boncinelli, s. 38.

¹³⁷ T-CY, Final Report, para. 19, s. 9.

¹³⁸ Değirmenci, “Bilgisayarlarda”, s. 151.

yöntemlerin keşfedilmesi şarttır.¹³⁹ Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Komitesi (T-CY) bünyesinde kurulan Bulut Delil Grubu (CEG), ASSS'nin karşılıklı adli yardımlaşmaya ilişkin hükümleri hakkındaki değerlendirme raporunda adli yardımlaşma sürecine ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunarak bu sürecin hızlandırılması için tavsiyelerde bulunulmuştur. Raporda CEG tarafından ulaşılan bazı önemli sonuçlar¹⁴⁰ ile bu sonuçlar doğrultusunda adli yardımlaşma sürecinin hızlandırılmasına ilişkin yapılan tavsiyeler¹⁴¹ şunlardır:

- Sayısal delillerinin elde edilmesinde karşılıklı adli yardımlaşma sürecinin olması gerektiği gibi hızlı ve etkili bir şekilde işletilememesinin önündeki en büyük engellerden biri ASSS ve diğer anlaşmaların sunduğu imkanların taraf devletlerce tam olarak kullanılamamasıdır. Bu yüzden ASSS'nin başta koruma tedbirlerine ilişkin hükümleri olmak üzere tüm hükümleri taraf devletlerce uygulanmalıdır. (1 Numaralı Tavsiye)

- Adli yardımlaşma sürecinin işleyişine ilişkin taraf devletlerin ellerinde yeterli veri ve istatistik yoktur. Bu durum adli yardımlaşma sürecinin etkinliğinin izlenmesini imkânsız hale getirmektedir. Taraf devletler kendi bünyelerinde oluşturacağı çeşitli mekanizmalarla gerekli verilerin toplanması ve istatistiksel çalışmaların yapılmasını sağlayabilir. (2 Numaralı Tavsiye)
- Taraflar, bilişim suçlarıyla mücadele ve sayısal delillerin elde edilmesinde karşılıklı adli yardımlaşma, polis teşkilatları arası iş birliği ve diğer uluslararası iş birliği yöntemlerini geliştirebilmek için daha iyi eğitimler vermeli, bu eğitimler özellikle hâkim ve savcılara yönelik olmalı, yargı makamları arasında doğrudan iş birliği teşvik edilmeli ve yapılacak eğitimler Avrupa Konseyi tarafından desteklenmelidir. (4 Numaralı Tavsiye)
- Raporda, adli yardımlaşma süreçlerinin yavaş işlemesinin polis teşkilatları arasındaki iş birliğinin daha fazla tercih edilmesine yol açtığı bilgisine yer verilmektedir.¹⁴² O halde, taraf devletler arasında yapılacak anlaşmalarla polisten polise iş birliği karşılık-

¹³⁹ Önok, ss. 1235-1236.

¹⁴⁰ CEG tarafından ulaşılan sonuçlar için bkz. T-CY, Assessment Report, ss.123-125.

¹⁴¹ Raporda sunulan tavsiyeler için bkz. T-CY, Assessment Report, ss. 125-127.

¹⁴² 6 numaralı sonuç (Concl 6) için bkz. T-CY, Assessment Report, s. 123.

lı adli yardımlaşmaya alternatif olarak kullanılabilir. 7 numaralı tavsiyede de uluslararası iş birliği için taraf devletlerin karşılıklı adli yardımlaşma ve polisten polise iş birliği gibi her türlü kanalı kullanması gerektiği ifade edilmektedir.

- Adli yardımlaşma talepleri, genellikle ya eksik ya çok geniş olmakta ya da çifte cezalandırılabilirlik (dual criminality) şartı olarak adlandırılan, adli yardımlaşma talebine konu fiilin her iki ülke hukukuna göre de suç teşkil etmesi gerekliliğini taşımamaktadır. Bu nedenle talepte bulunulan devletin iç hukukun bilinmesi, bu konuda görevli personele daha fazla eğitim verilmesi ve adli yardımlaşma taleplerinde kullanılacak çok dilli şablonların hazırlanması sürecin hızlandırılması adına faydalı olacaktır.¹⁴³ Adli yardımlaşma taleplerinde bulunması gereken tüm bilgilere eksiksiz olarak yer verilmelidir. (12 Numaralı Tavsiye)
- CEG tarafından ulaşılan sonuçlardan bir diğeri, talep edilen verilerin kaybolma veya değiştirilme tehlikesinin olduğu hallerde taraf devletlerin ASSS m. 31/3'te öngörülen hızlı cevaplandırma yükümlülüğüne uymamasına ilişkindir.¹⁴⁴
- Bazı acil durumlarda hizmet sağlayıcılar kendilerine yapılan taleplere doğrudan yanıt verebilmektedir. Bu hallerde adli yardımlaşmaya başvurmak yerine yabancı hizmet sağlayıcılarla doğrudan temasa geçilerek talepte bulunulması daha hızlı yanıt alınabilmesini sağlayacaktır.¹⁴⁵
- Taraf devletlerin en çok talep ettiği veri türü kullanıcıya ait abone bilgileridir. Adli yardımlaşma taleplerini yanıtlamakla sorumlu makamlara ağır bir yük getiren bu taleplerin cevaplanması için farklı bir prosedürün izlenmesi karşılıklı adli yardımlaşmayı daha verimli hale getirecektir. Yapılacak yasal değişiklikler ve karşılıklı anlaşmalarla abonelik bilgilerinin hızlı bir şekilde talep eden devlete verilmesine imkân sağlanmalıdır. (19 Numaralı Tavsiye)
- Karşılıklı iki veya çok taraflı anlaşmalarla özellikle karmaşık davalardaki koordinasyonu kolaylaştırmak için müşterek soruştur-

¹⁴³ 8 numaralı sonuç (Concl 8) için bkz. T-CY, Assessment Report, s. 124.

¹⁴⁴ 13 numaralı sonuç (Concl 13) için bkz. T-CY, Assessment Report, s. 124.

¹⁴⁵ 15 numaralı sonuç (Concl 15) için bkz. T-CY, Assessment Report, ss. 124-125.

ma ekiplerinin (Joint Investigative Team-JIT) kurulması sayısal delillerin elde edilmesini kolaylaştıracaktır. (23 Numaralı Tavsiye)

Yukarıda sayılan tavsiyelerin yanı sıra adli yardımlaşma sürecinde görevli makamlara teknoloji okuryazarı personellerin görevlendirilmesi (3 Numaralı Tavsiye), 7/24 irtibat noktalarının adli yardımlaşma sürecindeki rolünün güçlendirilmesi, karşılıklı adli yardımlaşma prosedürlerinin aşamalarının azaltılması ve sürecin hızlandırılmasına katkı sağlayan uygulamaların T-CY ile paylaşılması (6 Numaralı Tavsiye), ölüm tehlikesi ve benzeri acil durumlarla ilgili talepler için acil durum prosedürlerinin oluşturulması (8 Numaralı Tavsiye), adli yardımlaşma taleplerin elektronik ortamda iletilmesine imkan sağlanması (11 Numaralı Tavsiye), adli yardımlaşma talebinde eksiklik olmaması adına yetkili makamların gerektiğinde talepte bulunulan tarafın yetkililerine danışmaya teşvik edilmesi (14 Numaralı Tavsiye), adli yardımlaşma taleplerinin ret nedenlerine ilişkin şeffaflığın sağlanması (15 Numaralı Tavsiye), Avrupa Konseyi'nin taraf devletlerin kendi iç hukuklarındaki uygulama ve yasal düzenlemelere ilişkin çevrimiçi bilgilendirme platformu oluşturulmasına yönelik çalışmalar yapması (18 Numaralı Tavsiye), adli yardımlaşma taleplerinde adli makamlar arasında doğrudan iş birliğinin geliştirilmesi (21 Numaralı Tavsiye) ve devletlerarası diyalogun geliştirilmesi raporda yer alan diğer tavsiyelerdir.

4. Kullanıcı Adı ve Şifrenin Girilmesi Suretiyle

Buluttaki verilerin elde edilmesinin diğer yolu kullanıcı adı ve şifresinin girilmesi suretiyle bulutta depolanan verilere erişimdir. Bulut bilişim hizmetlerine ve bulutta depolanan verilere yasal olarak erişebilmek için kişiye tahsis edilen kullanıcı adı ve şifrenin bilinmesi gerekir. Sunucuya yasal olarak erişim ancak bu şekilde mümkündür. Ancak bu erişimin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için kullanıcı hesap bilgilerinin meşru yollardan elde edilmesi gerekir. Hesap bilgilerinin şifre kırıcı çeşitli yazılım ve programlarla elde edilmiş olması şüphesiz ki bulut hesabına erişim hakkı vermez.¹⁴⁶ Herhangi bir hukuki prosedür izlenmeden elde edilen bu veriler hukuka aykırı delil

¹⁴⁶ Değirmenci, "Bulut Bilişim", s. 110; Dereboylular, s. 173.

statüsündedir.¹⁴⁷ Ancak hesap bilgilerinin CMK m. 134 kapsamında alınan arama kararına istinaden, yani hukuki bir prosedür izlenerek imajı alınan sabit bir bellek üzerinde çeşitli yazılım ve programların kullanılması suretiyle öğrenilmesi ve bulutta depolanan verilerin bu yöntemle elde edilmesi CMK m. 134/2 hükmü dikkate alındığında hukuka uygun olacaktır.¹⁴⁸ Bu yöntemin bulut veri depolama merkezlerine fiziken erişimin mümkün olduğu özel bulut veya veri depolama merkezleri yurt içinde bulunan ve kullanıcıya ait verinin bu merkezlerden hangisinde depolandığının bilindiği genel bulut dağıtım modellerinde kullanılabilmesine dikkat etmek gerekir. Çünkü aksi takdirde verinin depolandığı sabit belleğe fiziken erişilemeyeceğinden imaj alınması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla ortada CMK m. 134/2 kapsamında elde edilen kullanıcı bilgilerinin girilmesi suretiyle erişim sağlanabilecek, kullanıcıya ait, imajı alınmış bir depolama alanı olmadığından herhangi bir sayısal delil elde edilmesi de imkansızdır.

Kullanıcı adı ve şifresi farklı şekillerde elde edilebilir. Günümüzde birçok hizmet online ortama taşındığından bu hizmetlerin her birine erişim için bir kullanıcı adı, e-posta adresi veya T.C. kimlik numarası gibi kişinin ayırt edilmesini sağlayacak bir kimlik bilgisi ve yetkisiz girişlerin önlenmesi için bir şifre gerekmektedir. Ancak bu hizmetlerin her biri farklı kombinasyonlarda kimlik bilgisi ve şifre belirlenmesini gerektirdiğinden bu bilgilerin tamamının akılda tutulması neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Bu yüzden Internet Explorer, Google Chrome, Mozilla Firefox, Yandex gibi web tarayıcılarının hepsi kullanıcı adı ve şifresinin kaydedilmesine imkân vermekte, böylelikle kullanıcılar hesap bilgilerinin her seferinde girmek zorunda kalmadan bu hizmetlere kolaylıkla erişebilmektedirler. Ayrıca bazı internet sitelerinde yer alan

¹⁴⁷ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 242; Bulutta bulunan verilere hukuka aykırı erişim neticesinde ortaya çıkabilecek suçlar hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. Değirmenci, "Bulut Bilişim", s. 108.

¹⁴⁸ Alman hukukunda hukuka uygun bir arama kararına dayanarak bulut hesaplarına ait şifrenin kırılmasının orantılı bir zorlama olarak kabul edildiği ve bu yüzden hukuka aykırı sayılmadığına ilişkin bkz. Uğraş, s. 114; CMK m. 134/2 hükmü bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi halinde bilişim cihazlarına el konulmasına müsaade etmekte ve şifrenin çözülmesinden sonra bu cihazların gecikme maksızın iade edileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce bilişim cihazının şifresinin çözülmesiyle kullanıcı hesabına ilişkin şifrenin çözülmesi arasında bir fark yaratılmamalıdır.

"beni hatırla/kullanıcı adı ve şifremi hatırla" kutucuğunun işaretlenmesi halinde de hesap bilgilerinin girilmesine gerek kalmamaktadır. Bu hallerde kişinin bulut ve sosyal medya hesapları gibi hizmetlere erişmesini sağlayan hesap bilgileri kullanılan web tarayıcının sistemde kayıtlı olduğu klasöre, yani dahili hafızaya kaydedilmektedir.¹⁴⁹ Dolayısıyla bilgisayarda kayıtlı bir veri haline gelen bu bilgilerin CMK m. 134 kapsamında yapılan arama neticesinde elde edilmesi ve bu bilgiler vasıtasıyla bulutta veya sosyal medya hesaplarında arama yapılması gündeme gelebilir. Adli kolluk görevlilerinin arama yapılan cihaz açık olduğu takdirde cihazın dahili hafızasındaki verilerin yanı sıra şüpheliye ait e-posta veya bulut hesaplarındaki verilere de erişim sağlanması yaygın bir uygulamadır.¹⁵⁰ Öğretide bu bilgilere bilgisayarda yapılacak arama sonucunda ulaşılabileceği ve bulutta arama yapılabileceği ileri sürülmektedir.¹⁵¹ Kanaatimizce bu görüşe şüphle yaklaşmak gerekir. Nasıl ki bir ev araması sırasında ele geçirilen anahtarın ait olduğu araç, işyeri veya başka bir konutta aynı arama kararına istinaden arama yapılamıyorsa, bilgisayarda arama neticesinde elde edilen şifre ve kullanıcı adıyla erişim sağlanabilen bulut veya sosyal medya hesapları üzerinde de arama yapılamaması gerekir. Çünkü artık aramanın konusu değişmiştir. Daha önce ifade ettiğimiz üzere bu şekilde elde edilen kullanıcı bilgileri aracılığıyla bulutta arama yapılması için bu hesaplar üzerinde arama yapılmasına ilişkin yeni bir kararın alınması gerekir.

Bulut veya sosyal medya hesaplarına ait kullanıcı adı ve şifre bilgileri, hakkında arama yapılacak şahsın rızasıyla da elde edilebilir. Bilindiği üzere CMK'da rızaya dayalı/muvafakatli aramaya yer verilmediğinden yetkili merciin kararı olmaksızın yapılan arama hukuka

¹⁴⁹ "Chrome'un şifrelerinizi kaydetme şekli, bunları depolayarak cihazlarınızda kullanmak isteyip istememenize göre değişir. Chrome'da oturumunuz açıkken şifrelerinizi Google Hesabınıza kaydedebilirsiniz. Kaydettiğiniz şifrelere daha sonra tüm cihazlarınızda Chrome uygulamasında ve Android cihazlarınızdaki bazı uygulamalarda kullanılabilir. Aksi takdirde, şifrelerinizi yalnızca yerel olarak bilgisayarınızda saklayabilirsiniz". [https://support.google.com/chrome/answer/95606?co=GENIE.Platform%3DDesktop&hl=tr#:~:text=%C5%9Eifrel er%20senkronize%20edildiklerinde%2C%20t%C3%BCm%20cihazlar%C4%B1n%C4%B1zda,yaln%C4%B1zca%20bilgisayar%C4%B1n%C4%B1zdaki%20Chrome%20uygulamas%C4%B1na%20kaydedilir.\(Erişim Tarihi: 18.07.2022\).](https://support.google.com/chrome/answer/95606?co=GENIE.Platform%3DDesktop&hl=tr#:~:text=%C5%9Eifrel er%20senkronize%20edildiklerinde%2C%20t%C3%BCm%20cihazlar%C4%B1n%C4%B1zda,yaln%C4%B1zca%20bilgisayar%C4%B1n%C4%B1zdaki%20Chrome%20uygulamas%C4%B1na%20kaydedilir.(Erişim Tarihi: 18.07.2022).)

¹⁵⁰ T-CY, Final Report, para. 45, s. 16.

¹⁵¹ Göksoy, s. 132.

aykırılık teşkil eder. Nasıl ki arama kararı olmadan rızaya dayalı arama yapılması koruma tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliğine aykırıysa,¹⁵² kullanıcı adı ve şifresinin rızayla verilmesi üzerine yapılan arama da hukuka aykırı olacaktır. Ancak ASSS m. 32/b'de¹⁵³ *“kendi ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla, diğer Tarafın ülkesindeki depolanmış bilgisayar verilerine, eğer bu Taraf, söz konusu bilgisayar sistemi aracılığıyla veriyi ifşa etme yetkisini yasal olarak haiz bulunan kişinin yasal ve gönüllü onayını sağlayabilirse, söz konusu verilere erişilebilir veya bunları temin edebilir.”* hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, bulut bilişim hizmetinin sağlandığı sunucu veya veri depolama merkezinin bulunduğu yer ASSS'ye taraf ülkelerden birinin topraklarında bulunuyorsa, bu veriyi açıklama yetkisine sahip kişi yani kullanıcının rızasıyla ASSS'ye taraf diğer ülkeler bulutta saklı bu verilere ulaşabilecektir. Söz konusu hüküm herkesin erişimine açık olmayan veriler için geçerlidir. Herkesin erişimine açık kaynaklarda depolanan veriler buldukları konumdan bağımsız olarak ASSS m. 32/a hükmü kapsamında elde edilebilir.¹⁵⁴ Görüldüğü üzere ASSS m. 32/b hükmüne göre, kişinin hukuka uygun surette alınan rızasına dayalı olarak bulutta depolanan ve kamuya açık olmayan verilere erişilebilirken¹⁵⁵ mevzuatımızda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide ASSS'deki

¹⁵² Aranan kişinin, arama koruma tedbirinin işlem tanıkları olmadan icrasına rıza göstermesine ilişkin benzer değerlendirme için bkz. Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan, “CMK'nın 119/4 Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm”, *AÜHF D*, C. 65, S. 4, Y. 2016, ss. 2465-2466.

¹⁵³ ASSS'deki bu hüküm, oldukça istisnai haller bakımından geçerli olan bir çözüm yolu sunar. Örneğin, üzerinde taşıdığı bilgisayar, tablet ve akıllı telefonunda açık bulunan posta kutusunda uyuşturucu kaçakçılığı yaptığına ilişkin deliller bulunan bir şüpheli, yakalandığında kolluk kuvvetlerinin bu hesaba erişmesine izin verirse ve kolluk kuvvetleri de bu verilerin ASSS'ye taraf devletlerden birinin topraklarında depolandığından eminse ASSS m. 32/b kapsamında bulutta depolanan bu deliller elde edilebilir. T-CY, Final Report, para. 44, s. 16.

¹⁵⁴ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 242. Örneğin, Türkiye'de yaşayan bulut kullanıcısının verileri Almanya'daki bir sunucuda saklanıyorsa, kullanıcının izniyle buradaki verilere erişilebilir. Değirmenci, “Bulut Bilişim”, s. 110.

¹⁵⁵ Öğretide veri sahibinin rızasıyla bir devletin başka bir devletin topraklarında yargı yetkisi kullanmasının devletlerin egemenliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülse de Önok'a göre, ASSS'ye taraf olmayı seçen bir devletin bu işlemin yapılmasına rıza gösterdiği söylenebilir. Önok, s. 1259; Geçerli bir rızanın varlığı halinde Amerikan Hukukunda da herhangi bir arama kararına gerek kalmaksızın bilgisayarlarda arama yapılabilir. Bilişim sistemlerinde rızayla arama ve Amerikan Hukukunda arama kararı gerektirmeyen diğer haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, “Riley v. California Kararı”, s. 63 vd.

bu düzenlemeye uygun olarak şüpheli veya sanığın rızasıyla kullanıcı hesap bilgilerinin temin edilebileceği ve bulutta arama yapılabileceği, bu durumun rızaya dayalı arama olarak değil, arama esnasında şüphelinin olumlu katkısı olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵⁶ İdeal hukuk dikkate alındığında usulüne göre yürürlüğe koyarak bağlayıcılığını¹⁵⁷ kabul ettiğimiz uluslararası bir sözleşme ile iç hukuktaki düzenlemelerin aynı doğrultuda olması gerekir. Ancak CMK m. 134 ve m. 135 hükümleri bilişim suçlarının karmaşık ve teknik yapısı dikkate alınarak hazırlanan ASSS'de öngörülen koruma tedbirlerine göre oldukça eksiktir.¹⁵⁸ Bu konuda Anayasa m. 90/5'te düzenlenen milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası antlaşmalara üstünlük tanınmasına ilişkin kuralın uygulanması ve bulut veya sosyal medya hesaplarında rızaya dayalı arama yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir.¹⁵⁹ Ancak kanaatimizce Anayasa m. 90/5 hükmünün temel hak ve hürriyetler lehine yorumlanması ve şüpheli ve sanık bakımından iç hukuktaki düzenlemeler uluslararası sözleşmelere göre daha çok güvence sağlıyorsa iç hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir. Mevzuatımız yetkili merciin kararı olmadan sadece şüpheli ve sanığın rızasına dayalı olarak arama¹⁶⁰ ve iletişimin denetlenmesi¹⁶¹ koruma

¹⁵⁶ Değirmenci, Sayısal Delil, s. 243, 244; Kullanıcı adı ve şifresinin şüpheli ve mağdur tarafından rızayla verilebileceğine ilişkin bir diğer görüş için bkz. Göksoy, s. 132.

¹⁵⁷ Kaymaz, s. 45.

¹⁵⁸ CMK'nın ASSS karşısındaki durumu için bkz. Cahit Aliusta/Recep Benzer, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, C. 4, S. 35-42, No. 2, Y. 2018, s. 40.

¹⁵⁹ ASSS'nin iç hukukun bir parçası olduğu için uygulanabilir nitelikte olduğuna ancak bunun için Anayasa m. 13 hükmü gereğince kanuni düzenleme yapılması gerektiğine dair görüş için bkz. Dereboylular, s. 195.

¹⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, ss. 309-310; "... sanığın iş yerinde bulunan bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesi için sanık tarafından gösterilen rızanın yeterli olmayacağı ve mutlaka 'Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma' başlıklı CMK'nın 134. maddesine göre hâkim kararı alınması gerektiği, hâkim kararı olmaksızın bilgisayar ve hard disklerde yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil niteliğinde olduğunun..." Yargıtay CGK, E. 2017/7-961, K. 2019/622, T. 22.10.2019 (www.kazanci.com); Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2007/2257, K. 2012/1117, T. 14.09.2012 tarihli kararıyla, Danıştay 10. Dairesinin Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğindeki ilgilinin rızasıyla arama yapılmasına izin veren ibarenin iptaline ilişkin kararını onamıştır.

¹⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 377; Mağdurun rızası varsa iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür. Ancak

tedbirlerine başvurulmasına imkân sağlamadığından kanaatimizce, ASSS doğrultusunda iç hukukta gerekli düzenleme ve değişiklikler yapılmadıkça şüpheli ve sanığa ait bulut veya sosyal medya hesaplarında rızaya dayalı arama yapılamaz.¹⁶²

C. Bulutta Depolanan Verilere Erişim İçin Alternatif Bir Yöntem: Veri Yerelleştirme/İkameti

Bulutta depolanan sayısal delil niteliğindeki veriler, buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bir bilişim cihazının dahili hafızasındaki verilere erişilmesinde olduğu gibi CMK m. 134 kapsamında alınacak arama kararına istinaden kolaylıkla elde edilememektedir. Özellikle şüphelinin/sanığın kullandığı bulut hizmet sağlayıcısına ait veri depolama merkezlerinin yurt dışında olduğu hallerde, adli yardımlaşma sürecinin işleyişindeki aksaklıklar nedeniyle elde edilmek istenen deliller ya elde edilememekte ya da geç elde edilmektedir. Verilerin bulut hizmet sağlayıcısına ait veri merkezleri arasında sürekli hareket halinde olduğu hallerde ise, verilerin nerede olduğu tam olarak tespit edilemediğinden adli makamlar bulutta depolanan verilerin elde edilmesi için hangi yönetime başvurması gerektiğini dahi tespit edememektedir. Bulutta depolanan verilerin elde edilmesi sürecinde yaşanan bu zorluklar, devletleri vatandaşlarına ait verilerin ülke topraklarındaki yerleşik sunucularda depolanması yoluna başvurmaya sevk etmiştir.¹⁶³ Veri yerelleştirme (data localization),¹⁶⁴ veri ikameti (data residency)¹⁶⁵ veya veri milliyetçiliği (data nationalism)¹⁶⁶

CMK m. 135 şüpheli ve sanık hakkında başvurulabilen bir koruma tedbiri olduğundan, mağdurun rızasıyla iletişimin denetlenmesinde CMK m. 160 vd. hükümlerine başvurulur. Özbek, "Türk Hukukunda", s. 193.

¹⁶² Aynı yönde görüş için bkz. Hamza Aytaç Doğanay, *Mobil Cihaz Adli Bilişiminde Karşılaşılan Güncel Zorluklar ve Delil Zinciri*, Legem Yayıncılık, Ankara, 2020, ss. 18-19; Şüphelinin rızasına dayalı olarak arama yapılamayacağı ve bunun kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı bakımından değerlendirilmesi için bkz. De-reboylular, ss. 172-173.

¹⁶³ Boncinelli, s. 28; Devletler iç hukukun uygulanmasını sağlamak, yabancı devletlerin gözetiminden kaçınmak, vatandaşlarının gizliliğini ve güvenliğini sağlamak, ekonomik kalkınmayı güvence altına almak gibi nedenlerle veri yerelleştirme yoluna başvurmaktadır. Veri yerelleştirme nedenleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Anupam Chander/Uyên P. Lê, *Data Nationalism*, *Emory Law Journal*, Vol. 64, Issue 3, s. 713 vd.

¹⁶⁴ Schwartz, s. 1694.

¹⁶⁵ Boncinelli, s. 28.

¹⁶⁶ Chander/Lê, s. 677 vd.

olarak adlandırılan bu alternatif yöntemde, veriler tek bir ülke veya belirli bir coğrafi bölge sınırları içerisindeki veri depolama merkezlerinde bulunmakta ve bu verilere dışarıdan erişim sağlanamamaktadır. Örneğin, Amazon Web Hizmetlerinin (AWS) dünya üzerinde 31 coğrafi bölgede 99 farklı erişilebilirlik alanı vardır.¹⁶⁷ Belirli bir coğrafi bölgeden sunulan bulut hizmetine aynı hizmet sağlayıcıya ait başka bir coğrafi bölgeden erişim sağlanamaz.¹⁶⁸ Mesela, AWS ve Microsoft'un Avrupa Birliği bölgesinden sunulan bulut hizmetlerine ABD'den erişilememektedir.¹⁶⁹

Veri yerelleştirmenin yukarıda bahsettiğimiz şekli veri yerelleştirmenin teknik boyutudur.¹⁷⁰ Teknik yerelleştirmede kullanıcıya ait veriler hizmet sağlayıcı tarafından belirli bir coğrafi bölgede tutularak kullanıcıya ait verilerin farklı coğrafi bölgelerdeki veri depolama merkezleri arasında hareket halinde olmasının ve verilerin farklı sunucularda parça parça depolanmasının¹⁷¹ önüne geçilir. Verilerin hizmet sağlayıcılar tarafından teknik imkanlarla yerelleştirilmesi, verilerin depolandığı yerin bilinmemesi (loss of location)¹⁷² sorununu ortadan kaldıracığından bulutta depolanan veriyi elde etmek isteyen adli makamlar, verinin yurt içinde veya yurt dışında bulunmasına göre başvurması gereken yöntemi kolaylıkla tayin edebilecektir. Ancak teknik yerelleştirme bulutta depolanan sayısal delillerin elde edilmesini belirli bir ölçüde kolaylaştırır. Çünkü bu yöntem verilerin kullanıcının bulunduğu ülkede depolanmasını sağlamaz. Bulut hizmet sağlayıcılar, verilerin kullanıcıların kendi seçeceği coğrafi bölgelerde depolan-

¹⁶⁷ https://aws.amazon.com/tr/about-aws/global-infrastructure/?nc2=h_q1_le_int_gi (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

¹⁶⁸ ABD yetkili makamlarının yurt dışında bulunan veri merkezlerinde arama yapma yapamayacağına ilişkin Microsoft İrlanda davasının arkasında yatan asıl neden, yukarıda izah ettiğimiz veri yerelleştirme modelinin tam olarak kurulamaması, Microsoft'un Dublin'deki veri merkezinde bulunan verilere Microsoft'un Redmond Washington'daki merkezinden teknik olarak erişim sağlanabilmesidir. Schwartz, ss. 1696-1697; Amerikan Anayasa Mahkemesi Microsoft İrlanda davasında ABD'de çıkarılan arama kararına istinaden yurt dışında arama yapılamayacağı ve iç hukukta arama yapma yetkisi veren yasayla yurt dışında soruşturma yürütmek gibi bir amacın güdülmeyeceği sonuçlarına ulaşmıştır. Microsoft İrlanda davası hakkında bkz. Dereboylular, ss. 188-190.

¹⁶⁹ Schwartz, s. 1697.

¹⁷⁰ Schwartz, s. 1696.

¹⁷¹ Dereboylular, s. 173.

¹⁷² Dereboylular, s. 173.

masına imkân sağlamaktadır.¹⁷³ Dolayısıyla kullanıcı özellikle yurt dışındaki bir coğrafi bölgeyi tercih ederek sayısal delil niteliğindeki verilerinin ele geçirilmesini güçleştirebilir. Kaldı ki bulut hizmet sağlayıcılarının sunmuş olduğu erişilebilirlik alanları belirli coğrafi bölgelerle sınır olduğundan kullanıcı istese de verilerini kendi ülkesinde depolayamayabilir. Örneğin, AWS'nin hizmet sunduğu 26 coğrafi bölge içerisinde Türkiye bulunmadığından verilerin teknik olarak yerleştirilmesi bulutta depolanan sayısal delillerin elde edilmesi bakımından bir kolaylık sağlamayacaktır.

Verileri yerleştirmenin bir diğer yolu olan verilerin yasal olarak yerleştirilmesi, bir başka ifadeyle yasal yerleştirme ise kullanıcılara ait verilerin ülke sınırları içerisinde depolanmasını sağlayan¹⁷⁴ veya verilerin yurt dışına çıkarılmasını özel olarak engelleyen yasal düzenlemelere başvurmak suretiyle veri ikametinin sağlanmasıdır. Yasal yerleştirmenin sağlanması için devletler verilerin yurt dışına çıkarılmasını engelleyen, verilerin yurt dışına çıkarılması için sahibinin rızasını arayan, verilerin yurt içinde depolanmasını veya verilerin kopyalarının yurt içinde saklanmasını zorunlu kılan ya da veri ihracatı için vergi uygulanması gibi çok farklı yasal düzenlemelere başvurmaktadır.¹⁷⁵

Yasal yerleştirmede yapılan yasal düzenlemelerle bulut hizmet sağlayıcılara, kullanıcılara ait verileri ülke içerisinde tutma yükümlülüğü getirilmektedir. Ülke içerisindeki faaliyetlerine devam etmek isteyen bulut hizmet sağlayıcılar faaliyet gösterdikleri ülkenin kanunlarına uymak zorunda kalmaktadır. Kamuoyunda “*Sosyal Medya Yasası*” olarak bilinen 7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 6. maddesiyle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna eklenen ek m. 4’ün 5. fıkrası Türkiye’den günlük erişimi bir

¹⁷³ “Amazon S3 klasörünüzü oluştururken bir AWS Bölgesi belirtirsiniz.”, “Verilerinizi, coğrafi yedeklilik ve olağanüstü durum kurtarma amacıyla diğer operasyonlarınızdan uzak bir Bölgede depolamayı da seçebilirsiniz”. <https://aws.amazon.com/tr/s3/faqs/> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

¹⁷⁴ Schwartz, s. 1696.

¹⁷⁵ Chander/Lê, s. 680.

milyondan fazla olan yurt içi ve yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara, Türkiye'deki kullanıcıların verilerini Türkiye'de barındırma yönünde gerekli tedbirleri alma mükellefiyeti getirmektedir. Söz konusu düzenlemeyle atılan bu adım verilerin yasal olarak yerelleştirmesini sağlamaya yöneliktir.

Yine ek m. 4/1 ile günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara Türkiye'de temsilci bulundurma yükümlülüğü getirilme nedenlerinden biri de adli makamlarca gönderilen tebligat, bildirim veya taleplerin gereğinin yerine getirilmesini sağlamaktır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bulut bilişim hizmet modellerinden biri olan SaaS aracılığıyla sunulan sosyal ağ hizmetlerine ilişkin bu düzenleme de bulutta depolanan sayısal delil niteliğindeki verilerin elde edilmesine yöneliktir. Bu hüküm adli makamların bulut formundaki sosyal medya hesaplarında depolanan verilerin elde edilmesine ilişkin taleplerini, sosyal ağ sağlayıcının Türkiye temsilcisine iletmesine ve bulut hizmet sağlayıcıyla yapılacak iş birliğiyle bu delillerin elde edilebilmesine imkân sağlamaktadır. Söz konusu düzenleme göstermektedir ki, Türkiye de pek çok ülke gibi vatandaşlarına ait verilerin yurt içinde depolanmasını sağlamak için yasal yerelleştirme yolunda ilk adımları atmıştır. Bulutta depolanan verilerin elde edilmesindeki güçlükler ve devletlerin toplum ve bireyleri suça karşı koruma yükümlülükleri dikkate alındığında, en azından karşılıklı adli yardımlaşma sürecinin etkinliği ve ivediliği ile uluslararası iş birliğinin işlevselliği sağlanana kadar devletlerin bu alternatif yöntem başvurusu kanaatimizce kabul edilebilir.¹⁷⁶

SONUÇ

Başta akıllı telefonlar olmak üzere günümüzde kullanılan bilişim cihazlarının çoğu veri depolama, işleme gibi özelliklerin yanı sıra internet erişimi ve iletişim gibi farklı fonksiyonları da yerine getirmektedir. Bilişim cihazlarından delil elde etmenin teknik boyutu (adli bilişim) kadar hukuki boyutu da önemlidir. Adli bilişim yöntemleri ne kadar ilerlemiş olursa olsun, usulüne göre bir karar alınmadığı ve bu karar hukuka uygun olarak icra edilmediği takdirde elde edilen delil

¹⁷⁶ Veri yerelleştirmenin yaratacağı olası sorunlar için bkz. Chander, ss. 680-681; De-reboylular, s. 174.

bir anlam ifade etmeyecektir. Dolayısıyla bu delillerin kanuna aykırılığını önlemek için CMK m. 134 veya m. 135'te düzenlenen koruma tedbirlerinden hangisine başvurulması gerektiği sorununun açıklığa kavuşturulması gerekir.

CMK m. 134'te düzenlenen koruma tedbiri sadece bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve programlarında arama, kopyalama ve elkoymaya müsaade etmektedir. Akıllı telefon, tablet, akıllı saat gibi bilişim cihazları da birer bilgisayardır. Veri işleme, saklama ve iletme özelliğine sahip tüm cihazların bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bilgisayarın fiziki varlığına yönelik bu koruma tedbiriyle arama yapılan bilgisayarın hafızasında kayıtlı olan durağan veriler elde edilir. CMK m. 135'te düzenlen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ise akış halindeki verilerin elde edilmesi için başvurulabilir. CMK m. 135 ile kişiler arasındaki canlı iletişim dinlenerek kayda alınmakta, yani akış halindeki veriler elde edilebilmektedir. Bu tedbirin CMK m. 134'ten en önemli farklı gizlilik ihtiva etmesi, yani kullanıcının dinlendiğinden haberinin olmamasıdır.

Elektronik posta ve anlık mesajlaşma uygulamalarıyla internet üzerinden gerçekleştirilen iletişimin tespiti de CMK m. 135 kapsamına girmektedir. Kanaatimizce anlık mesajlaşma uygulamalarıyla gerçekleştirilen iletişimin de elektronik posta üzerinden gerçekleştirilen iletişim gibi düşünülmesi gerekir. Bu bağlamda veri, e-posta veya anlık mesajlaşma uygulamalarına erişimin sağlandığı bilişim cihazlarına kaydedilmediği sürece CMK m. 135 kapsamında elde edilebilir. E-postalarda olduğu gibi veri ara sunucudan çağrılarak bilgisayara kaydedilmişse artık durağan bir veri haline dönüştüğünden bu delilin CMK m. 134'te düzenlenen koruma tedbirine başvurularak elde edilmesi gerekir. Verinin akış halinde mi, durağan mı olduğunun tespitinde bu uygulamaların sahip olduğu özellikler ve uygulamaya erişim sağlanan ortam (web tarayıcı veya program üzerinden) dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalı ve bu bağlamda ilgili koruma tedbirine başvurulmalıdır. Geçmişte yapılan haberleşme içerikleri, yani depolanmış iletişim canlı ve eşzamanlı iletişimin tespitine ilişkin olmadığından CMK m. 135 kapsamında denetlenemez. Ayrıca bu gönderiler mektup gibi fiziği varlığa sahip olmadıklarından CMK m. 129 kapsamında da elde edilemeyecektir. Geçmişte yapılan depolanmış iletişimin içeriğine, bu gönderi ancak bir veri olarak ilgili bilişim cihazına

kaydedilerek durağan veri haline gelmişse CMK m. 134 kapsamında erişilebilir.

Dünyanın herhangi bir yerinde bulunan bilişim cihazlarında veri depolamaya veya bu cihazlara uzaktan erişilerek kullanılmasına imkân veren bulut bilişim hizmetlerinde kayıtlı verilerin, hukuka uygun olarak nasıl elde edilebileceği sayısal delillerin elde edilmesinde karşılaşılan bir diğer önemli bir sorundur. Buluttaki veriler, bulut hizmet sağlayıcılara ait veri depolama merkezlerinin yurt içinde veya yurt dışında bulunmasına göre farklı yöntemlerle elde edilebilir. CMK m. 134'te öngörülen koruma tedbirine başvurularak bulutta arama yapılabilmesi için bulut hizmet sağlayıcısına ait veri depolama merkezlerine fiziken erişilebilmesi gerekir. Çünkü CMK m. 134 hükmü bilgisayar kütüklerine fiziken erişimin mümkün olduğu hallerde arama yapılmasına müsaade etmektedir. Bu nedenle bulut hizmet sağlayıcıya ait veri depolama merkezlerinin yurt içinde bulunduğu hallerde CMK m. 134 kapsamında bulutta arama yapılabilir. Bulut hizmet sağlayıcılara ait veri depolama merkezlerinin yurt dışında bulunduğu durumlarda ise CMK m. 134 kapsamında arama yapılması başka bir ülkenin yargı yetkisine tecavüz teşkil edeceğinden yurt dışında bulunan verilerin elde edilebilmesi için adli yardımlaşmaya başvurulması gerekir. Ancak adli yardımlaşma sürecinin işleyişindeki aksaklıklar sebebiyle bu yöntemin bulutta depolanan verilerin elde edilmesi bakımından hızlı ve etkin bir çözüm yolu olduğu söylenemez. Adli yardımlaşma sürecinin hızlandırılması için devletlerin karşılıklı iş birliğini artırması, ASSS'nin sunduğu imkanlardan yararlanması, yardım talebinde bulunulacak ülkenin iç hukukunu daha iyi öğrenmesi ve müşterek soruşturma ekiplerinin kurulması gibi klasik karşılıklı adli yardımlaşma sürecini daha işlevsel hale getirecek bazı yenilikçi adımlar atması gerekir.

ASSS m. 19/2 hükmü taraf devletlere kendi sınırları içerisinde bulunan bilgisayar sistemleri üzerinde uzaktan arama yapılmasına ilişkin gerekli yasal düzenlemeleri yapma yetkisi tanısı da bu konuda mevzuatımızda herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 17/3'te yer alan "*bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri*"nde CMK m. 134 kapsamında arama yapılabileceğine ilişkin hüküm ise temel hak ve hürriyetlerin kanunla kısıtlanması gerekliliği karşısında bir anlam ifade etmemektedir. Do-

layısıyla ASSS m. 19/2 hükmünce tanınan yetki kullanılarak gerekli yasal düzenlemeler yapılmadıkça yurt içinde bulunsa bile herhangi bir bilişim sistemi üzerinde uzaktan veya online arama yapılması mümkün değildir.

Bulutta ve sosyal medyada bulunan delillerin elde edilmesi bakımından başvurulabilecek bir diğer yöntem, bu hesaplara ait kullanıcı adı ve şifrenin girilmesi suretiyle ilgili hesaba erişimdir. Kullanıcıya ait hesap bilgileri CMK m. 134 kapsamında alınan arama kararına istinaden imajı alınan bir depolama birimi üzerinde yapılan inceleme sonucunda doğrudan elde edilebileceği gibi çeşitli yazılım ve programların kullanılması suretiyle de elde edilebilir. Ancak elde edilen bu bilgilere dayanarak yeni bir arama kararı alınmadan söz konusu hesaplar üzerinde arama yapılamaz. Söz konusu bilgilerin herhangi bir hukuki prosedür izlenmeden şifre kırıcı programlarla elde edilerek ilgili hesaplara erişim ise şüphesiz ki hukuka aykırı bir yöntem olacaktır.

ASSS m. 32/b'de ASSS'ye taraf devletlerin herhangi birinin ülkesinde depolanan verilerin bu bilgileri ifşa etme yetkisine sahip kişilerin rızasıyla temin edilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bulut bilişim hizmetinin sağlandığı sunucu eğer ASSS'ye taraf ülkelerden birinin topraklarında bulunuyorsa, bu veriyi açıklama yetkisine sahip kişi yani kullanıcının rızasıyla ASSS'ye taraf diğer ülkeler bulutta depolanan bu verilere ulaşabilecektir. ASSS'deki durum bu olmakla birlikte, iç hukukumuzda rızaya dayalı arama müessesesi düzenlenmediğinden kanaatimizce bu yolla delil elde edilebilmesi mümkün değildir. Şüpheli ve sanık bakımından mevzuatımızdaki düzenlemeler ASSS'ye göre daha güvenceli olduğundan bu konuda AY m. 90/5 hükmüne başvurulamaz.

Bulutta depolanan verilerin elde edilmesinde yaşanan güçlükler devletleri, vatandaşlarına ait verilerin ülke topraklarında depolanması yoluna başvurmaya sevk etmiştir. Veri yerleştirme, veri ikamet veya veri milliyetçiliği olarak adlandırılan bu alternatif yöntemde veriler, devletlerin yaptığı hukuki düzenlemelerle yasal olarak yerleştirilebileceği gibi bulut hizmet sağlayıcıları da verileri belirli bir ülke veya coğrafi bölge sınırları içerisindeki veri depolama merkezlerinde tutarak teknik olarak veri ikametini sağlayabilmektedir. Mevzuatımızda

bu doğrultuda yapılan bazı değişikliklerle verilerin yurt içindeki sunucularda tutulması ve hizmet sağlayıcıların Türkiye’de temsilci bulundurması gibi bazı yükümlülükler getirilerek verilerin yasal olarak yerleştirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Aslan Ahmet, Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BTK, Bulut Bilişim, Ankara, 2013, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/bulut-bilisim.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020.
- Cybercrime Convention Committee (T-CY), Criminal justice access to data in the cloud: challenges (Discussion paper prepared by the T-CY Cloud Evidence Group), 26 Mayıs 2015. (Discussion Paper)
- Cybercrime Convention Committee (T-CY), Criminal justice Access to electronic evidence in the cloud: Recommendations for consideration by the T-CY (Final report of the T-CY Cloud Evidence Group), 26 Eylül 2016. (Final Report)
- Cybercrime Convention Committee (T-CY), T-CY assesment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime (Adopted by the T-CY at its 12th Plenary), 3 Aralık 2014. (Assessment Report)
- Değirmenci Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Doğanay Hamza Aytaç, Mobil Cihaz Adli Bilişiminde Karşılaşılan Güncel Zorluklar ve Delil Zinciri, Legem Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Dülger Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Göksoy Resul, Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Henkoğlu Türkay, Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Mell Peter/Grance Timothy, The NIST Definition of Cloud Computing, NIST Special Publication, 2011.
- NIST, Cloud Computing Standards Roadmap, NIST Special Publication, Temmuz 2013.
- Orta Mesut, Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- Özen Muharrem/Baştürk İhsan, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Öztürk Bahri /Eker Kazancı Behiye/ Soyer Güleç Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Parlar Ali/Çetin Ahmet, Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi ve Uygulaması, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017.
- Saydam Mehmet, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Siber Suç Uzmanları Komitesi, Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi Taslağı (Çev. İnternet ve Hukuku Platformu), Ankara 2008.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku- I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Şen Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013. (X Muhbir)
- Şentürk Akaner Candide, Bir Koruma Tedbiri Olarak Online Arama ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TBMM, Bilgi Toplumu Olma Yolunda Bilişim Sektöründeki Gelişmeler ile İnternet Kullanımının Başta Çocuklar, Gençler ve Aile Yapısı Üzerinde Olmak Üzerine Sosyal Etkilerinin Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Haziran 2012, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2781> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).
- Tezcan Durmuş vd., Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku (Editörler: Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Tonini Paolo, Manuale di procedura penale, Giuffrè, Milano, 2010.
- Topaloğlu Murat/Özkişi Harun/Tekkanat Egemen, Bulut Bilişim, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Turan Metin, Bulut Bilişim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- U.S. Department of Justice (DOJ), Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act, April 2019.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Yaşar Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Yenidünya A. Caner/Değirmenci Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Yayıncılık, 2003.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Aliusta Cahit/Benzer Recep, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, C. 4, S. 35-42, No. 2, Y. 2018, ss. 35-42.

- Aytekin İnceoğlu Asuman, "Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi", *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt-1*, İstanbul 2008, ss. 103-126.
- Boncinelli Vanni, "Modelli tecnici e discipline giuridica del c.d. cloud computing", *Rivista italiana di informatica e diritto*, 3, 1 (lug. 2021), ss. 27-45.
- Chander Anupam/Lê Uyên P., "Data Nationalism", *Emory Law Journal*, Vol. 64, Issue 3, ss. 677-739.
- Değirmenci Olgun, "Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 1, ss. 47-79.
- Değirmenci Olgun, "Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Deliller ve Bilimselliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 97, Eylül 2014, ss. 14-28.
- Değirmenci Olgun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134), 7145 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 13, Kasım 2018, ss. 146-155.
- Değirmenci Olgun, "Bulut Bilişim ve Beraberinde Getireceği Hukuksal Sorunlar Üzerine Görüşler", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 136, Y. Aralık 2017, ss. 106-110.
- Değirmenci Olgun, "Sayısal (Dijital) Verilerde Yakalama Sonrası Arama: Amerikan Yüksek Mahkemesinin Riley v. California Kararı Sonrası Amerikan Hukukunun Değerlendirilmesi", *TAAD*, Y. 7, S. 24, Ocak 2016, ss. 59-88.
- Dereboylular Özge, "Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği", *CHD*, S. 39, Y. 14, ss. 161-202.
- Kerr Johndavid/Teng Kwok, "Cloud Computing: legal and privacy issues", *Journal of Legal Issues and Cases in Business*, Vol. 1, 2012, ss. 1-11.
- Önok Murat, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İş Birliği", *MÜHF-HAD Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan*, C. 19, S. 2, Y. 2013, ss. 1229-1269.
- Özbek Veli Özer, "İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", *DEÜHFD*, C. 4, S. 1, Y. 2002, ss. 101-158.
- Özbek Veli Özer, "Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, İstanbul 2015, ss. 147-225. (Türk Hukukunda)
- Özen Muharrem/Özocak Gürkan, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve Elkoyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 73, S. 2015/1, ss. 43-77.
- Saliger Frank, "Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'na göre Telekomünikasyonun Denetlenmesi" (Çev. Murat Ceyhan), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, İstanbul 2015, ss. 131-145.
- Schwartz Paul M., "Legal Access To The Global Cloud", *Columbia Law Review*, Vol. 118, No. 6, ss. 1681-1762.
- Şahbaz İbrahim, "Koruma Tedbiri Olarak İletişim Denetlenmesi", *Ceza Yargılaması Hukukunda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 2016, ss. 27-74.
- Şahin Cumhuriyet, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *GÜHFD*, C. 11, S. 1-2, Y. 2007, ss. 1095-1112.

- Şen Ersan, "Bilgisayar Aramasında ve İletişimin Denetlenmesinde Hukuka Aykırılık Soruları", <https://www.hukukihaber.net/bilgisayar-aramasinda-ve-iletisimin-denetlenmesinde-hukuka-aykirlilik-sorulari-makale,7344.html> (Erişim Tarihi: 28.02.2023).
- Taner Fahri Gökçen/ Öntan Yaprak, "CMK'nın 119/4 Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihadta Dönüşüm", *AÜHFĐ*, C. 65, S. 4, Y. 2016, ss. 245-2469.
- Uğraş Dilek Özge, "Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *TBBĐ*, S. 154, Y. 2021, ss. 97-134.
- Yang Bo-Wen vd.: "Cloud Computing Architecture for Social Computing - A Comparison Study of Facebook and Google", *2011 International Conference on Advances Social Networks Analysis and Mining*, 2011, ss. 741-745.
- Yaşar Yusuf/Dursun İsmail, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri", *MÜHF-HAD*, C. 19, S. 3, ss. 3-34.

Mahkeme Kararları

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2007/2257, K. 2012/1117, T. 14.09.2012 (www.kazanci.com).
- De Tommaso/İtalya, Başvuru Nu. 43395/09, 23.02.2017.
- Yargıtay 16. C.D. E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.04.2017 (www.kazanci.com).
- Yargıtay CGK, E. 2017/7-961, K. 2019/622, T. 22.10.2019 (www.kazanci.com).

İnternet Kaynakları

- <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2781>
- https://aws.amazon.com/tr/about-aws/global-infrastructure/?nc2=h_ql_le_int_gi
- <https://aws.amazon.com/tr/s3/faqs/>
- https://faq.whatsapp.com/791574747982248/?helpref=uf_share
- https://faq.whatsapp.com/800085810452992/?helpref=uf_share
- <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.500-291r2.pdf>
- <https://one.google.com/about>
- <https://turkcellbulut.com/homepage>
- <https://wearesocial.com/us/blog/2022/01/digital-2022-another-year-of-bumper-growth-2>
- <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/bulut-bilisim.pdf>
- <https://www.hukukihaber.net/bilgisayar-aramasinda-ve-iletisimin-denetlenmesinde-hukuka-aykirlilik-sorulari-makale,7344.html>
- <https://www.kazanci.com>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/>

DEPREMDEN KAYNAKLANAN MANEVİ ZARARLARDAN İDARENİN SORUMLULUĞU*

RESPONSIBILITY OF ADMINISTRATION FOR MORAL DAMAGES CAUSED BY EARTHQUAKES

Şerife YILDIZ AKGÜL**

Özet: Deprem kuşağında yer alan Türkiye bakımından depremden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu konusu her zaman güncel konulardan biridir. Bu çalışmada 6 Şubat 2023 tarihinde yaşanan depremin neden olduğu can ve mal kayıpları nedeniyle oluşan zararların tazmini konusunda manevi tazminatın yeri ele alınmıştır. Bilim ve teknoloji sayesinde depremin yıkıcı etkilerinin büyük ölçüde önlenmesi nedeniyle mücbir sebep olarak kabul edilmeyen depreme karşı manevi tazminat etkili bir hukuki mekanizma olarak ele alınabilir. Zira mahkemece takdiri olarak belirlenen manevi tazminatın hem mağduriyetleri giderme hem de cezalandırıcı işlevi söz konusudur. Bu çalışmada manevi tazminat kurumunun, idareyi önleyici tedbirleri alma konusunda etkili bir hukuki mekanizma olarak ele alınması gerektiği kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Deprem, Mücbir Sebep, İdarenin Sorumluluğu, Manevi Tazminat, Manevi Zarar

Abstract: In respect to Turkey, which is located in the earthquake zone, the subject of the responsibility of the administration for the damages caused by earthquakes is always one of the current issues. In this study, the place of compensation for moral damages in compensation for damages caused by the earthquake that took place on February 6, 2023 is discussed. Due to the fact that the destructive effects of the earthquake are largely prevented with the help of science and technology, compensation for moral damages can be considered as an effective legal mechanism against an earthquake, which is not considered a force majeure event. Because the compensation determined by the court at its discretion has both a reparative and a punitive function. In this study, it is accepted that

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, serifey@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2264-2624, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.05.2023, Kabul Tarihi: 17.07.2023

the compensation for moral damages should be considered as an effective legal mechanism for taking preventive measures against the administration.

Keywords: Earthquake, Force Majeure, Responsibility of the Administration, Compensation for Moral Damages Moral Damage

GİRİŞ

6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen ve on bir ili etkileyen depremlerde elli binden fazla can kaybı, yüz binden fazla yaralı olduğu AFAD başkanı tarafından açıklandı. Deprem nedeniyle evler, işyerleri, kamu binaları, tarihi ve kültürel yapılar yıkılmış bazı şehirler ise neredeyse yok olmuştur.

Deprem sonrasında bu yıkımı ortadan kaldırmak için toplum seferber olmuştur. Yaşanan yıkım ve can kayıpları üzerine, depremden etkilenen on bir il, Sivas ili Gürün ilçesi ve Bingöl, Kayseri, Mardin, Tunceli, Niğde ve Batman illerinde yer alan bazı yerleşim birimleri Genel Hayata Etkili Afet Bölgesi olarak kabul edilmiştir.¹ Böylece Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun kapsamında depremin etkilerinin ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler ile yardımlar uygulamaya konulmuştur.

Hukuki, idari ve cezai sorumluluk çerçevesinde bir yandan yıkımların oluşmasına neden olanların sorumluluğu hayata geçirilecek bir yandan da mağduriyetler giderilecektir. Ancak deprem sonrası uygulamaya geçen tüm bu hukuki mekanizmalar depremin sonuçlarını belli bir düzeyde ortadan kaldırılabilmekte can kayıplarını ve bedensel zararları telafi edememektedir. Bu çerçevede depremin yıkıcı etkileri önlemenin mümkün olup olmadığı sorusu yeniden gündeme gelmektedir. Aslında 1999 depremleri sonrası depremin zararlı sonuçlarının önlenebileceği konusunda herkes hemfikirdir. Yönetmeliklerle depreme dayanıklı binalar yapılması amaçlanmış ulusal eylem planları ile deprem stratejileri oluşturulmuştur.

Ancak tüm bu çalışmaların sonuç vermediği görülmektedir. Önleyici tedbirlerle sonuç alınamaması karşısında geriye depremin etkilerini ortadan kaldırmak üzere idarenin sorumluluğu kurumunun işletilmesi kalmaktadır.

¹ <https://www.afad.gov.tr/genel-hayata-etkili-afet-bolgesi-hk>

Bu çalışmada öncelikle genel olarak depremde kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu ele alınacaktır. İdarenin deprem bakımından sorumluluğunun kaynağı ele alındıktan sonra başta mücbir sebep kavramı olmak üzere, zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusuru gibi idarenin sorumluluğunu etkileyecek haller özellikle gündeme gelebilecek bazı güncel konular etrafında irdelenecektir.

İdarenin sorumluluğu konusundan sonra depremde kaynaklanan manevi zararlardan idarenin sorumluluğu konusu ele alınacaktır. Tam yargı davası yoluyla mahkemece takdiri olarak belirlenen manevi tazminata ilişkin konular yargı kararları ekseninde ele alınacaktır.

I. DEPREMDE İDARENİN SORUMLULUĞU

İdarenin hukuki sorumluluğu, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Hatta hukuk devleti ilkesinin benimsemesinden önce polis devleti anlayışında bile “hazine teorisi” gereğince idarenin sorumluluğuna gidilebilmekte idi.² Nitekim öğretilerde idarenin sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme olmasa dahi idarenin “sosyal hukuk devleti ilkesi” gereğince sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir.³ Bu kapsamda idarenin sorumluluğu ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiş olmasına rağmen (m. 114/son) bu ilkenin Danıştay içtihatları ile gelişmesi ve gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası ile soyut olarak düzenlenmesine karşın idarenin sorumluluğunu hizmet kusuruna dayandıran kararlardan zamanla idarenin faaliyetlerinin genişlemesi ve sosyal devlet ilkesinin benimsenmesine koşut olarak kusursuz sorumluluğun da içtihatlarla benimsenmesi,⁴ bu kabulün yansımasıdır.

İdarenin sorumluluğunun anayasal dayanağı Anayasa'nın 40, 125 ve 129. maddeleridir. Kamu görevlilerinin kusurları halinde de zararın idareye karşılanacağı ve kusurları oranında kamu görevlilerine rücu edileceği hususu düzenlenmiştir (kamu görevlilerinin haksız işlemlerinden doğan zararın devlet tarafından karşılanacağına ilişkin mad.40/son ve memurların kusurlarından doğan tazminat davalarının idareye karşı açılacağına ilişkin m.129/4). Söz konusu düzenlemeler kusurlu

² Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2013, s.368.

³ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s. 359.

⁴ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s.125-126.

sorumluluğa ilişkindir. Anayasa'nın 125. maddesinde (son fıkra) ise kusur şartı belirtilmeksizin idarenin eylem ve işlemlerinde sorumlu olduğu düzenlenmiş ve böylece belirtilen hüküm ile hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğa yer verilmiştir.

Bilindiği üzere idarenin idare hukuku ilke ve kurallarına göre idari sorumluluğu kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki hukuki esasa dayanmaktadır. İdare hukukunda sorumluluk hukukunun genel ilkesi gereğince kusur sorumluluğu esastır.⁵ Depremden doğan zararlardan idarenin sorumluluğu araştırmasında idare hukukunda sorumluluk hukukunun genel ilkesi gereğince öncelikle idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Kusurlu sorumluluğuna gidilemediği takdirde idarenin kusursuz sorumluluğunun şartları değerlendirilecektir.

A. Depremden Doğan Zararlardan İdarenin Kusurlu Sorumluluğu

İdare hukukunda idarenin kusuru, hizmet kusuru kavramı ile ifade edilmektedir. Hizmet kusuru; hizmetin kuruluşu ve işleyişinde ortaya çıkan kusur anlamına gelmekte ve hizmetin geç işlemesi, gereği gibi işlememesi yani kötü işlemesi veya hiç işlememesi halinde idarenin kusurlu hareket ettiği kabul edilmektedir.⁶

Hizmet kusuru nesnel ve anonim nitelikli bir kavramdır. Bu kapsamda kamu görevlilerinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın nesnel olarak kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde aksama olup olmadığı dikkate alınır. Hizmet kavramı teknik olarak sadece kamu hizmeti kavramını değil idarenin üstlenmiş olduğu görevleri ve bu kapsamda yerine getirilen faaliyetleri kapsar.⁷

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi için idarenin kusurlu eylem ya da işlemi nedeniyle bir zararın doğmuş olması ve zarar ile idarenin işlem ya da eylem şeklindeki davranışı arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s. 1083; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ekin, Bursa 2020, s.295-296; Ali D. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.605.

⁶ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi 2014, s.742.

⁷ Günday, s.369.

İdarenin davranışı depremlerin etkilerinin en aza indirilmesi konusunda idarenin yükümlülükleri şeklinde belirmektedir. Yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı gibi temel hak ve hürriyetlerle bağlantılı olarak devletin bu temel hak ve hürriyetleri koruma yükümlülüğü uluslararası düzenlemeler, anayasal ve yasal düzenlemelerde ifade edilmiştir. 2011 Van depremine ilişkin yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi'nce vurgulandığı üzere yaşam hakkı bakımından pozitif bir yükümlülük olarak Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir. Devletin, sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda, elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının bir gereğidir.⁸

İdarenin kusurunun bulunup bulunmadığı depremin etkilerini önleme ve depremden sonra da etkili şekilde müdahale konusunda idareye verilen görevlerin gereği gibi ve zamanında yerine getirilip getirilmediğinin her somut olay bakımından değerlendirilerek tespit edilebilecektir. Danıştay'ın 1999 depremi sonrasında verdiği kararlarda bu görevler, planlama, iş birliği, denetim ve idari işlemler bazında geniş bir yelpazede tek tek sayılmıştır. Buna göre; *afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araştırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ülke içindeki bilimsel, teknik ve idari çalışmaları koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası işbirliği, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ülkenin deprem haritalarını hazır-*

⁸ AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğeri, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51,52, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>.

lamak ve geliştirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmak devletin görev, yetki ve sorumlulukları olarak tek tek sayılmıştır.⁹

Deprem çerçevesinde idarenin sorumluluğu planlama, kolluk ve kamu hizmeti faaliyetlerine ilişkindir. Özellikle deprem gerçekleşmeden önce imar planları ile planlama faaliyetleri¹⁰ ve yapıların depreme dayanıklı inşaatını sağlama görevi çerçevesinde kolluk faaliyetleri söz konusu iken deprem gerçekleştikten sonra sağlanacak arama kurtarma, enkaz kaldırma, depremezelerin barınmaları, tedavileri, iâşesi gibi konularda ise kamu hizmeti faaliyetleri yerine getirilmektedir.

3194 sayılı İmar Kanunu gereğince idarenin imar planı yapmak, inşaat ruhsatı vermek, projeyi tasdik etmek, yapılaşmayı kontrol etmek, yapı kullanma izni vermek yetkileri bulunmaktadır. İmar konusunda 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı İstanbul Boğaziçi Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu gibi özel kanunların da mevcut olduğu istisnalar başlığı altında kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir (3194 sayılı Kanun, m. 4). Organize sanayi bölgelerinde imar konusundaki kimi yetkiler organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğine tanınmıştır (4562 sayılı Kanun, m. 4). Yine kanun koyucu ordu ve Emniyet Genel Müdürlüğüne ait harekât, eğitim ve savunma amaçlı yapılar için hangi hükümlerin uygulanacağını belirleme konusunda ilgili bakanlıkları yetkilendirmiştir (3194 sayılı Kanun, m. 4/2). Söz konusu düzenlemeler genel olarak idarenin sorumluluğu bakımından değil uyuşmazlıklarda hangi idarenin sorumlu olduğunun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Deprem nedeniyle idarenin kusurunun varlığı genelde mücbir sebep kavramıyla birlikte ele alınmaktadır. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu kavramında öncelikle mücbir sebep kavramının ve mahkeme kararlarında ele alınışının ortaya konulması gerekmektedir. Mücbir sebep kavramından başka idarenin sorumluluğunu kaldıran ve/veya

⁹ Danıştay 10.Daire, 28.05.2007, Esas: 2005/9126, Karar: 2007/3069, www.danistay.gov.tr

¹⁰ Denizler Şanlı, "Planlama Yetkisinin Analizi", Ankara Barosu Dergisi, 2009, Yıl 67, Sayı 3, s.52.

azaltan haller de deprem bakımından önem arz eden konular etrafında ele alınıp irdelenecektir.

1. Deprem ve Mücbir Sebep

Deprem sorumluluk hukuku bakımından ilk çağrıştırdığı kavram mücbir sebeptir. Depremden kaynaklı zararlardan idarenin sorumlu olup olmadığının belirlenmesinde öncelikle depremin idarenin sorumluluğunu kaldıran bir olay olarak ele alınıp alınamayacağını tartışmak gerekir. Bilindiği gibi sorumluluğu kaldıran bir hal olarak mücbir sebep örneklenirken sıklıkla depreme de yer verilmektedir.

İdare hukukunda bir olayın mücbir sebep olarak kabulünün iki boyutu vardır. Mücbir sebep bir boyutuyla idarenin sorumluluğunu kaldıran bir hal olarak ele alınırken bir boyutuyla da kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmelerini önleyen bir hal¹¹ olarak çeşitli hukuki düzenlemelerde yer almaktadır. Sorumluluğu kaldıran bir hal olarak mücbir sebebin bilim ve tekniğin geldiği seviye ve idarenin imkânları ölçüsünde giderek daha sınırlı bir şekilde uygulama imkânı bulduğunu söylemek mümkündür.¹² Buna karşın bireylerin idareye karşı sorumlulukları bakımından, mevzuatta düzenleme olmasa dahi kişilerin mücbir sebepler yüzünden kamusal yükümlülüklerini yerine getirememeleri durumunda hakkaniyet gereği sorumlu tutulmamaları uygulamada daha sıklıkla karşılık bulmaktadır.¹³

Kamusal yükümlülükler bakımından depremin mücbir sebep olarak kabul edilmesinin hakkaniyet gereği olduğunu söylemek mümkündür. İdarenin sorumluluğunu kaldıran bir hal olarak ise depremin mücbir sebep olarak kabul edilmesi tam tersine hakkaniyete aykırı durumların oluşmasına neden olacaktır.

Bilindiği üzere mücbir sebep öngörülmesi mümkün olmayan öngörülse dahi önlenmesi mümkün olmayan ve idari faaliyetin dışın-

¹¹ Örneğin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, m.10/a, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, m.13/2.

¹² Yıldızhan Yayla, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 58; Turan Yıldırım, "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Aralık 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s.1523.

¹³ Yıldırım, s. 1520-1523.

da gerçekleşen olaylar olarak tanımlanmakta, idari davranış ile zarar arasındaki illiyet bağı ve dolayısıyla idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunu kaldırdığı kabul edilmektedir.¹⁴

Buradan hareketle mücbir sebebin unsurları öngörülemezlik, önlenemezlik ve ayırıcı unsur olarak dışsallık ele alınmaktadır. Kusursuzluk unsuru ise mücbir sebebin zorunlu bir unsuru olarak ele alınmamaktadır.¹⁵ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki mücbir sebebin asıl olarak etkili olduğu alan kusursuz sorumluluk halidir. Zira kusurlu sorumlulukta idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması için ya kusursuz olduğunu ya da mücbir sebebin bulunduğunu ortaya koyması gerekir. Yani kusursuzlukla mücbir sebep aynı sonucu doğurmaktadır. Kusursuz sorumlulukta ise idarenin kusursuz olduğunu ispatlamak suretiyle sorumluluğu ortadan kalkmayacağı için, burada mücbir sebep başlı başına sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁶

Özel hukukta da illiyet bağı kestigi için depreme, sorumluluğu kaldıran hal olarak ele alınan mücbir sebep örneği olarak sıklıkla yer verilmektedir.¹⁷ Umulmayan olaylar arasında mücbir sebebin çok büyük şiddet arz etmesi sebebiyle ilke olarak sorumluluğu kaldırdığı da ifade edilmektedir.¹⁸ Ancak özel hukukta da bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için olayın gerçekleştiği andaki teknik ve bilimsel verilere göre her türlü önlem alınsa bile ortaya çıkan zararın hiçbir şekilde önlenemeyecek nitelikte olması gerekmektedir.¹⁹

Belirtmek gerekir ki idarenin kusurunun varlığı halinde bir olay yargı yerlerince mücbir sebep olarak nitelense bile idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Nitekim Danıştay kimi zaman mücbir sebebin unsurları bakımından özel bir değerlendirme yapmaksızın depremi doğrudan mücbir sebep olarak nitelemekte, bununla birlikte zararın münhasıran depremden doğup doğmadığı, zararın idare tara-

¹⁴ Günday, s.384.

¹⁵ Yayla, İdarenin Sorumluluğu., s. 49.

¹⁶ Jacques Petit, Pierre-Laurent Frier, Droit Administratif, 14e édition, LGDJ, Paris 2020, s.735.

¹⁷ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 413; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.580.

¹⁸ Eren, s.516.

¹⁹ Eren, s.582.

findan ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığı hususlarını inceleyerek hüküm tesis etmektedir. Zararın münhasıran depremden kaynaklanması halinde idare zararlardan sorumlu tutulmazken, zararın deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi ve fay hattının yapılaşmaya açılması örneklerinde olduğu gibi idare tarafından ağırlaştırıldığının tespiti halinde idare kusuru oranında sorumlu tutulmaktadır.²⁰

Dolayısıyla deprem sonucu oluşan zararlardan idarenin sorumlu olup olmadığı belirlenirken ya doğrudan idarenin kusuru olup olmadığı hususu araştırılarak ya da mücbir sebebin öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurları bakımından bir inceleme yapılarak idarenin kusuru olup olmadığı tespit edilmektedir.

Öngörülemezlik mücbir sebep olarak nitelenecek olayın gerçekleşeceğinin öngörülememesini veya olayın gerçekleşeceği öngörülebilir sonuçlarının öngörülemeyecek etkilere sahip olmasını ifade etmektedir. Bu unsurun değerlendirilmesinde, olayın gerçekleşme sıklığı, yoğunluğu, yer ve zaman bakımından belirlenebilir olup olmadığı hususlarına göre değerlendirme yapılmaktadır.²¹

Esasında mücbir sebep olarak nitelenen doğal olaylar önceden gerçekleşmiş, dolayısıyla bilinen olaylardır. Bu olayların mücbir sebep olarak nitelenmesi bunların doğurdukları sonuçların etki ve yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Bu noktada önlenemezlik unsuruna başvurulmaktadır. Önlenemezlik sadece olayın meydana gelişi bakımından değerlendirilmemekte aynı zamanda olayın neden olabileceği ve zararlı sonuçlarını önlemenin mümkün olup olmadığı bakımından da değerlendirilmektedir. Zararın ortaya çıkmasını önlemeye yönelik edim şeklinde faaliyetler ile ya da kayıtlayıcı faaliyetler ile mücbir sebep olarak nitelenebilecek faaliyetin zararının kısmen ya da tamamen idarece önlenmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirmesine göre idarenin sorumluluğu belirlenmektedir. İdarenin olayın etkilerinin önlenmesi için yer seçimi, uyarı ve düzenlemeler yapıp yapmadığı

²⁰ DİDDK, E.2008/11, K.2009/3108, 17.12.2009, https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20_05_2019_042636.pdf, s. 38 (36-39) söz konusu kararda idarenin kusuru bulunmadığı, zarar görenin kusuru bulunduğu gerekçesiyle idarenin sorumlu olmadığına hükmedilmiştir.

²¹ Yayla, İdarenin Sorumluluğu..., s. 50-52.

ve etkin tesis, araç gereç kullanıp kullanmadığı gibi hususlar dikkate alınmaktadır.²²

Danıştay 1999 depreminden sonra verdiği bir kararda öngörülemezlik unsurunun nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur.²³ Buna göre depremin yer, zaman ve büyüklük bakımından öngörülemezlikle birlikte sonuçlarının öngörülebilir olduğunu ve bu doğrultuda zararın da en az seviyeye indirilebileceği hatta alınacak önlemlerle ortadan kaldırılabilirliğini ifade etmiştir. Danıştay bu kararında mücbir sebebin öngörülemezlik ölçütünü deprem için geçerli kabul ederken sonuçlar bakımından önlenemezlik unsurunun gerçekleşmediğini kabul etmektedir. Aslında *“ülkemiz, jeolojik ve topografik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol açan deprem felaketleriyle sık sık karşılaşan ülkelerin başında gelmektedir”* ifadesiyle öngörülemezlik unsurunun da Danıştay tarafından mutlak bir şekilde kabul edilmediği söylenebilir. Zira belirtildiği üzere bu unsurun değerlendirilmesinde, olayın gerçekleşme sıklığı, yoğunluğu, yer ve zaman bakımından belirlenebilir olup olmadığı hususlarına göre değerlendirme yapılmaktadır. Türkiye'nin depremlerin sık gerçekleştiği bir ülke olarak tanımlanması deprem haritası ile riskli yerlerin bilinmesi ve bilim insanlarının gerçekleştirecek deprem büyüklüklerine ilişkin öngörülerini de öngörülemezlik ölçütünü tartışmalı kılmaktadır. Nitekim kararda deprem bakımından devletin görev, yetki ve sorumlulukları tek tek sayılmıştır.

Belirtmek gerekir ki Danıştay'ın öngörülemezlik ölçütüne yaklaşımı yukarıda ifade edilen bilim ve teknolojinin geldiği standartlar ve idarenin bu doğrultuda alabileceği önlemler bakımından mücbir sebebin uygulama alanının daraldığı yaklaşımı ile uyum içindedir.²⁴ Nitekim 1999 depremlerinden sonra oluşan duyarlılık, verilen yargı kararları ve bilimsel çalışmalar neticesinde 2011 yılında 2012-2023 yıllarını kapsayacak şekilde Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı koordinatörlüğünde Deprem Danışma Kurulu, ilgili kurum ve kuruluşların katılımıyla hazırlanan Ulusal Deprem Stratejisi ve Eylem Planı-2023

²² Yayla, İdarenin Sorumluluğu ..., s. 55-57.

²³ Danıştay 10. Daire, 28.05.2007, Esas: 2005/9126, Karar: 2007/3069, www.danistay.gov.tr

²⁴ Yayla, İdarenin Sorumluluğu..., s. 58, aynı yönde görüş için bkz. Yıldırım, Danıştay Kararlarında..., s.1523.

Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiştir.²⁵ Planın ana amacı olarak da depremin her türlü etki ve sonuçlarını önlemek veya etkilerini azaltmak olarak ortaya konmuştur. Yine deprem riskine yönelik hedef ve eylemler de Türkiye Afet Riski Azaltma Planı (2022-2030) TARAP²⁶ ile ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. Dolayısıyla depremin idare bakımından öngörülemez ve etkilerinin önlenemez olduğunu günümüz şartlarında söylemek mümkün görünmemektedir.

Henüz 1979 yılında mücbir sebebin öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarının özellikle teknolojik gelişmelerin ve idari faaliyetlerdeki gelişen standartların bir sonucu olarak giderek kapsamının daraldığı ve bir olayın mücbir sebep olarak nitelenmesine engel teşkil ettiği ifade edilmiştir.²⁷ Bu tespitlerden sonra aradan geçen zaman, günümüzde teknolojik gelişmelerin artan bir ivmeyle hız kazanmış ve özellikle Türkiye özelinde 1999 depreminin yaşanmış olması, 6 Şubat depreminin öngörülemezlik ve önlenemezlik niteliği bulunan mücbir sebep olarak nitelenmesini zorlaştırmaktadır. 1999 depreminde Tavşanlı beldesi 6 Şubat depreminde Erzin ilçesi örneklerinde yine sıklıkla ifade edilen Japonya ve Şili depremlerinde görüldüğü üzere özellikle yapılaşma alanındaki gelişmeler ve alınacak tedbirlerle depremin neredeyse hiçbir hasar alınmadan atlatılabileceğini söylemek abartılı olmayacaktır.

2. Beklenmeyen Hal

Bazı kararlarda tabiat olayları beklenmeyen hal olarak nitelenebilmektedir. Beklenmeyen hal ise yine mücbir sebep gibi öngörülemeyen ve önlenemeyen bir haldir. Ancak mücbir sebepten farklı olarak idari faaliyetin içinde gerçekleşir ve idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldırırken koşulları varsa idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir.²⁸

Zira özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da mücbir sebep ile beklenmeyen hal arasındaki doğurduğu etki bakımından en temel farklılık mücbir sebep mutlak olarak hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu kaldıran bir hal olarak ele alınırken beklenmeyen halin

²⁵ BKK, 09.08.2011, Sayı: 2011/1, R.G., 18.08.2011, Sayı: 28029,

²⁶ Cumhurbaşkanlığı Kararı, 07.07.2022, Sayı:5787, R.G., 08.07.2022, Sayı:31890,

²⁷ Yayla, İdarenin Sorumluluğu..., s. 58.

²⁸ Günay, s.384-385.

ise kusurlu sorumluluğu kaldırdığı ancak kusursuz sorumluluk üzerinde mutlak şekilde etkili olmadığıdır.²⁹ Nitekim özel hukukta illiyet bağıını kesen haller arasında yer verilmemekte³⁰ ya da mücbir sebep başlığı altında ele alınmaktadır.³¹ Fransa'da da özel hukukta mücbir sebep ile beklenmeyen hal birbirinden ayrılmamakta, beklenmeyen hal "bilinmeyen neden"i içeren özel bir hipotez olarak değerlendirilmektedir.³² Beklenmeyen halde kusurun varlığı tazminatın hesaplanmasında önem arz etmektedir.³³

Mücbir sebep ile beklenmeyen hali ayırt etmekte başvuru alan unsur ise olayın idari faaliyetin içinde mi yoksa dışında mı gerçekleştiği hususudur. Beklenmeyen hal idari faaliyetin içinde gerçekleşmekte ve bu nedenle kusurlu sorumluluğu ortadan kaldırmakta ancak idare objektif olarak sorumlu tutulabilmektedir. Oysa ki mücbir sebebin idari faaliyetin dışında gerçekleştiği kabul edilmekte ve idareye atfedilebilir bir olay olmadığı için illiyet bağı kesilmekte, dolayısıyla mücbir sebep hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.³⁴

İdari faaliyetin dışında gerçekleştiği için beklenmeyen hal olarak nitelenemeyecek doğal afetleri beklenmeyen hal olarak nitelenedeki temel hareket noktasının idarenin sorumlu tutulması arayışı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Danıştay'ın mücbir sebep olarak nitelenebilecek toprak kayması nedeniyle oluşan kazada askeri personelin yaşamını yitirmesi üzerine idarenin sorumluluğunu, kusur tartışmasına girmeksizin kusursuz sorumluluk esasına dayandırmasına istinaden, toprak kaymasını beklenmeyen hal olarak nitelediği görüşü savunulmuştur.³⁵

Yine 1999 depreminden sonra verilen bir başka kararda³⁶ Danıştay bu kez depremi mücbir sebep olarak niteledikten sonra arama kurtarma faaliyetleri nedeniyle idarenin sorumluluğu olup olmadığı

²⁹ Eren, Borçlar Hukuku, s.580.

³⁰ Kılıçoğlu, s. 413.

³¹ Eren, s.579-580.

³² Petit/Frier, s.736.

³³ Eren, s.594.

³⁴ Yayla, İdarenin Sorumluluğu... s. 48.

³⁵ Değerlendirmeye konu karar Danıştay 12.D, E.1967/2329, K.1970/2448, 22.12.1970, Meltem Kutlu, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", *AİD*, Aralık 1999, Cilt 32, S 4, s.19.

³⁶ Danıştay 11.Daire, 19.12.2005, Esas:2003/2027, Karar: 2005/5962, www.danistay.gov.tr

ğı hususunda ise depremi beklenmeyen hal olarak nitelemiştir. Danıştay depremin; idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti faaliyetinden kaynaklanmaması, öngörülememesi ve/veya öngörülebilir nitelikte dahi olsa önlenemez olması nedeniyle mücbir sebep olarak nitelendirilmesinin zorunlu olduğunu ve depremin oluşmasında idareye bir kusur yüklenemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Belirtmek gerekir ki Danıştay'ın mücbir sebep nitelemesi konusundaki kararı isabetli olmadığı gibi sonrasındaki beklenmeyen hal³⁷ nitelemesi de idarenin kusursuz sorumluluğunu aralamak için yapılmış bir niteleme görünümünde değildir. Danıştay beklenmeyen hal nitelemesinde; depremin etkilediği coğrafi alanın büyüklüğü, nüfus yoğunluğu ve oluşturduğu hasarın kamu hizmeti faaliyetlerinin yürütülmesini etkilediği tespitini esas almıştır. Bu tespitlerden sonra bir kamu hizmeti olarak nitelediği arama-kurtarma hizmetinin niteliğinden kaynaklanan özelliği, zaman açısından kısıtlı bir müdahale yöntemi olması olarak ortaya koymuştur. Son olarak gelişmiş ülkelerin dahi bu tip doğal afetler dolayısıyla arama kurtarma faaliyetleri için uluslararası yardım aldığı hususunu da göz önünde bulundurarak depremi beklenilmeyen bir hal olarak nitelemiştir. Beklenmeyen hal nitelemesinden sonra idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gibi bir arayış içine girmeyen Danıştay somut uyuşmazlıkta “davacının yakınlarının enkaz altında kalarak vefat ettiği anlaşılma ile birlikte, davacının yakınlarının enkaz altında sağ olduğu halde, deprem sonrası yürütülen arama ve kurtarma hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle vefat ettikleri yolunda herhangi bir tespit ... bulunmadığından, tazmin sorumluluğu için bulunması gereken; zararı doğuran olay ile kamu hizmeti (arama - kurtarma) faaliyeti arasındaki nedensellik bağının kurulamaması karşısında idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemeyeceği”ne karar vermiştir. Danıştay kararda, idarenin sorumluluğuna hükmedilse bile idarenin karşılaştığı güçlüklerin manevi tazminat tutarının hesaplanmasında dikkate alınacağı hususunu da eklemiştir.

³⁷ Söz konusu kararda Danıştay beklenmeyen hal ifadesi yerine “beklenilmeyen hal” ifadesini kullanmıştır.

3. Zarar Görenin Kusuru

Zarar, zarar görenin davranışından doğmuşsa, bu durum idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Zararın tek nedeni zarar görenin davranışı değil de zarar görenin davranışı zararın oluşmasına katkıda bulunmuşsa bu durumda idarenin sorumluluğunun zarar görenin kusuru oranında azaldığı kabul edilmektedir.³⁸

Deprem bakımından imar hukukuna aykırı yapıların yapılması ve özellikle de imar barışından yararlanan binalar bakımından ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumluluğu meselesinin irdelenmesi gerekmektedir.

Danıştay 1999 depreminden sonra verdiği bir kararında, inşaatın ruhsatına aykırı olarak tamamlanması ve henüz iskân edilmeden deprem sonucunda zararın oluştuğu hallerde zarar görenin kusurunun idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığına hükmetmiştir.³⁹ Olayda, davalı idarenin zararı ağırlaştırıcı bir işlem ve eyleminin bulunmadığı, inşaat sahiplerinin eyleminin sonucunda zararda artış meydana geldiği, bu durumda idarece tazmini gereken maddi ve manevi bir zararın bulunmadığı sonucuna varılmıştır. İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceğini ise mevzuat çerçevesinde ödeme yapılması ve bölgede yaşayanlar için depremde kaynaklanan zararların genel nitelikte bir zarar olduğu bireysel zarar bulunmadığı hususları ile gerekçelendirmiştir.

Deprem bakımından önem arz eden güncel konu, İmar Kanunu'nun imar barışına ilişkin hükmünde yer alan "binanın depreme dayanıklılığı yapı malikinin sorumluluğundadır" şeklindeki düzenlemenin (geçici madde 16. maddenin 10. fıkrasının son cümlesi) idarenin sorumluluğuna etkisidir.

İmar barışı olarak adlandırılan düzenlemenin kapsamına Boğaziçi Kanunu'nun dahil edilmesine ilişkin ibare ile sınırlı şekilde açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi imar barışının amaç ve sınırları-

³⁸ Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, Ankara 2021, s.361; Kaplan, s.325; Petit/Frier, s.734.

³⁹ DİDDK, 17.12.2009, E.2008/11, K.2009/3108, https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20_05_2019_042636.pdf, s.39.

nı ortaya koymuştur. İmar barışına ilişkin düzenlemenin amacını, şehirlerin yeniden inşası ve imarı için kaynak temini hedeflediğinden Anayasa'nın 56. maddesinde belirtilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yönelik bir düzenleme olarak belirlemiştir. Boğaziçi bölgesinde düzenlemenin uygulanabilirliğine ilişkin olarak ise farklı bir değerlendirmede bulunarak şehirlerin yeniden inşası ve imarı açısından kaynak temininin başka yöntemlerle elde edilmesinin mümkün olduğu gerekçesiyle İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen "...ve 2960 sayılı Kanun..." ibaresinin ve bu maddeye bağlı olarak değiştirilen 18.11.1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi ile sınırlı şekilde iptal kararı vermiştir.⁴⁰ İptal kararının temel gerekçesi kültür ve tabiat varlıklarının korunmasıdır. Zira Türkiye'de en çok kayıtlı tescilli kültür varlığı binaların bulunduğu Boğaziçi bölgesinin korunmasında hayatta olan bireylerin yanı sıra gelecek kuşakların da menfaati bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu iptal kararı ile şehirlerin yeniden inşası için kaynak yaratmaya değil kamu yararı bulunduğu gerekçesi ile kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına üstünlük tanımıştır. Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına tanınan bu öncelik yaşam hakkı bakımından da hiç şüphesiz geçerlidir.

Deprem bakımından bina malikini sorumlu tutan düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmamış olmakla birlikte itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi mümkündür. Nitekim Danıştay 13. Dairesi geçici 16. maddenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusunda bulunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.⁴¹ Somut norm denetimi bakımından geçerli olan on yıl yasağı kuralı Anayasa Mahkemesi için esasına girmediği için uygulanmayacağından (Anayasa, m. 152/son) yeniden somut norm denetimi yoluyla anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecektir.

⁴⁰ AYM, 24.09.2020, Esas:2019/21, Karar: 2020/51, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2020-51-nrm.pdf>.

⁴¹ AYM, 01.06.2022, Esas: 2021/15, Karar: 2022/63, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-63-nrm.pdf>

Söz konusu düzenlemenin, yapı kayıt belgesi bulunan binaların yıkılmasıyla meydana gelen ölümler ve bedensel zararlar bakımından, idarenin sorumluluğuna etkisinin tartışılması gerekmektedir. Böyle bir düzenlemenin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz. Zira idarenin kolluk faaliyetlerine ilişkin denetleme yetkilerini kullanmaktan vazgeçmesi söz konusu olamayacağı gibi yaşama hakkı ile doğrudan bağlantılı bir konuda sorumluluğun yapı malikine bırakılması idarenin yaşama hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini de ortadan kaldırmayacaktır. Kolluk tedbirlerinin alınması idare için bir zorunluluktur ve bu zorunluluğun yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idare sorumludur.⁴² Dolayısıyla bu düzenleme, yapı malikinin zarar görmesi halinde zarar görenin, yapı malikinden başkasının zarar görmesi halinde ise üçüncü kişinin kusuru nedeniyle illiyet bağını ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilemeyeceğinden idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Nitekim söz konusu düzenlemenin sorumluluk hukuku bakımından bir sonuç doğurmadığı sadece yapı sahibini depreme dayanıklılık konusunda önlem almaya teşvik etmek amacını taşıdığı belirtilerek, imar alanında kolluk yetkilerinin ve sorumluluğun yapı sahiplerine devredilmesinin mümkün olmadığı⁴³ hatta yapı sahibinin kusuru yoksa bu hükmün deprem nedeniyle doğan zararın hesaplanmasında idare bakımından bir indirim sebebi dahi olamayacağı kabul edilmektedir.⁴⁴

4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişinin kusuru nedeniyle doğan zararlardan idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin kusuru zararın artmasına neden olmuşsa idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru oranında azalmaktadır. Üçüncü kişinin kusurunun idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldırdığı, kusursuz sorumluluğunu kaldırmadığı ancak idarenin rücu hakkının saklı olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵

⁴² René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15. Ed. Montchrestien, Paris 2001, s.733.

⁴³ Ilgın Özkaya Özlüer, "İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2018, Cilt:9 Sayı:2, s.337.

⁴⁴ Özlüer, s.335.

⁴⁵ Atay, s.326; Petit/Frier, s.734-735.

Belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin kusurunun idarenin sorumluluğunu kaldırdığının kabulü özellikle kusurlu üçüncü kişiye ulaşamaması ya da bu kişinin zararı karşılayamaması gibi durumlarda mağdurların mağduriyetini ağırlaştıracak sonuçlar doğurabilir.⁴⁶ Bu kapsamda ruhsatsız bina ve işyerlerinde meydana gelen zararı denetim yapmak suretiyle engelleme yükümlülüğü bulunan idarenin kusurlu üçüncü kişinin davranışı bakımından mağdur üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu ifade edilmelidir. Nitekim Danıştay bir kararında ruhsatsız bir kahvehanede bulunanların toprak kayması nedeniyle ölümleri dolayısıyla ortaya çıkan zarardan idarenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu kararda ruhsatsız kahvehanenin çalışmasını engellemek için idarenin denetim görevini yerine getirmemesi açık hizmet kusuru olarak nitelenmiştir.⁴⁷ Belirtmek gerekir ki deprem bakımından da ruhsat ve izin alınmaksızın yapılan inşa ve iskân edilen yapıların yıkılması sonrası oluşan zararlar bakımından da denetim yükümlülüğü bulunan idarenin mağdur üçüncü kişilerin zararından sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Burada zarar bakımından yapı malikinin kusurunun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı ileri sürülemez.

Üçüncü kişiden ne anlamak gerektiği hususu da idarenin sorumluluğunun ortadan kalkıp kalkmadığı açısından belirleyicidir. İdare ile kamu hizmetlerinin yürütülmesi örneğinde olduğu gibi belirli hukuki ilişki içinde bulunan kişinin davranışından idarenin sorumlu tutulmalıdır.⁴⁸ Zira hizmetin asli sorumlusu sıfatıyla idarenin denetim yetkisi bulunduğu gibi hizmet de idare adına yürütülmektedir. Bu kapsamda deprem bakımından değinilmesi gereken bir diğer konu yapı denetim kuruluşlarının kusurlarının idarenin sorumluluğu üzerindeki etkisidir.

Yapı denetim kuruluşları Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'ndan aldıkları izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır (4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun,

⁴⁶ Petit/Frier, s.735.

⁴⁷ Danıştay 10. Daire, 13.09.1993, Esas:1993/724, Karar: 1993/3146, <https://legal-bank.net/belge/d-10-d-e-1993-724-k-1993-3146-t-13-09-1993-danistay-10-daire-karari/529309/>

⁴⁸ Kaplan, s.327.

m. 2/2-ı) Yapıların denetimindeki temel amaç, can ve mal güvenliğini sağlamaktır. Yapı denetim kuruluşları, yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı idare ve yapı malikine karşı denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıl olarak düzenlenmiştir (m. 3/2). Yapı denetim kuruluşları yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduğunu tespit etmesi halinde (m. 2/3-e) ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde (m. 2/3-g) idareye bu eksiklik ve aykırılıkları bildirmekle yükümlüdür. Buna rağmen idarenin işlem yapmaması halinde yapı denetim kuruluşunun sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki yapı denetim kuruluşlarının denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idareye karşı yapı denetim kuruluşu kusuru oranında sorumlu olmakla birlikte zarara uğrayan üçüncü kişiler bakımından idare sorumludur. Yapı denetim kuruluşunun kusuru idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira yapı denetim kuruluşları üzerinde idarenin denetim yetkisi olduğu gibi bu kuruluşlar yapı denetim faaliyetini idare adına yerine getirmektedir.

Nitekim Danıştay'ın yapı denetim faaliyetlerine ilişkin idarenin kusuru oranında kusurlu sorumluluğuna hükmettiği kararlar mevcuttur. Bir öğretim görevlisinin ikametgâhının altındaki otoparkta depolanan on beş bin adet kitap ve çalışmalarının idarenin kusurundan kaynaklı olarak su basması nedeniyle yok olması nedeniyle açtığı davada, idare diğerleri yanında ruhsata aykırı bir yapıya ilişkin sorumluluğun yapı denetim firmasına ait olacağı şeklinde savunmada bulunmuştur. Danıştay, sorumluluğunda bulunan patlayan su borusunun bakım ve onarımı hizmeti yönünden ve zararın meydana gelmesinde etken olduğu belirlenen hatalı ve projeye aykırı imalatın bulunduğu yapının onaylı projesine uygun tamamlanmasını sağlama, projeye aykırı yapıyla ilgili yasal işlem yapma görevini yerine getirmeme yönünden idarenin sorumlu olduğunu tespit ettikten sonra yapının ruhsata aykırı, eksik ve hatalı yapılmasından kaynaklanan zarardan davalı idare dışında yasal sorumluluğu bulunan yapı denetim kuruluşu

ve müteahhit gibi ilgililerin kusur oranlarının ayrı ayrı belirlenerek tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁹

Bir başka uyuşmazlıkta inşaatın onaylı projesine uygun tamamlanmasını sağlama ve projeye aykırı yapılarla ilgili yasal işlem yapma görevini yerine getirmeme yönünden yine idarenin somut uyuşmazlıkta belediyenin sorumlu olduğu tespitinden sonra istinat duvarının yıkılması sonucu sular altında kalan aracın zarar görmesinde yapı kullanma izin belgesi bulunmayan yapıda ikamet eden davacının da kusuru bulunduğu istinaden idare ve zarar görenin kusurları belirlenerek tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁰

Deprem kapsamında söz konusu olabilecek bir diğer durum, “fiili memur” teorisinin uygulanabileceği durumlarda idarenin sorumluluğu hususu olacaktır. Deprem konusunda özellikle arama-kurtarma faaliyetleri sırasında, deprem alanının büyüklüğü ve koordinasyondaki eksiklikler arama-kurtarma faaliyetinin aciliyeti nedeniyle kamu görevlisi statüsünde olmayan yurtaşların faaliyetin yürütülmesine katılımlarını gerekli kılmıştır. Kamu görevlisi statüsünde olmayan ya da idareden aldığı yetki ile arama-kurtarma faaliyetine katılımın söz konusu olduğu durumlarda faaliyetten kaynaklı makul kabul edilecek sınırlardaki kusurlardan doğan zararlar ortaya çıkmışsa “fiili memur” teorisi uygulanarak ortaya çıkan zararların idarece tazmininin gerektiği kanısındayız. Zira fiili memur teorisinin uygulandığı hallerden birisi de savaş, tabi afet gibi olağanüstü durumlardır. Bu gibi hallerde kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu görevlisi statüsünde olmayan kişinin işlemleri idarenin işlemi gibi geçerli kabul edilmekte⁵¹ ve doğan zararlar da idarece karşılanmaktadır.⁵² Doğal afetlerde görev alan AFAD gönüllülerinin⁵³ fiillerini de bu çerçevede idarenin bir eylemi gibi kabul etmek gerekir.

⁴⁹ Danıştay 8. Daire, 23.09.2021, Esas:2017/6312, Karar: 2021/4075, danistay.gov.tr,

⁵⁰ Danıştay 8.Daire, 10.02.2021, Esas:2016/15216, Karar:2021/778, danistay.gov.tr

⁵¹ Atay, s.270.

⁵² Ulusoy, s.409.

⁵³ 23.03.2022 tarihli Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliğinde (R.G.24.02.2022, Sayı:31760), AFAD gönüllüsü: Dayanışma ve yardımlaşma amacıyla kişisel çıkar gözetmeksizin ve hiçbir maddi beklentisi olmadan sadece topluma faydalı olmak arzusu ve kendi isteğiyle fiziksel gücünü, zamanını, bilgi birikimini, yeteneğini ve deneyimini kullanarak afet ve acil durum öncesinde, sırasında ve sonrasında toplum hizmeti çalışmalarına katkı sağlayan fiil ehliyetine sahip kişiler olarak tanımlanmıştır.

B- Depremden Kaynaklanan Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Depremden kaynaklanan zararlar yukarıda da belirtildiği üzere koşulları gerçekleşmişse kusurlu sorumluluk esasına göre tazmin edilmektedir. Mücbir sebep değerlendirmesi yapılırken önlenemezlik ölçütü çerçevesinde idarenin depremin zararlı etkilerini önlemesinin mümkün olup olmadığı incelenmektedir. İdarenin kusuru varsa bu durum mücbir sebep nitelenmesine engel teşkil ettiği gibi idarenin kusurlu sorumluluğunu da gündeme getirmektedir. Böyle bir durumda kusur sorumluluğu asli nitelikte olduğundan sonrasında kusursuz sorumluluğa gidilmemektedir. Depremın mücbir sebep olarak nitelenmesi halinde ise mücbir sebebin idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu kaldırdığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte idarenin kusuru mücbir sebepten kaynaklanan zararda artışa neden olmuşsa, idarenin oluşan zarardan sorumlu olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴ Depremden kaynaklanan bireysel ve olağanüstü zararlardan, kusurlu davranışları zararın artışına neden olmuşsa idarenin kusurlu sorumlu olacağı, bununla birlikte bu durumda depremin mücbir sebep olarak nitelenemeyeceği belirtilerek mücbir sebepten kaynaklı bireysel ve olağanüstü zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği ileri sürülmektedir.⁵⁵

Yargı kararlarında doğa olayları nedeniyle idarenin kusuru olmasa bile kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulduğu kararlar da vardır.⁵⁶ Beklenmeyen hal konusunda bahsedildiği üzere kimi zaman doğa olayları mücbir sebep olarak değil beklenmeyen hal olarak nitelenmek suretiyle idarenin kusursuz sorumluluğunun işletilmesi arayışı söz konusu olabilmektedir.

Kusursuz sorumluluk bakımından öne çıkan görüş idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi depremden kaynaklanan zararları sosyal devlet ilkesi gereği karşılaması gerekliliğidir.⁵⁷ Nitekim kusursuz sorumluluğun temeli sosyal devlet kavramı ile de açıklanmaktadır.⁵⁸

⁵⁴ Atay, s.360.

⁵⁵ Kutlu, s.19.

⁵⁶ AYİM, 2.Daire, Esas:1993/6, Karar:1993/147, 14.04.1993, nakleden Yayla, İdare Hukuku, s. 371.

⁵⁷ Kutlu, s.19.

⁵⁸ Gözübüyük/Tan, s. 722.

Fransız hukukunda doğal afetler nedeniyle uğranılan zararların kusura sorumlu hallerinden sosyal risk ilkesi gereğince uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bunun dayanağı olarak da 1946 Fransız Anayasası'nın Başlangıç kısmında yer alan "ulusal felaket hallerinden doğan külfetler karşısında bütün Fransızların eşitlik ve dayanışma halinde olması" gerektiği ifadesi gösterilmiştir. Diğer yandan pozitif hukuk değerindeki bu düzenlemenin son derece geniş kapsamlı olması nedeniyle ancak bir yasal düzenlemeyle kapsamı belirlenmek suretiyle uygulama kabiliyeti kazanacağı ifade edilmiştir.⁵⁹

Sosyal devlet ilkesi sadece idarenin sorumluluğu bakımından değil sorumluluğun kapsamı belirlenirken ekonomik ve sosyal yönden korunmaya muhtaç yurttaşlar lehindeki anayasal tercihlerin dikkate alınması gerekliliği ile özel hukukta da geçerli bir ilke olarak kabul edilmektedir.⁶⁰

Belirtmek gerekir ki sosyal devlet yanında sorumluluk kaynağı olarak kolektif kusur kavramı da önerilmiştir. Kolektif kusurun dayanağı olarak Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan "milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olma" düzenlemesi gösterilmiş ve bunun hukuki ifadesi toplumsal sorumluluk olarak ele alınmıştır.⁶¹

Gerçekten de 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında ifade edildiği üzere her Türk vatandaşı, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahiptir. Türk vatandaşlarının hak ve ödevlerde, nimet ve külfet-

⁵⁹ 1946 düzenlemesinden önce dönemin Başkanı Doumergue tarafından 1930 yılında sel felaketi mağdurlarının ziyareti sırasında nedeni ne olursa olsun ortaya çıkan sonucun önemine vurgu yapan ve tıpkı savaş mağdurları gibi sel felaketi mağdurlarının da zararlarının karşılanacağı yolundaki açıklamaları doğal afetler konusunda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması yolundaki görüşlerin öncüsü olarak ele alınmıştır. Marcel Waline, *Droit Administratif*, 7. Éd. Éditions Sirey, Paris 1957, s.718-719.

⁶⁰ Rona Serozan, *Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler*, in *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 12-13 Mayıs 1979, *Fakülteler Matbaası*, İstanbul, 1980, s. 175 (45-59).

⁶¹ *İdare Hukuku Yönünden Deprem Hukuksal Sonuçları Toplantısı*, *Deprem ve Hukuk*, İstanbul Barosu Yayınları, Kayhan Matbaası, İstanbul, (2000), s.162.

lerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duyguları ifade edilmiştir. Karşılıklı sevgi, kıvançta ve tasada ortaklaşma arzusu depremde somutlaşmıştır. Depremzedelerin acılarıyla ortaklaşmak, yaraları sarmak için depremde zarar gören illere yardım amacıyla toplum seferber olmuştur. Bu çerçevede depremde zarar görenler için manevi olarak toplum tarafından sahiplenmek de yaşadıkları acı ve üzüntülerin bir nebze olsun hafiflemesini sağlamıştır.

Ancak depremin etkilerini ortadan kaldırmak bireylerin çabalarını aşan boyuttadır. Ayrıca belirtilen görev, devlete verilmiştir. Devlet depremzedelerin yaşadığı acıların dindirilmesi adına cezai ve hukuki sorumluluk mekanizmalarıyla anılan görevini yerine getirmek yükümlülüğü altındadır. Hukuki sorumluluk mekanizması çerçevesinde idarenin sorumluluğu işletilerek depremde kaynaklanan zararların tazmini sağlanacaktır. Halihazırda 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun ile genel hayata etki eden afetler sonrasında alınacak tedbirler ve yapılacak yardımlar düzenlenmiştir. Kanun'da maddi zararların karşılanması için maddi zararların tazmini mekanizması, konut ve işyeri yaptırma ve kredi verme olanakları şeklinde belirlenmiştir (madde 29). Depremde yaşanan dayanışmanın bir devamı niteliğinde sonrasında teknik hukuki mekanizmaları yurttaş bakımından daha ulaşılabilir kılmak için sorumluluk hukuku bakımından hazırlanacak kanun teklifleri, kısa vadede de halihazırdaki depremin yaralarını sarmak amacıyla 7269 sayılı Kanun'da yapılması gereken değişiklikler "Türkiye Büyük Millet Meclisine Vatandaş Çağrısı" başlığıyla kaleme alınmıştır.⁶² Yine depremzedelerin sorumluluk hukuku çerçevesinde başvurulabilecek hukuki mekanizmaların karmaşıklığına binaen ya özel bir yasa çıkarılması ya da 7269 sayılı Kanun'a getirilecek değişikliklerle depremzedelerin uğradıkları tüm zararların karşılanması önerilmiştir.⁶³ Nitekim Kahramanmaraş Merkezli Depremlerin Yol Açtığı Zararların Giderilmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karar-

⁶² Artuk Ardıçoğlu, https://kisadalganet/haber/detay/turkiye-buyuk-millet-meclisine-vatandas-cagrisi_62196, 27.03.2023.

⁶³ Ali D. Ulusoy, Depremden Dolayı Devlet Kurumlarının Mali Sorumluluğu, 22.02.2023, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumlulugu,38818>, ET. 29.03.2023.

namelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi TBMM'ye sunulmuştur.⁶⁴ Yine birinci dereceden bütün aile fertlerini kaybetmiş her çocuğa, 18 yaşını doldurana kadar bir asgari ücret tutarında aylık bağlanmasına ilişkin kanun teklifi de TBMM'ye sunulmuştur.⁶⁵

Kolektif kusur nedeniyle toplumsal sorumluluğa gidilerek idarenin hukuki sorumluluğuna hükmedilmesi idareye büyük bir mali yük getireceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak depremden önce alması gereken önlemler konusunda idarenin daha titiz davranmasını sağlayacağı düşünüldüğünde, aslında daha az maliyetli olacağı söylenebilir.⁶⁶ Gerçekten de telafisi imkânsız can kayıpları ve ekonomik bakımdan maliyetli yıkımlar önlenerek, genel yaşamı etkileyen afete dönüşmesi engelleneceğinden, depremler, idare bakımından çok daha az maliyetli olacaktır.

Bu kapsamda sosyal dayanışma düşüncesinin somutlaşmış örneği olarak zararların tazminine yönelik fonların kurulması söz konusu olabilir. Nitekim kanun koyucu tarafından depremden sonra Afet Yeniden İmar Fonunun Kurulması Hakkında Kanun kabul çıkarılmıştır. Ancak bu Kanun⁶⁷ ile kurulan Fonun amacı "doğal afetler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi ilan edilen alanlarda; imar, altyapı ve üstyapı çalışmaları için gerekli kaynağın sağlanması, yönetilmesi ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılması"dır. Zararın tazminine yönelik kurulacak fon sistemi toplumsal dayanışma mekanizmasını yaşama geçirme aracıdır. Söz konusu sistem yargı önünde idarenin sorumluluğu yolunun işletilmesinden daha kolay şekilde zararın tazminini mümkün kılarken kimi zaman alternatif kimi zaman da tamamlayıcı şekilde uğranılan zararların tazminini sağlamaktadır.⁶⁸

Böyle bir düzenlemenin bulunmaması halinde, depremden kaynaklı karşılanmayan bazı zararların manevi tazminat yoluyla karşılanması mümkün görünmektedir. Manevi tazminat yoluyla idarenin

⁶⁴ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/ba9eb15c-1180-4813-8776-73fc7d896c79.pdf>

⁶⁵ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/dafa1a42-5888-4278-acf1-8952d64a11ae.pdf>

⁶⁶ İdare Hukuku Yönünden Depremin Hukuksal Sonuçları Toplantısı, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, Kayhan Matbaası, İstanbul, (2000), s.162.

⁶⁷ 15.03.2023, Kanun No: 7441, R.G., 21.03.2023, Sayı: 32139.

⁶⁸ Alexis Frank, *Le Droit de la Responsabilité Administrative à l'Épreuve des Fonds d'Indemnisation*, L'Harmattan, Paris 2008, s.43.

deprem bakımından alması gereken önlemlerde daha titiz davranması sağlanacağı gibi bu yol, depremedelerin zararlarının da tam olarak karşılanmasında etkili bir hukuki araç olarak kullanılabilir.

A. Manevi Zararların Tazmin Aracı Olarak Tam Yargı Davası

1. Tam Yargı Davalarının Kapsamı

İdari yargıda depremden kaynaklanan manevi zararların tazmini tam yargı davası ile sağlanabilecektir. Tam yargı davalarında manevi zararlar karşılığında manevi tazminata hükmedilmektedir. Ancak dava yolu yerine depremden kaynaklanan zararların tazmini için kanun koyucu özel bir kanun ile idarenin sorumluluğunu düzenleyebilir. Zira kanun koyucu özel bir kanun ile birçok davaya konu olabilecek uyuşmazlıklar bakımından alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi öngörebilmektedir. İdari uyuşmazlıklar bakımından sulh yoluyla uyuşmazlıkların yargıya taşınmadan çözümlenmesi yolu tercih edilebilmektedir. 659 sayılı KHK⁶⁹ ile idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi konusu düzenlenmiştir. İdari işlemlerden kaynaklı ihlaller bakımından ihtiyari olarak sulh yoluna başvurulabileceği düzenlenmişken idari eylemlerden kaynaklı ihlaller nedeniyle 2577 sayılı İYUK'un 13. maddesi kapsamında idareye yapılan zorunlu başvuruların sulh başvurusu olarak kabul edileceğini düzenlemiştir (m. 12/1). Yine 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun bu çerçevede kabul edilmiş bir kanundur. Ancak söz konusu Kanun'da sadece maddi zararların karşılanması düzenlenmiş, manevi zararların tazminine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. 659 sayılı KHK ile öngörülen usulde talep edilecek zararın türü konusunda bir ayırım yapılmadığından manevi zararların tazmininin de talep edilmesi mümkündür. Ancak bu usulün uygulamada rağbet görmediği ve bu kapsamda etkili bir başvuru yolu olmadığı ifade edilmektedir.⁷⁰ 5233 sayılı Kanun'da manevi tazminat konusu düzenlenmediği için sonrasında karşılanmayan manevi zararlar ne-

⁶⁹ Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, R.G., 02.11.2011, Sayı: 28103.

⁷⁰ Mehmet Karaarslan, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi, *TBB Dergisi*, 2019, Sayı: 140, s. 90 (71-113), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1816>.

deniyle birçok dava açılmış konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile de taşınmıştır.

Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına atıfta bulunmak suretiyle 5233 sayılı Kanun uyarınca karşılanmayan manevi zararın idare hukukunun tazminata ilişkin ilke ve kuralları çerçevesinde 2577 sayılı Kanun'un öngördüğü usullere tabi olarak talep edilebileceğine karar vermiştir.⁷¹

Depremden kaynaklı manevi zararların tazmini taleplerinde de özel bir düzenleme yokluğunda 2577 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır. İdari yargıda tam yargı davaları ile idarenin hukuki sorumluluğuna işlerlik kazandırılmaktadır. Hukuk devleti ilkesine işlerlik kazandıran iptal davaları⁷² yanında tazminat taleplerinin karara bağlandığı tam yargı davaları da aslında idarenin hukuk sınırları içinde kalmasını sağlamaktadır. Zira tam yargı davaları sadece uğranılan zararın tazminiyle sınırlı bir çerçevede hukuk devleti ilkesine hizmet etmemekte, bu davalarda hukuka aykırı hareket eden idarenin işlem ve eylemlerinin yaptırımını olarak tazminata hükmedilmek suretiyle sonrası için caydırıcı bir işlev üstlenerek idarenin hukuk sınırları içinde kalmasını sağlamaktadır.⁷³

Tam yargı davalarında manevi zarar, parasal olarak belirlenmekte ve tazmin edilmektedir. Bu durum mahkeme kararlarında bir zorunluluk olarak ifade edilmektedir. Gerçekten de idari yargı denetiminin kapsamına getirilen sınırlamalar ve uygulamada tam yargı davasının tazminat davası olarak dar kapsamlı ele alınışı⁷⁴ manevi zararın da

⁷¹ Danıştay 10. Daire, 16.06.2022, Esas: 2018/251, Karar: 2022/3287, www.danistay.gov.tr

⁷² Hukuk devleti, idare hukuku, idari yargı ve idari yargıda da özellikle iptal davasını birbiriyle özdeş gören görüş için bkz. İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, İstanbul, Alfa, 1996, s.17; Bu görüşe karşın iptal davasının dava olmaktan çıkarılıp "myth" e dönüştürülmesinin hukuk devleti ilkesini zedeleyebileceği ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edebileceği görüşü için bkz. Sait Güran, Kemal Berkarda, Taner Ayanoglu, Kahraman Berkarda, "İdari Yargılama ile İlgili Konular", Danıştay ve İdari Yargı Günü, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, 2004, s.120-121.

⁷³ Sait Güran, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 152.

⁷⁴ Özellikle idari eylemler bakımından tam yargı davalarının tazminat talebiyle sınırlı ele alınması, yargısal korunma ihtiyacı yeterince karşılanmadığı için bireylerin adli yargıya yönelmelerine neden olduğu gibi idari nitelikteki eylemlerinin

ancak parasal olarak tazminine imkân vermektedir. Oysaki parasal tazminatın yetersiz kaldığı ya da manevi zararı gidermede anlam ifade etmeyeceği hallerde idareyi bir edimde bulunmaya mahkûmiyet şeklinde tam yargı davasında kararlar verilebilmelidir.⁷⁵ Nitekim adli yargıca kişilik haklarının ihlali nedeniyle sadece tazminat şeklinde değil, tazminatın yerine ya da tazminat ile birlikte başka bir giderim yoluna hükmetme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır (Borçlar Kanunu m.58/2).

2. Tam Yargı Davasında Tazmin Edilebilecek Manevi Zararlar

Manevi zararlar kişi varlığının ihlali nedeniyle kişilik değerlerinde irade dışında oluşan eksilme olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede kişilik hakları çerçevesinde korunan yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, haysiyet, isim, resim, özgürlük, ticari itibar gibi değerlerin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın manevi tazminat şeklinde tazmini gerekir. Manevi zararın tazmini için kişilik hakkının ihlali nedeniyle ayrıca ihlal nedeniyle acı, elem, ızdırap duyulması gibi sübjektif unsurun varlığı mutlak şekilde aranmamalıdır. Zira acının tespiti için kullanılacak teknikler acıyı hafifletmek yerine daha da ağırlaştırabileceği gibi sübjektif unsurun aranması tüzel kişilerin manevi tazminat taleplerini bertaraf edebilecektir. Yine manevi tazminata ilişkin düzenlemede böyle bir şart da aranmamaktadır.⁷⁶ Nitekim tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlali çerçevesinde tüzel kişiler lehine manevi tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte manevi tazminata hükmedilebilmesi için tüzel kişiliğin itibarının zedelenmesi ya da faaliyetlerinin açıkça olumsuz etkilenmesi şartı da aranmaktadır.⁷⁷ Fransız hukukunda da tüzel kişilerin manevi tazminattan yararlanabilecekleri kabul edilmektedir.⁷⁸

kapsamında da bir daralmaya neden olduğu görüşleri için bkz. Taner Ayanoğlu, "Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği", *Danıştay ve İdari Yargı Günü*, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, 2004, s.65.

⁷⁵ Güran, *Türk İdare Hukukunda...*, s. 159.

⁷⁶ Eren, s.553-557.

⁷⁷ Turan Yıldırım, "İdari Yargı", *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ed. Turan Yıldırım, Oniki-levha, İstanbul 2017, s.813.

⁷⁸ Hafida Belrhali, "Le préjudice moral des personnes publiques", *RFDA*, 2022, s.879, www.dalloz.com

Gerçekten manevi tazminata ilişkin Borçlar Kanunu'nda manevi tazminat istenebilecek zararlar; bedensel zarar, ölüm ve kişilik haklarının ihlali olarak düzenlenmiştir. Bedensel zararlar da olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hâkimin zarar görene verilecek manevi tazminat miktarına karar vereceği düzenlenmiştir (m. 56/1). Zarar görenin yakınlarına verilecek manevi tazminatta ise bedensel zararın ağır olma koşulu aranmıştır. Ölüm halinde de yine ölenin yakınları lehine uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilecektir (m. 56/2). Yine manevi tazminata hükmedilebilecek bir diğer hal olarak kişilik haklarını ihlalinden kaynaklanan manevi zararın tazmini için manevi tazminat öngörülmüştür (m. 58/1).

Deprem nedeniyle manevi tazminata konu olabilecek manevi zararlar da bu çerçevede; ölüm, bedensel zararlar, kişilik haklarının ihlali şeklindeki zararlar olarak ele alınabilir. Manevi zarar talep edebilecekler doğrudan zarar görenler ile yansıma yoluyla zarara uğrayan üçüncü kişilerdir. Ağır bedensel zarar ve ölüm halinde yakınlarının uğrayacağı manevi zararların karşılanması (TBK, m. 56) pozitif hukuktaki yansıma zarar örnekleri olarak ifade edilmektedir.⁷⁹ Danıştay da yansıma zararı; hukuka aykırı bir fiilin muhatabı olan kişiden başka birinin bu fiil nedeniyle zarara uğraması olarak tanımlayarak bir kimsenin ağır beden zararına uğraması veya ölmesi durumunda yakınlarının uğradığı zararı yansıma zarar olarak kabul etmektedir.⁸⁰ Depremde yaşamını yitirenlerin ya da ağır bedensel zarara uğrayanların yakınları da yansıma şeklinde uğradıkları manevi zararların tazminini talep edebileceklerdir.

Yansıma zarar konusunda değinilmesi gereken ve kimi zaman yargısal kararlara da konu olan bir durum, zarar gören ile yansıma yoluyla zarar gören arasındaki yakınlığın varlığı bakımından aralarında hukuki bir ilişkinin aranıp aranmayacağı meselesidir. Ölüm nedeniyle yansıma yoluyla talep edilebilecek manevi zarar bakımından zarara uğrayanın mirasçı sıfatını taşıması gibi bir şart aranmamaktadır. Resmi nikahlı olmayan eşin de hukuken geçerli ya da korunması gereken bir evlilik olarak kabul edilmese de ölüm nedeniyle duyulan elem ve üzüntü için

⁷⁹ Kılıçoğlu, s. 413.

⁸⁰ Danıştay 8. Daire, 17.06.2022, Esas: 2020/1977, Karar:2022/4234, www.danistay.gov.tr

manevi tazminat talep edebilmesi mümkündür.⁸¹ *Öneryıldız* kararında AİHM de resmi nikahlı olmayan eşin ölümü nedeniyle manevi tazminata hükmetmiştir.⁸² Yakın akrabalık ilişkilerinde yakınlık unsurunun karine olarak kabul edilebileceği ancak yakınlığın tespiti bakımından ayrıca mağdurla yansıma yoluyla zarar gören arasında eylemli duygusal bir bağın varlığının da ispatlanması gerektiği belirtilmektedir.⁸³

Fransız hukukunda mağdurla yansıma yoluyla zarar gören arasında hukuki bir ilişkinin bulunması zorunluluğu aranmamaktadır.⁸⁴ Nitekim Fransız Danıştay'ı cerrahi müdahale nedeniyle gerçekleşen ölüm sonrası idarenin kusursuz sorumluluğu çerçevesinde ölen çocuğun boşanan anne ve babasının yeni eşlerinin çocukla geliştirdikleri duygusal yakınlığa binaen aralarında hukuki bir ilişki olmaksızın, manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁵

3. Tam Yargı Davalarının Açılması

Depremden kaynaklanan manevi zararların idarece tam yargı davası kapsamında tazmin edilebilmesi için zararın idari bir işlemde ya da idari eylemden kaynaklanması gerekmektedir.

⁸¹ Karara konu uyumsuzluk, idare mahkemesinin imam nikahlı ve dört çocuklu eş için maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi yolundaki kararının Danıştay 10. Dairesince "evlilik dışı birlikte yaşam nedeniyle hukukumuzda korunması gereken haklar bulunduğu kabul edilmediği" gerekçesiyle bozulması üzerine idare mahkemesince verilen ısrar kararının onanmasıdır. Onama kararına yazılan azlık oylarından birinde maddi tazminat ile manevi tazminat arasında ayırım yapılması dikkate değerdir. Karşı oyda imam nikahlı eş ve çocuklar lehine maddi tazminata hükmedilemeyeceği ancak manevi tazminata hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir. DİDDK, 17.10.1997, Esas:1995/79, Karar:1997/479, <https://legalbank.net/belge/d-idrddk-e-1995-79-k-1997-479-t-17-10-1997-danistay-idari-dava-daireleri-kurulu-karari/624343/>

⁸² Söz konusu karar ve resmi nikahlı olmayan eşin, yakın olarak kabul edilip resmi nikahlı eş ve çocuklarla eşit değerlendirilmesine ilişkin AİHM yaklaşımının ileride istenmeyen sonuçlar doğurabileceği yolundaki Yargıç Rıza Türmen'in muhalefet şerhi için bkz. AİHM Kararı, *Öneryıldız/Türkiye*, 30.11.2004, Başvuru No: 48939/99, parag. 3, 167, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2248939/99%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-67616%22%5D%7D>

⁸³ Enes Yıldırım, "Türk Hukukunda Yansıma Zararları", ABD, Sayı:2023/1, s.260, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2947849>

⁸⁴ Petit/Frier, s.737-738.

⁸⁵ Conseil d'État, section, 3 juin 2019, M^{me} Fougère-Derouet et M. Miet, n° 414098, kararına ilişkin Caroline Lantero, "Le préjudice causé par la mort d'un proche", *RFDA*, 2019, p.1115, www.dalloz.fr

İdari eylemin pozitif hukukta bir tanımı bulunmamaktadır. Danıştay içtihadı birleştirme kararında idari eylemi; idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı bir tutumu olarak tanımladıktan sonra, salt idari eylemler ve idari işlemin icrası için idari eylemler olarak ikiye ayırmıştır. Salt idari eylemler; bir idari karar ve işlemle ilgisi olmayan öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan eylemlerdir.⁸⁶

Depremden kaynaklı zararın kaynağı olarak idarenin deprem öncesinde, ya da deprem sonrasında arama-kurtarma başta olmak üzere diğer görevlerini yerine getirmedeki gecikme ve yetersizlik şeklinde hizmet kusuru sayılan faaliyetleri idari eylemdir. Özellikle idari işlemlerin ilgililerce uygulanması gerektiği durumlarda, idarenin ilgilileri denetleme konusunda hareketsizliği idari eylem olarak kabul edilmektedir.⁸⁷ Bu çerçevede idarenin deprem öncesi yerine getirmesi gereken binaların depreme dayanaklılığı konusundaki denetimi gerçekleştirmemesi idari eylemdir. Yine deprem sonrasında belirtilen arama-kurtarma ve diğer kamu hizmeti faaliyetleri çoğunlukla idari eylemler ile gerçekleştirildiğinden ortaya çıkan maddi ve manevi zararlar da idari eylemlerden kaynaklanmaktadır.⁸⁸

İdari eylemler bakımından yapılan salt idari eylem- idari işlemin icrasına ilişkin eylem ayırımının önemi kanun koyucu tarafından farklı hükümlere tabi tutulmasından ileri gelmektedir. Yargılama usulü bakımından idari işlemin icrasına yönelik eylemlerin kaynağı olan idari işlem kurucu nitelikte olduğu için bu eylemler idari işlemin hukuki rejimine tabidir.⁸⁹

Nitekim idari işlemin icrasına ilişkin idari eylemler İYUK'un 12. maddesinde düzenlenmişken salt idari eylemler 13. maddede düzenlenmiştir. İdari işlemin icrasına yönelik eylemlere ilişkin düzenlemeye göre; bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı tam yargı davaları, icra tarihinden itibaren dava süresi içinde açılabilir.

⁸⁶ DİBK, 14.04.1973, Esas:1972/2, Karar:1973/10, <https://danistay.gov.tr/assets/pdf/upload/2021-12-30-11-22-3618697.pdf>

⁸⁷ Taner Ayanoglu, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Legal, İstanbul 2004, s.91.

⁸⁸ Ayanoglu, Uyuşmazlık Mahkemesi..., s.270.

⁸⁹ Selami Demirkol, "İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu", *Sayıştay Dergisi*, 2001, Cilt:12, Sayı:40, s.11; Ayanoglu, Uyuşmazlık Mahkemesi ..., s.110-111.

Salt idari eylemler ise 13. madde hükümlerine tabidir. Söz konusu düzenlemeye göre; idari eylemlerden doğan zararların tazmini için açılacak tam yargı davalarında hakları ihlal edilenler dava açmadan önce eylemlerin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Tam yargı davaları ancak yapılan başvuru sonrasında istemin kısmen veya tamamen reddi halinde ret işleminin tebliği ya da isteme otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde açılabilir (mad.13/1). Tam yargı davası açmadan önce idareye başvurma zorunluluğu ön karar kuralı olarak adlandırılmaktadır.⁹⁰ Ön karar kuralının istisnasına kanun koyucu tarafından düzenlemenin 2. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre; tam yargı davasının görevli olmayan adli yargı mercilerinde açılması halinde açılan davanın görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargıda açılacak davalarda, idareye başvurma şartı aranmayacaktır. Ön karar idari dava açma süresinin başlangıcı olarak ele alınmaktadır. İdareye başvurulmadan dava açılması halinde idari merci tecavüzü sayılmakta (İYUK, m. 14/3-b) ve dosyanın görevli idari merciye tevdiine karar verilmektedir (İYUK, m. 15/1-e). Dosyanın gönderildiği idarenin 5018 sayılı Kanun'un I ve II sayılı cetvellerinde yer alan idarelerden bir olması halinde yukarıda belirtildiği üzere 659 sayılı KHK gereğince sulh başvurusu olarak değerlendirilerek işlem yapılacaktır (mad.12/1).⁹¹

Depremden zarar görenlerin hangi süre içinde idareye başvurabilecekleri sorusunun da yanıtlanması gerekmektedir. Kanun koyucu tarafından getirilen idari eylemin öğrenilme tarihinden itibaren bir yıl içinde başvurma koşulu, özü ve düzenlenme biçimi gereği idari eylemin ve eylemden kaynaklanan zararlı sonucun öğrenilme tarihi olarak ele alınmaktadır. Zararın öğrenilme tarihi de zarar türüne göre ayırım yapılarak ölüm halinde idari eylemin ve zararlı sonucun aynı anda gerçekleştiği, bedensel zararlar halinde kesin sağlık raporunun alındığı tarih, mallara gelen zararlarda ise somut duru-

⁹⁰ Georges Dupuis, Marie-José Guédon, Patrice Chrétien, Droit Administratif, 12e éd. Sirey, Paris 2011, s.626.

⁹¹ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.501.

mun özelliklerine göre belirleme yapılması gerektiği kabul edilmektedir.⁹²

Danıştay kimi zaman hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak, idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiğine hükmetmektedir.⁹³ AİHM'nin kararını⁹⁴ referans alarak mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirme yaparak verdiği kararda ise Danıştay'a göre; " Kanun'da öngörülen ve hak düşürücü niteliği haiz olan; "bir ve beş yıllık sürenin" her durumda öğrenme ve/veya eylem tarihinden itibaren başlatılmasının mümkün olmadığı, zararın kaynağı ile zararın tüm unsurları ile tespit edilmesi gerektiği, özellikle; eylem nedeniyle oluşan bedensel zararın bütün unsurları ile öğrenildiğinin kabul edilebilmesi için, eylemin doğurduğu zarar tüm unsurları ile oluşmalı ve sonlanmalıdır".⁹⁵

Anayasa Mahkemesi de süreaşımı yönünden reddedilen dava nedeniyle yapılan bireysel başvuruda mahkemeye erişim hakkının ihlali kararında eylemin idariliğinin veya yol açtığı zararın ya da arasındaki illiyet bağının eylemden sonra anlaşıldığı veya ortaya konulabildiği durumlarda dava açma süresinin bu tarihlerden sonra başlayacağına karar vermiştir.⁹⁶

Depremde özellikle bedensel zararların beş yıllık sürelerden sonrasında tüm sonuçlarıyla ortaya çıkması olasıdır. İdareye 13. madde kapsamında yapılan başvurularda ve sonrasında davalarda süreaşımı bulunup bulunmadığı değerlendirmesinde zararın depremden kaynaklandığının ve tüm sonuçlarıyla ortaya çıktığı tarihin esas alınması gerekir.

Depremden kaynaklanan zararların idari işlemde kaynaklanması halinde ise manevi tazminat talebiyle açılacak tam yargı davaları

⁹² Serdar Özgüldür, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s.64-65.

⁹³ Danıştay 10. Daire, 20.12.2006, Esas: 2004/2931, Karar:2006/7287, www.danistay.gov.tr

⁹⁴ AİHM, 17.09.2013 tarihli ve 59601/09 Başvuru numaralı kararı, Eşim/Türkiye,

⁹⁵ Danıştay 8. Daire, 10.06.2022, Esas:2021/391, Karar:2022/4030, www.danistay.gov.tr

⁹⁶ AYM, Aladdin Özdemir, B. No: 2018/36426, 21/10/2020, § 35, <https://kararlar-bilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/36426>

konusunda davacıya tanınan seçeneklerden birinin kullanılması gerekir. Davacı idari işlem nedeniyle uğradığı zararlar için ya doğrudan veya iptal davası ile birlikte veyahut iptal davasının karara bağlanması üzerine tam yargı davası açacaktır (İYUK, m. 12).

İdari işlem ve idari eylemin birlikte hak ihlaline neden olması halinde ise İYUK'ta dava açma süresinin nasıl hesaplanacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Danıştay ilgililerin dava açma haklarının kullanmalarını engelleyecek yorumlamayı dışlayarak hak ihlali-ne idari işlem ve idari eylem olarak nitelendirilen birden fazla idari tasarrufun zarara yol açmaları yönünden ayrılması mümkün değil ise dava açma süresinin, hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak ilgililere zararın doğduğu tarihten itibaren bir yıl içinde idareye başvuru ve daha sonra dava açma olanağı tanıyan İYUK'un 13. maddesine göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Aksi yöndeki idari işlemlerin ayrılmak suretiyle dava açma süresinin İYUK'un 12. maddesi kapsamında hesaplanmasını ise zorlama bir yorum olarak nitelmiştir.⁹⁷

B. Manevi Tazminatın Hesaplanması

Manevi tazminat hâkim tarafından takdiri hesaplanmaktadır. Uygulamada düşük takdir edilen manevi tazminat miktarının artırılmasına yönelik, ıslah, faiz gibi kurumlar söz konusudur.

1. Manevi Tazminatın Takdiri Niteliği

Danıştay kararlarında manevi tazminatın patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olduğu kabul edilmektedir. İdari yargılama hukukunda manevi tazminat, başka giderim yolları olmadığından parasal olarak belirlenmektedir. Tazminat miktarı mahkemece belirlenirken somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğinden manevi tazminatın kanun ile belirlenmesi de gerçekçi bulunmamaktadır. Manevi tazminatın bir yandan zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte bir yandan da tam yargı davalarının niteliği

⁹⁷ Danıştay 10.Daire, 28.05.2007, Esas: 2005/9126, Karar: 2007/3069, www.danistay.gov.tr

gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda duyulan elem ve ızdırabı giderecek bir oranda olması gerekmektedir.⁹⁸

Mahkeme tarafından takdir edilecek manevi tazminat miktarının belirlenmesinde belli kıstaslar ve taraflar bakımından da belli bir dengeleme dikkate alınmaktadır. Danıştay manevi tazminat belirlerken miktarın; olayın, zararın ve varsa idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirilmeyecek nitelikte olması gerektiğini belirlerken manevi tazminata konu benzeri olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı olacak şekilde belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Diğer yandan ise idari faaliyetin niteliği ve idarenin sorumluluk sebebi gözetilerek hakkaniyetli, idareye aşırı mali külfet yüklemeyecek makul bir tutar olması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁹

Manevi tazminat miktarı mahkemece belirlenirken davacının ekonomik ve sosyal durumu dikkate alınmakta ve davacının zenginleşmesine yol açmayacak şekilde manevi tazminat miktarı hesaplanmaktadır. Bu yaklaşım; manevi tazminat miktarı belirlenirken ön planda tutulacak unsurun manevi tazminatın idare bakımından yaptırım gücünü haiz olması gerekliliği nedeniyle eleştirilmektedir. Manevi tazminatın, idarenin manevi tazminat yükünü dikkate alarak hukuk sınırları içinde kalmayı, üstlendiği faaliyetleri gereği gibi yerine getirmeyi tercih etmeye sevk edecek miktarda olması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁰ Manevi tazminatın idarenin hukuk sınırları içinde kalmalarını sağlayıcı işlevi Anayasa Mahkemesi'nin kamulaştırmaz el atma davalarına ilişkin yapılan bir bireysel başvuru kararında açık bir şekilde tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; ilk derece mahkemelerinin sadece kamulaştırma bedelinden ibaret olan maddi tazminata hükmetmeleri bunun dışında manevi tazminat gibi başka yaptırımlar uygulamamaları, idarelerin olağan kamulaştırma usulüne başvurmak yerine kamulaştırmaz el atma uygulamasını tercih etmelerine sebep olmaktadır.¹⁰¹

⁹⁸ Danıştay 10. Daire, 16.06.2022, Esas: 2018/251, Karar: 2022/3287, www.danistay.gov.tr

⁹⁹ Danıştay. 8.D, E.2020/4072, K.2022/4022, 10.06.2022.

¹⁰⁰ Candan, s.205.

¹⁰¹ AYM, Kübra Yıldız ve diğerleri [GK], B. No: 2018/32734, 28/7/2022, § 88, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/32734

Manevi tazminat belirlenirken davacının ekonomik ve sosyal durumunun dikkate alınmasına getirilen bir diğer eleştiri ise tazminat miktarının sosyal konum, şöhret ve itibarıyla orantılı olarak artmasının sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve “seçkinci” bir tutum olduğu şeklindedir.¹⁰²

Gerçekten de davacının öznel koşullarından daha çok hukuka aykırılığın ve bu aykırılığın neden olduğu mağduriyetin ağırlığının esas alınmasının hakkaniyete daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda idarenin işlem ya da eylemindeki ağır hukuka aykırılıklar ya da tekrarlayan hukuka aykırılıklar nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından belirlenecek manevi tazminat miktarında idare için yaptırım niteliğinin ön plana çıkarılması gerekmektedir. Deprem bakımından yıkımın ve kayıpların büyüklüğü ile özellikle 1999 depremi sonrasında idarenin etkili bir şekilde depreme hazırlık kapsamında önlem almadığı göz önünde tutularak manevi tazminatın yaptırım niteliğinin ön plana çıkarılması gerektiğini söyleyebiliriz.¹⁰³

Ancak uygulamada manevi tazminatın zenginleşme aracı olmayacağı yaklaşımı ön planda tutularak¹⁰⁴ ya da tazmin aracı değil tazmin aracı olarak ele alınması¹⁰⁵ nedeniyle düşük miktarlara hükmedilmektedir.

Manevi tazminat miktarının düşük tutulması temyiz aşmasında bozma sebebi sayılmaktadır. Nitekim kapatılan AYİM tarafından verilen kararlara karşı yapılan temyiz incelemesinde Danıştay manevi tazminat miktarını düşük bulduğu için bozma kararları vermiştir. Danıştay olayın gerçekleşme şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, uğranılan za-

¹⁰² Rona Serozan, “Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 176.

¹⁰³ 1999 depreminin hemen sonrasında kaleme alınan çalışmada Meksika örneği üzerinden depremin neredeyse hiçbir zarara neden olmadan atlatılabileceği temennileri Türkiye için dile getirilmiştir. Kutlu, s.16. Ancak 6 Şubat 2023 depremi göstermektedir ki idare bu konudaki yükümlülüklerini yerine getir(e)memiştir. 1999 depremi sonrasında mahkemeye yansıyan uyuşmazlıklar bakımından manevi tazminatın da caydırıcı işlevini yerine getirmediğini söyleyebiliriz.

¹⁰⁴ Yıldırım, İdari Yargı, s.810.

¹⁰⁵ Gözler, s.1309-1310, AYİM ve Danıştay tarafından hükmedilen düşük tazminat miktarlarına ilişkin kararlar da yer almaktadır.

rara göre orantısız ve düşük kaldığı, duyulan elem ve ıstırapı kısmen de olsa giderecek düzeyde olmadığı ve manevi tazminat isteminin tamamına hükmedilmesi gerektiği,¹⁰⁶ uğranılan zarara göre orantısız ve düşük kaldığı, duyulan elem ve ıstırapı kısmen de olsa giderecek düzeyde olmadığı, olay şartları ve davacının durumu göz önüne alınarak yeniden takdir edilmesi gerektiği,¹⁰⁷ *davacıların yakınlarının 32 yaşında şehit olduğu, eşinin genç yaşta dul kaldığı, henüz 6 ve 4 yaşında olan çocuklarının babasını kaybettiği göz önünde bulundurularak davacıların tüm hayatları boyunca yaşayacağı acı ve üzüntü nedeniyle manevi varlıklarında meydana gelen zararın giderilebilmesi için makul ve hakkaniyetli bir miktarda manevi tazminata hükmolunması gerekirken yetersiz miktarda manevi tazminata hükmedildiği*¹⁰⁸ gerekçeleriyle bozma kararları vermiştir.

Belirtmek gerekir ki idari yargı yerlerince düşük miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi sonrasında bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi ya da AİHM tarafından ihlal kararı verilmesine neden olmakta ve manevi tazminata hükmedilebilmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹⁰⁹ 41. maddesinde AİHM'ye Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili devletin iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil tazmin verme yetkisi çerçevesinde manevi tazminata hükmedebilmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine manevi tazminata hükmedebilmektedir (6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m. 50/2)

Manevi tazminat, AİHS'nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin usuli boyutunun bir gereğidir. Yaşam hakkının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin usuli boyutu konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır.

¹⁰⁶ Danıştay 10. Daire, 06.06.2022, Esas: 2017/2903, Karar: 2022/3044; Danıştay 10. Daire, 06.06.2022, Esas: 2017/2910, Karar: 2022/3046, www.danistay.gov.tr

¹⁰⁷ Danıştay 10. Daire, 06.06.2022, Esas: 2017/2860, Karar: 2022/3045, www.danistay.gov.tr

¹⁰⁸ Danıştay 10. Daire, 30.05.2022, Esas: 2017/2968, Karar: 2022/2893, www.danistay.gov.tr

¹⁰⁹ https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölümlerde sorumluların cezalandırılmasına yönelik devletin etkili bir cezai soruşturma yapma yükümlülüğü vardır. İdari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir.¹¹⁰ İhmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında ise devletin “*etkili bir yargısal sistem kurma*” yönündeki pozitif yükümlülüğünün sağlanması bakımından ceza davası açmak mutlak bir gereklilik değildir. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli sayılabilmektedir.¹¹¹

Ancak belirtmek gerekir ki tazminat mekanizmasının varlığı tek başına yeterli değildir. Tazminat mekanizmasının etkili de olması gerekir. Bu çerçevede etkili bir tazminat mekanizmasının varlığından söz edilebilmesi için tazminatın hak ihlalini önleyebilmesi, devam eden ihlalleri sonlandırabilmesi ve sona ermiş hak ihlalini karara bağlayabilmesi ve uygun bir giderimde bulunması gerekmektedir.¹¹²

Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin *Budayeva*¹¹³ kararına verdiği atıfla doğal bir felaket nedeniyle mağdur olanların kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip yapılan ve makul bir tazminata hükmedilmesi ile sonuçlanan idari davanın etkili bir iç hukuk yolu olduğuna ve mağdur sıfatını ortadan kaldırdığına karar vermiştir.¹¹⁴ AİHM *Budayeva* kararında yaşam hakkının usul ve esas yönünden ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmetmiştir. *Öneriyıldız* kararında ise idare mahkemesinin ödenmesini kararlaştırdığı ancak ödenmeyen 100.000.000 TL (o tarihte 2,077 Euro) manevi tazminatın yerine mağdurların her biri lehine 33.750 avro toplam 135.000 avro manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere AİHM'nin hükmettiği tazminat idare mahkemesinin hükmettiği miktarın bir hayli üzerindedir. İç hukukta hatta Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla gidilmesine gerek kalmadan uyuşmazlıklarda idari yargı

¹¹⁰ AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>.

¹¹¹ AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17.9.2013, § 59, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>.

¹¹² AYM, Rabia Nur Yazıcı ve Selma Kocacı, B. No: 2016/9528, 09.06.2020, § 89, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/9528>

¹¹³ *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 20/3/2008, § 141

¹¹⁴ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 61.

yerlerinin mağduriyetleri giderecek şekilde manevi tazminat miktarını takdir etmeleri yüksek yargı yerlerinin iş yükünü azaltacağı gibi sosyal hukuk devletine de uygun bir yaklaşım olacaktır.

2. Manevi Tazminat Miktarının Artırılmasına Yönelik Mekanizmalar

Tam yargı davalarında dava açılırken talep edilen tazminat miktarının belirtilmesi gerekir (İYUK, m. 3/2-d). Manevi tazminat miktarının 2013 yılında yapılan değişiklik¹¹⁵ sonrasında nihai karar verilinceye kadar bir kereye mahsus olmak üzere artırılması mümkündür. Söz konusu düzenlemede maddi tazminat-manevi tazminat ayrımı yapılmadığı için manevi tazminatın da artırılabilmesi kabul edilmektedir.¹¹⁶ Kanun yolu aşamasında, değişikliği yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalar hariç (Geçici m. 7/1), manevi tazminat miktarının artırılması mümkün değildir. Nitekim Danıştay temyiz dilekçesi ile dava konusu işlem nedeniyle uğranılan zarar için manevi tazminat talep edilmesini, davanın genişletilmesi yasağı kapsamında ele almaktadır.¹¹⁷ Bununla birlikte istinaf aşamasında ya da kanun yolu üzerine verilen karardan sonra davanın ilk derece mahkemesince yeniden incelenme aşamasında tazminat talebinin artırılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁸ Kanaatimizce bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin kararlarını kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemelerine iade ettikleri ya da istinaf talebini haklı bularak yeniden karar verdikleri aşamalarda tazminat miktarının artırılması mümkün olmalıdır. Ancak tazminat talebine ilişkin olmayan diğer konularda verilen bozma kararlarında tazminata ilişkin kısmı onanmış olacağı için miktar artırımında bulunulamaz. Yine bozmaya uyma kararı verilmesi halinde de bozma gerekçesi dikkate alınarak değerlendirilme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹⁵ 11.4.2013 tarih 6459 sayılı Kanun'un 4 maddesi ile İYUK'un 16. maddesinin 4. fıkrasına eklenen cümle şu şekildedir: "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmez üzere karşı tarafa tebliğ edilir".

¹¹⁶ Kaplan, s.333.

¹¹⁷ Danıştay 5. Daire, 20.06.2022, Esas: 2022/4759, Karar: 2022/5093, www.danistay.gov.tr

¹¹⁸ Kaplan, s.332.

Ancak belirtilmelidir ki dava süresince yeni zararların ortaya çıkması ya da zararın artması halinde de talep edilen tazminat miktarının artırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu durumda sadece ilk derece yargılama aşamasında değil kanun yolu aşamasında da talep edilen tazminat miktarının artırılması mümkündür.¹¹⁹

Davacılar bu imkân tanınmadan önce manevi tazminat miktarlarının düşük olması sorununa bir çözüm olarak *ultra petita* kuralının mutlak şekilde terk edilmesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre; çoğu zaman tazminat miktarının uzman bilirkişilerce belirlendiği ve uyuşmazlıkta bazı konuların ancak idarenin elindeki bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasından sonra aydınlanabildiği hususları göz önünde bulundurularak yargılama sonunda ortaya çıkan tazminat miktarının talep edilenden yüksek olması halinde mahkeme talep edilenden fazlasına hükmedilebilmelidir.¹²⁰

Manevi tazminat miktarının artırılmasını sağlayan bir diğer hukuki araç manevi tazminata faiz yürütülmesidir. Özellikle manevi tazminatın mahkemece talep edilen miktar kadar hükmedilmesi halinde manevi tazminat miktarını artırıcı bir mekanizma olduğu ifade edilmelidir. Faize hükmedilebilmesi için taleple bağlılık kuralı gereğince davacı tarafından talepte bulunulması gerektiği kabul edilmektedir.¹²¹

Danıştay faizi; “idarenin tazmin borcu bağlamında; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurmalarına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, idarenin temerrüde düştüğü tarihten tazminatı ödemediği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Kanun’a göre hesaplanacak tutar” olarak tanımlamaktadır.¹²²

Manevi zararın takdiri nitelikte olması nedeniyle manevi tazminatın hesaplanma tarihinin hüküm günü olduğu ve faiz yürütüle-

¹¹⁹ Gözler, s. 1389.

¹²⁰ Güran, *Türk İdare Hukukunda ...*, s. 168.

¹²¹ Gözler, s. 1423; Kaplan, s.334, Faizin talep edilmesi gerektiğine yönelik bir karar için bkz. Danıştay 10. Daire, 06.06.2022, Esas: 2017/2910, Karar: 2022/3046, www.danistay.gov.tr

¹²² Danıştay 10. Daire, 30.05.2022, Esas: 2017/2968, Karar: 2022/2893, www.danistay.gov.tr

yeceği görüşü savunulmakta ve bu görüş Danıştay kararlarında da karşılık bulmuştur.¹²³ Ancak Danıştay kararlarına bakıldığında artık Danıştay faize hükmedilmesi bakımından maddi tazminat-manevi tazminat ayrımı yapmamakta manevi tazminata da faiz uygulanmasına karar vermektedir.¹²⁴

Faizin başlangıç tarihine ilişkin olarak idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi, adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibarıyla yasal faiz uygulanması, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir.¹²⁵ Belirtmek gerekir ki depremın bireyler bakımından mücbir sebep olarak kabulünün bir sonucu olarak idareye başvuru yapılmasının uzunca bir süre fiilen imkansız olduğu hususu da gözetilerek manevi tazminata faizin, idareye başvuru tarihinden itibaren değil zararı doğuran olayın gerçekleştiği tarihten itibaren uygulanması, hakkaniyete daha uygun olacaktır.

İdari işlemlerden doğan zararlar bakımından ise yasal faizin başlangıç tarihi olarak idareye başvuru yapılmışsa idareye başvuru tarihinin, idareye başvuru yapılmamışsa dava tarihinin esas alınacağı kabul edilmektedir.¹²⁶

Davacı tarafından manevi tazminat miktarının dilekçe ile artırılması halinde artırılan miktar bakımından faizin başlangıç tarihinin de belirlenmesi gerekir. Danıştay bilirkişi incelemesi sonucunda ortaya çıkan gerçek zararın tamamının tazmini amacıyla verilen miktar

¹²³ Gözler, s.1410.

¹²⁴ Manevi tazminata faiz uygulayan bazı kararlarda karşı oy olarak "ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ödeme gecikmeden bahsedilemeyeceği gibi, manevi tazminat, esasen bütün hususlar dikkate alınarak "taksiren" belirlendiğinden manevi tazminata faiz uygulanması gerek(mekte)"tiği ifade edilmektedir. Danıştay 10. Daire, 09.06.2022, Esas: 2017/2011, Karar: 2022/3046, www.danistay.gov.tr

¹²⁵ Danıştay 10. Daire, 30.05.2022, Esas: 2017/2968, Karar: 2022/2893, www.danistay.gov.tr, Danıştay 10. Daire, 06.06.2022, Esas: 2017/2910, Karar: 2022/3046, www.danistay.gov.tr

¹²⁶ DİDDGK, 02.12.2013, Esas:2010/2742, Karar:2013/4312 nakleden Kaplan, s.334.

artırımına (ıslah) ilişkin dilekçenin yeni bir dava niteliğinde olmayıp, mevcut davada talep edilen tazminat miktarının ıslah suretiyle artırımına olanak sağlayan yasal bir hakkın kullanımına ilişkin olduğu hususunun dikkate alarak artırılan tazminat miktarı yönünden davanın kabul edilmesi halinde, yasal faizin başlangıcının bu miktar yönünden de idarenin temerrüde düştüğü tarih olan idareye başvuru tarihinin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁷

İdari merci tecavüzü halinde ise merciine tevdi kararının davalı idarelere tebliğ edildiği tarih yasal faiz başlangıç tarihidir.¹²⁸

SONUÇ

Depremi önlemek mümkün değildir. Ancak yargı kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere depremin neden olduğu zararların, bu zararları önlemeye yönelik yetkilerin idarece etkili bir şekilde kullanılması halinde, neredeyse tamamen önlenmesi mümkündür. Dolayısıyla depremden kaynaklanan zararlar daha çok idarenin kusurlu sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmektedir. İdarenin hiçbir kusuru olmasa dahi depremden kaynaklanan zararların toplumsal sorumluluk çerçevesinde karşılanması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Bu sorumluluğun işletilmesi depremden önce alması gereken önlemler konusunda idarenin daha titiz davranmasını sağlayacaktır. Sosyal dayanışma düşüncesinin somutlaşması çerçevesinde zararların tazminine yönelik fonların kurulması gündeme gelebilir. Bu sistem yargı önünde idarenin sorumluluğu yolunun işletilmesinden daha kolay şekilde zararın tazminini mümkün kılacaktır.

Böyle bir düzenlemenin bulunmaması halinde, depremden kaynaklı karşılanmayan bazı zararların manevi tazminat yoluyla karşılanması mümkün görünmektedir. Manevi tazminat yoluyla idarenin deprem bakımından alması gereken önlemlerde daha titiz davranma-

¹²⁷ Kararda ayrıca Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 09/06/2020 tarih ve E:2019/53, K:2020/853 sayılı kararının da bu yönde olduğu ifade edilmiştir. Danıştay 8. Daire, 03.06.2022, Esas: 2020/2398, Karar: 2022/3766, www.danistay.gov.tr, Miktar artırım dilekçesinden itibaren faiz uygulanması gerektiği yolunda aksi yönde bir karar için bkz. Danıştay 6. Daire, 30.11.2021, Esas: 2021/780, Karar: 2022/13194, www.danistay.gov.tr

¹²⁸ Danıştay 10. Daire, 09.06.2022, Esas: 2017/2011, Karar: 2022/3173, www.danistay.gov.tr

sı sağlanacağı gibi bu yol, depremzedelerin zararlarının da tam olarak karşılanmasında etkili bir hukuki araç olarak kullanılabilir.

Depremın yıkıcı etkilerinin önlenmesine yönelik denetim yetkilerinin etkili bir şekilde kullanılmasına ilişkin hukuki araçlardan bir de manevi tazminattır. Manevi tazminat, idarenin manevi tazminat yükünü dikkate alarak hukuk sınırları içinde kalmasını sağlayacak şekilde belirlenmelidir. Böylece bir yandan mağduriyetin girmesi sağlanırken bir yandan da idarenin daha sorumlu davranması sağlanacaktır. Ancak uygulamada mahkemece düşük miktarda manevi tazminata hükmedildiği gözlenmektedir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde mahkemelerin tazminat miktarının sınırlandırılmasına yönelik manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı yaklaşımı böyle bir sonucu doğurmaktadır. Düşük miktarda tazminat, mağduriyetleri gidermediği gibi idareyi hukuk sınırları içine çekme, kamu hizmetlerinin etkili şekilde yerine getirilmesini sağlayamamaktadır. Oysaki kamu hizmetlerinin etkili yürütülmesinde, idarenin hukuka bağlı kalmasında kamu yararı vardır. Dolayısıyla yüksek miktarda tazminata hükmedilerek kamunun zarara uğratılacağı endişesi yersizdir. Mağduriyetlerin etkili bir tazminat sistemiyle giderilmediği durumlarda yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'ne başvurulduğunda verilecek mahkûmiyet kararları da göz önünde bulundurularak mahkemelerce manevi tazminat miktarı takdir edilmelidir. Özellikle yasal faizin enflasyonun çok altında kaldığı dönemlerde hakimlerin bu gerçekliği de dikkate alarak takdir yetkilerini kullanmaları, hakkaniyete uygun olacağı gibi bir başka boyutuyla yeni davaların ve bireysel başvuruların önüne geçeceğinden yargının en çok dile getirdiği sorun olan iş yükü konusunda da etkili olacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, Ankara 2021.
- Ayanoğlu Taner, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, Legal, İstanbul 2004.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

- Chapus René, Droit Administratif Général, Tome 1, 15. Ed., Montchrestien, Paris 2001.
- Dupuis Georges/Guédon Marie-José/Chrétien Patrice, Droit Administratif, 12e éd. Sirey, Paris 2011.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Frank Alexis, Le Droit de la Responsabilité Administrative à l'Épreuve des Fonds d'Indemnisation, L'Harmattan, Paris 2008.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019.
- Gözbüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ekin, Bursa 2020.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996.
- Özgüldür Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Petit Jacques/Frier Pierre-Laurent, Droit Administratif, 14e édition, LGDJ, Paris 2020.
- Ulusoy Ali D., Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Waline Marcel, Droit Administratif, 7. Éd. Éditions Sirey, Paris 1957.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009.

Makaleler

- Ayanoğlu Taner, "Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği", Danıştay ve İdari Yargı Günü, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, 2004, s.63-71.
- Demirkol Selami, "İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu", *Sayıştay Dergisi*, 2001, Cilt:12, Sayı:40, s.1-17.
- Güran Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 151-170.
- Güran Sait/Berkarda Kemal/Ayanoğlu Taner/Berkarda Kahraman, "İdari Yargılama ile İlgili Konular", Danıştay ve İdari Yargı Günü, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, 2004, s.119-132.
- İdare Hukuku Yönünden Deprem Hukuksal Sonuçları Toplantısı, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, Kayhan Matbaası, İstanbul 2000.
- Kutlu Meltem, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", *AİD*, Aralık 1999, Cilt 32, S 4, s.15-27.
- Özlüer Ilgın Özkaya, "İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2018, Cilt:9 Sayı:2, s.313-340.

- Serozan Rona, "Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 171-176.
- Şanlı Denizer, "Planlama Yetkisinin Analizi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Yıl 67, Sayı 3, s.47-58.
- Yayla Yıldızhan, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.45- 59.
- Yıldırım Turan, "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s.1520-1538.
- Yıldırım Turan, "İdari Yargı", *İdare Hukuku*,7. Baskı, Ed. Turan Yıldırım, Onikilevha, İstanbul 2017.

İnternet Kaynakları

- Artuk Ardiçoğlu, https://kisadalga.net/haber/detay/turkiye-buyuk-millet-meclisi-ne-vatandas-cagrиси_62196, 27.03.2023.
- Belrhali Hafida, "Le préjudice moral des personnes publiques", *RFDA*, 2022, s.879. www.dalloz.fr.
- Karaarslan Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBB Dergisi*, 2019, Sayı: 140, s. 71-113, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1816>.
- Lantero Caroline, "Le préjudice causé par la mort d'un proche", *RFDA*, 2019, s.1115, www.dalloz.fr.
- TBMM'ye sunulan teklifi, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/ba9eb15c-1180-4813-8776-73fc7d896c79.pdf>.
- TBMM'ye sunulan teklifi, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/dafa1a42-5888-4278-acf1-8952d64a11ae.pdf>.
- Ulusoy Ali D, "Depremden Dolayı Devlet Kurumlarının Mali Sorumluluğu", 22.02.2023, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumlulugu,38818>, ET. 29.03.2023.
- Yıldırım Enes, "Türk Hukukunda Yansıma Zararlar", *ABD*, Sayı:2023/1, s.245-266. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2947849>.

ALEYHE BOZMA YASAĞININ İSTİNAF BAKIMINDAN YERİ VE UYGULAMASI

APPLICATION OF THE PROHIBITION OF REFORMATIO IN PEIUS IN REGIONAL COURTS OF APPEAL

Muhammet ÖZEKES*
Uğur BULUT**

Özet: Medenî usûl hukukunda geçerli olan tasarruf ve taleple bağıllık ilkesi ile hukuk devletinin bir gereği olan aleyhe bozma yasağı, istinaf kanun yolunda da geçerlidir. Yasağın istinaf yargılamasına ve bu aşamada verilebilecek kararlara etkisi bakımından, istinaf sebepleri ve verilebilecek kararların niteliğine göre bir ayırım yapmak gerekmektedir. Bu noktada, istinaf talebinin usûle veya esasa ilişkin sebeplerle reddi bakımından yasağın özel bir önemi yoktur. Ancak istinaf başvurusunun kabulü ile sonrasında verilebilecek kararlarda aleyhe bozma yasağına dikkat edilmelidir. İstinaf aşamasında gönderme kararı verilmesi bakımından uygulanamayan aleyhe bozma yasağı, gönderme kararı sonrasında alt derece aşamasında devam eden yargılamada uygulama alanı bulmakta ve sonuçlar doğurabilmektedir. İstinaf başvurusunun kabulü sonrasında uyumsuzluğun esası hakkında yeni bir karar verilmesi aşamasında da aleyhe bozma yasağına riayet edilerek yeni bir karar verilmelidir. Bu süreçte, aleyhe bozma yasağını ihlâl eder nitelikte bir karar verilmesi hâlinde, bizatihi bu sebeple temyiz yoluna başvurulabilmelidir. Temyiz yolu kapalı olan istinaf kararları bakımından ise başvurulabilecek herhangi bir olağan veya olağanüstü kanun yolundan söz edilemeyecek ancak şartların gerçekleşmesi hâlinde hâkimin hukukî sorumluluğuna gidilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Aleyhe Bozma Yasağı, Aleyhe Hüküm Verme Yasağı, İstinaf, Temyiz, Usûlî Müktesep Hak

Abstract: Reformatio in peius, which is a result of principle of ultra petita prohibition in civil procedure law as well as the rule

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, muhammet.ozekes@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-9689-1693,

** Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ugur.bulut@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4347-1799, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.06.2023, Kabul Tarihi: 11.07.2023

of law, applies also in regional courts of appeal. It is necessary to consider appeal reasons and characteristics of regional court decisions in order to evaluate the effects of reformatio in peius in appeal proceedings and decisions given at this instance. The prohibition of reformatio in peius does not cause any special consequences with regard to rejection of appeal request due to any procedural or substantial reasons. However, reformatio in peius should be taken into account in accepting the appeal request and giving following decisions. Also, the prohibition, which is not applied by referring the case to the lower court back, should be applied in the following lower court proceeding. In a similar way, reformatio in peius should be applied and a new decisions should be given accordingly by giving a new substantive decision after the acceptance of appeal request by the appeal court. If any decision is given violating the prohibition of reformatio in peius, it is possible to request an appeal at the Court of Cassation for that reason alone. If the decision cannot be appealed, there will not be any ordinary or extraordinary legal remedy; but, it will be possible to allow a compensation in accordance with regulations of responsibility of the judge.

Keywords: Reformatio In Peius, Appeal, Cassation, Procedural Vested Right

I. GİRİŞ

Aleyhe bozma yasağının kaynağı ve kapsamına dair tartışmalar hâlen mevcut olmakla beraber medenî usul hukukundaki geçerliliği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. İstinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kanun yolu bakımından aleyhe bozma yasağının nasıl uygulanabileceği konusu ayrı bir önem kazanmıştır. Zira, bugüne kadar yapılan incelemelerde temyiz kanun yolu esas alınarak değerlendirme yapılmıştır. Yasağın uygulanması bakımından istinaf ile temyiz kanun yolu arasında ciddî bir fark olmasa da istinaf aşamasında esasa ilişkin yeni bir karar verilebilecek olması, usule veya esasa ilişkin sebeplerle alt dereceye gönderme kararı verilebilmesi ve genel olarak istinaf aşamasında temyize kıyasla daha farklı karar türlerinin ortaya çıkabilmesi nedeniyle konunun istinaf özelinde incelemeye değer olduğu kanaatindeyiz.

Çalışmamız beş temel başlıktan oluşmaktadır. İlk başlıkta aleyhe bozma yasağı ve kapsamı genel hatlarıyla incelenmiş, yasağın ilk derece ve kanun yolu aşamasındaki genel uygulamasına değinilmiştir. İkinci başlık altında istinaf kanun yolu ve bu aşamada verilebilecek kararlar; üçüncü başlıkta ise, istinaf aşamasında aleyhe bozma yasağının uygulama alanı açıklanmıştır. Çalışmamızın dördüncü başlığın-

da istinaf aşamasında verilebilecek karar çeşitleri çerçevesinde aleyhe bozma yasağının uygulaması üzerinde detaylı olarak durulmuştur. Burada istinaf aşamasında verilebilecek her bir karar çeşidi bakımından ayrı ayrı değerlendirmeler yapılmıştır. Son olarak, istinaf aşamasında aleyhe bozma yasağının ihlâl edilmesinin sonuçları ile bu sonuçların nasıl ortadan kaldırılabileceği incelenmiştir.

II. ALEYHE BOZMA YASAĞI VE KAPSAMI

A. Kavram ve Şartları

Aleyhe bozma yasağı, kanun yolu incelemesini yapan mahkemenin, kanun yoluna konu edilen kararı, kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine bozamaması, kaldıramaması veya değiştirememesi şeklinde tanımlanmaktadır.¹

Doktrinde, dar ve geniş anlamda aleyhe bozma yasağı ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, dar anlamda aleyhe bozma yasağı kanun yolu mahkemesine yönelikken, geniş anlamda aleyhe bozma yasağı, aleyhe hüküm (karar) verme yasağı olarak alt derece mahkemesinin kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine yeni bir karar verememesini de kapsar şekilde ele alınmaktadır.² Daha açık bir ifadeyle, aleyhe bozma yasağı olarak adlandırılan bu kurum, sadece temyiz kanun yoluna özgü bir karar şekli olan bozma kararı bakımından değil, ka-

¹ Muhammet Özekes, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2171. Benzer tanımlar için bkz. Baki Kuru, "Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1973, S. 1, s. 135; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 5, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 4736-4737; Baki Kuru, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2, Ankara 2020, s. 1444; Kâmil Yıldırım, "Medeni Usul Hukukunda Reformatio In Peius Yasağı", Facultatis Decima Anniversaria 1993, s. 147-148; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 528, Rdnr. 26; MüKo-ZPO/Krüger, § 557, Rdnr. 9; MüKo-ZPO/Hamdorf, § 572, Rdnr. 35; BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, § 557, Rdnr. 5; Peter Gilles, "Anschließung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz", Zeitschrift für Zivilprozeß 1978, S. 2, s. 158-159; Axel Kuhlmann, Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010, s. 20 vd.

² Bu konuda bkz. Kuru, Aleyhe Bozma, s. 136, 141; Kuru, Usul Cilt 5, s. 4727, 4737; Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1443-1444; Murat Atalı, Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 20, dn. 15. Aleyhe karar verme yasağının, bozma kararına uyan mahkeme bakımından ortaya çıkan ve aleyhe bozma yasağının bir uzantısı olduğu hakkında bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 4, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 5119.

nun yolu incelemesinin söz konusu olduğu her durumda³ ve hatta kanun yolu incelemesi sonrasında devam eden alt derece yargılamasında da geçerlidir. Esasen bu sonuç, dar ve geniş anlamda aleyhe bozma yasağı şeklinde net bir ayırım yapmaksızın bu yasağı kabul eden tüm yazarlar tarafından benimsenmektedir. O hâlde, aleyhe bozma yasağı veyahut aleyhe hüküm verme yasağı olarak ifade edilebilecek bu yasak gerek kanun yolu aşamasında gerekse kanun yolu aşaması sonrası devam eden alt derece yargılamasında, ilgili kanun yoluna tek başına başvuran tarafın daha aleyhine bir sonuçla karşı karşıya kalmasını engellemektedir. Biz bu çalışmada daha çok aleyhe bozma yasağı ifadesine yer vereceğiz. Bunu sadece temyiz aşamasındaki sürecin karşılığı olarak değil, istinafta ortaya çıkışı ve görünümünün karşılığı olarak kullanırken aslında istinafta ve ilk derecedeki kararların özelliği gereği aleyhe bozma değil, aleyhe hüküm (karar) verme yasağı olduğunu ifade etmek ve öyle anlamak gerekir. Anlamayı kolaylaştırmak için yeknesak bir terminoloji kullansak da içerik ve yargılama aşaması bakımından farklılık arz ettiği göz önünde tutulmalıdır.

Bu yasak, kanun yoluna başvurmayarak daha lehe bir hüküm talebinde bulunmayan tarafın karardan memnuniyeti kapsamında değerlendirilmekte,⁴ medenî usul hukukunda geçerli olan temel ilkelerden tasarruf (m.⁵ 24) ve taleple bağlılık ilkesiyle (m. 26)⁶ açıklan-

³ Aleyhe bozma, dar anlamda kanun yolu olarak tanımlanan hukukî çarelere özgü değildir. Önemli olan, hangi mahkeme tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, kararın kontrol edilmesi ve değiştirilmesidir (Atalı, Aleyhe Bozma, s. 18).

⁴ Nedim Meriç, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 50.

⁵ Sadece (m.) kısaltması ile gösterilen maddeler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aittir; diğer kanunlar ayrıca belirtilmiştir.

⁶ Tasarruf ve taleple bağlılık ilkesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 568-569; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 905 vd, 945 vd; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 228-231, 269; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 783 vd; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 94 vd; Meriç, Tasarruf, s. 30 vd.

Alman hukukunda, ceza muhakemesi kanununda aleyhe bozma yasağı açıkça düzenlenmiştir (StPO § 331, 358/2, 373/2). Alman medenî usûl hukukunda ise, istinaf yolunda ileri sürülen taleple bağlılığa ilişkin Alman Usul Kanunu'nun 528. paragrafında ilk derece mahkemesi kararının sadece talep edildiği ölçüde değiştirilebileceği açıkça düzenlenmiş olup istinaf aşamasına ilişkin aleyhe bozma yasağı (Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018, § 140, Rdnr. 6) ve aynı şekilde, taleple bağlılık ilkesinden hareketle talep edilenden daha fazlasına karar verilemeyeceği şeklinde bir yasak

maktadır.⁷ Kanun yolu⁸ aşamasında da geçerli olan bu temel ilkeler neticesinde, alt derece mahkemesi tarafından verilmiş kararın daha lehine olarak değiştirilmesini talep eden tarafın mevcut hukukî durumu, böyle bir talepte bulunmayan taraf karşısında korunmaktadır. Böylece kanun yoluna başvurmeyen taraf, âdeta kararın mevcut hâlini zımnen onaylamış kabul edilmekte⁹ ve o hâlimden daha lehe bir sonucu talep etmediği için kendisi lehine ve karşı taraf aleyhine böyle bir sonuç ortaya çıkmasına imkân tanınmamaktadır.

Aleyhe bozma yasağının hukuk devleti ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak güvenin korunması ilkesinin bir gereği olduğu da ifade edilmektedir.¹⁰ Bu görüş, medenî usul hukukunun aslî amacının sübjektif haklarının korunması ve gerçekleşmesi olmasından ve bu amaç içerisinde kanun yollarının yerinden hareketle sonuca varmaktadır. Bu kapsamda kanun yoluna başvuran taraf, diğer taraf kanun yoluna başvurmadığı veya kendi menfaatiyle çelişen üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, kanun yolu başvurusunun kendi aleyhine bir risk içermediğine güvenmekle haklıdır. Aksi hâlde, kanun yoluna başvuran taraf, kararın kendi lehine olan kısımlarının da sadece kendi başvuru neticesinde değiştirilmesi riskine maruz kalır ki bu durum kanun yoluna başvuran tarafın haklı güvenini zedeler.

Aleyhe bozma yasağının dayanağına ilişkin bu tartışmalar, yargı-lamanın taraflarının talepleri ve talep konusuna ilişkin tasarruf yet-

(Verbot der reformatio in melius) da buradan hareketle kabul edilmektedir. Bkz. BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 9; MüKo-ZPO/Rimmelpacher, § 528, Rdnr. 21, 26; Gilles, s. 157-158; Kuhlmann, s. 28-29. Benzer bir şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından yapılacak incelemelerde de tarafların talebiyle bağlılık açıkça kanunen düzenlenmiş olup (BGG Art. 107/1) aleyhe bozma yasağı da buradan hareketle kabul edilmektedir. Bkz. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, s. 510.

⁷ Muhammet Özekes, Sorularla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 148; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 638, 662; Meriç, Tasarruf, s. 238; Gilles, s. 159-160; Sutter-Somm/Von Arx, Art. 58, Rdnr. 15. Bu konuda detaylı tartışmalar için bkz. Kuhlmann, s. 50 vd. Aleyhe bozma yasağının kaynağı hakkındaki diğer görüşler için ayrıca bkz. Yıldırım, s. 148-153.

⁸ Aleyhe bozma yasağının, kanun yollarının amacını açıklama sürecinde de ciddi bir yeri bulunmaktadır. Buna göre, kanun yolunun amacı sadece kararın doğruluğunun denetlenmesi ve daha doğru bir karar verilmesi olsa idi, tarafların taleplerinin ve bu kapsamda aleyhe bozma yasağının bir anlamı olmazdı (Gilles, s. 160).

⁹ Karşı, s. 761; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2172.

¹⁰ Atalı, Aleyhe Bozma, s. 79-104; Kuhlmann, s. 96-97.

kilerini medenî usul hukukunun amacı çerçevesinde değerlendirerek hukuk devleti genel ilkesinden hareketle benzer sonuçlara varmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, aleyhe bozma yasağının açık ve net bir hukukî düzenlemesi mevcut olmasa dahi çeşitli ilke ve kurallardan hareketle yasağın uygulama alanı ve sonuçları tespit edilebilmektedir.

Kuşkusuz ki, böyle bir yasağın uygulama alanı bulabilmesi için yasağın tanım ve temelinden kaynaklanan taleple bağlılık ve tasarruf ilkelerinin geçerli olduğu bir yargılamanın mevcut olması, tarafların güveninin korunması ilkesi kapsamında taraf menfaatlerinden üstün bir kamu yararının mevcut olmaması ve kanun yoluna sadece bir tarafça başvurulmuş olması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Her iki tarafın da kanun yoluna başvurması hâlinde, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olmadığı yargılamalarda¹¹ veya kamu düzenini ilgilendiren hususlarda¹² aleyhe bozma yasağı uygulama alanı bulmaz. Zira, ilgili yasağın temeli olan ilkelerin geçerli olmadığı konularda, o temel ilkelerden kaynaklandığı kabul edilen aleyhe bozma yasağının uygulanması da düşünülemez. Bu kapsamda, re'sen dikkate alınma ilkesinin taleple bağlılık ilkesini sınırlandırdığı her durumdan ziyade kamu düzeni ilkesinden hareket edilmesi daha yerinde olacaktır. Daha açık bir ifadeyle, taleple bağlılık ilkesinin sınırlandırılması sonucunda re'sen dikkate alınması gereken her husus aleyhe bozma yasağının istisnasıdır şeklinde bir sonuca varılamamalıdır. Nitekim, aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemeyecek olan kamu düzenine ilişkin hususlar olup¹³ re'sen dikkate alınacak olsa

¹¹ Yıldırım, s. 165 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 638; Guldener, s. 498; Meier, s. 511; Sutter-Somm/Von Arx, Art. 58, Rdnr. 15.

¹² Kuru, Usul Cilt 5, s. 4730; Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1443; Yılmaz, Cilt 4, s. 5120; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2181; Karşlı, s. 761; BSK-ZPO/Spühler, Vor. Art. 308-334, Rdnr. 14. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda, kantonal bir şekilde düzenlenmiş olabilen yokluk davasında (Nichtigkeitsbeschwerde) aleyhe bozma yasağının uygulanamayacağı; zira, böyle bir durumda yargılamanın karar verilmesi anından önceye döndüğü; bu nedenle, ortadan kaldırılan karar hiç verilmemiş gibi hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Guldener, s. 497.

¹³ Belirtmek gerekir ki, kamu düzeninin kavramının geniş, soyut ve yargı kararlarıyla şekillenmesi karşısında kamu düzeni sınırının kesin ve net olduğu söylenemez. Nitekim, aşağıda 15 nolu dipnotta değinilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ilgili hususun kamu düzenine ilişkin olmadığı gerekçesiyle aleyhe bozma yasağı kapsamında kaldığına karar verilmiş olmasına rağmen, karara konu hususun kamu düzenine ilişkin olduğu yönündeki üye görüşleri de mevcuttur. Bkz. HGK, 03.05.2023, 11-277/408 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Anayasa Mahkemesi de kamu düzeni kavramının tanımlanmasının güç olduğuna dikkat çekerek şu

dahi kamu düzenini ilgilendirmeyen hususlar aleyhe bozma yasağına tâbidir.¹⁴ Yargıtay da re'sen dikkate alınma ile kamu düzeni ayırımına dikkat çekmekte ve re'sen dikkate alınması gereken hususların aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olması hâlinde aleyhe bozma yasağının uygulanamayacağı; diğer durumlarda, aleyhe bozma yasağının geçerli olduğu yönünde kararlar vermektedir.¹⁵

Yine, karara karşı her iki taraf da kanun yoluna başvurmuş ise, aleyhe bozma yasağı gündeme gelmez. İki tarafın da kararın kendileri lehine değiştirilmesini talep etmiş olması hâlinde, her iki taraf da kararın mevcut hâlimden memnun olmadığından biri lehine ve diğeri aleyhine kararın zımnî bir onaylaması veya kabulü söz konusu değildir. Benzer şekilde, böyle bir durumda sadece bir taraf bakımından korunması gereken güveninin söz konusu olduğu söylenemez. Her iki tarafın kanun yolu başvurusu kendi içerisinde incelenip değerlendirilerek bir sonuca gidilecektir. Bu sonuç, bir tarafın başvurusunun diğer tarafın kanun yolu başvurusuna katılma yoluyla olması hâlinde de (m.

şekilde geniş bir tanımlama yapmayı tercih etmiştir: "Nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık görülmemekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır". AYM, 28.01.1964, 128/8 (RG, 17.04.1964, S. 11685). Kamu düzeni konusunda detaylı bir inceleme için bkz. Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı", *MÜHF-HAD* 2007, S. 1-2, s. 59 vd.

¹⁴ Atalı, *Aleyhe Bozma*, s. 131-133.

¹⁵ "...her ne kadar kefalet sözleşmesinin şekil şartlarını düzenleyen 6098 Sayılı Kanun'un 583. maddesinin birinci fıkrası emredici bir hüküm niteliğini taşıya ve hâkim tarafından resen dikkate alınması gerekse de, kamu düzenine ilişkin bir hüküm niteliğini taşımamakta olup somut olayda davalı taraf ilk derece mahkemesi kararını istinaf etmediğine göre bölge adliye mahkemesince kamu düzeni gerekçe gösterilerek aleyhe hüküm verme yasağına aykırı olacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." HGK, 03.05.2023, 11-277/408 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Harç kamu düzenine ilişkin olup, bu hususun mahkemelerce re'sen gözetilmesi gerekir. Kamu düzeni, aleyhe bozma yasağının istisnalarındandır." 11. HD, 01.11.2022, 4926/7618 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Vurgulamakta yarar vardır ki, genel kural aleyhe bozma yasağı ise de kamu düzenine ilişkin hususlar hakkında aleyhe bozma yasağının uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu düzenine ilişkin hususları hâkim (ve Yargıtay) kendiliğinden gözetme ile yükümlü olduğundan Yargıtay'ın, kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hükmü temyiz edenin aleyhine (temyiz etmemiş olan tarafın lehine) bozması olanaklıdır". HGK, 02.05.2019, 22-3344/517 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

348) aynen geçerlidir.¹⁶ Böyle bir durumda kanun yolu incelemesi, tamamen tarafların kanun yolu başvurularının ayrı ayrı kabul edilebilirliği ve yerindeliliği çerçevesinde yapılacak olup aleyhe bozma yasağı kapsamında bir sınırlama uygulama alanı bulmayacaktır.¹⁷

Aleyhe bozma yasağına ilişkin genel tespitlerimiz kapsamında üzerinde kısaca durmak istediğimiz son bir husus aleyhe ve lehe olan hususların ne şekilde tespit edileceğidir. Bu noktada, kanun yoluna başvurulmamış olsa idi, ilk derece mahkemesi kararı neticesinde taraflarca hukuken elde edilen nihai korumanın nelerden ibaret olabileceğinden hareket edilmelidir. Eğer bir tarafın kanun yolu başvurusu neticesinde, böyle bir başvuru olmasaydı elde edebileceği hukukî korumanın kapsamı daralmış ise, aleyhe bozma yasağının ihlâl edildiği sonucuna varılabilir.¹⁸ Buradaki hukukî koruma kapsamında ise, kural olarak, mahkemenin kesin hüküm oluşturmaya elverişli hüküm fıkrası yer almaktadır. Ancak, kararın gerekçesinin yorumlanması suretiyle¹⁹

¹⁶ Yıldırım, s. 154; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2175; Atalı, Aleyhe Bozma, s. 41; BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 12; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, s. 499; Kuhlmann, s. 34-35; KUKO-ZPO/Brunner, Art. 313, Rdnr. 1, 9; Sutter-Somm/Reetz, Vor Art. 308-318, Rdnr. 17. Katılma yoluyla kanun yoluna başvuran tarafın iradesinin değerlendirilmesi gerektiği ve ilgili tarafın sadece asıl kanun yoluna başvuran tarafın talep ettiği değişikliğin yapılmaması yönünde bir iradesinin mevcut olması hâlinde, kararın kendi lehine değiştirilmesi yönünde bir menfaatinin de olamayacağı yönünde açıklamalar için bkz. Meriç, Tasarruf, s. 239-241.

¹⁷ "Direnme kararında Özel Daire kararının aleyhe bozma yasağını ihlâl ettiği gerekçesine dayanılmış ise de hemen yukarıda değinildiği üzere aleyhe bozma yasağı tek tarafın temyizinin söz konusu olduğu hâllerde uygulama alanı olan bir kavram olup somut olayda mahkemece verilen kararların her defasında hem davacı hem de davalı tarafa temyiz edilmiş olduğundan, uyumsuzluğun çözümünde bu kavram üzerinden hareket edilemeyeceği açıktır". HGK, 29.11.2022, 13-431/1614 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Atalı, Aleyhe Bozma, s. 106 vd.

¹⁹ Mahkeme kararının gerekçesinin kesin hükmün kapsamını tespit rolü konusunda çeşitli tartışmalar vardır. Hüküm fıkrasıyla sıkı bir bağlantı içerisinde gerekçenin kesin hüküm kapsamında kabul edilmesi gerektiği yanında (Kuru, Usul Cilt 5, s. 5051; Bilge/Önen, s. 700; Ramazan Arslan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1988, S. 5-6, s. 732; Yılmaz, Cilt 4, s. 4476; Karlı, s. 576; Nedim Meriç, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi 2007, S. 7, s. 423), gerekçenin sadece hükmün yorumlanmasında bir araç olabileceği de ileri sürülmüştür (Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 368-369; Efe Direnisa, Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt am Main 2012, s. 113, 221; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 178-180). Bu

tespit edilen içeriği de yasağın kapsamının belirlemede bir ölçüt olarak dikkate alınabilir.²⁰

B. İlk Derece ve Kanun Yolları Aşamasında Uygulaması

Aleyhe bozma yasağının temeli olan tasarruf ve taleple bağıllık ilkeleri, sadece ilk derece yargılaması aşamasında değil, tüm yargılama boyunca, bu çerçevede kanun yolu başvurusunda ve kanun yolu aşamasında da geçerli olan ilkelerdir (m. 24/3, 26/1). Bu nedenle, aleyhe bozma yasağı her iki yargılama aşamasında da geçerlidir. Ancak, ilk derecenin ve kanun yolunun kendine özgü yargılama kurallarına ve ilgili aşamalarda verilebilecek kararlara göre farklı sonuçlar ortaya çıkarması mümkündür. Nitekim, dar ve geniş anlamda aleyhe bozma yasağı ayrımının temelinde yatan düşünce de budur. Buna göre, temyiz kanun yolu için geçerli bir karar tipi olan bozma kararına atıf olarak görülebilecek aleyhe bozma yasağı kavramındaki bozma ifadesi yerine, daha geniş bir şekilde karar kavramı ve bu kapsamda esasa ilişkin nihaî karar anlamında hüküm kavramı kullanılabilir.²¹ Böylece aleyhe bozma yasağı, temyiz kanun yoluna özgü bir kavram olarak kullanılmakta; aleyhe hüküm verme yasağı ise, temyiz, istinaf ve ilk derece aşamasını da kapsar şekilde anlaşılabilir. Her hâlükârda, aleyhe bozma yasağının şartları gerçekleşmişse, yasağın sonuçları, yargılamanın ilk derece ve tüm kanun yolları aşamasında geçerli olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Aleyhe bozma yasağının istinaf kanun yolu bakımından şartları ve sonuçları, bu aşamaya ilişkin her bir karar tipi bakımından detaylı olarak aşağıda²² incelenecektir. Ancak, burada, ilk derece ve kanun yolu aşamasında benzer şartlarda geçerli olduğunu tespit ettiğimiz aleyhe bozma yasağının, her iki aşamaya ilişkin kararın verilmesine nasıl etki ettiğine kısaca değinmeyi faydalı görüyoruz. Sadece bir tarafın kanun yolu başvurusu neticesinde yapılan kanun yolu incelemesinde, karar-

konudaki görüşlerin karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. Ali Cem Budak, "Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems With Special Reference to Turkish and English Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 1991, S. 1-2, s. 15 vd. Bu konudaki görüşler, aleyhe bozma yasağının kapsamını belirleme konusunda da dikkate alınabilecek niteliktedir.

²⁰ Atalı, Aleyhe Bozma, s. 115-116.

²¹ Bkz. yuk. II, A.

²² Bkz. aşağıda V.

da yer alan hukuka aykırılık sebebinin kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine bir sonuç doğuracağı tespit edilirse, istinaf aşamasında istinaf talebinin esastan reddi; temyiz aşamasında ise, onama kararı verilmektedir.²³ Bu durum, kararda yer alan hukuka aykırılık sebebinin, aleyhe bozma yasağının uygulanmasını engelleyecek bir sebep olmaması ve kanun yolu başvurusunu yapan tarafın daha aleyhine olduğunun tespit edilmiş olması koşullarına bağlı olarak geçerlidir.

Her iki aşamada ortaya çıkan kararın görünüşte farklı olması (istinaf talebinin reddi ve onama), ilgili kanun yolu incelemelerinin özelliğinden kaynaklanmakta ve sonuç bakımından benzer olmaktadır. Bu nedenle, aleyhe bozma yasağının esasen her iki kanun yolu aşamasına etkisi de sonuçları itibarıyla benzerdir. Aynı şekilde, her iki kanun yolu incelemesi neticesinde tespit edilen hukuka aykırılık sebebinin hangi tarafın daha aleyhine olacağı konusu kesin değilse, bu aşamada verilen gönderme veya bozma kararlarının alt derece aşamasında devam eden yargılamaya etkisi de benzer olacaktır. Tespit edilen hukuka aykırılık giderildikten sonra varılan sonuç, o tespitin yapıldığı kanun yolu başvurusunu yapan tarafın daha aleyhine ise, mahkeme, taleple bağlılık ilkesine benzer şekilde kanun yoluna başvurmayan tarafın daha lehine ve başvuran tarafın daha aleyhine olacak yeni bir karar veremeyecektir.²⁴ Böylece, esasen daha önceki kanun yolu ince-

²³ 4. HD, 04.10.2021, 5449/5957 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 15. HD, 21.06.2021, 855/2877 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Karş. MüKo-ZPO/Krüger, § 561, Rdnr. 4, 7.

²⁴ "Kararın taraflardan yalnızca biri tarafından temyiz edilmesi halinde Yargıtay'ın verdiği bozma kararına uyan İlk Derece Mahkemesi, temyiz edenin bozulan karardan daha aleyhine bir karar veremez. Buna aleyhe karar verme yasağı denir. Somut olayda, mahkemece verilen ilk karar yalnızca davacı tarafça temyiz edilmiş ve karar, Dairemizce, birleşen dava hakkında karar verilmemiş olması sebebiyle davacı yararına bozulmuştur. Şu halde, asıl dava ile ilgili olarak verilen karar, kararın davalı tarafından temyiz edilmemesi ve mahkemece bozmaya uyulmasına karar verilmiş olması nedeniyle davacı için usulü kazanılmış hak olup, mahkemece asıl dava hakkında davacı için bundan daha aleyhe bir karar verilemeyeceği halde yazılı şekilde ilk karardan daha aleyhe olarak asıl davanın kısmen kabulüne, itirazın toplam 26.071,20 TL üzerinden iptaline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir". 13. HD, 22.06.2020, 6749/4987 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Mahkemece verilen ilk karar yalnız davalı vekilince temyiz edildiğinden bozma kararından sonra `aleyhe karar verme yasağı` gereğince önceki karara oranla davalının daha aleyhine olacak şekilde hüküm kurulamaz. Mahkemece bu kural göz ardı edilerek tazminat miktarının önceki karara göre daha fazlasına hükmedilmesi ve ilk kararda hüküm altına alınan tazminata faiz yürütülmediği halde ikinci kararda faiz yürütülmüş olması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir". 15. HD, 25.01.2007, 6019/344 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

lemesinde tespit edilmiş olan hukuka aykırı bir şekilde varılan sonuç, aynen tekrar edilecektir. Zira, aksi bir durum, ilgili tespiti yaptıran tarafın daha aleyhine bir karar verilmesi sonucunu doğurur ki, böyle bir sonuç aleyhe bozma yasağıyla bağdaşmaz.²⁵

III. İSTİNAF KANUN YOLU VE İSTİNAFTA VERİLEBİLECEK KARARLAR

A. Genel Olarak

İstinaf kanun yoluna dair düzenlemeler mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 sayılı Kanun²⁶ ile yapılan değişikliklerle kabul edilmiş; ancak, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayamaması nedeniyle bu hükümler uygulanamamıştır. Bu düzenlemelere paralel hükümlere yer verilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda²⁷ da istinaf ve istinaf sonrası temyiz olmak üzere iki dereceli bir kanun yolu sistemi esas alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen (m. 451), hâlen mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki temyiz kanun yoluna dair hükümleri uygulanmaya devam etmiş, istinaf kanun yoluna ilişkin bölge adliye mahkemeleri ancak 20 Temmuz 2016'da göreve başlayabilmiştir.²⁸ Böylece, bu tarihten itibaren verilen²⁹ ilk derece mahkemesi kararlarına karşı öncelikle istinaf; istinaf başvuru üzerine verilen kararlara karşı ise, temyiz kanun yolu olmak üzere iki dereceli bir kanun yolu sistemi uygulanmaya başlanmıştır.

²⁵ Bu noktada, özellikle istinaf aşamasında gönderme kararı verilmesi ve daha sonra ilk derecede devam eden yargılama bakımından ciddi tartışmaların mevcut olduğunu ifade etmek isteriz. Bu konudaki tartışmalar ve görüşümüze aşağıda ilgili bölümlerde değinilmiştir. Bkz. aşa. V, B, 1.

²⁶ RG, 07.10.2004, S. 25606.

²⁷ RG, 04.02.2011, S. 27836.

²⁸ RG, 07.11.2015, S. 29525.

²⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen geçiş hükmü, kararın verildiği tarih yerine karara karşı temyiz başvurusunun yapıp yapılmadığını esas şekilde düzenlenmiş; ancak, diğer kanunlarda farklı ifadeler kullanılması nedeniyle geçiş sürecinde farklı yorumlar söz konusu olabilmisti. Bu konudaki tartışmalar ve istinaf kanun yolunun zaman bakımından uygulanmasına dair açıklamalar için bkz. Hakan Pekcanitez/Evrım Erişir, "Medeni Yargıda İstinaf ile İlgili Hükümlerin Zaman İtibariyle Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2016, S. 4, s. 3622 vd.

İlk derece aşamasında usul hukuku ve maddî hukuk kuralları çerçevesinde tüm yönleriyle incelenerek bir nihaî karara bağlanan uyuşmazlık, istinaf aşamasında kısmen, ancak temyiz aşamasından çok daha kapsamlı olarak denetime tâbi tutulur. Temyiz kanun yolunun aksine, istinaf aşamasında alt derece mahkemesi kararının hukukî denetimi yanında maddî vakıa denetimi de yapılarak belirli çerçevede esasa ilişkin yeni bir karar verilebilir.³⁰ Bu nedenle istinaf aşamasında, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması, tarafların dinlenmesi ve duruşma yapılması belirli şekilde mümkündür. Böylece, sadece hukukî denetimin yapılabildiği temyiz kanun yolundan³¹ farklı olarak vakıa denetimi de yapılarak somut olay adaletinin gerçekleşmesine hizmet edilir.

B. İstinaf Aşamasında Verilebilecek Kararlar

İstinaf aşamasında verilebilecek kararlar hakkında ayrıntıya girmeden burada konumuza temel teşkil etmesi bakımından kısaca genel bilgi vereceğiz.³² İstinaf kanun yoluna başvurulması üzerine, istinaf başvurusunun esası incelenmeksizin reddedilmesini gerektiren sebeplerin varlığı hâlinde, başvuru incelenmeksizin reddedilir. Örneğin, kesin bir karara karşı veya süresinden sonra yapılan başvuru reddedilir (m. 352/1). Usule ilişkin herhangi bir eksiklik bulunmaması hâlinde

³⁰ Selçuk Öztekin, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara 2021, s. 29-30; Özekes, İstinaf ve Temyiz, s. 29; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 205, 220; Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 102-103; Uğur Bulut, Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Ankara 2022, s. 59; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 513, Rdnr. 1, 7.

³¹ İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul 2020, s. 855; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 820; Kuru, Usul Cilt 5, s. 4498; Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1387; Necip Bilge/Ergun Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 640; Karşlı, s. 806; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, Ankara 2021, s. 41; Özekes, İstinaf ve Temyiz, s. 34; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 447-448; Atalı, Aleyhe Bozma, s. 96; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 644; Akil, İstinaf, s. 217; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, Vor § 511, Rdnr. 6; MüKo-ZPO/Krüger, § 545, Rdnr. 2; BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, § 542, Rdnr. 1.

³² İstinaf aşamasında verilecek kararlar hakkında ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 79-81; Muhammet Özekes, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi -Özellikle İstinaf-", *Legal Hukuk Dergisi* 2004, S. 23, s. 3113-3114; Akil, İstinaf, s. 319 vd; Akkaya, İstinaf, s. 313 vd.

başvuru kabul edilerek esastan incelenir. İstinaf başvurusunda ileri sürülen sebepler yerinde; diğer bir deyişle, ilk derece mahkemesi kararı belirtilen sebeplerle veya kamu düzenine ilişkin diğer sebeplerle hukuka aykırı ise, ilk derece mahkemesi kararı ortadan kaldırılır. Bu karar, sonuçları itibariyle temyiz aşamasındaki bozma kararına benzetilebilir. Ancak, temyizden farklı olarak, istinaf aşamasında davanın esas hakkında yeni bir karar verilmesi de mümkündür. Nitekim, ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılmasıyla birlikte, dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesine (m. 353/1-a) veya davanın esasına ilişkin olarak kabul ya da ret şeklinde esasa ilişkin yeni bir karar verilebilir (m. 353/1-b, 2-3).

İstinaf başvurusunda usûlî bir eksiklik olmamakla birlikte, istinaf incelemesi sonucunda ileri sürülen istinaf sebeplerinin yerinde olmaması ve kararda kamu düzenine ilişkin başka herhangi bir hukuka aykırılık da bulunmaması hâlinde ise, istinaf başvurusu esastan reddedilir (m. 353/1-b, 1). Bu karar, sonuçları itibariyle temyiz aşamasındaki onama kararına benzemektedir. Bu kararla, istinaf başvurusunun kabul edilebilir olmadığına ilişkin başvurunun reddi kararını birbirine karıştırmamak gerekir. Diğerleri daha şekli ve istinaf başvurusunun dinlenebilir olmaması ile “istinaf başvurusunun reddi” kararı iken, burada istinaf başvurusu kabul edilip incelenmiş, ancak istinaf sebeplerinin yerinde olmadığı sonucuna varılmış olup istinaf başvurusu bu sefer “esastan” reddedilmiştir. Temyizdeki temyiz edilebilirlik, temyiz başvurusunun reddi kararı ile onama kararı arasındaki farka benzer bir durum söz konusudur.

IV. İSTİNAF AŞAMASINDA ALEYHE BOZMA YASAĞININ UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

İstinaf aşamasında aleyhe bozma yasağının kapsamını tespit ederken, öncelikle bu yasağın koruma alanı belirlenmelidir. Bu ise, yasakla korunmak istenen hükmün kapsamının dikkate alınmasını gerektirir. Bu anlamda yasak, kural olarak, sadece hükmün maddî anlamda kesinlik kapsamına dahil olan hususlar bakımından geçerlidir.³³ Böyle-

³³ BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 13; Kuhlmann, s. 99.

ce aleyhe bozma yasağı, kanun yoluna başvuran tarafın lehine olan ve kesin hüküm teşkil edebilir bir kararın kaldırılmamasını, değiştirilememesini veya aleyhine yeni bir yükümlülük getirilememesini gerektirir.³⁴ O hâlde, ilk derece mahkemesi kararının hüküm bölümü aynı kalmak şartıyla sadece gerekçede yapılan değişiklikler, aleyhe bozma yasağına aykırılık teşkil etmez.³⁵ Hüküm gerekçesi, kural olarak³⁶ maddî anlamda kesinlik kapsamına dahil olmadığından, hüküm fıkrası aynı kalmak şartıyla sadece gerekçede değişiklik yapılmak suretiyle istinaf başvurusunun reddedilmesi (m. 353/1-b) -veya yeniden esas hakkında karar verilmesi-³⁷ aleyhe bozma yasağına aykırı olmayacaktır.³⁸

Diğer yandan, aleyhe bozma yasağının kapsamının doğru olarak tespit edilebilmesi için, kararın hüküm fıkrasının bir taraf bakımından doğurduğu hak ve yükümlülüklerin (gerekçeyle birlikte) nasıl yorumlanacağı da dikkate alınmalıdır.³⁹ Daha açık bir ifadeyle, hükümün kapsamının belirlenmesinde ve yorumlanmasında göz önünde tutulacak olan gerekçenin kanun yolunda değiştirilmesi sonucu, aynı hüküm bu yeni gerekçeyle kanun yoluna başvuran bakımından daha aleyhe sonuçlar doğuruyorsa, aleyhe bozma yasağı ihlâl edilmiştir.⁴⁰

Diğer durumlarda ise, tek başına gerekçenin değiştirilmiş olması aleyhe bozma yasağının da ihlâlî anlamına gelmeyecektir. Örneğin, davacının alacak hakkını tam olarak ispat edememiş olması sebebiyle davanın kısmen reddine ilişkin kararın sadece davalı tarafından istinafa taşınması hâlinde, kısmen ret kararının gerekçesinin davalı tarafından ikincil bir savunma olarak ileri sürülmüş takas iddiası olarak

³⁴ MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 528, Rdnr. 28; Kuhlmann, s. 99.

³⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 6. Karş. Atalı, Aleyhe Bozma, s. 146-147.

³⁶ Hüküm fıkrasıyla sıkı bir bağlantı içerisinde gerekçenin kesin hüküm kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Kuru, Usul Cilt 5, s. 5051; Bilge/Önen, s. 700; Arslan, s. 732; Yılmaz, Cilt 4, s. 4476; Karslı, s. 576; Meriç, Kesin Hüküm, s. 423. Mahkeme kararının gerekçesinin sadece hükümün yorumlanmasında bir araç olabileceği yönündeki görüşler için bkz. Ansay, s. 368-369; Direnisa, s. 113, 221; Özkaya-Ferendeci, s. 178-180. Bu konudaki görüşlerin karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. Budak, s. 15 vd.

³⁷ Bkz. aşa. V, B, 2.

³⁸ BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 13; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 528, Rdnr. 33.

³⁹ Atalı, Aleyhe Bozma, s. 116; Kuhlmann, s. 104.

⁴⁰ Bu konudaki genel açıklamalar için ayrıca bkz. yuk. II, A.

değiştirilmesi aleyhe bozma yasağının ihlâli anlamına gelir. Zira, kısmen ret kararı bâki kalmakla beraber, davalı istinaf öncesi aşamasından daha kötü bir duruma gelmiş, karşı alacak iddiasına konu hakkı takasın dikkate alınmasıyla birlikte sona ermiştir. Bu durumda, kararın hüküm fıkrası görünüşte tamamen aynı görünmekle beraber, istinafa başvuran tarafın daha aleyhine sonuçları barındırmaktadır. Benzer şekilde, davalının takas savunmasının haklı bulunarak davanın reddi kararı tek başına davacı tarafından istinaf yoluna taşındıktan sonra, davacının alacak hakkının mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilemez. Aksi hâl, aleyhe bozma yasağının ihlâli sonucunu doğurur.⁴¹

B. İstinaf Başvurusu Üzerine

Her ne kadar terminolojik olarak “bozma” ifadesi sebebiyle temyiz yolunu çağrışırsa da daha önce de belirttiğimiz üzere aleyhe bozma yasağı, genel hukukî temeli ve kapsamıyla istinaf aşamasında da geçerlidir.⁴² Bu nedenle, bu yasağın istinaf aşamasında uygulama alanı bulabilmesi için her şeyden önce taraflardan sadece birinin istinaf kanun yoluna başvurması gerekir. Zira, iki tarafın da kanun yoluna başvurması hâlinde, aleyhe bozma yasağının temeli olan taleple bağlılık ve tasarruf ilkeleri her iki tarafın lehine olarak da uygulama alanı bulacaktır veya bulabilir. Bu nedenle, iki tarafın da istinaf yoluna başvurması hâlinde, istinaf kanun yolu aşamasında aleyhe bozma yasağı uygulanamaz; her iki tarafın da istinaf yoluna başvurması hâlinde, aleyhe bozma yasağının uygulanması şartları gerçekleşmez.

Taraflardan sadece biri tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması hâlinde, aleyhe bozma yasağı istisnalarıyla birlikte istinaf aşama-

⁴¹ MüKo-ZPO/Rimmelspracher, § 528, Rdnr. 34-40; Kuhlmann, s. 119-120.

⁴² Türk hukukunda istinaf kanun yoluna dair düzenlemeler arasında özel olarak aleyhe bozma yasağına atıfta bulunulmamıştır. Ancak Alman hukukunda, istinaf yolunda ileri sürülen taleple bağlılığa ilişkin Alman Usul Kanunu’nun 528. paragrafında ilk derece mahkemesi kararının sadece talep edildiği ölçüde değiştirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. İstinaf aşamasına ilişkin aleyhe bozma yasağı da bu düzenlemeden hareketle açıklanmaktadır. Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 6. Aynı şekilde, talep edilenden daha fazlasına karar verilemeyeceği şeklinde bir yasak (Verbot der reformatio in melius) da buradan hareketle kabul edilmektedir. Bkz. BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 9. Benzer yönde BSK-ZPO/Pühler, Vor. Art. 308-334, Rdnr. 14; Meier, s. 510.

sında uygulama alanı bulur. Bu durumda, istinaf incelemesi neticesinde karar verilmeden önce aleyhe bozma yasağının ihlâl edilip edilmediğinin ayrıca incelenmesi gerekir. Böylece istinaf incelemesi neticesinde varılan sonuç istinaf yoluna başvuranın daha aleyhine ise, istinafa konu ilk derece mahkemesi kararıyla ortaya çıkan hukukî durumun korunması gerekir. Bu durumda nasıl bir karar verilebileceğini aşağıda istinaf aşamasında verilecek kararlar başlığı altında inceleyeceğiz.⁴³

Belirtmek gerekir ki, bir tarafın istinafa başvurusu halinde istinaf aşamasında aleyhe bozma yasağı, sadece istinafa konu edilen karar bakımından daha aleyhe bir karar verilememesi şeklinde karşımıza çıkar.⁴⁴ Ancak bu istinafa başvuranın aleyhine olacak hiçbir karar verilemeyeceği anlamına gelmez. Daha açık bir ifadeyle, istinaf aşamasının kendi içerisinde, alt derece aşamasında söz konusu olmayan ve istinafa başvuran tarafın aleyhine olabilecek sadece istinaf başvurusuna özgü yeni kararlar verilebilir. Örneğin, istinaf aşamasına ilişkin giderler ile kötüniyetle istinaf yoluna başvurulduğunun tespiti hâlinde (m. 351), istinaf yoluna başvuran tarafın aleyhine ve alt derece aşamasında söz konusu olmayan, istinaf aşamasına özgü yeni kararların ortaya çıkması mümkündür.⁴⁵ Bu durum, istinaf aşamasına konu edilmiş kararın istinaf yoluna tek başına başvuran tarafın daha aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi değildir. Bu nedenle, aleyhe bozma yasağı, kanun yoluna tek başına başvuranın aleyhine hiçbir sonuca karar verilemeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Önemli olan hükmün kesin hüküm teşkil eden esas bakımından daha aleyhe bir sonucun oluşmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, aleyhe bozma yasağı, sadece istinaf talebine konu edilen karar ve o kararda yer verilen kesin hükmün kapsamına dahil hukukî sonuçlar ile sınırlı bir etkide kabul edilebilecektir. Bu hukukî sonuçlar kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine olarak değiştirilmediği sürece, kanun yolu aşamasına özgü harç ve giderler gibi yeni konular bakımından kanun yoluna başvuranın aleyhine yeni kararlar verilebilir.

⁴³ Bkz. aşa. V.

⁴⁴ Akil, İstinaf, s. 326; Akkaya, İstinaf, s. 228.

⁴⁵ Benzer şekilde, yargılama ve cebri icra faaliyetinin etkin ve verimli işlenmesini sağlamaya yönelik cezaların aleyhe bozma yasağının kapsamına dahil olmadığı hakkında bkz. Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2187.

C. Bozma Kararı Sonrasında

İstinaftan sonra başvuru kanun yolunda bozma kararı verilmesi hâlinde, temyize konu istinaf kararı istinaf başvurusunun esaslan reddine yönelik değilse, dosya kararı veren ya da uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir (m. 373/2). Kuşkusuz ki, temyiz incelemesi ve temyizde bozma kararı verilmesi sürecinde de aleyhe bozma yasağı dikkate alınacaktır. Bunun bir devamı olarak alt derecede ve bu kapsamda istinaf aşamasında devam eden yargılama sürecinde de aleyhe bozma yasağı, bu aşamaya özgü dar kapsamlı ifade edilmiş şekliyle aleyhe karar verme yasağı⁴⁶ dikkate alınarak karar verilmelidir.

Bu aşamada aleyhe bozma yasağından kaynaklanan sınırlamaların dikkate alınabilmesi için temyiz kanun yoluna sadece bir taraf başvurmuş olmalıdır. Zira, burada aleyhe bozma yasağının uygulama alanı bulunduğu karar, istinaf aşamasında verilen karardır⁴⁷ ve bu karar hangi tarafın kanun yoluna taşınmış olduğuna göre hareket edilmelidir. Bu noktada, istinaf aşamasında bir karar verilmesine sebep olan istinaf başvurusunu hangi tarafın yapmış olduğunun bir önemi yoktur. İstinaf başvurusundan kaynaklanan ve istinaf incelemesinde dikkate alınacak aleyhe bozma yasağının kapsamı, bir önceki başlıkta değerlendirdiğimiz şekilde belirlenecektir. Oysa temyiz üzerine verilen bozma kararı sonrası ortaya çıkan aleyhe bozma yasağı bakımından dikkate alınacak kriter, istinaf incelemesi neticesinde verilen karar ve bu karara karşı temyiz kanun yoluna hangi tarafın başvurmuş olduğudur. Bu nedenle, taraflardan sadece biri, temyiz kanun yoluna başvurmuş ve temyizde bozma kararı verilerek dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ise, bölge adliye mahkemesince yapılacak inceleme neticesinde temyize tek başına başvuran tarafın daha aleyhine bir karar verilemez. Bu noktada, ilgili tarafın daha önce istinaf kanun yoluna başvurmuş olup olmadığının bir önemi yoktur.⁴⁸ Bu yö-

⁴⁶ Bkz. yuk. II, A.

⁴⁷ Atalı, Aleyhe Bozma, s. 107-108.

⁴⁸ İstinaf kanun yoluna başvurmayan tarafın temyiz kanun yoluna da başvuramayacağı istisnai hâllerin aleyhe bozma yasağıyla ilgisi yoktur. Zira, her şeyden önce aleyhe bozma yasağı, geçerli bir kanun yolu başvurusu neticesinde ortaya çıkabilen bir yasaktır (bkz. yuk. II, A). İlk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurmayan tarafın, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun esaslan reddi kararına karşı da temyiz kanun yoluna başvuramaması, o tarafın bu

nüyle istinafa kimin başvurduğu ile temyize kimin başvurduğu arasında farklılık oluşmaktadır. Bir taraf daha önce istinafa başvurmamış olsa dahi sadece o temyize başvurmuşsa, istinaf aşamasında verilen karardan daha aleyhine bir karar verilemeyecektir.

Yine belirtmek gerekir ki, bozma sonrasında alt derece mahkemesinde devam eden yargılamada bozma kararına uyulmasının gerekleri de dikkate alınmalıdır. Konuyla ilgili eleştirilere girmeden, doktrinde⁴⁹ ve uygulamada⁵⁰ usulü müktesep hak olarak ifade edilen bu husus, bozma gereklerine uygun hareket edilmesi yanında bozma kararı lehine olan tarafın daha aleyhine bir karar verilememesini de kapsar şekilde ifade edilmektedir.⁵¹ Ancak, bozma kararı lehine olan tarafın daha aleyhine bir karar verilememesi, o tarafın tek başına kanun yoluna başvurmuş olması ve neticede aleyhe bozma yasağıyla ilgili bir husus değildir. Aksine, her iki taraf da temyiz yoluna başvurmuş olsa dahi, bir taraf lehine verilen bozma kararı nedeniyle usulü müktesep hak gündeme geldiği kabul edilebilmektedir. Bu sonuç, temyiz ince-

başvuruda artık hukukî yararının kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim ilgili taraf, aynı sonuca ilişkin ilk derece mahkemesi kararını istinaf kanun yoluna taşımamakla o sonucu kabul etmiştir. Aynı hukukî sonucu bir anlamda teyit eden ve bu nedenle hukukî durumunda bir değişiklik olmayan ilgili tarafın istinaf aşamasında verilen kararı da temyiz etmekte hukukî yararı yoktur (Yılmaz, Cilt 4, s. 5029, 5055; Öztekin, s. 575; Bulut, s. 266; MüKo-ZPO/Krüger, § 543, Rdnr. 46). Nitekim bkz. "Somut olayda, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmiş, davacı ile davalı ... vekilinin istinaf başvurusu üzerine, bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu sonucuna varılarak istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. İlk derece mahkemesince verilen karara karşı istinaf yoluna başvurmayan davalı ... Bölgesinin, 'davacı ile diğer davalı ...Ş'nin istinaf başvurusunun esastan reddine' dair kararı temyiz etmekte hukukî yararı bulunmadığından davalının yerinde görülmeyen temyiz talebinin reddi gerekmiştir". 22. HD, 07.07.2020, 37529/8972 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "O halde, ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin (davalı-alacaklının istinaf başvurusuna ilişkin olarak verdiği) esastan ret kararına karşı, istinaf yoluna başvurmayan borçlu tarafından temyiz yoluna başvurulamayacağı kabulü gerekir". 12. HD, 08.06.2020, 6916/4009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹ Bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 902 vd; Kuru, Usul Cilt 5, s. 4737 vd; Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1445 vd. Usulü müktesep hak kavramına yöneltilen eleştiriler için bkz. Yıldırım, s. 155-164; Özekes, Pekcantez Usul, s. 2190-2191; Murat Atalı, "Usulü Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2018, S. 3, s. 457 vd; Akkaya, İstinaf, s. 230 vd.

⁵⁰ Bkz. İBK, 04.02.1959, 13/5 (RG, 28.04.1959, S. 10193); İBK, 09.05.1960, 21/9 (RG, 28.06.1960, S. 10537).

⁵¹ Postacıoğlu/Altay, s. 896-897; Kuru, Usul Cilt 5, s. 4739-4740; Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1446.

lemesini yapan mahkemenin bozma yönündeki kararına ve bu karara uyan alt derece mahkemesinin kararına bağlanan, bozmaya uyan mahkemenin bu uymanın kapsamına göre hareket edeceği, bu konudaki güveni zedelemeyeceği düşüncesine dayanan bir hukukî sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.⁵² Zira, bir tarafın temyizde ileri sürdüğü hususların reddedilmiş olmasıyla diğer taraf lehine bozma kararı verilmiş olmasına yönelik karara uyulmasıyla ortaya çıkan hukukî durumun gereklerine de uyulması doğal bir sonuçtur.

Bozma kararına uyulması demek, zaten bozma kararının gereğinin de yapılması sonucunu doğuracaktır. Eğer bozma kararı bir tarafın lehine ise, temyiz kanun yolunda verilen bu üst derece kararının gereklerinin de yapılması gerekir. Tüm bu sonuçlar, bozma sonrasında devam eden yargılamayı aleyhe bozma yasağına benzer⁵³ bir şekilde etkileyebilecekse de esasen bu sonuç doğrudan aleyhe bozma yasağıyla ilgili olmayıp⁵⁴ usulü müktesep hak adı altında hukukî güvenle ilgili bir durumdur. Bu anlamda usulü müktesep hakkın kaynağı ve dayandığı gerekçelerle, aleyhe bozma yasağının kaynağı ve dayandığı gerekçeler de farklılık göstermektedir. Usulü müktesep hak, daha çok yargı organının verdiği bir karar çerçevesinde hareket edileceğine duyulan güvenle ilgilidir.⁵⁵ Oysa aleyhe bozma yasağının temelinde tasarruf ve talepe bağlılık ilkesi ile güvenin korunması ihtiyacı yatmaktadır.⁵⁶

⁵² Yıldırım, s. 158-159. Bu bağlılığın kaynağının bozma kararının şekli anlamda kesinleşmesi ve devamında kendisine uyulan bozma kararının içeriğinin maddi anlamda kesin hüküm etkisine benzer bir etki doğurması olduğu yönünde detaylı bilgi için bkz. Atalı, Usulü Müktesep Hak, s. 481 vd.

⁵³ Yılmaz, Cilt 4, s. 5119; Yıldırım, s. 157. Alman hukukunda da kanun yoluna başvuranın, aleyhe bozma yasağıyla kazanılmış konumunu koruyabildiği ve sadece başvurusunun reddedilmesi riskini göze almasının sağlandığı ifade edilmektedir. Bkz. BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 12; Gilles, s. 158.

⁵⁴ Ayrıca karşı. Atalı, Usulü Müktesep Hak, s. 470.

⁵⁵ Bu noktada usulü müktesep hak kavramının doğru olmadığı ve bu kurumun yerine aslında hukukî güvenden hareket edilmesi gerektiği ifade edilmekte ve usulü müktesep hak anlayışı farklı açılardan eleştirilmektedir. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Yıldırım, s. 155-164; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2190-2191; Atalı, Usulü Müktesep Hak, s. 457 vd; Akkaya, İstinaf, s. 230 vd.

⁵⁶ Yargıtay'ın aleyhe bozma yasağını usulü müktesep hak ile aynı kapsamda yorumladığı, kanaatimizce yerinde olmayan, kararları da vardır. Örneğin, "Diğer taraftan kamu düzenine ilişkin hususlar hakkında aleyhe bozma yasağı, bir başka anlatımla usulü müktesep hak uygulanamaz. Yargıtay, kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hükmü temyiz edenin aleyhine (temyiz etmemiş olan tarafın lehine) olarak da bozabilir". 10. HD, 31.05.2022, 4515/8160 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

V. İSTİNAF AŞAMASINDA VERİLEBİLECEK KARARLAR KAPSAMINDA ALEYHE BOZMA YASAĞININ UYGULAMASI

A. İstinaf Başvurusunun Reddi

1. Usulü Sebeplerle

a. İstinafın Ön İnceleme Aşamasına İlişkin Sebepler

İstinafın ön inceleme aşamasına ilişkin hususlardan birinde eksiklik olması hâlinde, başvurunun esasını incelenmeksizin eksik olan hususun niteliğine göre gerekli kararın verilmesi gerekmektedir (m. 352). İstinaf incelemesinin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılacak olması hâlinde, gönderme kararı; harç ve giderler eksik yatırılmış ve verilen süre içerisinde tamamlanmamış olması hâlinde ise, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir (m. 344). Kesin bir karara karşı veya istinaf yolu açık olmasına rağmen süresinden sonra istinaf başvurusunun yapılmış olması, aleyhine istinafa başvuru kararının yeterince açık gösterilmemesi gibi başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması veya istinaf sebepleri ve gerekçesinin hiç gösterilmemiş olması hâllerinde ise, kural olarak, istinaf başvurusu usulden reddedilmelidir. Bu karar, istinaf talebinin esasının incelenmesinin mümkün olmadığını tespit eden usule ilişkin nihaî bir karar niteliğindedir.⁵⁷

Aleyhe bozma yasağı ve bu kapsamda aleyhe karar verme yasağı, istinaf talebinin esasının incelenmesine engel olan usulü engellerin varlığı nedeniyle başvurunun usulden reddine karar verilmesi bakımından özel bir önemi haiz değildir. Zira, her iki tarafın veya sadece bir tarafın istinaf yoluna başvurmuş olması önemli olmaksızın, her bir istinaf başvurusunun ön inceleme aşamasına ilişkin usulü şartları sağlayıp sağlamadığı aynı şekilde incelenecektir. İstinaf başvurusunun esasının incelenmesi için gerekli olan bu şartlar, kanun yolu mahkemesi tarafından kendiliğinden incelenmesi gereken istinaf başvurusunun kabul edilebilirlik şartları niteliğindedir.⁵⁸

⁵⁷ Akkaya, İstinaf, s. 318-319. Benzer yönde Akil, İstinaf, s. 320-321. Bu konuda Öze-kes, Pekcanitez Usul, s. 2238-2240.

⁵⁸ Akkaya, İstinaf, s. 243.

Aleyhe bozma yasağı, yukarıda açıklandığı üzere,⁵⁹ mutlaka kanun yoluna başvuran tarafın daha lehine bir karar verilmesini gerektirmemektedir. Aksine, kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine bir karar verilmemiş olması yeterlidir. O hâlde, istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmiş olması, aleyhine kanun yoluna başvuran kararın hukukî etkilerinin aynen korunması sonucunu doğuracağından, aleyhe bozma yasağının ihlâl edilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle, aleyhe bozma yasağı bakımından özel bir inceleme yapılması gerekmeksizin istinaf başvurusunun usulden reddi sebeplerinin araştırılması ve neticede bu yönde karar verilmesi mümkündür, bu durum aleyhe bozma (karar verme) yasağına aykırılık oluşturmaz.⁶⁰ Ayrıca, kanun yoluna başvuran tarafın kanun yoluna başvurmamış olması ihtimâlinde dahi kendiliğinden araştırılması gereken konularda gerekli kararların verilmesi, aleyhe bozma yasağına aykırılık teşkil etmez.⁶¹ Tüm bu nedenlerle, kanun yoluna başvuru şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin aleyhe bozma yasağından bağımsız olarak incelenmesi ve ilgili kararların verilmesi mümkün, hatta gereklidir.

b. İstinaf Başvurusunda Hukukî Yararın Özel Niteliği

Mahkemeye yöneltilen her talepte bulunması gereken hukukî yarar,⁶² kanun yolu başvurusunda bulunabilmesi için de aranan temel şartlardandır.⁶³ İstinaf başvurusu bakımından hukukî yarar, ön inceleme aşamasına ilişkin sebepler arasında özel olarak düzenlenmiş olmasa dahi, bu şartın da ön inceleme aşamasında ve istinaf incelemesinin esasına girilmeden önce mevcut olması ve dikkate alınması gerekir.⁶⁴ Bu nedenle, istinaf başvurusunda hukukî yararın bulunmaması hâlinde de istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmelidir. Ön incelemeye ilişkin diğer şartlara benzer bir şekilde, hukukî yararın

⁵⁹ Bkz. yuk. II, A.

⁶⁰ İstinaf incelemesi yapılabilmesi için varlığı şart olan hususların araştırılması ve gerekli kararların verilmesi, aleyhe bozma yasağına aykırılık olarak değerlendirilemez (Guldener, s. 498).

⁶¹ Yıldırım, s. 153, 166 vd.

⁶² Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 947; Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 26 vd.

⁶³ Postacıoğlu/Altay, s.871 vd; Üstündağ, s. 854; Kuru, Usul Cilt 5, s. 4485; Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1330; Öztekin, s. 630; Yılmaz, Cilt 4, s. 5002; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2286; Akkaya, İstinaf, s. 129 vd.

⁶⁴ Akkaya, İstinaf, s. 130. Temyiz incelemesi için benzer yönde Bulut, s. 268.

da doğrudan aleyhe bozma yasağıyla bir ilgisi veya bu yasağın bakımından özel bir önemi haiz etkisi söz konusu değildir.

Diğer yandan Yargıtay bir kararında,⁶⁵ konuyu istinaf aşamasında aleyhe karar verme yasağıyla açıklama yoluna gitmiştir. Buna göre,

“İlk derece Mahkemesince oluşturulan hükümde, ‘karar verilmesine yer olmadığına’ kararı verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmiş, bu hükme karşı sadece davalı tarafından istinaf incelemesi talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen ‘davanın reddi’ kararına karşı sadece davalı tarafından istinaf incelemesi yoluna gidilmekle Bölge Adliye Mahkemesince; sadece davalı tarafından istinaf incelemesinin talep edildiği göz ardı edilerek, ‘davanın reddi’ kararının davalı yararına olduğundan bu karara karşı davacı tarafın istinaf yoluna gidilmediğinden davalı yararına oluşan aleyhe karar verme yasağı ilkesi ihlal edilerek esas hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmiş olması doğru değildir. O halde, Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi’nin vermiş olduğu davanın reddine ilişkin karar, davalının daha lehine olmakla istinaf talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, esas hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına dair karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

Kararda, istinaf başvurusunun reddedilmesi gerektiği yönündeki sonuca katılmakla beraber, bu sonuca sebep olan gerekçenin aleyhe bozma yasağı değil, hukukî yarar eksikliği olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, davalının, davanın reddine ilişkin bir kararın karar verilmesine yer olmadığına şeklinde değiştirilmesini talep etmede, kural olarak, hukukî yararı yoktur. Kararın içeriğinin ve doğurduğu sonuçların, kanun yoluna başvuranın daha aleyhine olarak değiştirilip değiştirilemeyeceğinin değerlendirilebilmesi için, öncelikle tüm usulî şartların yerine getirilmesi ve başvurunun esasının incelenmesinin mümkün olması gerekir. Bu nedenle, bu noktalarda bir eksiklik varsa, ilgili eksiklik sebebiyle başvurunun reddi gerekmekte olup aleyhe bozma yasağı bakımından bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur.

⁶⁵ 3. HD, 23.09.2020, 1625/4629 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2. Esasa İlişkin Sebeplerle

İstinaf incelemesinin ön inceleme aşamasına ilişkin hususlarda bir eksiklik mevcut değilse veya eksiklikler giderilmiş ise, istinaf talebinin esası incelenebilir. Bu durumda, geçerli ve incelenebilir bir istinaf başvurusu mevcuttur, ancak aleyhine istinaf yoluna başvuru karar doğru ise, istinaf başvurusu esastan reddedilecektir (m. 353/1-b).⁶⁶ Yani istinafa başvurulabilir bir kararda işin esası incelendiğinde, bir istinaf sebebinin mevcut olmadığı, ilk derece yargılamasında bir sorun bulunmadığı tespit edilmektedir.

Taraflardan sadece biri istinaf yoluna başvurmuş ve bu istinaf başvurusunun usule ilişkin şartlarında herhangi bir eksiklik yok ise, istinaf başvurusunun esası olan alt derece mahkemesi kararının incelemesi aşamasına geçilecektir. Bu inceleme neticesinde, alt derece mahkemesinin istinaf talebine konu edilen kararı yerinde ise, istinaf başvurusu esastan reddedilir. Böyle bir durumda ortaya çıkan ret kararı, alt derece mahkemesi kararının yerinde olduğunu tespit eden bir karardır. Böylece istinaf başvurusunun esastan reddi kararının istinafa başvuran tarafın daha aleyhine farklı bir sonuç doğurduğu söylenemez. Bu nedenle, aleyhe bozma yasağı karşısında istinaf başvurusunun usûlî sebeplerle reddi bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar, aynen istinaf başvurusunun esastan reddi için de geçerlidir. Bu bir yönüyle temyizde onama kararı verilmesiyle benzer etkiye sahiptir. Bir tarafın temyiz yoluna başvurmuş olması, mutlaka kararın bozulacağı anlamına gelmez; karar doğru ise onanabilir. Bu ise aleyhe bozma yasağını ihlâl etmeyecektir; daha doğru bir ifadeyle, bu durumun aleyhe bozma yasağıyla doğrudan bir ilgisi yoktur.⁶⁷ Benzer durum, bir tarafın istinaf yoluna başvurması halinde istinaf incelemesi sonunda esastan ret kararı verilmesinde karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁶ Bu konuda bkz. Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1381; Tanrıver, s. 86; Özekes, İstinaf, s. 3114; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2269-2270; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 636-637; Akkaya, İstinaf, s. 321. İstinaf aşamasında kararın doğru bulunarak onandığı yönündeki görüş için bkz. Yılmaz, İstinaf, s. 79; Akil, İstinaf, s. 323.

⁶⁷ Bulut, s. 271.

B. İstinaf Başvurusunun Kabulü

1. Gönderme Kararı Verilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özel olarak düzenlenen sebeplerin varlığı hâlinde, istinaf başvurusuna konu edilen karar kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için dosya ilgili mahkemeye gönderilmektedir (m. 353/1-a). Buna göre, yasak hâkimin karar vermiş olması, haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması, görev ve yetkiye ilişkin eksikliklerin bulunması, diğer dava şartlarına aykırılık bulunması, usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılması ya da davaların birleştirilmesi veya ayrılması kararı verilmiş olması ile uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması⁶⁸ hâllerinde istinaf başvurusu kabul edilerek gönderme kararı verilmelidir. Burada istinaf başvurusuna konu kararın verilmesi sürecinde temel usul hataları söz konusudur. Bu hatalar bölge adliye mahkemesi tarafından giderilebilecek nitelikte olmadığı için gönderme kararı verilir ve tespit edilen hataların gereğinin ilk derece mahkemesi tarafından yerine getirilmesi sağlanır.⁶⁹

Gönderme kararı verilmesi sürecinde hangi tarafın istinaf yoluna başvurmuş olduğunun ve bu kapsamda aleyhe bozma yasağının önemi yoktur. Zira, gönderme kararı verilmesine sebebiyet veren istinaf sebepleri⁷⁰ gibi kendiliğinden araştırılması gereken kamu düzenine

⁶⁸ Kanunun ilk hâlinde "delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden" şeklinde düzenlenen bu sebep 7251 sayılı Kanun'un (RG, 28.07.2020, S. 31199) 35. maddesiyle bu hâlini almıştır. İlgili düzenlemeye ilişkin açıklamalar ile bu değişikliğin eleştirisi için bkz. Muhammet Özkes/Nilüfer Boran Güneysu, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6), İstanbul 2021, s. 66 vd. Karş. Cenk Akil, "Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2019, S. 38, s. 1 vd.

⁶⁹ Özkes/Boran Güneysu, s. 29. Benzer yönde Akkaya, İstinaf, s. 327.

⁷⁰ Akkaya, mutlak istinaf sebeplerinin bu kapsamda kaldığını ve mutlak istinaf sebepleri bakımından aleyhe bozma yasağının uygulama alanı bulamayacağını ifade etmektedir (Akkaya, İstinaf, s. 190 vd). Yazar, istinaf incelemesi neticesinde gönderme kararı verilmesini gerektiren usule aykırı olarak davaların ayrılmasına veya birleştirilmesine karar verilmiş olmasını da (m. 353/1-a) bu kapsamda bir mutlak istinaf sebebi olarak ifade etmektedir (Akkaya, İstinaf, s. 200). Aksi yönde karş. Akil, İstinaf, s. 362-363.

ilişkin konularda aleyhe bozma yasağı uygulanamaz.⁷¹ Bu nedenle, istinaf talebinin kabul edilerek gönderme kararı verilmesi gereken sebeplerin tespiti hâlinde, hangi tarafın istinaf yoluna başvurmuş olduğu önemli olmaksızın gereken kararın verilmesi sonucuna varılabilir. Aksi durum, gönderme kararı verilmesine sebebiyet veren hâllerin niteliğiyle bağdaştırılamaz (m. 353/1-a).⁷² Burada aslında olmaması gereken veya temelden sakat, yanlış bir karardan söz etmek gerekir. Böyle bir kararın ise bir taraf aleyhine bozulmaması/karar verilmemesi demek, aslında temelden sakat bir karara göz yumulması demektir. Hukuk düzeninin buna göz yumamayacağı ve kabul edemeyeceği düşüncesi öne çıkmaktadır.

İstinaf aşamasında gönderme kararı verilmesinden sonra ilk derece mahkemesi tarafından yeni bir karar verilmesi bakımından aleyhe bozma yasağının etkilerini tespit edilmeli ve bu mahkemenin ilk kararı istinaf yoluna taşıyan tarafın daha aleyhine bir karar verip veremeyeceği sorusuna da cevap verilmelidir. İsviçre hukukunda uygulanan şikâyet (*Beschwerde*) yolunda,⁷³ düzeltici karar verilmesi bakımından kabul gören aleyhe bozma yasağının, ortadan kaldırıcı nitelikteki kararlar bakımından uygulanamayacağı ileri sürülmüştür. Buna göre, böyle bir karar ile ilgili karar tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin kararı ortadan kaldırıldıktan sonra

⁷¹ Akkaya, İstinaf, s. 228. Aynı şekilde Alman hukukunda da esasa ilişkin bir karara karşı davacı tarafından başvuru istinaf yolunda, dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usulden reddine karar verilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 10. Benzer şekilde İsviçre hukuku için bkz. Guldenner, s. 498.

⁷² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 10. Doktrinde bu konu dava şartları bakımından değerlendirilmiş ve kanun yolu mahkemesi tarafından dava şartı eksikliğinin tespiti hâlinde, kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine olarak esasa ilişkin kararın ortadan kaldırılabilmesi sonucuna varılmıştır. Buna göre, usule ilişkin bozma/kaldırma kararları bakımından aleyhe bozmadan söz edilebilmesi için alt derecede tanınan bir hakın artık kabul edilememesi gerekir. Oysa, esasa ilişkin bir bozma/kaldırma kararının aksine, usule ilişkin kanun yolu mahkemesi kararları alt derecede verilen kararın esasa ilişkin nasıl olması gerektiği konusunda açıklık tanımamaktadır. Bu nedenle, usule ilişkin bozma kararları bakımından nihai bir aleyhe bozma durumunun ortaya çıktığı söylenemeyecektir. Bu konuda bkz. Atalı, Aleyhe Bozma, s. 144-145.

⁷³ İsviçre hukukunda şikâyet, aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak kararlar ile kanunen özel olarak bu yola başvurulması gerektiği düzenlenen kararlara karşı başvuru sınırlı ve istinafa göre ikincil bir kanun yolu olarak kabul edilmektedir (KUKO-ZPO/Brunner, Art. 319, Rdnr. 1-2).

tekrar ilk derece mahkemesi tarafından verilecek yeni karar, ilk karara karşı şikâyet yoluna başvuranın daha aleyhine olabilecektir.⁷⁴ Diğer durumlarda aleyhe bozma yasağı yargılama sürecinin tamamı için uygulanabilir kabul edilmekte; kantonal bir istinaf incelemesi neticesinde gönderme kararı verilmesinden sonra bu yasağı ihlâl etmeyen yeni bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁵ Alman hukukunda ise, konu tartışmalıdır.⁷⁶ Ancak, çoğunlukla kabul edilen⁷⁷ görüşe göre, aleyhe bozma yasağı, ilgili tarafın istinaf talebiyle sınırlandırılmış istinaf yargılaması bakımından uygulama alanı bulduğu ölçüde, gönderme kararı sonrasında alt derece aşaması için de geçerli olmalıdır. Aksi bir şekilde, gönderme kararından sonra alt derece mahkemesi tarafından tamamen serbest olarak yeni bir karar verebilir ise, yasağın bir anlamı kalmayacaktır. Bu konudaki benzer bir görüşe göre de gönderme kararının niteliğinden değil böyle bir karar verilmesine sebep olan aslî etkenden hareket edilmelidir. Buna göre, gönderme kararı verilmesine sebep olan usul kuralı ihlâli ne kadar ağır olursa olsun, bir tarafın talebi üzerine istinaf aşamasında incelenerek karara bağlanmıştır. İstinaf aşamasında kendiliğinden incelenebilecek bir sebep söz konusu olsa dahi, bu sebebin incelenebilmesinin öncüsü tarafın istinaf talebidir. Bu nedenle, gönderme kararı verilmesinden sonra ilk derece mahkemesi tarafından verilebilecek yeni karar, ilk kararı istinaf yoluna taşıyan tarafın daha aleyhine olamamalıdır.⁷⁸ Türk hukukunda da bu görüşe paralel görüşler yer almaktadır. Buna göre

⁷⁴ KUKO-ZPO/Brunner, Art. 327, Rdnr. 6-7; Guldener, s. 497; Sutter-Somm/Freiburg/haus/Afheldt, Art. 327, Rdnr. 12-13. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Kuhlmann, s. 107-108. Ayrıca İsviçre istinaf kanun yolu bakımından bkz. Yıldırım, s. 162-163. Sutter-Somm/Reetz, Vor Art. 308-318, Rdnr. 17.

⁷⁶ Tartışmalar hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. Kuhlmann, s. 107 vd.

⁷⁷ Kuhlmann, s. 110.

⁷⁸ MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 528, Rdnr. 58, 60. Rimmelspracher, mutlak ve nisbi usul kurallarına aykırılıkların tamamında alt derece aşamasında devam eden yargılamada aleyhe bozma yasağına uygun hareket edilmesi gerektiği kanaatindedir. Yazara göre, mutlak sebeplerin varlığı hâlinde kararın kanun yoluna başvuranın daha aleyhine görünecek şekilde bozulması mümkün olmasına rağmen, bozmadan sonra alt derecede verilecek yeni karar ilk kararı kanun yoluna taşıyanın daha aleyhine olamamalıdır. Zira, bozmaya sebep olan ilgili mutlak usul kurallarına aykırılık değil, kararın bir tarafça kanun yoluna taşınmış olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, mutlak bir usul kuralına aykırılık hâlinde dahi taraflarca talep edilmediği sürece kararın değiştirilmesi mümkün olmadığından, aykırılığın ağırlığına değil tarafların taleplerine öncelik verilmeli ve nihai karar verilirken taleple bağlantılı olan aleyhe bozma yasağına riayet edilmelidir. Ayrıca bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 10-15.

Türk hukukunda, istinaf aşamasında gönderme kararından sonra ilk derece mahkemesinde devam eden yargılamada aleyhe bozma yasağı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁹

Kanaatimizce, Türk hukukunda da istinaf aşamasında gönderme kararı verilmesiyle birlikte aleyhe bozma yasağının alt derece yargılamasına etki edeceğini kabul etmek gerekir. Aksi bir düşünce olarak, nasıl ki, istinaf aşamasında gönderme kararı verilebilmesi için hangi tarafın istinafa başvurduğu dikkate alınamıyor ve bu kapsamda aleyhe bozma yasağı uygulama alanı bulmuyorsa, alt derecede devam eden yargılamada da kural olarak, aynı sonuçların geçerli olması gerektiği düşünülebilir. Böylece, gönderme kararı verilebilmesi bakımından dikkate alınamayan aleyhe bozma yasağının, gönderme kararı gereği de ek bir sonuç doğurmaması ve alt derece yargılamasını etkilememesi gerektiği söylenebilir. Ancak, yukarıda değinilen Alman hukukuna ilişkin görüşlerce de ileri sürüldüğü üzere, gönderme kararı verilebilmesinin aslî sebebinin taraf işlemleri olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Böylece bir tarafın kendi lehine bir talepte bulunmasının sonucunda netice itibarıyla hiç talepte bulunmamış olması ihtimâlden daha aleyhe bir sonuçla karşı karşıya bırakılması aleyhe bozma yasağının dayandığı gerekçelerle bağdaştırılamaz. Dahası, istinaf aşamasında kendiliğinden dikkate alınabilecek bir gönderme sebebinin söz konusu olması, sadece istinaf aşamasında verilebilecek kararlara özgü olup alt derece aşamasında devam eden bir etkiyi haiz olmamalıdır. Bu nedenle, alt derece yargılamasında gönderme kararı verilmesine sebep olan taraf aleyhine yeni bir karar verilerek aleyhe bozma yasağı ihlâl edilememelidir.⁸⁰ Kuşkusuz, bundan kastımız, gönderme kararının verilmesine sebep olan usulü eksikliğin giderilmesinden sonra

⁷⁹ Akil, İstinaf, s. 327. Görevsizlik ve yetkisizlik kararları bakımından bu yönde bkz. Atal, Aleyhe Bozma, s. 126-127. Karşı görüşte Meriç, Tasarruf, s. 240.

⁸⁰ Özellikle usul hukukuna ilişkin sebeplerin varlığı hâlinde, Alman hukukunda istinaf aşamasına ilişkin kararlar da tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, davanın kısmen kabul kararına karşı sadece davacı tarafından istinaf yoluna başvurulmuş olsa dahi usulü sebeplerle davanın reddi (unzulässig) gerekiyorsa, dava bir bütün olarak reddedilebilmelidir (BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 14). Ancak, bu görüş de eleştirilmekte ve sadece tarafların kanun yoluna başvurmak suretiyle kararın geçerliliğine etki edebileceği, tarafların başvurusundan bağımsız olarak etkisiz bir karardan söz edilebiliyorsa davanın tamamen reddinin mümkün olduğu da ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 12; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 528, Rdnr. 59.

verilecek esasa ilişkin nihaî karardır. Zira, istinafa başvuran tarafın lehine veya aleyhine olarak sonuç doğuracak olan uyuşmazlık hakkında verilen esasa ilişkin nihaî karardır.⁸¹

Türk hukukundaki gönderme kararı verilebilecek sebeplerin bir kısmı bakımından yukarıdaki görüşümüz eleştirilebilir ve yabancı hukuk sistemlerindeki görüşlerin gerekçelerine benzer gerekçelerle farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir.⁸² Diğer yandan, kanaatimizce, Türk hukukunda gönderme kararı verilmesini gerektiren bir sebep olarak düzenlenen “*uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*” sebebi (m. 353/1-a-6) ayrıca değerlendirilmelidir. Zira bu sebebin delillerin değerlendirilmesine ilişkin kısmı, diğer sebeplerden farklı olarak, usule ilişkin değil, uyuşmazlığın esasına ilişkindir. Bu nedenle, sadece bir tarafın istinafa başvurusu üzerine bu sebep nedeniyle gönderme kararı verilmesinden sonra alt derece aşamasında devam eden yargılamada usûlî bir hata sebebiyle değil, esasa ilişkin değerlendirme hatası sebebiyle kısmen de olsa tekrar edilmektedir. Bu sebebe dayanan gönderme kararı verilmesi hâlinde de alt derece aşamasında aleyhe bozma yasağının dikkate alınması gerekecektir; istinaf yoluna başvuran taraf, istinaf konusu ettiği karardan daha aleyhe bir hükümlerle karşılaşmamalıdır.⁸³

⁸¹ Benzer ifadelerle Atalı, Aleyhe Bozma, s. 145.

⁸² Özellikle, yargılamanın yenilenmesi sebebi de teşkil edebilecek derecedeki sebeplerle gönderme kararı verilmesinden sonra (m. 353/1-a-1) devam eden yargılama aşaması bakımından İsviçre hukukundaki görüşlerin gerekçeleri dikkate alınabilir. Buna göre, kararın ortadan kaldırılmasından sonra artık kamu düzenine aykırılık derecesinde sakat olan bir karardan hak çıkarılmaması gerektiği, devam eden yargılama sürecinin kararın verilmesinden önceki aşama olarak tamamen başa döndüğü ve bu nedenle bu noktada aleyhe bozma yasağının da uygulama alanı bulmaması gerektiği söylenebilir. Bkz. KUKO-ZPO/Brunner, Art. 327, Rdnr. 6-7; Guldener, s. 497. Bu yönde ayrıca bkz. Meriç, Tasarruf, s. 240.

⁸³ Esasen Alman hukukunda gönderme kararı verilmesinden sonra alt derece mahkemesinin aleyhe bozma yasağıyla bağlı olması gerektiğine dair görüşlerin bir dayanağı da bu tür durumlardır. Daha açık bir ifadeyle, alt derece mahkemesi delilleri düzgün toplamış olsa ve istinaf aşamasında esasa ilişkin bir karar verilecek olsa idi, tek başına istinaf yoluna başvuran tarafın aleyhine bir karar verilemeyeceğinden şüphe edilmeyecektir. O hâlde, alt derece mahkemesinin hatası sebebiyle ve delillerin toplanma derecesine ilişkin bölge adliye mahkemelerinin farklı değerlendirme ihtimallerine göre değişebilecek farklı sonuçlara varmak uygun değildir. Zira, bir bölge adliye mahkemesinin gönderme kararı verilmesini gerektirecek derecede delil eksikliği tespit etmezken diğer tespit edebilir ve bu iki durumda aleyhe bozma yasağını farklı farklı uygulamak keyfi ve tesadüfi sonuç-

Uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması şeklindeki sebep bakımından değinilmesi gereken diğer bir husus da tarafların talebidir. Zira, yukarıda değinildiği gibi,⁸⁴ aleyhe bozma yasağının temelinde yatan ilkelerden biri taleple bağlılık ilkesi olup aleyhe bozma yasağı ile ulaşılmak istenen sonuçlardan biri de kanun yolu mahkemesinin tarafların talebi doğrultusunda inceleme yapma yükümlülüğünü yerine getirmesidir. Gönderme kararı verilmesini gerektiren bir sebep olarak düzenlenen bu durumda istinafa başvuran tarafın gönderme kararı verilmesini talep edip etmediği önemli değildir. Taraf, bölge adliye mahkemesinden esasa ilişkin yeni bir karar verilmesini talep etmiş olsa dahi istinaf aşamasında gönderme kararı verilebilmelidir. Zira, kanun yolu incelemesi süreci bakımından, tarafların yargılama hukukuna ilişkin talepleriyle bağlılık söz konusu değildir; bu noktada, yargılama hukuku kurallarını yorumlayarak gerekli kararı verme yetkisi kanun yolu mahkemesine aittir.⁸⁵ Ayrıca gönderme kararı verilmesini gerektiren hâllere bakıldığında bunların yargılamayı temelden etkileyen, çoğunun doğrudan kamu düzeni ile ilgisi olan hususlar olduğu görülmektedir. Bu noktada uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması, gönderme kararı verilmesini gerektiren hallerden farklılık arz etse de nihayetinde ortada istinaf incelemesine esas olacak yeterli bir ilk derece kararının olmadığı kabul edilmektedir. Bu düzenlemenin önceki halinde bunu söylemek daha kolayken, değişiklikten sonra mevcut halinde de tartışmalara ve eleştirilere rağmen⁸⁶ en azından temel düşünce olarak bundan hareket edildiği söylenebilir. Böyle bir durumda da gönderme yönünde bir talebin olup olmadığı çok önem arz etmeyecektir.

Diğer bir gönderme kararı verilmesi sebebi olan talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hâlinde ise, aleyhe bozma

lar olarak karşımıza çıkar. Bu konudaki görüş ve açıklamalar için bkz. Kuhlmann, s. 109-110.

⁸⁴ Bkz. yuk. II, A.

⁸⁵ Guldener, s. 498; Sutter-Somm/Reetz, Vor Art. 308-318, Rdnr. 18.

⁸⁶ Bu konudaki düzenlemenin gelişimi, konuyla ilgili değişikliğin eleştirisi ve değerlendirilmesi için bkz. Özekes/Boran Güneysu, s. 1 vd. Konuyla ilgili tartışma bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından üzerinde durmuyor, sadece dikkat çekiyor, mevcut düzenleme çerçevesinde aleyhe bozma yasağı bakımından bir değerlendirme yapmakla yetiniyoruz.

yasağı uygulama alanı bulmaz; zira, hakkında karar verilmeyen talep bakımından kesin hüküm oluşmayacağından (m. 306/A), ilk derece mahkemesi kararında kanun yoluna başvuranın lehine veya aleyhine bir hak ya da yükümlülük zaten doğmamıştır. Hükümün gerekçesinin değiştirilmesine ilişkin açıklamalarımıza paralel bir şekilde,⁸⁷ kesin hükmün kapsamına dahil olmayan bir konuda aleyhe bozma yasağı da söz konusu olmaz.⁸⁸ Bu nedenle, istinaf aşamasında talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması sebebiyle gönderme kararı verilmesinden sonra bu konuda alt derecede yapılacak yargılamada aleyhe bozma yasağı uygulama alanı bulmaz. Bu noktada, aleyhe bozma yasağının uygulama alanını tespit bakımından bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf aşamasında esasa ilişkin yeni bir karar verilmesi bakımından geçerli olan kurallar dikkate alınabilir. İstinaf aşamasında esasa ilişkin yeni bir karar verilirken aleyhe bozma yasağı geçerli ise, istinafta gönderme kararı verilmesinden sonra ilk derece mahkemesinde devam eden yargılama aşamasında da yasak geçerli kabul edilmelidir.⁸⁹ Bu durumda, bölge adliye mahkemesi delilleri kendisi toplayarak ve değerlendirerek esasa ilişkin yeni bir karar verirken aleyhe bozma yasağına aykırı yeni bir karar veremeyeceğinden,⁹⁰ bu sebeple verilen gönderme kararı sonrasında da ilk derece mahkemesi istinafa başvuran tarafın daha aleyhine bir karar verememelidir. Hakkında alt derece aşamasında karar verilmeyen talep bakımından yapılacak yargılamada ise, alt derecede zaten lehe veya aleyhe bir hukukî durum yaratılmadığından aleyhe bozma yasağı da uygulama alanı bulmaz. Bu sonuçlar, istinaf aşamasından sonra alt derecede devam edecek yargılama için de geçerli kabul edilmelidir. Bu nedenlerle, istinaf aşamasında *delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması* sebebiyle gönderme kararı verilmesi hâlinde, alt derece yargılamasında aleyhe bozma yasağı uygulama alanı bulacaktır. Ancak, *talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması* sebebiyle gönderme kararı verilmesi hâlinde, hakkında daha önce karar verilmeyen talep bakımından aleyhe bozma yasağı söz konusu olmaz.

⁸⁷ Bkz. yuk. IV, A.

⁸⁸ Temyiz kanun yolu bakımından bu yönde bkz. Kuru, Usul Cilt 5, s. 4731-4732, 4737.

⁸⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 15; Bötticher, "Reformatio in peius und Prozeßurteil", Zeitschrift für Zivilprozeß 1952, S. 65, s. 465.

⁹⁰ Bkz. aşa. V, B, 2.

2. Yeniden Esas Hakkında Karar Verilmesi

İstinaf başvurusunun kabul edilmesinden sonra istinaf aşamasında uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilirken aleyhe bozma yasağı göz ardı edilmemelidir. Bu durum, istinaf öncesi kanun yolu uygulamamızda Yargıtay tarafından verilen bozma kararı sonrasında alt derece mahkemesi tarafından yeni bir karar verilmesi sürecine benzetilebilir. Ancak, burada, istinaf kanun yoluna taşınan hususlar ile istinaf aşamasında ileri sürülen talepler dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, sadece taraflardan birinin istinafa başvurmuş olmasından hareketle doğrudan aleyhe bozma yasağına gidilemez; istinaf aşamasına taşınan karar ile istinaf aşamasında ileri sürülen talep sonucuna da dikkat edilmelidir.

Örneğin, davanın tamamen reddi kararının sadece davacı tarafından istinaf kanun yoluna taşınmış olması veya davanın kısmen kabulüne dair kararının reddedilen kısmının davacı, kabul edilen kısmının ise davalı tarafından istinaf kanun yoluna taşınmış olması hâlinde aleyhe bozma yasağı uygulanamayacaktır.⁹¹ Zira, davanın tamamen reddi kararının davalı tarafından istinafa taşınmasında zaten hukukî yarar yoktur⁹² ve bu kararı istinaf aşamasına taşıyan davacı bakımından, davanın tamamen reddinden hukuken daha aleyhe bir sonuca varılması mümkün değildir. İstinafa konu hükmün davanın usulden reddine ilişkin olmasına rağmen, istinaf aşamasında davanın esastan reddine karar verilmesi de bu kapsamda mümkündür.⁹³ Zira, davanın usulden reddi kararı, davacı bakımından korunmaya değer özel bir hukukî konum doğurmamıştır; bu nedenle, davanın esastan reddine dair kararın davacının istinaf öncesi hukukî durumunu daha aleyhe olarak değiştirdiği söylenemez. İkinci ihtimâlde ise, her iki taraf da kendi lehlerine yeni bir karar verilmesi talebiyle istinaf kanun yoluna başvurmuş olduğundan, aleyhe bozma yasağının uygulama alanı bulabilmesi için gerekli temel şart olan sadece bir tarafın kanun yoluna başvurmuş olması şartı gerçekleşmemiştir.⁹⁴

⁹¹ Akkaya, İstinaf, s. 228.

⁹² Bkz. yuk. V, A, 1, b.

⁹³ Akil, İstinaf, s. 327; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 10; BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 14; Böttcher, s. 467.

⁹⁴ Bkz. yuk. II, A.

Bu açıklanan nedenle, her iki ihtimâlde de istinaf aşamasında yeni bir karar verilirken aleyhe bozma yasağı özel bir yere sahip olmayacaktır. Ancak, ikinci durum olan davanın kısmen kabulüne dair kararın sadece davacı tarafından istinaf kanun yoluna taşınmış olması ihtimâlinde, artık aleyhe bozma yasağına da dikkat edilmesi gerekecektir. Bu ihtimâlde, davacının daha aleyhine olacak şekilde davanın tamamen reddine karar verilmesi aleyhe bozma yasağının ihlâl edilmesi anlamına gelir.⁹⁵ Bu nedenle, böyle bir durumda, istinaf başvurusuna konu karar, hatalı olduğundan davanın tamamen reddi gerekiyor olsa dahi aleyhe bozma yasağı ihlâl edilemeyecek; istinaf yoluna tek başına başvuran davacının hukukî durumunun korunması gerekecek ve bu nedenle, istinaf incelemesi sonunda ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş kısmen kabul kararı paralelinde bir karar verilecektir.

İstinaf başvurusunun esastan reddine dair açıklamalarımız kapsamında değinildiği üzere,⁹⁶ aleyhe bozma yasağı sadece hükmün maddî anlamda kesinliğe dahil olan sonucuna ilişkindir. Bu nedenle, bu kapsamda yer almayan gerekçede yapılan değişiklikler, aleyhe bozma yasağını ihlâl etmeyecektir. O hâlde, hüküm fıkrası aynı yönde olmak şartıyla ilk derece mahkemesi kararının gerekçesi değiştirilerek yeniden esas hakkında karar verilmesi (m. 353/1-b), tek başına aleyhe bozma yasağına aykırılık teşkil etmez.⁹⁷ Hatta, nihaî olarak aleyhe hükmedilen miktar aynı kalmak şartıyla, münferit alacak kalemlerinin veya faiz oranının değiştirilmiş olmasının tek başına aleyhe bozma yasağını ihlâl etmeyeceği söylenebilir.⁹⁸

VI. İSTİNAF AŞAMASINDA ALEYHE BOZMA YASAĞININ İHLÂL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

Bu çalışmanın yukarıda açıklanan ilgili kısımlarında istinaf aşamasında aleyhe bozma yasağının uygulama alanına ve bu kapsamda dikkat edilmesi gereken özellikli durumlara değinilmiştir. Ancak, buna rağmen istinaf aşamasında aleyhe bozma yasağının ihlâl edilerek bu yasağa aykırı bir karar verilmiş olabilir. Kuşkusuz, istinaf kanun

⁹⁵ Akil, İstinaf, s. 326.

⁹⁶ Bkz. yuk. V, A, 2.

⁹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 140, Rdnr. 6.

⁹⁸ BeckOK-ZPO/Wulf, § 528, Rdnr. 13.

yolu neticesinde verilen bu yeni karar, aleyhe bozma yasağını ihlâl etse dahi kesin nitelikte ise, hukuken karara karşı temyiz kanun yoluna konu edilerek ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bizatihi aleyhe bozma yasağının ihlâl edilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yer almadığından tek başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi de teşkil etmemektedir (bkz. m. 375). Bu nedenle, aleyhe bozma yasağını ihlâl etmiş olsa dahi kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilecek olağan veya olağanüstü bir kanun yolu mevcut değildir.⁹⁹ Kuşkusuz, aleyhe bozma yasağının ihlâli kapsamında hâkimin sorumluluğunu gerektiren bir sebep söz konusu ise (m. 46), bundan zarar görmüş tarafın hâkimin hukukî sorumluluğuna başvurması mümkündür.

Aleyhe bozma yasağını ihlâl eden ve temyiz kanun yolu açık olan kararlara karşı temyiz yoluna başvurulmuş ise, Yargıtay aşamasında bu ihlâlin sonuçları ortadan kaldırılmalıdır. Bu noktada, istinaf aşamasına benzer şekilde temyiz aşamasında da geçerli olan aleyhe bozma yasağının temyiz aşamasında ihlâli hâlinde, Yargıtay tarafından verilmiş kararlar da dikkate alınabilir. Temyiz aşamasında aleyhe bozma yasağı ihlâl edilmiş ise, -karar düzeltmenin uygulandığı durumlarda- bu ihlâlin sonuçlarının karar düzeltme aşamasında giderilebileceğine karar verilmiştir.¹⁰⁰ İstinaf sonrası kanun yolu sistemimizde, temyiz aşamasında aleyhe bozma yasağına aykırı bir bozma kararı verilmesi hâlinde karar düzeltme yolu mevcut olmadığından, alt derece mahkemesince direnme imkânı kullanılacaktır. Hatta kanaatimizce bu açık ihlâl karşısında istinaf yargılamasında bu hususa dikkat çekilerek karar verilmesi mümkündür.

İstinaf aşamasında aleyhe bozma yasağını ihlâl eden bir karar verilmiş ise, ihlâlin niteliğine göre temyiz aşamasında düzelterek onama kararı¹⁰¹ verilebileceği gibi bozma kararı da verilebilir.¹⁰² Aleyhe boz-

⁹⁹ Bu noktada, bir temel hak ihlâli iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması düşünülebilir (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 45 vd). Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'ne sebebiyle bireysel başvuru yapılması ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolunun da birer olağanüstü kanun yolu olduğu görüşü hakkında bkz. Kuru, Usul El Kitabı 2, s. 1328.

¹⁰⁰ 16. HD, 01.04.2021, 488/3158 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹ 9. HD, 01.11.2022, 13235/13913 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 14.09.2022, 7833/9046 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰² 3. HD, 23.09.2020, 1625/4629 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ma yasağının ihlâli, yeniden yargılama yapılmasını gerektirecek nitelikte değil, açık bir hesap hatası veya ifade yanlışlığından kaynaklanıyorsa (m. 370), ilgili hata düzeltilerek onama kararı verilebilir. Diğer durumlarda, kural olarak, bozma kararı verilerek dosya ilgili bölge adliye mahkemesine gönderilmeli ve bu mahkeme tarafından bozma kararına uygun, istinaf aşamasında ortaya çıkan aleyhe bozma yasağını ihlâl etmeyen yeni bir karar verilmelidir.

SONUÇ

Kanun yolu incelemesini yapan mahkemenin, kanun yoluna konu edilen kararı, kanun yoluna başvuran tarafın daha aleyhine bozma-maması, kaldıramaması veya değiştirememesi şeklinde tanımlanan aleyhe bozma yasağı, medenî usul hukukuna hâkim olan tasarruf ve taleple bağlılık ilkeleri ile hukuk devletinde güvenin korunması ihtiyacının somut bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Böylece kendisi bakımından belirli bir hukukî sonuç doğuran bir mahkeme kararının daha lehine olması gerektiği iddiasını ileri süren tarafın, daha aleyhe bir sonuçla karşılaşması engellenmiştir. Kuşkusuz, böyle bir engellenmenin gerçekleşebilmesi için diğer tarafın kendi lehine herhangi bir iddiada bulunmamış olması gerekir. Zira, her iki taraf da kendi adlarına daha lehe bir sonuç iddiasıyla kanun yoluna başvurmuş ise, her iki taraf için de aleyhe bozma yasağı uygulama alanı bulmaksızın inceleme yapılacaktır.

Aleyhe bozma yasağı, temyiz kanun yoluna tek başına başvuran tarafın daha aleyhine bir sebeple bozma kararı verilememesi ve bunun bir devamı olarak bozma sonrasında alt derecede devam eden yargılamada daha aleyhine yeni bir karar verilememesini gerektirmektedir. İstinaf kanun yolu bakımından bozma şeklinde bir karar verilmesi söz konusu değildir. İstinafa, istinaf başvurusu usule veya esasa ilişkin sebeplerle reddedilebilir ya da istinaf başvurusu kabul edilerek gönderme veyahut uyuşmazlığın esasına ilişkin yeni bir karar verilmesi söz konusu olur. İstinaf başvurusunun reddi, temyizde onama kararı verilmesine benzer sonuçlar doğurmakta olup istinafa başvuran tarafın daha aleyhine sonuç doğurmamaktadır. Bu nedenle, aleyhe bozma yasağı özel bir önemi haiz olmaksızın, istinaf başvurusunun reddini gerektiren usule ve esasa ilişkin sebepler dikkate alınarak gerekli karar verilmelidir. Kuşkusuz, kötüniyetle istinafa başvurulmuş olması

gibi alt derece aşamasında söz konusu olmayan; ancak, istinafa özgü yaptırımlara karar verilmesi mümkündür.

İstinaf başvurusunun kabulü hâlinde ise, verilebilecek kararlar ile ilgili istinaf sebeplerine göre bir ayırım yapmak gerekir. İstinaf incelemesi neticesinde gönderme kararı verilmesini gerektiren sebeplerin kamu düzeni karakteri ile nitelikleri gereği, böyle bir kararın verilmesi bakımından hangi tarafın istinafa başvurduğu önemli olmaksızın gerekli karar verilebilmelidir. Ancak, gönderme kararı sonrasında alt derece aşamasında devam eden yargılama sürecinde, kural olarak, aleyhe bozma yasağına riayet edilerek gerekli karar verilmelidir. Zira, istinaf aşamasında esasa ilişkin yeni bir karar verilmesi sürecinde dikkate alınacak kurallar, bu kapsamda aleyhe bozma yasağı, istinaf sonrası alt derece aşamasında devam eden yargılama sürecinde de dikkate alınmalıdır. Bu noktada, sadece, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması sebebi farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Zira, hakkında karar verilmeyen talep bakımından kesin hüküm oluşmayacağından bir taraf lehine ve diğer taraf aleyhine olarak verilmiş herhangi bir karardan da söz edilemez. Bu nedenle, hakkında karar verilmemiş talep bakımından alt derece aşamasında yürütülen yeni yargılama sürecinde daha lehe veya aleyhe bir karar da söz konusu olamaz. Böylece, gönderme kararı verilmesine sebep olan diğer sebeplerin aksine, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması sebebiyle gönderme kararı verilmesi hâlinde, alt derece aşamasında aleyhe bozma (karar verme) yasağı uygulama alanı bulmayacaktır.

İstinaf başvurusu kabul edilerek esasa ilişkin yeni bir karar verilmesi hâlinde, aleyhe bozma (karar verme) yasağına uygun olarak yeni bir karar verilmelidir. Bu noktada, istinaf yoluna taşınan kararın istinafa başvuran taraf lehine doğurduğu hukukî sonuç dikkate alınarak sonuca gidilecektir. Örneğin, davanın usulden reddine ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararını tek başına kanun yoluna taşıyan davacının istinaf talebi kabul edilmesine rağmen, istinaf aşamasında davanın esastan reddine karar verilebilmelidir. Zira, davanın usulden reddine ilişkin bir karar davacı bakımından nihaî bir hukukî koruma sonucunu haiz değildir. Bu nedenle, davanın esastan reddine ilişkin bir karar ile daha önceki davanın usulden reddine dair bir karar sonucunda ortaya çıkan durumdan daha aleyhe bir sonuca hükmedildiği söylenemeyecektir.

İstinaf aşamasında uygulama alanı bulan aleyhe bozma yasağına aykırı olarak bir karar verilmiş olması hâlinde temyiz yoluna başvurulması mümkündür. Temyiz aşamasında şartları gerçekleştirmişse düzeltilerek onama kararı verilebilir veya bozma kararı verilebilir. Temyiz yoluna başvurulması mümkün olmayan ve aleyhe bozma yasağını ihlâl eden istinaf kararları bakımından ise, başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu söz konusu değildir. Bizatihi aleyhe bozma yasağının ihlâl edilmiş olması, tek başına yargılamanın yenilenmesi sebebi de teşkil etmemektedir. Ancak, hâkimin hukukî sorumluluğunu gerektiren bir sebep sonucunda aleyhe bozma yasağı ihlâl edilmiş ise, zarar gören tarafın Devlet aleyhine tazminat davası açması mümkündür.

Kaynakça

Kitaplar

- Akil Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010 (İstinaf).
- Akkaya Tolga, Medenî Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009 (İstinaf).
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Atalı Murat, Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014 (Aleyhe Bozma).
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022.
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.
- Bulut Uğur, Medenî Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Ankara 2022.
- Direnisa Efe, Die materielle Rechtskraft im deutschen und türksichen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt am Main 2012.
- Erdönmez Güray, Pekcanitez, Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.
- Hanağası Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020.
- Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band II, 6. Auflage, München 2020 (MüKo-ZPO/Yazar).
- Kuhlmann Axel, Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 5, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Usul Cilt 5).
- Kuru Baki, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2, Ankara 2020 (Usul El Kitabı 2).

- Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010.
- Meriç Nedim, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011 (Tasaruf).
- Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich, Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014 (KUKO-ZPO/Yazar).
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Özekes Muhammet, Sorularla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medenî Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, 2. Baskı, Ankara 2011 (İstinaf ve Temyiz).
- Özekes Muhammet/Boran Güneysu Nilüfer, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6), İstanbul 2021.
- Özkaya-Ferendeci Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.
- Öztek Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara 2021.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usul- Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul 2020.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018.
- Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017 (BSK-ZPO/Yazar).
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Lauenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (Sutter-Somm/Yazar).
- Tanrıver Süha, Medenî Usul Hukuku, Cilt II, Ankara 2021.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Vorwerk Volkert/Wolf Christian, Beck'scher Online Kommentar-ZPO, 47. Edition, München 2022 (BeckOK-ZPO/Yazar).
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1, 4. Baskı, Ankara 2021 (Cilt 1).
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 4, 4. Baskı, Ankara 2021 (Cilt 4).
- Yılmaz Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005 (İstinaf).

Makaleler

- Akil Cenk, "Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2019, S. 38, s. 1-18 (Değerlendirme).
- Arslan Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1988, S. 5-6, s. 722-737.
- Atakan Arda, "Kamu Düzeni Kavramı", *MÜHF-HAD 2007*, S. 1-2, s. 59-136.
- Atalı Murat, "Usulü Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2018, S. 3, s. 457-502 (Usulü Müktesep Hak).
- Bötticher, "Reformatio in peius und Prozeßurteil", *Zeitschrift für Zivilprozeß* 1952, S. 65, s. 464-468.

- Budak Ali Cem, "Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems With Special Reference to Turkish and English Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 1991, S. 1-2, s. 5-26.
- Gilles Peter, "Anschließung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz", *Zeitschrift für Zivilprozeß* 1978, S. 2, s. 128-176.
- Kuru Baki, "Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1973, S. 1, s. 135-144 (Aleyhe Bozma).
- Meriç Nedim, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi* 2007, S. 7, s. 377-434 (Kesin Hüküm).
- Özekes Muhammet, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi -Özellikle İstinaf-", *Legal Hukuk Dergisi* 2004, S. 23, s. 3103-3116, (İstinaf).
- Pekcanitez Hakan/Erişir Evrim, "Medenî Yargıda İstinaf ile İlgili Hükümlerin Zaman İtibariyle Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2016, S. 4, s. 3617-3654.
- Yıldırım Kâmil, "Medeni Usul Hukukunda Reformatio In Peius Yasağı", *Facultatis Decima Anniversaria* 1993, s. 145-177.

VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ YARGILAMASINDA İLGİLİLER

THE PARTICIPANTS IN THE CUSTODY MODIFICATION PROCEEDING

Zeynep Sümeyra DEVECİ*

Özet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesine ilişkin yargılama, çekişmesiz yargı işleri arasında yer almaktadır. Bu düzenlemenin sonucu olarak, velayetin değiştirilmesine ilişkin yargılamalar bakımından çekişmesiz yargıya ilişkin kavram ve kurallar uygulama alanı bulacaktır. Çekişmesiz yargı bakımından önem arz eden ve yargılamanın süjesi olarak yargılamada yer alan kişiler, bu yargılamada ilgili olarak adlandırılmaktadır. Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından da yargılamanın süjesi olan ilgililerin kim olduğunun ve hangi kurallar çerçevesinde yargılamada yer alarak haklarını kullanabileceklerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çekişmesiz Yargı, İlgili, Velayetin Değiştirilmesi, Hukukî Dinlenilme Hakkı

Abstract: According to the Code of Civil Procedure, proceedings regarding the transferring of custody from one of the spouses to the other belongs to the non-contentious jurisdiction. As a result of this regulation, the concepts and rules of non-contentious jurisdiction will be applied to the proceedings on the change of custody. The persons who are important in terms of non-contentious jurisdiction and those who take part in the proceedings as the subject of the proceedings are referred to as participant in these proceedings. It is necessary to determine who are the participants as subjects of the proceedings and according to which rules they can participate in the proceeding and exercise their rights in relation to the change of custody proceedings.

Keywords: Non-contentious Jurisdiction, Participant, Change of Custody, Right to Be Heard

* Doktora Öğrencisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, av.zeynepdeveci@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2135-6471, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.03.2023, Kabul Tarihi: 21.06.2023

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 335 vd. maddelerinde düzenleme alanı bulan velayet, ergin olmayan çocuklar ile ilgili olarak anne ve babaya tanınan hak ve yetkiler bütünü olarak kabul edilmektedir.¹ Anne ve babanın evli olması halinde kural olarak velayet birlikte kullanılır (TMK m. 336). Ancak anne ve babanın boşanması halinde hâkim, velayeti eşlerden birine tevdi eder. Velayetin eşlerden birine verilmesinden sonra veya kanun gereği anne ve babanın evli olmaması nedeniyle velayetin anneye ait olduğu hallerde, durum ve koşulların değişmesi ve çocuğun yararı bakımından gerekli olması halinde, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi mümkündür. İşte bu yargılama uygulamada velayetin değiştirilmesi yargılaması olarak adlandırılmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 382'de velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır. Bu sebeple söz konusu yargılama bakımından çekişmesiz yargıya özgü kavram ve kurumlar uygulama alanı bulacak ve bu yargılama usulüne özgü hükümler dikkate alınacaktır. Bu noktada karşımıza çıkan en önemli farklılıklardan biri çekişmeli yargıdaki davadan farklı olarak, çekişmesiz yargıda davacı ve davalı kavramları yerine ilgili kavramının kullanılmasıdır.² Çekişmesiz yar-

¹ Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 497; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 1074; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1985/1986, s. 248; Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 272; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 365; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Aile Hukuku*, İkinci Cilt, Beta, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, 2017, s. 406-407; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s. 250; İsmail Özmen, *Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri*, Kartal Yayınevi, Ankara, 2005, s. 29; Selma Çetiner, "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), s. 42.

² Friedrich Lent, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Baskı, München und Berlin, 1958, s. 22; Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, (Nizasız Kaza), s. 139; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, Cilt I, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 886; Ali Cem Budak, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*, Ankara, 2005, (Toplantı), s. 154-155; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, (İstinaf), s. 920; Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin*, Ankara, 2003, (Hukuki Dinlenme Hakkı), s. 268; Muhammet Özekes, "Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yo-

ğı bakımından ilgililer, yargılama neticesinde verilecek olan karardan hukukî durumu etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan kişilerdir.³ Bu sebeple davacı ve davalı kavramından daha geniş olarak ele alınmaktadır. Bunun sonucu olarak, yargılamada şekli olarak yer almasa da hukukî durumu etkilenecek olduğundan maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan kişilere de birtakım hakların tanınması gerekmektedir.

Çekişmesiz yargı işleri bakımından kimlerin ilgili sıfatına sahip olacağı her bir çekişmesiz yargı işi bakımından özel olarak tespit edilmesi gereken bir husustur. Zira somut olayın özelliğine göre yargılamadan hukukî durumu etkilenecek olan kişiler değişebilmektedir. Bu çalışmamızda velayetin değiştirilmesi bakımından ilgili sıfatına sahip olan kişilerin tespit edilmesi ve bunların yargılamada hukukî durumunun belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle velayet ve velayetin değiştirilmesi hususlarına ilişkin genel bir çerçeve çizildikten sonra velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından uygulama alanı bulan usul kuralları, çekişmesiz yargıya özgü kurallar dikkate alınarak genel olarak açıklanacaktır. Sonrasında velayetin değiştirilmesi bakımından ilgili sıfatına sahip olan kişiler maddî anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili kavramları ile ilişkilendirilerek tespit edilecek ve bu kişilerin yargılamada dinlenmelerine ilişkin açıklamalardan sonra hangi usul işlemlerini ne kapsamda yerine getirebilecekleri ortaya konulacaktır.

luna Başvuru Hakkı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, (İlgili), s. 688; Muhammet Özkes, Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul, 2021, (Temel Hukuk), s. 173; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, 4. Bası, Ankara, 2021, s. 598; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Yetkin, Ankara, 2021, (Medenî Usûl), s. 115; Walter Zimmermann, Die Beteiligten im neuen FamFG, FPR, 2009, 1-2, s. 5; Serdar Kale, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 36; Theodor Keidel /Werner Sternal, FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kommentar, 20. Auflage, München, 2020, § 7, Rn. 8-13.

3 Kuru, Nizasız Kaza, s. 141; Baki Kuru, "Freiwillige Gerichtsbarkeit im Türkischen Recht", Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan, Ankara, 1983, (Freiwillige Gerichtsbarkeit), s. 407; Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 269; Theodor Keidel, FamFG Gesetz Über das Verfahren in Familiensachen in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kommentar, 20. Baskı, 2020, FamFG §7 Rn. 9; Budak, Toplantı, s. 155; Kâmil Yıldırım, "Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV, 30 Eylül-11 Ekim 2005, Ankara, s. 31; Kale, s. 35.

I. VELAYET HAKKI VE VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ KAVRAMI

A. Genel Olarak Velayet Hakkı

Velayet, küçük veya istisnai hallerde hakkında kısıtlılık kararı verilen çocuklarla ilgili olarak kanun tarafından anne ve babaya tanınan görev, yetki ve haklar bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁴ Velayet, anne ve baba bakımından bir hak olmakla birlikte aynı zamanda bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir.⁵ Ancak bu hak sübjektif bir hak olmayıp üzerinde tasarruf edilemez ve yalnızca çocuğun yararı için kullanılmalıdır.⁶ Dolayısıyla anne ve baba velayet hakkı kapsamında bazı haklara sahipken aynı zamanda bazı görevleri de bulunmaktadır. Bu sebeple velayet hakkının çocuğun yararına hizmet eden, çocuğun üstün yararının esas alındığı, anne ve babanın kendi çıkarları doğrultusunda kullanamayacağı bir kurum olduğu kabul edilmektedir.⁷ Bunun sonucu olarak da anne ve babanın görevini yetersiz yerine getirmesi veya ihlal etmesi kamu kurumlarının müdahalesine sebep olabilir.⁸

Türk Medeni Kanunu (TMK) 335 ve devamı maddelerinde velayete ilişkin hükümlere yer verilmiş olup velayetin kurulması, kapsamı ve çocuğun korunması farklı maddelerde ele alınmıştır. TMK m. 335 gereğince kural olarak ergin olmayan çocuklar anne ve babasının velayeti altındadır ve yasal bir neden olmadıkça velayet anne ve babadan kaldırılamaz. Yine kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak anne ve babanın velayeti altına alınır (m. 335/2). Evlilik birliği devam ettiği sürece velayet hakkı anne ve baba tarafından birlikte kullanılır (m. 336/1). Ortak hayatın sona ermesi veya ayrılık kararı verilmesi halinde ise hâkim tarafından velayet eşlerden birine verilebilir (m. 336/2). Yine anne ve babanın evli olmaması halinde velayetin anneye ait olduğu kanun tarafından kabul edilmiştir (m. 337).

⁴ Tekinay, s. 497; Öztan, s. 1074; Köprülü/Kaneti, s. 248; Oğuzman/ Dural, s. 272; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 365; Akıntürk/ Ateş, s. 406-407; Serozan, s. 250; Özmen, s. 29; Çetiner, s. 42.

⁵ Selma Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 30; Akıntürk/ Ateş, s. 407; Öztan, s. 1076; Özmen, s. 29; Çetiner, s. 43.

⁶ Serozan, s. 253; Öztan, s. 1075.

⁷ Oğuzman/Dural, s. 276; Baktır Çetiner, s. 32; Öztan, s. 1076.

⁸ Köprülü/Kaneti, s. 248; Öztan, s. 1076.

B. Velayetin Değiştirilmesi Kavramı

Evlilik birliği devam ettiği sürece velayet hakkı eşler tarafından birlikte kullanılmakla birlikte TMK m. 182 gereğince, boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde, hâkim tarafından velayetin anne veya babadan hangisine ait olacağı yönünde karar verilmesi gerekir. Çocuğun velayeti hususunda verilen bu karar nihai olmayıp durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebilir.⁹ Zira velayet hakkının kullanılması bakımından çocuğun yararının korunması esas olduğundan, kanun tarafından hâkime çocuğun yararının korunması için gerekli önlemleri alma yetkisi tanınmıştır.¹⁰ TMK m. 346 gereğince “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”. Anne veya babanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya diğer başka sebeplerle velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi amacıyla yapılan yargılama da bu kapsamda alınacak koruyucu önlemler arasında yer almaktadır.¹¹ Yine TMK’da boşanmaya ilişkin hükümler arasında düzenleme alanı bulan m. 183 gereğince “Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re’sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır”. Söz konusu kanunî düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesine ilişkin bu yargılama, uygulama ve öğretide velayetin değiştirilmesi yargılaması olarak adlandırılmaktadır.¹²

Velayetin değiştirilmesi, TMK m. 348’de düzenleme alanı bulan velayetin kaldırılmasından farklıdır. Kanunda yer alan belirli sebeplerin gerçekleşmesi halinde hâkim, velayetin anne ve babadan kaldırılarak çocuğa bir vasi atanmasına karar verebilir. Velayetin değiştirilmesinde

⁹ Tekinay, s. 289; Köprülü/Kaneti, s. 199; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 147.

¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 375.

¹¹ Tekinay, s. 515; Caner Taşatan, “Velayetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2022, s. 389.

¹² Öğretide bir kısım yazarlar ve Yargıtay kararlarında “velayetin değiştirilmesi davası” ifadesi de kullanılmakla birlikte, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesine ilişkin yargılama HMK’da çekişmesiz yargı işleri arasında düzenlenmiş olduğundan, dava ifadesinin kullanılması doğru değildir. Bu sebeple çalışmamızda kanunî düzenlemelere de uygun olarak “velayetin değiştirilmesi yargılaması” ifadesi esas alınacak ve bu yargılamaya uygun kavram ve kurumlar kullanılacaktır.

ise velayet eşlerden birinde iken diğer eş verilmesi söz konusu olmakta, çocuğa vasi tayini hususu gündeme gelmemektedir. Bu sebeple velayetin kaldırılması en ağır ve son çare olarak başvurulması gereken bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktayken¹³ velayetin değiştirilmesi daha hafif bir koruma tedbiri niteliğindedir.¹⁴ Velayetin değiştirilmesi ile velayetin kaldırılması yargılaması arasında benzerlikler bulunmakla birlikte, bu iki yargılamaya birebir aynı kurallar uygulanmamaktadır. Biz bu çalışmamızda, yalnızca velayetin değiştirilmesi yargılaması kapsamında incelemelerde bulunacağız.

C. Velayetin Değiştirilmesini Gerektiren Haller

Velayetin değiştirilmesini gerektiren haller TMK'nın farklı hükümlerinde düzenlenmiş olmakla birlikte, kanunda yer alan sebeplerin sınırlayıcı olmadığı ve bunlar dışında meydana gelen başka sebeplerle de velayetin değiştirilebileceği ifade edilmektedir.¹⁵ Kanunda düzenlenen sebeplerin bir kısmı TMK m. 183'te yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, kural olarak anne veya babanın başkasıyla evlenmesinin zorunlu kılması halinde hâkim re'sen veya talep üzerine gerekli önlemleri alabilir. Bu madde kapsamında, velayet kendisinde olan eşin yeniden evlenmesi durumunda diğer eş velayetin değiştirilmesi talebi ile mahkemeye başvurabilir. Anne ve babanın yeniden evlenmesinin velayetin kaldırılması sebebi olmayacağı ancak velayetin değiştirilmesine neden olabileceği yine TMK m. 349'da düzenlenmiştir. Ancak bu sebebe dayalı olarak velayetin değiştirilmesi talep edilebilmesi için anne veya babanın yeniden evlenmesi tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda çocuğun menfaatinin de bu değişikliği gerektirmesi gerekir.¹⁶ Hangi hallerde çocuğun menfaati açısından velayet hakkı sahibinin değiştirileceği kanunda düzenlenmemiş olduğundan, somut olayın özelliğine göre bu hallerin tespit edilmesi

¹³ Köprülü/Kaneti, s. 258; Tekinay, s. 519-520; Oğuzman/Dural, s. 313; Serozan, s. 292; Öztan, s. 1093; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 515.

¹⁴ Mehmet Akçal, Velayetin Değiştirilmesi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 2022, s. 194.

¹⁵ Taşatan, s. 397-398; Akçal, s. 198; Köprülü/Kaneti, s. 199-200.

¹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 147; Oğuzman/Dural, s. 315; Öztan, s. 789-790; Köprülü/Kaneti, s. 262; Akıntürk/ Ateş, s. 318. Bu yönde bkz. 2. HD, T. 27.10.2000, 12525/13085 (Özmen, s. 325).

gerekir. Dolayısıyla bu hususta hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁷

Anne veya babanın başka bir yere gitmesi, TMK m. 183'te yer alan bir diğer hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebebe dayalı olarak velayetin değiştirilmesine karar verilebilmesi için söz konusu hususun sürekli nitelikte olması gerekir.¹⁸

Velayetin değiştirilmesine imkân sağlayan bir diğer sebep yine TMK m. 183'te düzenlenen anne veya babanın ölmesidir. Velayet sahibi olan anne veya babanın ölmesi velayetin kendiliğinden diğer eşe geçmesine sebep olmaz. Yargı kararlarında bu durumda çocuğun velayetinin askıda olduğu kabul edilmektedir.¹⁹ Bu sebeple mahkeme tarafından askıda olan velayetin değiştirilmesi yönünde bir karar verilmesi gerekmektedir.²⁰ Ancak şartların gerekli kılması halinde mahkemece velayetin değiştirilmesi yerine çocuğa vasi atanmasına da karar verilebilir.²¹

7343 sayılı Kanun'la TMK m. 324 hükmüne ek fıkra eklenmiş olup söz konusu düzenlemeye göre "*Velayet kendisine bırakılan ana veya baba,*

¹⁷ Akçaal, s. 195. Örneğin velayet hakkı sahibi babanın yeniden evlenmesi üzerine çocuğun bakımını dedenin üstlenmiş olması velayetin değiştirilmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bkz. 2. HD, T. 6.11.2000, 13018/13645 (Özmen, s. 335).

¹⁸ Akçaal, s. 197; Taşatan, s. 397.

¹⁹ "Çocuğun velayeti boşanma kararı ile eşlerden birine verilip, bu eşin de ölümüyle, velayet kendiliğinden sağ kalan diğer eşe geçmez. Böyle bir durumda; hâkim kararıyla velayetin diğer eşe verilmesi veya velayetin sağ kalan eşe verilmesi uygun bulunmadığı takdirde; çocuğa vasi atanıncaya kadar velayet askıda kalır". Sakarya BAM 2. HD, T. 17.2.2020, 1100/190 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 28.2.2017, 24197/2117 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁰ Akçaal, s. 197. Yargıtay kararlarında velayet sahibi anne veya babanın ölmesi halinde askıda olan vekaletin sağ kalan eşe tevdi edilmesi velayetin düzenlenmesi olarak da adlandırılmaktadır. Aynı yönde bkz. Taşatan, s. 397. Örn. bkz. "Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hâkime aittir (HMK.md.33). Davacı, küçük ...'in ağabeyidir. Anne ve babasının boşandıklarını, boşanma kararı ile kardeşi 21.09.1998 doğumlu ...'in velayetinin annesine bırakıldığını, kararın 27.11.2012 tarihinde kesinleştiğini, velayet kendisine bırakılmış olan annesinin 18.04.2015 tarihinde öldüğünü ileri sürmüştür. Ana ve baba, boşandığına ve boşanma kararıyla velayet kendisine verilen anne daha sonra öldüğüne göre, bu halde velayet kendiliğinden babaya geçmez. Dolayısıyla, velayet davalıda değildir. Olmayan bir velayetin doğal olarak kaldırılması da istenemez. Ne var ki, velayet kamu düzenindedir. Dava dilekçesindeki açıklamalara ve yukarıda açıklanan hukuki duruma göre, dava, velayetin kaldırılması niteliğinde değil, çocuk üzerinde velayet hakkına tek başına sahip olan ebeveynin ölümü sebebiyle, çocuğun boşlukta kalan velayetinin yeniden düzenlenmesine ilişkindir". 2. HD, T. 8.10.2015, 3861/17857 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²¹ Köprülü/Kaneti, s. 197; Öztan, s. 1104.

kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir". Bu yeni düzenleme doğrultusunda, mahkemece verilen kişisel ilişkinin düzenlenmesi yönündeki karara aykırı hareket eden velayet hakkı sahibinden velayetin alınması ve diğer eşe verilmesi mümkün hale gelmiştir.²²

II. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ YARGILAMASININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Velayete ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uyuşmazlığın çözümünde hangi yargılama türünün uygulanacağı HMK'da yer alan hükümlere göre tespit edilecektir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilk kez çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve HMK m. 382'de hangi işlerin çekişmesiz yargı işleri kapsamında yer alacağı genel kural olarak belirlenmiş ve alt bentler halinde örnekseyici olarak farklı işler çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu düzenlemede "*velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi, kaldırılan velayetin geri verilmesi*" aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında yer almıştır (m. 382/2, b-13). İnceleme konumuzu oluşturan ve kanunî ifadesi ile "*velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi*" olan velayetin değiştirilmesi kavramı, bu düzenleme gereğince çekişmesiz yargıya tâbidir. Dolayısıyla yargılamanın çekişmesiz yargıya ilişkin kurallara göre görülmesi ve yargılamanın süjesi olan kişilerin de bu kapsamda yer alan kurum ve kurallara göre tespit edilmesi gerekmektedir.

Çekişmesiz yargı işinden bahsedebilmek için kural olarak ilgililer arasında uyuşmazlık bulunmamalı, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hak bulunmamalı veya hâkimin re'sen harekete geçtiği bir hal bulunmalıdır (HMK m. 382/1). Bu şartlardan biri veya birkaçını

²² Söz konusu düzenlemenin getirilmesinden önce de Yargıtay tarafından kişisel ilişki kurulmasının engellenmesi velayetin değiştirilmesi sebebi olarak kabul edilmekteydi. Bkz. "Velayet hakkı kendisine verilen anne usulüne uygun icra takibine rağmen küçüğün ana ile kişisel ilişki kurmasını engellediğinden velayet hakkının değiştirilmesi gerekir". 2. HD, T. 02.04.2001, 3651/5107 (Özmen, s. 325). Aynı yönde 2. HD, T. 13.01.2014, 13646/157 (Ömer Uğur Gençcan, Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara, 2015, (Velayet), s. 422).

Söz konusu madde gereğince, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi halinde velayetin değiştirilmesi yönünde karar verilebilmesi için bu husus kişisel ilişki tesisine ilişkin mahkeme kararı ile ihtar edilmelidir (TMK m. 324/2).

sağlayan işler çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir. Ancak bu ölçütleri sağlamasa bile kanunda örnekseyici olarak sayılan işlerden biri mevcutsa artık bu iş çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir. Doktrinde *Tanrıver'e* göre kanunda her ne kadar velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi çekişmesiz yargı işlerinden sayılmışsa da ortada bir uyumsuzluk mevcut olduğundan söz konusu iş çekişmeli yargı işleri arasında yer almalıdır.²³ Yazara göre, bu işin kamu düzeni ile olan sıkı ilişkisi ve sıkça uygulama alanı bulması, ayrıca doğası gereği bir dava olması sebebiyle, çekişmesiz yargı işleri arasından çıkarılması gerekir.²⁴

Velayetin değiştirilmesi yargılaması, kanundaki açık düzenleme gereğince (HMK m. m. 382/2, b-13) çekişmesiz yargı işi olmasına rağmen, Yargıtay kararlarında sıklıkla dava olarak adlandırılmakta ve çekişmeli yargıya özgü kavram ve kurumlar bu yargılamada hatalı olarak kullanılmaktadır.²⁵

Ancak çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasında önemli farklılıklar bulunmakta olup her bir yargılama türü bakımından geçerli olan düzenlemelere dikkat edilmesi gerekmektedir. Çekişmeli yargı, iki taraf sistemi üzerine inşa edilmiştir ve çekişmeli yargıdaki en önemli hukukî koruma olan davada, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Çekişmesiz yargıda ise bir dava söz konusu olmadığı gibi davacı ve davalı kavramları da bulunmaz. Çekişmesiz yargıda karşı taraf bulunmadığından ve esasen iki taraf arasında bir uyumsuzluk da bulunmadığından kanunda çekişmesiz yargı işi olarak

²³ Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 118; Süha Tanrıver, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 24, Sayı 99, 2012, (Düşünceler), s. 33.

²⁴ Tanrıver, *Düşünceler*, s. 33.

²⁵ Örn. bkz. "Davacı-davalı anne tarafından açılan ortak çocukların velayetinin değiştirilmesi, davalı-davacı babanın geçici velayet annedeyken açtığı birleşen velayetin değiştirilmesi ve annenin açtığı birleşen kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi davalarının yapılan yargılaması sonunda; ilk derece mahkemesince annenin velayetin değiştirilmesi davasının ortak çocuk Asena yönünden kabulüne, Tarkan yönünden feragat nedeniyle reddine, babanın açtığı velayetin değiştirilmesi davasında karar verilmesine yer olmadığına, annenin kişisel ilişki kurulması ve çocukların yurtdışına çıkarılması davasının kabulüne, Asena ile baba ve Tarkan ile anne arasında kişisel ilişki tesisine ve Tarkan'ın yurt dışına çıkarılmamasına dair kararın kaldırılmasına karar verilmiştir..." 2. HD, T. 16.1.2020, 7917/298 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

ifade edilmiş olup²⁶ çekişmesiz yargı terimi yerine kullanılan hasımsız dava terimi doğru olmadığı gibi çekişmesiz yargıya ilişkin işlerin bir dava olarak nitelendirilmesi de doğru değildir.²⁷

III. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ YARGILAMASININ GENEL ÇERÇEVESİ

Velayetin değiştirilmesi, çekişmesiz yargı işleri arasında yer aldığından bu yargılamaya uygulanacak usul de çekişmesiz yargıya özgü düzenlemeler dikkate alınarak tespit edilecektir. HMK'da çekişmesiz yargı işlerine ilişkin düzenlemelerde bu yargılama usulü açısından bazı özel hükümler yer almakla birlikte, tüm usulü hususlar burada düzenlenmemiştir. Bu kapsamda, HMK'daki çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemelerin esnek ve hâkime geniş bir takdir alanı bırakan ana ilkelerden oluştuğu kabul edilmektedir.²⁸

Bu kapsamda öncelikle velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından görevli ve yetkili mahkemenin tespit edilmesi gerekir.²⁹ Çekişmesiz yargıda görevli mahkeme HMK m. 383 gereğince aksine bir düzenleme olmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince HMK'da veya diğer kanunlarda görevli mahkemeye ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh

²⁶ Kuru, İstinaf, s. 913; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2020, s. 34.

²⁷ Kuru, İstinaf, s. 913; Kuru, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 408; Kuru, (Cilt 1), s. 30; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, 6. Baskı, Ankara, 2020, s. 81; Ömer Ulukapı, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Mimoza Yayınları, Konya, 1997, s. 11; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 34; Murat Atalı, Pekcanitez Usûl- Medenî Usûl Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2017, (Pekcanitez Usûl), s. 2119.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi başkanı tarafından kaleme alınmış eserlerde ise velayetin değiştirilmesi bir dava olarak nitelendirilmekte ve ancak harcı yatırılarak açılmış bir dava veya karşı dava ile velayetin değiştirilmesi talebinde bulunulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Ömer Uğur Gençcan, "HMK Sonrasında Velayetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 80, Sayı 1, 2015, (Yargıtay Uygulaması), s. 162; Gençcan, Velayet, s. 443.

²⁸ Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2124. Yazara göre daha kapsamlı ve ayrıntılı, çekişmesiz yargı işlerine uygun nitelikte ayrı usûl hükümleri ancak ayrı bir kanunla düzenlenmesi halinde mümkündür. Zira HMK esasa olarak çekişmeli yargıyı esas olarak düzenlemelere yer vermiştir.

²⁹ Çekişmesiz yargı işleri bakımından görevli ve yetkili mahkeme hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aslı Aras, "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, ss. 65-86.

hukuk mahkemesi tüm çekişmesiz yargı işleri bakımından görevlidir. Velayetin değiştirilmesi hususunda ise özel hüküm bulunmaktadır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/1-1 gereğince, Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında yer alan işlerde aile mahkemeleri görevlidir. TMK'da velayete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bu kısım aile mahkemelerinin görev alanına dahil edilmiş olduğundan, genel kuraldan farklı olarak bu çekişmesiz yargı işi bakımından sulh hukuk mahkemesi değil aile mahkemesi görevli olacaktır.

Çekişmesiz yargı işleri bakımından yetki özel olarak düzenlenmiş olup HMK m. 384 gereğince, aksine düzenleme bulunmadıkça talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir. Velayetin değiştirilmesine ilişkin yargılamalar bakımından yetkiye ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için HMK'da düzenlenmiş olan yetki kuralı burada da uygulama alanı bulacaktır.³⁰ Bu sebeple velayetin değiştirilmesi talebinde bulunan ilgilinin oturdu-

³⁰ Velayetin değiştirilmesi çekişmesiz yargı işi olduğundan, çekişmeli yargı kapsamında yer alan dava bakımından geçerli olan genel yetki kuralının burada uygulama alanı bulması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu yargılama bakımından, davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yeri yetkilidir şeklinde bir kabul yerinde değildir. Kaldı ki, çekişmesiz yargı işleri bakımından davacı ve davalı kavramları uygulama alanı bulmadığından, söz konusu HMK hükmü bu yargılamada uygulanabilir nitelikte değildir. Krş. Gençcan, Yargıtay Uygulaması, s. 159. "...2. Aile Mahkemelerince ise davalının müşterek çocukların velayetlerinin annelerinden alınıp kendisine verilmesi yönündeki talebi çekişmesiz yargı işidir. (6100 sayılı HMK m. 382/ (2) -13) çekişmesiz yargı işlerinde de kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili mahkeme olduğu kabul edilmiştir. Velayetin değiştirilmesine ilişkin davalarda yetkiye ilişkin Türk Medeni Kanununda aksine bir düzenleme bulunmadığına göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki çekişmesiz yargıyla ilgili genel yetki kuralı (m. 384) uygulanacağından davacı kendi oturduğu yer mahkemesinde de bu davayı açabilir. Davacının oturduğu yer ... olduğundan ... Aile Mahkemesi yetkili mahkeme olduğu gerekçesiyle yetkisizliğine karar verilmiştir... Türk Medeni Kanunu'nun 411. maddesine göre, "Vesayet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir." Aynı Kanunun 19/1. maddesi uyarınca "Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir". Yine, aynı Kanun'un 21. maddesine göre, velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır. Dosya kapsamından, güncel MERNİS adres araştırmasında küçüklerin velayeti kendisine bırakılan davalı annenin ikametgâh adresinin ".../..." olduğu anlaşıldığından, uyuşmazlığın ... 4. Aile Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir". 20. HD, T. 17.6.2019, 2624/4100 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

ğu yer mahkemesi ve yargılama bakımından ilgili sıfatına sahip olan diğer kişilerin oturduğu yer mahkemesinde yargılamanın görülmesi mümkündür.³¹ Ayrıca velayetin değiştirilmesi bakımından yetkinin kesin yetki olmadığı, bu sebeple hâkimin re'sen yetki hususunu dikkate alamayacağı kabul edilmektedir.³²

Çekişmesiz yargı işleri bakımından hâkimin re'sen harekete geçebileceği haller mevcuttur. Her çekişmesiz yargı işi bakımından geçerli olmayan bu kurala göre hâkim, tarafların bir istemi olmadan harekete geçebilir ve hüküm verebilir. TMK m. 384 gereğince velayetin kaldırılması, velayetin eşlerin birinden alınıp diğerine verilmesi gibi haller hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işlerindedir.³³ Re'sen harekete geçme ilkesinin bir sonucu olarak, velayetin değiştirilmesi hususunda ilgililerin talebi üzerine bir yargılama başlatılabileceği gibi hâkimin ihbar gibi durumlarla haberdar olarak yargılamayı re'sen başlatması da mümkündür.³⁴ Nitekim Yargıtay kararlarında da velayete ilişkin yargılamalar bakımından herkesin ihbar yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.³⁵ Re'sen harekete geçme ilkesinden farklı olarak, çekişmesiz yargı işleri bakımından ayrıca re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385/2). Bu ilke hâkimin hem re'sen harekete geçtiği hem

³¹ Atalı'ya göre hükümde geçen diğer ilgililer ifadesinden, talepte bulunan dışındaki şekli anlamda ilgililer anlaşılmalıdır. Zira talepte bulunan ilgilinin dilekçesinde yer almayan kişilerin oturduğu yerin esas alınması belirsizliğe yol açar. Bkz. Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2134.

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından ilgili sıfatına sahip olanlar hususunda bkz. aşağıda IV.

³² "Velayetin değiştirilmesi ile ilgili davada kesin yetki kuralı bulunmayıp ancak davalılar tarafından bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesi halinde yetki hususu dikkate alınır. Hâkim, yetkinin kesin olmadığı hallerde, bu hususu re'sen nazara alamaz. Davalıların yetkiye ilişkin bir itirazı bulunmamaktadır. Buna göre davanın, ilk açıldığı yer mahkemesi olan Sıfatıyla) Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." 20. HD, T. 20.12.2019, 6028/7619 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 34; Kuru, İstinaf, s. 913; Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2117.

³⁴ "Velayetin kaldırılması veya değiştirilmesini istemek sırf ana veya babaya ait haklardan olmayıp, üçüncü kişiler de hâkime başvurup onu harekete geçirebilir". 2. HD, T. 11.3.1974, 1496/1412 (Özmen, s. 454).

³⁵ "Bkz. Velayet kamu düzenine ilişkin olup; "re'sen araştırma ilkesi" geçerlidir. Velayetle ilgili davalarda herkes ihbar yetkisine sahiptir. İhbar üzerine açılan davada, velayetin kaldırılması durumunun da ortaya çıkması sonucu..." 2. HD, T. 16.4.2012, 15967/9807 (Lexpera hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 5.10.2006, 5260/13228 (Gençcan, Velayet, s. 88).

de tarafın talebi ile harekete geçtiği hallerde uygulanır.³⁶ Re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı uygulanmaz³⁷, delillerin belirli bir kesit içinde sunulması zorunlu olmadığı gibi hâkim ilgililerin gösterdiği delillerle bağlı değildir³⁸ ve re'sen delil toplayabilir.³⁹

HMK m. 385/1 gereğince çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulü uygulama alanı bulur. Ancak kanunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanacağı düzenlendiği için hâkimin somut olayın özelliğine göre takdir yetkisine sahip olduğu ve daha basit veya yazılı yargılamaya benzer daha uzun bir yöntem uygulayabileceği kabul edilmektedir.⁴⁰ Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından özellikle önem arz eden husus, incelemenin duruşmalı yapılmasının gerekip gerekmediği noktasındadır. HMK m. 320'de basit yargılama usulü bakımından mahkemenin mümkün

³⁶ Sabri Şakir Ansay, Münazaasız (İhtilafsız) Kaza, *Adalet Dergisi*, Sayı 2, 1939, s. 261; Kuru, Nizasız Kaza, s. 160-161; Budak, Toplantı, s. 170.

³⁷ Kuru, Cilt II, 1732; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 268; Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2014, s. 147. "Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında velayetin kamu düzeni ile ilgili olması ve çocuğun üstün yararı da dikkate alındığında değişen şartlara göre her zaman yeniden değerlendirilmesi ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülen hususların nazara alınması mümkündür. Bu durumda somut olayda, mahkemece tahkikat duruşması olarak görülen birinci celseye kadar tanık isimlerinin bildirilmemesi ve duruşmada da hazır edilmemesi gerekçesiyle davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmüştür." HGK, T. 14.6.2017, 1887/1196 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s. 167-168; Lent, s. 47; Ansay, s. 261; Kuru, Nizasız Kaza, s. 168; Budak, Toplantı, s. 170; Mehmet Akif Tutumlu, Medeni Usul Hukuku Sorunları, Cilt 1, Seçkin, Ankara, 2010, (Medeni Usul), s. 172.

³⁹ Keidel/Sternal, FamFG § 27, Rn. 5; Mehmet Akif Tutumlu, "Çekişmesiz Yargıda İspat Kurallarının İşleyişi ve Delillerin Toplanması", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 44, 2006, (İspat Kuralları), s. 2325.

"Velayetin kaldırılması, ebeveynlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda "çekişmesiz yargı" işi olarak kabul edilmiştir...Davanın kamu düzeniyle olan ilişkisi nedeniyle hâkim gerektiğinde tarafların gösterdikleri delillerle bağlı kalmaksızın re'sen (kendiliğinden) delil toplayabilir ve araştırma yapabilir (HMK. Md. 385/2). Bu konuda ana ve babanın anlaşmaları veya davalının "davayı kabul" açıklaması hâkimi bağlamaz. Mahkemece, deliller toplanmadan hüküm verilmiştir. Davanın basit yargılama usulüne tabi olması, taraf delilleri toplanmadan karar verilebileceği anlamına gelmez" 2. HD, T. 26.11.2014, 16412/23849 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁰ Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2137.

olduğu hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebileceği düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarında ise, velayetin değiştirilmesi yargılamasında, basit yargılama usulünde kural olarak dosya üzerinden karar verilmesine ilişkin hükmün doğrudan uygulanmayacağı ve bu yargılama bakımından incelemenin mutlaka duruşmalı olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir.⁴¹

Velayetin değiştirilmesi yargılaması neticesinde, mahkemece velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesine karar verilecektir. Ancak bu karar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemekte olup şartların değişmesi halinde velayetin yeniden değiştirilmesine karar verilebilir. Zira HMK m. 388'de çekişmesiz yargı kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca yine TMK m. 351 hükmünde *“Durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükmün de bir sonucu olarak, koşulların çocuk aleyhine değişmesi halinde velayetin yeniden düzenlenmesine karar verilmesi mümkündür.

Çekişmesiz yargı işleri bakımından mahkemece verilen karara karşı hangi yollara başvurulabileceği HMK m. 387'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre *“Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer ... bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler”*. Görüldüğü üzere bu hüküm ile çekişmesiz yargı işine ilişkin kararlara karşı esasen istinaf başvuru yolu öngörülmüştür. Yine HMK m. 362/1-ç'de çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların temyiz edilemeyen kararlardan olduğu düzenlenmiştir. Velayetin değiştirilmesi yargılamasının da çekişmesiz yargı işi olduğu dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı yalnızca istinaf başvuru yolu mümkün olup temyiz yoluna başvurulamayacaktır.⁴² Burada özellikle kimlerin kanun yoluna başvurabileceğinin tespit edilmesi

⁴¹ Bkz. 2. HD, T. 17.12.2015, 23906/24251; 2. HD, T. 16.1.2020, 8374/291 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴² “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun m.362/1-ç maddesine göre çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz kanun yoluna başvurulamayacak olan kararlardır. HMK’nun 382/2-b-13. maddesinde *“Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi”* işleri çekişmesiz yargı işleri arasında sıralanmıştır. Bu itibarla, davalı-davacının temyiz yolu kapalı olan velayetin değiştirilmesi davasına yönelik temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmektedir”. 2. HD, T. 16.1.2020, 7917/298 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

önem arz etmektedir. Çekişmesiz yargı işlerinde maddî ve şeklî anlamda ilgili kavramları önem arz ettiğinden bu sığata sahip olan herkesin karara karşı kanun yoluna başvuru hakkı bulunmaktadır.⁴³

IV. VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNDE İLGİLİLER

A. Genel Olarak İlgili Kavramı

Çekişmesiz yargıda çekişmeli yargıdan farklı olarak birbirine zıt menfaati bulunan taraflar bulunmadığından ve çekişmesiz yargı iki taraf sistemi üzerine kurulmadığından, bu yargılamada taraf kavramı uygulama alanı bulmadığı gibi davacı ve davalı terimleri de kullanılmaz. Bunun yerine daha geniş bir ifade olan ilgili kavramının kullanılması gerekir.⁴⁴ Çekişmesiz yargıda mahkemeye yapılan başvuru üzerine, mahkemenin talebi kabul etmesi halinde bundan etkilenecek olanlar ilgili olarak ifade edilir.⁴⁵ Bu yargılama türü bakımından şeklen kimin talepte bulunup yargılamanın başlamasını sağladığı veya dilekçede kimlerin isminin yer aldığı önemli olmayıp, o yargılamada bizzat kimin maddî olarak ilgili olduğu önem taşır.⁴⁶ Nitekim 6100 sayılı HMK'da da çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemeler arasında taraf kavramına yer verilmemiş bunun yerine ilgili kavramı kullanılmıştır. HMK m. 382/1'de ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller ile ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı hallerden bahsedilmiş, yine m. 384'te ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi ifadesine yer verilmiş ve son olarak m. 387'de hukukî yararı bulunan ilgililerin kanun yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir.

⁴³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 145; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, İstanbul, 2001, s. 4571; Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 270; Özekes, İlgili, s. 690; Ali Cem Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta, İstanbul, (Üçüncü Kişiler), s. 133; Budak, Toplantı, s. 181; Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2143.

Velayetin değiştirilmesi bakımından maddî ve şeklî anlamda ilgililer hakkında bkz. aşıa. IV.

⁴⁴ Lent, s. 22; Kuru, Nizasız Kaza, s. 139; Kuru, Cilt I, s. 886; Budak, Toplantı, s. 154-155; Kuru, İstinaf, s. 920; Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 268; Özekes, İlgili, s. 688; Muhammet Özekes, Temel Hukuk, s. 173; Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s. 598; Tanrıver, Medeni Usul, s. 115; Zimmermann, s. 5; Kale, s. 36; Keidel/Sternal, FamFG § 7, Rn. 8-13.

⁴⁵ Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2121.

⁴⁶ Özekes, İlgili, s. 688.

Çekişmesiz yargı işleri bakımından ilgili kavramı doktrinde, kendi içinde şekli anlamda ilgili ve maddî anlamda ilgili olmak üzere iki alt başlıkta incelenmektedir⁴⁷. Kanunda yer alan düzenlemeler arasında açıkça bu ayrıma yer verilmemiş olmakla birlikte, HMK'nın muhtelif hükümlerinde (m. 384, m. 387) maddî anlamda ve şekli anlamda ilgiliye işaret eden düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Yargılamaya kimlerin katılabileceği ve usûl işlemleri yapabileceği, kimlerin kanun yoluna başvuru hakkının bulunduğu gibi hususların tespit edilebilmesi için ilgililer bakımından böyle bir ayırım yapılması ve bu kavramların açıklığa kavuşturulması önemlidir.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak maddî anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili kavramları tanımlandıktan sonra, velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından kimlerin, hangi sıfatla bu yargılamada yer alabileceği tespit edilecektir.

B. Maddî Anlamda İlgililer

Çekişmesiz yargı işleri bakımından, şekli taraf kavramının geçerli olmaması ve daha ziyade ilgili olan kişilerin yargılamada yer alması esas olduğundan, maddî anlamda ilgili kavramı önem arz etmektedir. Zira çekişmeli yargıya göre özellik ve farklılık arz eden kısım, maddî anlamda ilgilinin tespiti ve yargılamaya katılımı noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Bir çekişmesiz yargı işi hakkında verilecek olan karardan hukukî durumu etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan kişiler maddî an-

⁴⁷ Alman hukukunda da çekişmesiz yargı işlerinde ilgili, maddî anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili olarak incelenmekle birlikte 2009 yılında yürürlüğe giren Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) ile bu kavramlarda değişikliğe gidilmiş ve maddî ve şekli anlamda ilgili kavramları yerine zorunlu ve ihtiyari ilgili kavramları önem kazanmıştır. Bu hususta bkz. Keidel/Sternal, FamFG, § 7, Rn. 13; Hans-Jocanhim Musielak /Helmut Borth/Martin Frank/Mathias Grandel, Familiengerichtliches Verfahren Kommentar, 7. Auflage, München, 2022, FamFG § 7 Rn. 3.

Ancak bu kavram değişikliğine rağmen maddî anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili arasındaki farkın ortadan kalkmadığı yalnızca somut durumlar açısından önem kazandığı kabul edilmektedir. Kurt H. Johannsen/ Dieter Henrich/ Christoph Althammer, Familienrecht, Scheidung, Unterhalt, Verfahren Kommentar, 7. Auflage, München, 2020, § 7, Rn. 2.

lamda ilgili olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸ Bu açıdan ilgilinin tespitinde, yalnızca karardan etkilenen kişiler değil, etkilenecek olan kişiler de dikkate alınmalı veya yargılamanın bu kişilere yönelik bir karara yönelip yönelmediği göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁹ Maddî anlamda ilgilinin tespiti bakımından bu kişilerin yargılamada yer alıp almadığı ise önemli değildir. Çekişmeli yargıda davacının dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak göstermiş olduğu kişiler taraf sıfatına sahip olur ve yargılamaya ilişkin usulü işlemleri yapabilirler. Bu husus şekli taraf kavramının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira şekli taraf kavramına göre, taraflar maddî hukuk bakımından geçerli olan hukukî ilişkiye göre değil usul hukuku ilişkisine göre tespit edilir.⁵⁰ Çekişmesiz yargı bakımından ise şekli anlamda ilgililerin tespiti bakımından bu husus dikkate alınmakla birlikte, maddî anlamda ilgililerin tespitinde uygulama alanı bulmaz. Zira bir yargılamada verilecek olan karardan hukukî durumu etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan kişiler bulunmasına rağmen, talepte bulunan kişi dilekçesinde bu kişileri göstermemiş veya eksik göstermiş olabilir. Maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan bu kişiler, yargılamada şekli olarak gözükmeseler de hukukî durumları etkilenecek olduğundan, tıpkı şekli anlamda ilgililer gibi bazı haklara sahiptir. Bu kapsamda, yargılama sırasında usulü işlemler yapabilir ve karara karşı itiraz ile kanun yoluna başvurabilirler.

Çekişmesiz yargı işleri bakımından ilgili kavramı yerine taraf kavramını kullanılması ihtiyacı karşılamamaktadır. Zira bu kavram kapsamında yalnızca taraflar yargılamada usulü işlemler yaparak karara karşı kanun yollarına başvurabilir. Bu husus maddî anlamda ilgili olmakla birlikte yargılamada yer almayan kişilerin hak kaybına uğramasına sebep olur. Örneğin velayetin değiştirilmesi yargılamasına ilişkin Yargıtay kararlarında, anne ve baba davacı ve davalı sıfatları

⁴⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s. 141; Kuru, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 407; Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 269; Theodor Keidel, FamFG Gesetz Über das Verfahren in Familiensachen in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kommentar, 20. Baskı, 2020, FamFG §7 Rn. 9; Budak, Toplantı, s. 155; Yıldırım, s. 31; Kale, s. 35.

⁴⁹ Lent, s. 23.

⁵⁰ Kazım Yenice, "Taraf Yeterliliği", *Adalet Dergisi*, Yıl 54, Sayı 9-10, 1963, s. 939; Levent Börü, "Medeni Usul Hukukunda Taraf Kavramı", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 21, 2012, s. 49; Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği*, Yetkin, Ankara, 2014, s. 62.

ile yargılamaya dahil edilmektedir. Bu yönden bakıldığında velayet altında bulunan çocuk, taraf sıfatına sahip olmayıp herhangi bir usul işlemi de yapamayacak ve mahkeme tarafından verilmiş olan karara karşı kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayacaktır. Ancak velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından çocuk maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olup bu kapsamda belirli haklara sahiptir. Özellikle menfaat çatışması bulunması nedeniyle çocuğun kayyım tarafından temsili halinde, çocuğun üstün yararı ilkesinin gerçekleştirilmesi ve gerekli hukukî korumanın sağlanabilmesi amacıyla, kayyım tarafından çocuk adına usulü işlemler yapılabilmesi ve karara karşı kanun yoluna başvurulabilmelidir. Dolayısıyla çocuğun maddî anlamda ilgili sıfatıyla yargılamaya dahil edilmesi halinde söz konusu hukukî koruma gerçekleştirilebilir.

Çekişmesiz yargı işleri bakımından esasen şekli anlamda ilgililerden ziyade maddî anlamda ilgililerin tespiti hususunda zorluk yaşanmaktadır. Zira her bir çekişmesiz yargı işi bakımından maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan kişiler kanunda düzenlenmediğinden somut olayın özelliklerine göre kimlerin bu sığata sahip olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Velayete ilişkin hususlar bakımından doktrinde, özellikle velayetin kaldırılması yargılamasında kimlerin maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olduğu ortaya konulmuştur. Buna göre velayetin kaldırılmasında anne, baba ve çocuk maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir.⁵¹ Kanaatimizce velayetin değiştirilmesi bakımından da aynı durum geçerli olup kural olarak anne, baba ve çocuk(lar) maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir. Fakat somut olayın özelliğine göre yargılamada, bu kişiler dışında maddî anlamda ilgililerin bulunması mümkündür.

TMK m. 346 gereğince çocuk velayet altında bulunmakla birlikte, çocuğun menfaati gereğince korunması için gerekli önlemler alınabilir. Bu kapsamda yine TMK m. 347 doğrultusunda belirli şartların gerçekleşmesi halinde, çocuğun anne ve babadan alınarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesine karar verilmesi mümkündür. Çocuğun aile yanına yerleştirilmesi amca, teyze, hala, dayı gibi akrabalarının yanına yerleştirilmesi şeklinde olabileceği gibi hayırsever bir

⁵¹ Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 269; Özkes, İlgili, s. 689, dn. 14; Atalı, Pekantez Usul, s. 2123.

vatandaşın çocuğun bakımı, eğitimi, barınması gibi konularda faaliyette bulunması şeklinde de olabilir.⁵² Burada koruyucu aile kurumu karşımıza çıkmaktadır.⁵³ 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu m. 23 gereğince “Mahkemece koruma kararı alınan korumaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yerleştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir “Koruyucu Aile” tarafından da yerine getirilebilir”. Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi halinde de anne ve babanın velayet hakkı sona ermediğinden⁵⁴ aynı şekilde velayetin değiştirilmesi talebinde bulunulması mümkündür.⁵⁵ İşte bu halde çocuğun koruyucu ailesi kanaatimizce maddî anlamda ilgili sıfatına sahip kabul edilmelidir. Zira özellikle çok küçük yaşta yahut henüz bebekken koruyucu aile yanına verilen çocuğun, bu aile ile arasında bağ oluşması ve daha sonradan velayetin değiştirilmesi ve çocuk hakkındaki koruma kararının kaldırılması için anne veya baba tarafından talepte bulunulması halinde, mahkemece verilecek olan karar çocuğun menfaatinin zedelenmesine neden olabilir. Velayetin değiştirilerek çocuğun koruyucu aile yanından alınması halinde koruyucu ailenin hukukî durumunun etkileneceği gözetildiğinde, söz konusu yargılama bakımından koruyucu anne ve babanın da maddî anlamda ilgili olduğu kabul edilmesi gerekir.⁵⁶ Bu kapsamda maddî anlamda

⁵² Kılıçoğlu, s. 514; Gülçin Elçin Grassinger, Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 151.

⁵³ Koruyucu aile kurumuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Grassinger, Küçükün Korunması, s. 150 vd.; Sevgi Usta, “Koruyuculuk Mu, Evlatlık mı? Bir Çocuk Bakım ve Koruma Modeli Olarak Koruyucu Aile ve Türkiye Uygulaması”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 21-61; Recep Doğan, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/2, s. 145-170.

⁵⁴ Oğuzman/Dural, s. 307; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 286; Dural/Öğüt/Gümüş, s. 376-377; Grassinger, Küçükün Korunması, s. 154; Akıntürk/Ateş, s. 437; Öztan, s. 1150; Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, (Çocuk Hakları), s. 178.

⁵⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi kararına konu bir olayda çocuk hakkında koruyucu aile olarak anneannesinin yanına yerleştirilmesi yönünde koruma tedbiri kararı verilmiş, tedbire ilişkin bu süreç devam ederken anne tarafından velayetin babadan alınarak kendisine verilmesi yönünde mahkemeden talepte bulunulmuştur. Söz konusu karar için bkz. AYM, 2013/2910, 5.11.2015 (2.2.2016 tarih ve 29612 sayılı Resmî Gazete).

⁵⁶ Yargıtay kararları da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Zira velayetin değiştirilmesine ilişkin yargılamalar bakımından Yargıtay kararlarında koruyucu aile fer’i müdahil sıfatı ile yargılamaya dahil edilerek görüşünün açıklanması sağlanmıştır. Burada esasen koruyucu aile maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olduğun-

ilgili sıfatına sahip olan koruyucu anne ve babanın yargılamaya dahil edilmesi ve yargılamaya ilişkin görüş açıklamasının sağlanması, verilecek karara karşı kanun yoluna başvuru imkanının tanınması kanaatimizce uygun olur.⁵⁷

TMK m. 347'de yer alan koruyucu önlem kapsamında çocuğun kuruma yerleştirilmesi de mümkündür.⁵⁸ Yine çocuğun kuruma yerleştirilmiş olması anne ve babanın velayet hakkını ortadan kaldırmaz⁵⁹. Çocuğun Kurum bünyesinde kalması sırasında velayetin değiştirilmesi yönünde talepte bulunulması halinde, çocuğun yerleştirildiği Kurum'un Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde faaliyet göstermesi nedeniyle kanaatimizce anne, baba ve çocuk yanında Bakanlık da maddî anlamda ilgili sıfatına sahip kabul edilmelidir.⁶⁰

dan fer'i müdahale kurumuna ihtiyaç duymadan yargılamaya katılma ve görüş açıklama hakkına sahiptir. (Bu hususta bkz. aşa. VI.) Ancak Yargıtay tarafından iş bu yargılamalarda çekişmesiz yargı usûlü bakımından uygulanan kurallar dikkate alınmadığından çekişmeli yargı açısından uygulama alanı bulan kurum ve kurallar dahilinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Oysa bu kurumlara gitmeye gerek olmaksızın çekişmesiz yargıya ilişkin kurallar kapsamında bir çözüme ulaşabilmek mümkün olup maddî anlamda ilgililerin yargılamada fer'i müdahil olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Zira fer'i müdahalenin hüküm ve sonuçları maddî anlamda ilgililerin yargılamaya katılmasından oldukça farklıdır.

⁵⁷Öz konusu karar için bkz. "Dava, 1.8.2012 doğumlu Z. X. hakkında verilen koruma kararının kaldırılması, velayetin değiştirilmesi ve çocuğun davacı babaya teslimi isteğine ilişkindir. Küçük Z. X.'in, davacı ile davalılardan D. Ş.'nin evlilik dışı birlikteliğinden doğduğu, davalı annenin talebi üzerine 10.9.2012 tarihinde küçük hakkında koruma kararı verildiği, yurda yerleştirildiği ve 1.11.2013 tarihinde de evlat edindirilmek üzere çocuğun fer'i müdahillerle birlikte yaşamaya başladığı anlaşılmaktadır..." 2. HD, T. 18.3.2015, 25587/4867 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Yine aynı yönde bkz. HGK, T. 23.5.2018, 2448/1131 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵⁸ Maddî anlamda ilgililerin hangi usulü işlemleri yapabileceği ve yargılamaya nasıl katılacağı hususunda bkz. aşa. VI.

⁵⁹ Koruma kararı üzerine çocuğun yerleştirileceği kurum Çocuk Esirgeme Kurumu olup 2011 yılında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın kurulması ile kurumun görevleri Bakanlığa devredilmiş ve bu kapsamda sunulan hizmetler Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü adı altında toplanmıştır. 2021 yılında Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın oluşturulması ile Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü bu Bakanlık altında görevine devam etmektedir. (<https://www.aile.gov.tr/chgm/teskilat-yapisi/kurum-hakkinda/> Erişim Tarihi: 04.01.2023)

⁶⁰ Oğuzman/Dural, s. 307; Akyüz, s. 286; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 376-377; Grasinger, Küçüğün Korunması, s. 154; Akıntürk/Ateş, s. 437; Öztan, s. 1150; Usta, Çocuk Hakları, s. 178.

⁶⁰ Yargıtay kararına konu bir olayda devlet koruması altında bulunan çocukların velayetlerinin değiştirilmesi için baba tarafından mahkemeden talepte bulunulmuş ve mahkemece talebin kabulüne karar verilmesi üzerine Aile ve Sosyal Politikalar

Zira “geçici ya da sürekli olarak aile ortamından mahrum kalan veya yüksek yararı ailesinin yanında bulunmaması gerektiren çocuklara, özel bakım ve korunma hizmeti sunmak” Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında sayılmıştır.⁶¹ Velayetin değiştirilmesi hususunda talepte bulunulması üzerine, mahkemece velayetin anne veya babadan birine verilmesi yönünde bir karar verilmesi halinde, çocuğun Kurum’dan çıkarılarak anne veya babaya teslimi söz konusu olabilecektir. Çocuğun Kurum’da ve Bakanlığa bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün koruması altında bulunması nedeniyle, yargılamayı etkileyecek nitelikte çocuk hakkında bilgi sahibi olunması, verilecek karar neticesinde de çocuğun Kurum’dan çıkarılması mümkün olduğundan, Bakanlığın da yargılamada yer alması gerekir. Zira bu husus çocuğun üstün yararının korunmasına da hizmet etmektedir.

TMK m. 347 ve diğer ilgili mevzuat doğrultusunda, çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi halinde Kurumun denetim ve gözetiminin devam edeceği kabul edilmiştir (2828 sayılı Kanun m. 23). Bu kanun kapsamında Kurum, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü’nü ifade eder (2828 sayılı Kanun m. 3-g). Yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’nun görevleri Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesindeki Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü’ne devredilmiş olduğundan, çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmiş olması halin-

Bakanlığı tarafından karara karşı kanun yoluna başvurulmuştur. Her ne kadar söz konusu kararda Bakanlık davalı sıfatıyla yargılamada yer almışsa da çekişmesiz yargı işleri bakımından davacı-davalı sıfatlarının söz konusu olmaması nedeniyle burada Bakanlık maddî anlamda ilgili olarak değerlendirilmelidir. Bkz. “...Mahkemece, çocukların velayetlerinin davalı (anne)’den alınarak davacı (baba)’ya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalıların temyizi üzerine Yargıtayca velayete ilişkin bölümü yönünden onanmış, çocuklarla davalı anne arasındaki kişisel ilişki tesisine karar verilmesi gerektiğinden bahisle bu yönden bozulmuştur. Davalılardan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Trabzon İl Müdürlüğü, çocukların her ikisinin de Devlet koruması altında buldukları sırada bir başka aile tarafından evlat edinildiğini, bu kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiğini ileri sürerek karar düzeltme talebinde bulunmuştur...” 2. HD, T. 08.12.2014, 25811/25112 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Yine bu hususta farklı Yargıtay kararlarında Bakanlığın hukukî durumunun etkilenebileceği de dikkate alınarak yargılamaya fer’i müdahil sıfatı ile dahil edilmiştir. Bkz. 2. HD, T. 4.11.2014, 4859/21529; 2. HD, T. 20.10.2015, 5570/188883 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶¹ Bkz. 10.09.2020 tarihli Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevlerine Dair Yönerge.

de, koruyucu aile ile birlikte Bakanlık da maddî anlamda ilgili sıfatına sahip kabul edilmelidir.⁶² Zira çocuğun koruyucu aile yanında kaldığı süreçte Bakanlığa bağlı Müdürlüğün denetim ve gözetim yükümlülüğü devam etmektedir. Bu halde koruma altına alınarak koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun velayetinin değiştirilmesi için yapılan yargılama bakımından anne, baba, çocuk, koruyucu aile ve Bakanlık maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olup maddî anlamda ilgililerin sahip olduğu haklardan faydalanarak yargılamaya dahil olabilir ve görüş açıklayabilirler.

C. Şekli Anlamda İlgililer

Çekişmesiz yargı işinde talepte bulunan kişinin dilekçesinde yer alan kişiler ve mahkemece yargılamaya süje olarak dahil edilen kişiler şekli anlamda ilgili olarak adlandırılmaktadır.⁶³ Çekişmesiz yargı faaliyetine fiilen katılarak talepte bulunup itirazlarını ileri sürebilen, kanun yoluna başvuru hakkını kullanabilen ve diğer usul işlemlerini yapabilen kişiler şekli anlamda ilgili kapsamında yer almaktadırlar.⁶⁴ Bu kişiler maddî menfaatlerini korumak için yargılamaya katılmakta olup herhangi bir hakları olmaksızın yargılamada yer alsalar da şekli anlamda ilgili sıfatına sahip olurlar.⁶⁵ Burada itirazlarını ileri sürerek şekli anlamda ilgili sıfatını kazanan kişilerin bu taleplerinin esas itibariyle kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı önemli değildir. Talebin kabul edilemez nitelikte olması nedeniyle reddedilmesi halinde de

⁶² Çocuk hakkında uygulanan bakım tedbirinin kaldırılmasına ilişkin yargılama bakımından verilen Yargıtay kararında Bakanlığın hukukî durumunun bu yargılamadan etkileneyeceğini ve yargılamaya dahil edilmesi gerektiği belirtilmiş olup bu husus da görüşümüzü desteklemektedir. Bkz. "Dava 5395 sayılı Kanun'un 5/1-c maddesi uyarınca alınan koruma kararının kaldırılmasına ilişkin olup, bu davaların değişik iş defterine kayıt edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkemece davanın, esas defterine kayıt edilip duruşma açılarak, dava tarihi itibarıyla çocuğun yasal temsilcisi annesi ile evlatlık verme ya da koruyucu aile işlemlerinden yararlandırmak bakımından hukuku etkilenecek Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nun davaya dahil edilmesi ve gösterdikleri taktirde delilleri toplanarak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve hasil olacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, değişik iş dosyası üzerinden, eksik hasımla yargılama yapıp hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir". 2. HD, T.1010.2016, 10749/13651 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶³ Lent, s. 24; Yıldırım, s. 30; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2121.

⁶⁴ Kuru, Nizasız Kaza, s. 142; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2121; Keidel, FamFG §7 Rn. 10; Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Yetkin, Ankara, 2017, s. 128.

⁶⁵ Keidel/Sternal, FamFG §7 Rn. 10.

mahkeme bu talep hakkında bir karar verecek olduğundan, bu kişiler yine şeklî anlamda ilgili sıfatına sahip olurlar.⁶⁶

Şeklî anlamda ilgili sıfatının kazanılabilmesi için takibi talebe bağlı olan çekişmesiz yargı işleri ile hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işleri arasında ayırım yapılması gerekmektedir.⁶⁷ Takibi talebe bağlı olan çekişmesiz yargı işlerinde öncelikle talepte bulunan kişi şeklî anlamda ilgili sıfatı kazanır. Aynı şekilde çekişmesiz yargı neticesinde verilen karara karşı kanun yoluna başvuran kişi, bu talebiyle birlikte şeklî anlamda ilgili haline gelir.⁶⁸ Hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işlerinin uygulama alanı ise daha dardır.⁶⁹ Bu tür işlerde hâkim kendiliğinden harekete geçerek yargılamaya başlayabileceği gibi üçüncü kişilerin ihbarı veya bildirim yoluyla da başlayabilir. Ancak ihbar veya bildirimde bulunan bu kişiler yalnızca mahkemeyi harekete geçirmekte olup yargılamada ilgili sıfatına sahip olmazlar. Bu yüzden şeklî anlamda ilgili sıfatı, re'sen takip edilen işlerde maddî anlamda ilgili sıfatı ile bir arada bulunur. Dolayısıyla hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işlerinde, bir kişinin şeklî anlamda ilgili sıfatını kazanabilmesi için aynı zamanda maddî anlamda ilgili sıfatına da sahip olması gerekir.⁷⁰ Ancak istisnai olarak kamu yararının korunmasına hizmet eden hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işlerinde, resmi makamlar maddî anlamda ilgili olmamakla birlikte şeklî anlamda ilgili olarak yargılamaya dahil olabilir.⁷¹

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere, velayetin değiştirilmesi hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işleri arasında yer almaktadır. Bu sebeple kural olarak yalnızca maddî anlamda ilgili sıfatı bulunan ilgililer yargılamada şeklî anlamda ilgili sıfatına sahip olacaktır. Söz konusu yargılamanın niteliği ve çocuğun üstün yararının esas alınması nedeniyle ihbar yoluyla mahkemenin harekete geçirilmesi sıklıkla karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin velayet sahibi olan anne veya babanın sulh hukuk mahkemesi tarafından kısıtlanarak kendisine vasi atanmasına karar verilmesi mümkündür. TMK m. 348'de velaye-

⁶⁶ Lent, s. 24.

⁶⁷ Kuru, Nizasız Kaza, s. 142.

⁶⁸ Lent, s. 24; Kuru, Nizasız Kaza, s. 142.

⁶⁹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 143; Aras, s. 128.

⁷⁰ Lent, s. 24; Kuru, Nizasız Kaza, s. 143; Özekes, İlgili, s. 688.

⁷¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 143.

tin kaldırılması sebepleri arasında kısıtlılık hali açıkça düzenlenmemiş olsa da bu halin de velayetin kaldırılmasına sebep olacağı kabul edilmektedir.⁷² Velayetin velayet sahibi olmayan eş tarafından kullanılabilmesi için, öncelikle velayetin kısıtlanan ebeveynden kaldırılarak diğer ebeveyne verilmesi yönünde bir yargılama yapılması gerekir ve bu durumda velayetin değiştirilmesi yargılamasından bahsedilir. Zira kısıtlama kararı ile birlikte velayet kendiliğinden diğer eşe geçmemekte ve bu hususta mahkeme kararı olması gerekmektedir.⁷³ Kanaatimizce bu halde velayet sahibi olan kişinin kısıtlanarak vesayet altına alınmasına karar veren sulh hukuk mahkemesi hâkimi, aile mahkemesine ihbarda bulunarak velayetin değiştirilmesi yönünde yargılamanın başlatılmasını sağlayabilir.⁷⁴ Daha sonra kısıtlılık kararı sulh hukuk mahkemesi tarafından nüfus kayıtlarına işlenmesi amacıyla Nüfus Müdürlüğü'ne gönderilecektir. Bu halde velayet hakkı sahibinin kısıtlandığını haber alan Nüfus Müdürlüğü de velayetin kısıtlı olan ebeveynden alınarak diğerine verilmesi gerektiği yönünde mahkemeye ihbarda bulunabilir.⁷⁵ Her iki durum açısından ne sulh hukuk mahkemesi hâkimi ne

⁷² Grassinger, Küçüğün Korunması, s. 175; Öztan, s. 1101; Ayşe Arat, "Medeni Kanunda Velayetin Kaldırılması Tedbiri ve Bu Tedbirin Uygulanması", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 2, 2012, s. 282; Akyüz, s. 294; Cemil Çelik, "Velayetin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 1, 2004, s. 274; Özden Özer Taşkın, "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2020, s. 256. Nitekim TMK m. 348'in gerekçesinde de kısıtlılık halinin velayet görevini gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen sebepler arasında değerlendirileceği belirtilmiştir. Bkz. Çelik, s. 274, nd. 86. Nitekim Yargıtay kararlarında da velayet tevdi edilirken kısıtlanan tarafa velayetin verilmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. 2. HD, T. 20.01.2014, 15896/889 (Gençcan, Velayet, s. 166-167).

⁷³ Çelik, s. 274.

⁷⁴ "...Somut davada, küçük K3'ün anne ve babasının boşanması sonucu velayetinin baba Bayram Hamaratlı' da bulunduğu, ancak baba Bayram'ın 2016 yılında geçirmiş olduğu trafik kazası nedeniyle yoğun bakımda tedavi görürken kendisine vasi tayini için Çaycuma Sulh Hukuk Mahkemesinde dava açıldığı, hastalığı sebebiyle kısıtlanması için hakkında dava görülen babanın velayet görevini yerine getiremeyeceği gerekçesiyle küçük K3 üzerindeki velayetinin kaldırılarak çocuğun velayetinin düzenlenmesi ya da vasi atanması için ihbarda bulunulması üzerine de, eldeki davanın açıldığı, davanın TMK'nın 183 ve 349. maddeleri uyarınca, bu davanın görülmesi sırasında, velayet kendisine verilen babanın 17/08/2018 tarihinde vefat ettiği, bu durumda, davanın TMK'nın 335/2, 337/2. maddeleri uyarınca, askıda bulunan velayetin düzenlenmesi davasına dönüştüğü anlaşılmıştır..." Sakarya BAM 2. HD, T. 17.2.2020, 1100/190 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁷⁵ Benzer şekilde tarafların boşanmalarına ilişkin yargılamada müşterek çocuğun velayeti hakkında karar verilmemesi halinde Nüfus Müdürlüğü tarafından ihbar-

de Nüfus Müdürlüğü velayetin değiştirilmesi yargılamasında maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir. Dolayısıyla burada hâkimin re'sen harekete geçtiği bir hal bulunduğundan yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara paralel olarak, şeklî anlamda ilgili sıfatı da bulunmamaktadır. Gerek sulh hukuk mahkemesi hâkimi gerekse Nüfus Müdürlüğü yalnızca ihbarda bulunan olup yargılamada şeklî anlamda ilgili sıfatı ile yer almaz ve ilgililerin sahip olduğu haklardan faydalanamaz.

Yine bu hususta başka bir örnek olarak komşuların ihbarda bulunması hali karşımıza çıkabilir. Komşulardan biri anne veya babanın çocukları üzerindeki nüfuzlarını suistimal ettikleri yönünde bir ihbarda bulunursa mahkeme bu ihbar üzerine harekete geçerek velayet hakkının anne ve/veya babadan kaldırılıp kaldırılmayacağı hakkında karar verecektir. Böyle bir durumda ihbarda bulunan komşu ilgili sıfatına sahip olmaz zira burada kural olarak anne, baba ve çocuk maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir.⁷⁶

Yargıtay kararına konu bir olayda anne ve babanın boşanması üzerine velayet babaya verilmiş ancak daha sonra dede tarafından velayetin değiştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurulmuş ve mahkemece velayetin babadan kaldırılmasına ve sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulmasına karar verilmiş, sulh hukuk mahkemesi tarafından da dede, küçüğe kayyım olarak atanmıştır. Bunun üzere anne tarafından velayetin kendisine verilmesi talebiyle ayrıca mahkemeden talepte bulunulmuştur.⁷⁷ Söz konusu karar bakımından velayetin değiştirilmesi yönünde mahkemeden talepte bulunan dede, şeklî anlamda ilgili sıfatına sahip değildir. Zira bu yargılama bakımından maddî anlamda ilgili sıfatı bulunmamaktadır. Burada dede ancak ihbarda bulunan olarak kabul edilebilir. Zira velayete ilişkin yargılamalar bakımından herkesin ihbar yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸ Her ne kadar kararda bu hususa ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş olsa da kanaatimizce dedenin bu sıfatı da dikkate alınarak bir değer-

da bulunulması üzerine mahkemece velayetin düzenlenmesi yönünde yargılama yapılan örnek karar için bkz. "... İlçe Nüfus Müdürlüğüne küçük ...'un anne ve babasının boşandıkları, küçüğün velayet durumunun açık olduğu gerekçesiyle aile mahkemesine ihbarda bulunulmuştur." 20. HD, T. 7.11.2016, 12675/10199 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

76

Kuru, Nizasız Kaza, s. 143.

77

Karar için bkz. 2. HD, T. 24.12.2015, 21605/24933 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

78

2. HD, T. 16.4.2012, 15967/9807 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

lendirme yapılması uygun olur. Bunun sonucu olarak ne şekli anlamda ne de maddî anlamda ilgili dedenin ilgili sıfatı bulunmadığından yargılamada usulü işlemler yapamayacağı gibi karara karşı kanun yollarına da başvuramayacaktır.

Uygulamada velayetin değiştirilmesi en çok velayet sahibi olmayan ebeveyn tarafından mahkemeden talepte bulunulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu halde öncelikle talepte bulunan kişi mahkemeden talepte bulunduğu anda şekli anlamda ilgili sıfatına sahip olur. Bunun yanında talepte bulunan, velayet sahibi olan ebeveyni mahkemeye sunmuş olduğu dilekçede ilgili sıfatıyla göstermişse velayet hakkı sahibi de şekli anlamda ilgili sıfatıyla yargılamada yer alır. Yine dilekçede çocuğun velayeti hakkında bir karar verildiğinden çocuk da ilgili olarak dilekçede yer almakla şekli anlamda ilgili sıfatına sahip olur. Başlangıçta talepte bulunan tarafından maddî anlamda ilgili olan kişiler dilekçede gösterilmemişse kural olarak şekli anlamda ilgili sıfatı kazanamazlar. Ancak bu kişiler de mahkemece yapılacak olan tebligat ve bildirimler neticesinde yargılamaya ilişkin bir işlem yapmakla şekli anlamda ilgili sıfatını kazanırlar.

V. İLGİLİLERİN DİNLENİLMESİ

A. Genel Olarak

Çekişmesiz yargı işlerinde taraf kavramı yerine ilgili kavramının kullanılmasının etkisi ve sonuçları, özellikle ilgililerin yargılamaya katılımı ve yargılamada hukukî dinlenme hakkının kullanılması bakımından önem arz etmektedir. Zira çekişmeli yargıda olduğu gibi davacı ve davalı taraf esasen bu yargılamada bulunmadığından, talep edenin dilekçesinde gösterilmeyen ancak hukukî durumunun yargılamadan etkilenecek olması nedeniyle maddî anlamda ilgili olan kişilerin tespiti ile bu kişilere yargılamada görüş açıklama imkânı verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, özellikle maddî anlamda ilgililerin hangi hukuk kuralları çerçevesinde dinlenileceği ve yargılamada hukukî dinlenme hakkının ne şekilde koruma altına alınacağı ayrıca incelenmelidir.

Çalışmamızın konusunu velayetin değiştirilmesi yargılamasında ilgililer oluşturduğundan, burada velayetin değiştirilmesi bakımından özellikle maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olanların dinlenilmesi hakkında açıklamalara yer verilecektir.

B. Anne ve Babanın Dinlenilmesi

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından öncelikle velayet altında olan çocuğun anne ve babası maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir. Zira bu yargılama neticesinde velayetin tevdiine yönelik olarak verilecek karardan hem annenin hem de babanın hukukî durumu etkilenecektir. Maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan anne ve babanın velayetin değiştirilmesine ilişkin yargılamada dinlenilmesi ve kendilerine görüş açıklama imkânı verilmesi öncelikle hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukî dinlenilme hakkı esasen çekişmeli yargı bakımından geniş uygulama alanı bulmakla birlikte, medenî yargıdaki tüm yargılama usulleri için geçerlidir ve çekişmesiz yargıda, icra takiplerinde, geçici hukukî korumalar ile tahkim yargılamasında da dikkate alınması gerekir.⁷⁹ Şeklî anlamda ilgililer yargılamada yer aldığından hukukî dinlenilme hakkına sahip olmakla birlikte, maddî anlamda ilgililerin de hukukî dinlenilme hakkına tüm unsurları ile birlikte sahip olduğu kabul edilmektedir.⁸⁰

Bu açıklamalar çerçevesinde gerek hâkimin re'sen harekete geçtiği gerekse anne veya babanın talebi üzerine harekete geçtiği velayetin değiştirilmesi yargılamasında, anne ve baba maddî anlamda ilgili olarak yargılama sırasında dinlenilmeli ve kendilerine yargılama konusuna ilişkin görüş açıklama imkânı verilmelidir. Bu kapsamda hukukî dinlenilme hakkı, yargılama sırasında duruşma açılarak anne ve babanın duruşmaya davet edilmesi ve orada görüş açıklamasının sağlanması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi duruşma açılmaksızın görülen yargılamalarda dilekçelerin anne ve babaya tebliği ile yazılı olarak görüş bildirme imkanının sağlanması şeklinde de gerçekleşebilir.⁸¹ Anne ve babanın yargılamada hukukî dinlenilme hakkını kullanabilmesi ve yargılamaya ilişkin görüş açıklayabilmesi için söz konusu yargılamanın başladığının kendilerine bildirilmesi gerekir.⁸²

⁷⁹ Hakan Pekcanitez, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, (Hukukî Dinlenilme), s. 763; Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 196; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 864.

⁸⁰ Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 271.

⁸¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 167; Kuru, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 408.

⁸² Kuru, Nizasız Kaza, s. 166-167; Ulukapı, s. 23; Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 272.

Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Kanunu § 7/4 gereğince talep üzerine yargılamaya katılanlar veya katılabilecek olan kişilerin yargılamanın başladığı hu-

Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereğince de anne yahut babanın yargılamada dinlenilmeksizin karar verilmesi hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur.⁸³ Yargılamanın ihbar üzerine mahkemece re'sen başlatılması halinde de hem anne hem de baba yargılama hakkında bilgilendirilmeli ve hukukî dinlenilme hakkı gereğince kendilerine cevap verme ve delillerini gösterme imkânı sağlanmalıdır.⁸⁴

C. Çocuğun Dinlenilmesi

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından anne ve babanın yanında, velayet altında olan çocuk da maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir. Esasen yürütülen yargılama, çocuğun hukukî durumunu yakından ilgilendirdiği için çocuğun bu yargılamada dinlenilmesi önem arz etmektedir. Hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak karşı-

susunda ve başvuru hakları konusunda mahkemece bilgilendirmesi gerekir. Bu düzenlemenin ilgililerin hukukî dinlenilme hakkının güvence altına alınmasına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Keidel/Sternal, FamFG, § 7, Rn. 1; Johannsen/Henrich/Althammer, § 7, Rn. 17; Rainer Kemper/ Klaus Schreiber, Familienverfahrensrecht, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, 2015, FamFG, § 7, Rn. 21; Musielak /Borth/Frank, FamFG § 7 Rn. 16; Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Auflage, München, 2018, § 7, Rn. 27; Martin Haußleiter/ Christian Gomille, FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Auflage, München, 2017, FamFG § 7 Rn. 17.

⁸³ "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27/1.maddesi uyarınca davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Velayetin değiştirilmesi davasıyla ilgili olarak davalı kadına duruşma günü ve dava dilekçesi tebliğ edilmemiştir. O halde, mahkemece yapılacak iş, davalıya usulüne uygun biçimde tebligat yapmak, gösterdiği takdirde delillerini toplamak ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden işin esasının incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır". 2. HD, T. 3.11.2011, 3217/18027 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 16.4.2011, 15967/9807; 2. HD, T. 22.11.2018, 6976/13405.

⁸⁴ "...davalıların ortak çocukları olarak nüfus kaydında gözüken ...'in velayetinin düzenlenmesi yönünden, taraflara vakia ve olguları bildirme ve bunları kanıtlanma olanağının tanınması, adil yargılama hakkı"nın da içeren "hukuki dinlenilme hakkı"nın bir gereğidir (HMK m. 27). Öyleyse: açıklanan hususlar gözetilerek, davalılara ... İlçe Nüfus Müdürlüğü'nün dilekçesi tebliğ olunarak, taraflara cevap verme ve iddiaları doğrultusunda delillerini bildirmeleri için süre verilmesi, gösterdikleri takdirde taraf delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek gerçekleştirilecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hükmün tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir". 2. HD, T. 24.5.2018, 2764/6693 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

mıza çıkan bu husus, çocuğun kendisini ilgilendiren bir yargılamanın tüm süreçlerinde dinlenilmesini gerektirmektedir.⁸⁵ Gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 hükmünde gerekse Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 6 hükmünde çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalar bakımından görüş açıklama hakkının bulunduğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.⁸⁶ TMK'da çocuğun kendisini ilgilendiren konularda bilgilendirilmesi ve görüşünün alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, özellikle boşanma sonrasında çocuğun kendi yaşamının düzenlenmesi ile ilgili hususlarda, görüşünün alınması gerektiğine ilişkin hüküm getirilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir.⁸⁷

Kural olarak çocuğun, kendisinin hukukî durumunu ilgilendiren tüm uyuşmazlıklarda görüşü alınmalıdır.⁸⁸ Ancak çocuğun yargılamada dinlenilebilmesi ve fikir beyan edebilmesi için görüşünü oluşturma yeteneğine sahip olması gerekir.⁸⁹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12'de de çocuğun yaşına ve olgunluk derecesine göre görüşünün alınması ve buna uygun bir şekilde dinlenilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla yargılamada çocuğun dinlenilebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması, yaşı ve zihinsel gelişimi dikkate alındığında kendisini çelişkisiz olarak ifade edebilmesi, olayları ayırt edebilme yeteneğinin gelişmiş olması gerekmektedir.⁹⁰

Nitekim yerleşik Yargıtay içtihatlarında da idrak çağında olan çocuğun görüşü alınarak hüküm kurulması gerektiği kabul edilmektedir.⁹¹

⁸⁵ Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 271; Ebru Ceylan, "Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 16, Sayı 181, 2018, s. 44; Usta, Çocuk Hakları, s. 100.

⁸⁶ Bu hususta açıklamalar için bkz. Saibe Oktay Özdemir, "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1120 vd.; Ceylan, s. 44; Usta, Çocuk Hakları, s. 96.

⁸⁷ Ceylan, s. 44-45.

⁸⁸ Gülçin Elçin Grassinger, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, (Çocuğun Menfaati), s. 823; Usta, Çocuk Hakları, s. 100.

⁸⁹ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 835; Öztan, s. 785, 1157; Oktay Özdemir, s. 1230; Usta, Çocuk Hakları, s. 96.

⁹⁰ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 835; Oktay Özdemir, s. 1230-1231.

⁹¹ "... mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağının sağlanması; ifade edeceği bu görüşün, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilerek sonucuna

Mahkemece çocuk bizzat dinlenmeden önce yargılamanın sonuçları ile eğitim, kültür ve yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilmelidir.⁹² Hangi hallerde çocuğun idrak çağında olduğunun kabul edileceği her bir çocuk bakımından mahkemece değerlendirilecektir. Burada yaş bakımından bir sınır koymak mümkün olmamakta, çocuğun yaşı dışındaki algılama yeteneği ve olgunluğu gibi hususlar da idrak çağında olup olmamasını etkilemektedir.⁹³

Çocuğun yargılamada dinlenilmesine ilişkin söz konusu kural-ların çocuğun yararına hizmet ettiği ve her durumda dinlenilmesi gerektiği yönündeki kabulün yerinde olmadığı ifade edilmektedir.⁹⁴ Çocuğun kendini ifade edemeyecek olması nedeniyle yargılamada dinlenmeden ve görüş açıklama imkânı sağlanmadan karar verilmesi hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelmez. Zira küçüklük veya akıl hastalığı gibi sebeplerle dinlenilmesinin bir yarar sağlama-yacağı kimselerde, bunların dinlenilmesi yerine yasal temsilcisinin

göre bir karar verilmesi olmalıdır". HGK, T. 27.6.2018, 3117/1278 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

"Mahkemece idrak çağında bulunan 16/06/2001 doğumlu Şerife ile 23/09/2002 doğumlu Eren'in velayet düzenlemesi konusunda bizzat dinlenerek, görüşleri alınmadığı gibi, davacının tanık listesinde yer alan ve dinlenilmelerinden açıkça vazgeçmediği tanıkları Bayram Yavuz, ..., ... ve Arih Ünlüel dinlenmeden hüküm kurulmuştur. O halde mahkemece, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesindeki koşullar da gerçekleşmediğine göre, davacının bu tanıkları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243. ve devamı maddeleri uyarınca dinlenilerek ve idrak çağında bulunan ortak çocukların da velayet düzenlemesi konusunda bizzat dinlenmeleri ve görüşleri alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." 2. HD, T. 10.1.2017, 22970/148 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 16.2.2015, 2140/1932 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁹² 2. HD, T. 18.9.2013, 16819/21199; 2. HD, T. 4.10.2018, 5626/10626; 2. HD, T. 27.11.2018, 5593/13599; 2. HD, T. 8.6.2020, 1471/2663 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Aile mahkemeleri, mahkeme bünyesinde bulunan veya mahkeme tarafından görevlendirilen psikolog ve sosyal çalışmacı gibi uzmanlar aracılığı ile çocuğu söz konusu hususlarda bilgilendirebilir. Bkz. Usta, Çocuk Hakları, s. 99.

⁹³ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 837; Usta, Çocuk Hakları, s. 101-102; Yeliz Yücel, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 22. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de çocukların görüşlerini açıklaması gerektiği ifade edilirken belirli bir yaş sınırı getirilmemiştir. Bu hususta bkz. Sera Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2020, s. 131.

⁹⁴ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 839; Oktay Özdemir, s. 1234.

dinlenilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵ Yine çocuğun dinlenilmesine ilişkin ortam ve koşullar uygun değilse yahut çocuk korktuğu için görüşme yapmaktan kaçınıyorsa hiç dinlenilmeden karar verilebileceği gibi koşullar uygun oluncaya dek dinlenilmesi de ertelenebilir.⁹⁶ Burada önemli olan çocuğun menfaati olduğundan, çocuğun dinlenilmesi ve görüşünü açıklaması çocuğa zarar verecekse veya verilecek karar bakımından bir etkisi olmayacaksa dinlenilmesinden kaçınılmalıdır.⁹⁷ Çocuğun dinlenilmesi çocuğun yararına hizmet ettiğinden çocuk bakımından bir hak olup yükümlülük niteliğinde değildir. Dolayısıyla çocuk, yargılama sırasında görüşlerini açıklama hususunda zorlanamaz.⁹⁸

Çocuğun idrak çağında olmaması veya ortam ve koşulların çocuğun dinlenilmesine uygun olmaması halinde, çocuğun bizzat dinlenilmesi yerine uzmanlar aracılığı ile dinlenilmesi ve uzmanlar tarafından düzenlenen rapor da dikkate alınarak velayet hususunda mahkemece karar verilmesi gerekir.⁹⁹

⁹⁵ Lent, s. 45-46; Kuru, Nizasız Kaza, s. 167; Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 273. "Ayrıca idrak çağındaki çocukların velayet ve kişisel ilişki yönündeki görüşlerinin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri uyarınca hâkim tarafından bizzat dinlenerek tespit edilmesi gerekmekte ise de küçük K1'nın karar tarihinde henüz yedi buçuk yaşını doldurmadığı, idrak çağında olduğunun kabul edilemeyeceği anlaşıldığından, küçüğün hakim tarafından dinlenilmemesinde bir yanlışlık görülmemiştir". İzmir BAM 2. HD, T. 27.3.2017, 702/553 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁹⁶ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 839-840.

⁹⁷ Reyhani Yüksel, s. 133.

⁹⁸ Grassinger, Çocuğun Menfaati, s. 839; Reyhani Yüksel, s. 132; Usta, Çocuk Hakları, s. 98.

⁹⁹ "Ortak çocuk idrak çağında olduğuna göre; mahkemece sonuçları hakkında bilgilendirilerek velayet tercihi konusunda çocuğun bizzat dinlenmesi; bu yeterli olmadığı takdirde 4787 sayılı Kanun'un 5. maddesinde gösterilen uzman veya uzmanlardan velayet konusunda rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle velayetin düzenlenmesi gerekir". 2. HD, T. 18.9.2013, 16819/21199 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

"Hükme esas alınan uzman raporu, davacı ile görüşmeye dayanmakta olup davalı ve çocuklarla bir görüşme yapılmamıştır. Rapor bir delile de dayanmamaktadır. Bu haliyle uzman raporu hüküm kurmak için yeterli değildir. Mahkemece taraflara delillerini bildirmeleri için kesin önel verilmesi göstermeleri halinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerekmesi halinde uzmanın çocuklarla görüşmesi de sağlanarak yeniden rapor alınmasından sonra, sonucu itibarıyla hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır". 2. HD, T. 25.3.2010, 16126/5764 (Gençcan, Velayet, s. 453).

D. Diğer İlgililerin Dinlenilmesi

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından diğer ilgililer anne, baba ve çocuk dışında hukukî durumu bu yargılamadan etkilenecek olan maddî anlamda ilgililerdir. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda¹⁰⁰ TMK'daki koruma önlemleri kapsamında, çocuk hakkında bir kuruma veya aile yanına yerleştirilmesi yönünde bir karar verilmesi halinde, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile çocuğun koruyucu ailesi maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olacaktır. Bu sebeple yargılama sırasında Bakanlığın ve koruyucu ailenin de dinlenilmesi ve kendilerine görüş açıklama imkânı tanınması gerekir. Nitekim Yargıtay kararına konu bir olayda¹⁰¹ çocuk küçük yaşta koruma altına alınarak koruyucu aile yanına yerleştirilmiş, daha sonra çocuğun babası tarafından koruma kararının kaldırılarak velayetin değiştirilip kendisine verilmesi talebinde bulunulmuş ve koruyucu aile yargılamaya müdahil olarak dahil edilerek kendilerine görüş açıklama imkânı sağlanmıştır. Koruyucu aile tarafından yargılama esnasında yapılan açıklamalar kararın neticesinde etkili olmuş ve çocuğun koruyucu aile yanından alınmasının uygun olmadığı tespit edilerek babanın talebi reddedilmiştir. Söz konusu karardan, maddî anlamda ilgili olan kişilerin yargılamada dinlenilmesi ve kendilerine görüş açıklama imkânı verilmesi halinde, yargılama neticesinde verilecek olan karara oldukça etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu husus maddî anlamda ilgililerin hukukî dinlenilme hakkının korunmasına hizmet ettiği gibi çocuğun üstün yararı ilkesinin sağlanmasına da hizmet etmektedir.

Yine velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından ilgili sıfatına sahip olan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na da yargılamada görüş açıklama imkanının sağlanması gerekir. Zira çocuğun Bakanlık bünyesinde koruma altında olması nedeniyle verilecek olan karardan Bakanlığın hukukî durumunun etkilenme ihtimali bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında da bu gibi yargılamalarda her ne kadar usulü olarak yanlış şekilde olsa da¹⁰² Bakanlık yargılamaya dahil edilmiş ve görüş açıklama imkânı sağlanmıştır.¹⁰³

¹⁰⁰ Bkz. Yuk. IV, B.

¹⁰¹ Karar için bkz. HGK, T. 23.5.2018, 2448/1131 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁰² Bu husustaki tartışmalar için bkz. aşa. VI.

¹⁰³ Örn. Bkz. 2. HD, T. 20.10.2015, 5570/18883 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

VI. İLGİLİLERİN YARGILAMADAKİ DURUMU

Türk hukukunda çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı HMK'nın özel hükümlerinde, ilgililerin yargılamaya katılımına ve yargılamadaki durumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bazı çekişmesiz yargı işleri bakımından diğer kanunlarda özel düzenlemeler yer almaktadır.¹⁰⁴ Çekişmeli yargıya benzer şekilde, çekişmesiz yargıda da kural olarak başvuran kişinin dilekçesinde gösterilen ve şekli anlamda ilgili olan kişiler yargılamanın süjesi olarak yargılamaya fiilen katılabilir ve kendi adlarına usulü işlemleri yapabilirler.¹⁰⁵ Bazı durumlarda talepte bulunan kişi esasen hukukî durumu etkilenecek olan kişileri dilekçesinde göstermeyi unutmuş yahut yargılamayı o kişiden habersiz sürdürme gayesi ile özellikle bu kişileri göstermemiş olabilir. Böyle bir durumda maddî anlamda ilgili olan kişinin hak kaybına uğramaması için yargılamaya dahil edilmesi gerekmektedir. Zira maddî anlamda ilgili olan kişilere yargılamaya katılma ve hukukî çarelere başvurma imkanının verilmesi Anayasa ile koruma altına alınan hak arama hürriyetinin ve medenî usûl ilkelerinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁶

İnceleme konumuzu oluşturan velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından gerek HMK'da gerekse diğer kanunlarda özel hüküm bulunmadığından, çekişmesiz yargıda ilgilinin yargılamadaki durumuna ilişkin genel kurallar bu yargılama açısından da geçerli olacaktır.

Kanunda çekişmesiz yargıda ilgililerin yargılamaya nasıl dahil olacağı açıkça düzenlenmemiş olduğundan doktrinde bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre olması gereken hukuk bakımından mahkemenin üçüncü kişiyi davet usulü tüm çekişmesiz yargı işlerinde uygulanmalıdır.¹⁰⁷ Diğer görüşe göre ise maddî anlamda ilgililer HMK m. 124'teki şartlara tabi olmaksızın, bir dilekçe ile çekişmesiz yargıya dahil olabilmeli hatta mahkeme tarafından kendiliğinden çağrılabilir.¹⁰⁸ Başka bir görüş ise çekişmesiz yargı iş-

¹⁰⁴ Örn. TTK m. 34.

¹⁰⁵ Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2121.

¹⁰⁶ Budak, Üçüncü Kişiler, s. 111; Budak, Toplantı, s. 155.

¹⁰⁷ Budak, Üçüncü Kişiler, s. 126. Aynı yönde görüş ileri süren Aras'a göre de çekişmesiz yargı işinin başladığı, mahkemece o anda bilinen tüm ilgililere bildirilmelidir. Bkz. Aras, s. 139.

¹⁰⁸ Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2122; Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz, Pekcani-

leri bakımından basit yargılama usulü uygulandığından, bu çerçevede mahkemenin ilgilileri re'sen davet ederek onlara yargılamaya katılma imkânı tanınması gerektiği ileri sürmektedir.¹⁰⁹ Yine bu hususta ileri sürülen diğer bir görüş fer'i müdahaleye ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen maddî anlamda ilgililerin dinlenmesinde de uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹¹⁰ Bu kapsamda fer'i müdahil olarak katılmak isteyen kişi maddî anlamda ilgili olmalı, dilekçe ile müdahale talebinde bulunmalı, şekli anlamda ilgililere bu talebe itiraz imkânı verilmeli ve mahkemece katılma talebinin kabul edilmesi halinde o ilgili çekişmesiz yargı işine bulunduğu noktadan itibaren katılabilmelidir.¹¹¹

Yargıtay'ın bu konuya yaklaşımı ise farklılık göstermektedir. Kararlarda çeşitli çekişmesiz yargı işleri bakımından farklı bir usul uygulanmış olup burada özellikle velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından Yargıtay'ın görüşü üzerinde durulacaktır. Yargıtay kararlarında ekseriyetle anne ve babanın bu yargılamaya dahil edilmekleştizin karar verilemeyeceği belirtilmekte ancak bu kişiler yargılama bakımından davacı ve davalı olarak kabul edilmektedir. Anne ve baba yargılamaya dahil edilmeden sonuçlandırılan bir yargılamada bozma kararı verilmekte ve bu eksiklik taraf teşkili kurumu ile açıklanmaktadır.¹¹² Esasen kararlarda, velayetin değiştirilmesi bakımından anne ve babanın hukukî durumlarının bu yargılamadan etkilenecek olması nedeniyle, yargılamaya dahil edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi

tez Usül-Medenî Usül Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 623-624; Korkmaz, s. 43.

¹⁰⁹ Önder Topal, "TMK m. 173/2 ve 3'de Yer Alan Hususların Çekişmesiz Yargı İş Olup Olmadığının Değerlendirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 3-4, 2014, s. 221.

¹¹⁰ Budak, *Üçüncü Kişiler*, s. 115; Budak, *Toplantı*, s. 155. Aynı yönde bkz. Aras, s. 95. Aksi yönde bkz. Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2020, s. 407.

¹¹¹ Budak, *Üçüncü Kişiler*, s. 115-116; Budak, *Toplantı*, s. 155.

¹¹² "Taraf teşkili kamu düzenine ilişkindir. Dava, ortak çocuklar hakkında velayetin düzenlenmesi istemine yöneliktir. Ortak çocukların annesi sağdır. Ortak çocukların anneleri davaya dahil edilmeden yargılama yürütülmüştür. Oysa, dava annenin hukuki durumunu etkileyeceğinden, annenin davaya dahil edilmesi, gösterdiği takdirde delillerin toplanması gerekmektedir. Eksik hasımla yargılamaya devam edilip yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir". 2. HD, T. 10.1.2017, 25485/181 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 2. HD, T. 16.1.2020, 8374/291; 2. HD, T. 5.5.2016, 4041/9194 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

doğru olmakla birlikte, bu hususun çekişmesiz yargı bakımından uygulama alanı bulmayan taraf kurumu ile açıklanması ve maddî anlamda ilgililerin davacı ve davalı olarak adlandırılması yerinde değildir. Bunun yerine hem anne hem de baba ilgili olarak adlandırılmalı ve bu sıfatla yargılamaya dahil edilmelidir.

Yine bu yargılama bakımından çocuk, maddî anlamda ilgili olarak yargılamaya katılma hakkına sahiptir. Yargıtay'ın kararlarında belirttiği gibi davacı ve davalı sıfatı kullanılırsa çocuk bu yargılama bakımından ne davacı ne de davalı sıfatına sahip kabul edilebilir. Zira yargılamada kendisi bir talepte bulunmadığı gibi kendisinden de bir talepte bulunulmamaktadır. Bu sebeple çekişmesiz yargı işleri bakımından çekişmeli yargıya ilişkin kurumlar ihtiyacı karşılamamaktadır. Çocuk, hukukî durumunu yakından etkileyen bu yargılama bakımından her zaman yargılamaya katılarak görüş bildirme ve yargılamada usûli işlemler yapabilme hakkına sahiptir. Bu hakkın çocuğa tanınmaması, açıkça hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla eğer çocuk ayırt etme gücüne sahipse yasal temsilcinin katılımına ihtiyaç duymaksızın yargılamaya katılarak görüş açıklayabilir.¹¹³ Ancak ayırt etme gücü bulunmuyorsa kural olarak yasal temsilcisi vasıtasıyla yargılamada temsil edilmelidir.¹¹⁴ Yargılamanın konusu itibarıyla çocuk ile kanunî temsilci olan velayet hakkı sahibi ebeveyn arasında menfaat çatışması bulunduğundan çocuğa temsil kayyımı atanması ve bu vasıtayla çocuğun yargılamaya dahil edilmesi gerekir.¹¹⁵

¹¹³ Özge Yücel, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 129. Yazar söz konusu değerlendirmeyi velayetin kaldırılması yargılaması bakımından yapmış olmakla birlikte velayetin değiştirilmesi yargılaması da niteliği itibarıyla benzerlik gösterdiğinden çocuğun hukukî durumu bakımından aynı açıklamalar geçerlidir.

¹¹⁴ Yücel, s. 129.

¹¹⁵ "Çocukları ilgilendiren davalarda çocuk ile, velayet sorumluluğuna sahip kişiler arasında çıkar çatışmasının söz konusu olması halinde, çocuğa bir temsilci atanması gerekir (Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesi). Bu durumda, davacı baba ve davalılar ile küçük Z. X. arasında menfaat çatışması bulunduğu nazara alınarak, küçük Z. X.'i davada temsil etmek üzere kayyım atanması için (TMK md.426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağırılması ve göstermesi halinde delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuçta göre karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır". 2. HD, T. 18.3.2015, 25587/4867 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. HGK, T. 23.5.2018, 2949/1133 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından belirli hallerde Bakanlık ve koruyucu aile de maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olduğundan yargılamaya dahil edilmeleri gerekir. Yargıtay kararlarında bu hususta farklı yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir. Bazı kararlarda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı davalı olarak gösterilmişken¹¹⁶ bazılarında ise fer'i müdahil sıfatıyla yargılamaya dahil edilmiştir.¹¹⁷ Yine kararlarda çocuğun koruma tedbiri kapsamında bir koruyucu aile yanına yerleştirilmesi halinde, koruyucu aile yargılamada fer'i müdahil sıfatıyla yer almıştır.¹¹⁸ Kanaatimizce Bakanlığın ve koruyucu ailenin davalı yahut fer'i müdahil sıfatıyla bu yargılamaya dahil edilmesi yerinde değildir. Yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, çekişmesiz yargı işleri bir dava niteliğinde olmadığından davacı ve davalı kavramlarının bu yargılamada yeri yoktur. Bu sebeple esasen maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olanların davalı sıfatıyla yargılamaya dahil edilmesi yerinde değildir. Yine çekişmesiz yargı işleri bakımından fer'i müdahalenin mümkün olmadığı zira re'sen araştırma ilkesinin uygulanması sebebiyle mahkemenin her zaman ilgiliyi davet ederek dinlenebileceği, ayrıca yargılama neticesinde verilen kararların maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle kararların değiştirilip iptal edilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁹ Nitekim HMK'nın asli müdahaleye ilişkin 65. maddesinin gerekçesinde de fer'i müdahalenin çekişmesiz yargıda mümkün olmadığı ifade edilmiştir.¹²⁰ Bu sebeplerle ilgililerin fer'i müdahil olarak bu yargılamaya dahil edilmesi de doğru değildir. Kaldı ki maddî anlamda ilgililerin fer'i müdahil olarak yargılamada yer alması haklarını sınırlı olarak kullanmaları sonucunu doğurmaktadır. Zira yargılamada üçüncü kişi konumunda olan fer'i müdahil hakkında bir

¹¹⁶ Bkz. 2. HD, T. 8.12.2014, 25811/112; 2. HD, T. 18.03.2015, 25587/4867 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹¹⁷ Bkz. 2. HD, T. 20.10.2015, 5570/18883; 2. HD, T. 4.11.2014, 4859/21529 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹¹⁸ "...küçük hakkında koruma kararı verildiği, yurda yerleştirildiği ve 1.11.2013 tarihinde de evlat edindirilmek üzere çocuğun fer'i müdahillerle birlikte yaşamaya başladığı anlaşılmaktadır." 2 HD, T. 18.03.2015, 25587/4867 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. HGK, T. 23.5.2018, 2448/1131 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹¹⁹ Pekcanitez/Meriç, s. 104; Kuru, Nizasız Kaza, s. 147; Bakı Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt 4, Demir Demir Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 3504; Özkes, Asli Müdahale, s. 49; Aras, s. 145.

¹²⁰ Bkz. Hakan Pekcanitez/ Hülya Taş Korkmaz/Nedim Meriç, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, 13. Bası, İstanbul, 2022, s. 80.

karar verilemediğinden, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, yargı içtihatlarında tek başına karara karşı kanun yoluna başvurmaya kabul edilmektedir. Maddî anlamda ilgilinin fer'i müdahil olarak yargılamaya katılımının sağlanması durumunda, bazı işlemleri yapamayacak ve hakları sınırlanacak olduğundan, fer'i müdahale kurumunun burada uygulanmayacağı kabul edilmesi gerekir.

Olmaması gereken hukuk bakımından, yargılamada şekli anlamda yer almayan maddî anlamda ilgililerin yargılamaya katılımını sağlamak için öncelikle bu kişiler yargılamanın başladığı konusunda bilgilendirilmeli ve kendilerine gerek yazılı gerekse sözlü olarak görüş açıklama imkânı sağlanmalıdır.¹²¹ Bunun için HMK m. 317'de basit yargılama usulü için getirilen hüküm kıyasen uygulanarak şekli anlamda ilgili tarafından mahkemeye sunulan dilekçe, maddî anlamda ilgililere tebliğ edilmelidir.¹²² Ayrıca ilgililere yargılama dosyasını ve delilleri inceleme ve bu delillere karşı beyanda bulunma hakkı tanınmalıdır.¹²³ Yine yargılama neticesinde verilen karar maddî anlamda ilgililere de tebliğ edilmeli ve kanun yoluna başvuru imkânı sağlanmalıdır. Nitekim HMK m. 387'de de hukukî yararı bulunan ilgililerin kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna başvuru hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda yargılamaya katılma imkânı sağlanmış olsun veya olmasın maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan herkesin karara karşı öğrenme tarihinden itibaren kanun yoluna başvuru hakkı bulunmaktadır.¹²⁴

¹²¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 166-167; Ulukapı, s. 23; Özekes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 272; Kuru, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 408.

¹²² Aras, s. 98.

¹²³ Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun § 13'te ilgililerin dosya inceleme hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dosya inceleme hakkının kullanılabilmesi için ilgilinin bu talebinin diğer ilgililerden birinin ciddi bir menfaatine karşı çıkmaması gerekir. Örneğin aile içi şiddetin mevcut olması durumunda şiddet mağdurunun güncel adresinin gizlenmesinin gerekmesi bu kapsamdadır. Ancak bu halde talebi reddedilen ilgilinin tüm belgeleri incelemesi engellenemez ve yargılama konusu hakkında bilgi sahibi olabilmesi için dosya içeriği hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Bu hususta bkz. Ursula Bumiller /Dirk Harders/Werner Schwamb, FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 12. Auflage, München, 2019, FamFG § 13 Rn. 6; Musielak/Borth/Frank, FamFG § 13 Rn. 3; Keidel/Sternal FamFG § 13 Rn. 25; Andreas Jürgens/ Jutta Kretz, Betreuungsrecht, 6. Auflage, München, 2019, FamFG § 13 Rn. 3.

¹²⁴ "Koruyucu aile, çocuğun bakım, gözetim ve eğitimi ile yükümlü ve sorumludur. (Yönetmelik m. 15/1-a, b) O halde, açıklanan yasal düzenlemeler dikkate alındı-

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından, maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan çocuk ayırt etme gücüne sahipse kanun yollarına kendisi başvurabilir.¹²⁵ Ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle çocuk bir kayyım vasıtasıyla temsil ediliyorsa, çocuk adına kayyım tarafından yargılamaya ilişkin deliller gösterilecek¹²⁶ ve karara karşı kayyım tarafından kanun yoluna başvurulacaktır.¹²⁷ Çocuk dışındaki diğer maddî anlamda ilgililer ise doğrudan, bizzat veya vekil aracılığıyla karara karşı kanun yoluna başvurabilirler.

SONUÇ

6100 sayılı HMK m. 382 gereğince velayetin değiştirilmesi yargılaması çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğundan bu yargılama usulüne ilişkin kurallar uygulama alanı bulacak ve çekişmesiz yargıya özgü kavram ve kurumlar geçerli olacaktır. Bu kavramlardan en önemlisi çekişmesiz yargı işleri bakımından uygulama alanı bulan ilgili kavramdır. Çekişmesiz yargıda ilgililer, maddî anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Bir çekişmesiz yargı işi hakkında verilecek olan karardan hukukî durumu etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan kişiler maddî anlamda ilgili olarak tanımlanırken, çekişmesiz yargı işinde talepte bulunan kişinin dilekçesinde yer alan kişiler ve mahkemece yargılamaya süje olarak dahil edilen kişiler şekli anlamda ilgili olarak kabul edilmektedir.

Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından kural olarak anne, baba ve çocuk maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir. Ancak somut olayın özelliğine göre, bu kişiler dışındaki kişilerin de bu

ğında çocuğun bakım ve gözetiminden sorumlu ve bununla yükümlü olan koruyucu ailenin verilen kararı temyiz etmekte hukuki yararının bulunduğu, bu sebeple temyiz etme hak ve yetkisinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılmıştır." 2. HD, T. 7.7.2014, 8221/15710 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²⁵ Yücel, s. 129.

¹²⁶ "Davaya konu çocuk ile velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveyn arasında çıkar çatışmasının bulunduğu nazara alınarak çocuğu davada temsil etmek üzere temsil kayyımının atanması için (TMK m. 426/2) vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak temsil kayyımının duruşmaya daveti ve göstermesi halinde tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır". 2. HD, T. 31.10.2016, 11615/14223 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹²⁷ Yücel, s. 131. Örn. Bkz. Sakarya BAM 2. HD, T. 17.2.2020, 1100/190 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

yargılama bakımından maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olması mümkündür. TMK m. 346 ve m. 347 gereğince çocuğun menfaatinin korunmasının gerekmesi nedeniyle, çocuğun anne ve babadan alınarak bir aile yanına yerleştirilmesine karar verilmesi mümkündür. Bu halde anne ve babanın velayet hakkı sona ermediğinden velayetin değiştirilmesi yargılaması gündeme gelebilir. Bu yargılama sırasında çocuğun yanına yerleştirildiği koruyucu aile de maddî anlamda ilgili sıfatına sahip kabul edilmelidir. Ayrıca koruyucu aile kurumunun gündeme gelmesi halinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın denetim ve gözetim görevi devam ettiğinden bu halde ayrıca Bakanlık da maddî anlamda ilgili sıfatına sahiptir.

Yine TMK'da ve ilgili diğer mevzuatta yer alan koruyucu önlemler kapsamında çocuğun kuruma yerleştirilmesi de mümkündür. Bu halde de velayet anne ve babadan kaldırılmadığından velayetin değiştirilmesi ve koruma kararının kaldırılması için anne veya baba mahkemedene talepte bulunabilir. Çocuğun kuruma yerleştirilmesine karar verilmesi halinde, yerleştirme hizmeti Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesindeki Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilecektir. Velayetin değiştirilmesi yargılaması bakımından, böyle bir durumda Bakanlığın da maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Velayetin değiştirilmesi yargılaması hâkimin re'sen harekete geçtiği çekişmesiz yargı işleri arasında yer aldığından, şeklî anlamda ilgili kavramı ile maddî anlamda ilgili kavramı bir arada bulunmaktadır. Zira bu nitelikteki işler bakımından ancak maddî anlamda ilgili sıfatı bulunan kişilerin şeklî anlamda ilgili sıfatına sahip olabileceği kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, yalnızca mahkemeyi harekete geçirmek amacıyla ihbarda bulunan kişiler, şeklî anlamda ilgili sıfatını kazanamazlar. Velayet sahibi olan eşin kısıtlanması halinde, kısıtlama kararı veren sulh hukuk mahkemesi veya kısıtlılığın bildirildiği Nüfus Müdürlüğü, velayetin değiştirilmesi için aile mahkemesine ihbarda bulunursa, bu yargılama bakımından maddî anlamda ilgili niteliğinde olmadığından, şeklî anlamda ilgili sıfatını da kazanmayacaktır.

Çekişmesiz yargıda gerek maddî anlamda ilgililerin gerekse şeklî anlamda ilgililerin yargılamaya katılarak usulü işlem yapabilmeleri hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu kapsamda velayetin değiştirilmesi yargılamasında anne, baba ve çocuğun yanında diğer maddî anlamda ilgililerin dinlenmesi ve görüş açıklamasının sağlanması, tüm bu hususlar gerçekleştiikten sonra yargılama hakkında bir karar verilmesi gerekir.

Maddî anlamda ilgililerin henüz şekli anlamda ilgili sıfatını kazanmadıkları durumda yargılamaya nasıl katılacakları ve hangi usulü işlemleri yapacakları hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, kanaatimizce maddî anlamda ilgililer öncelikle yargılamanın başladığı konusunda bilgilendirilmeli ve yargılama konusu hakkında gerek yazılı gerekse sözlü olarak görüş bildirme hakkı kendilerine sağlanmalıdır. Bu kapsamda, şekli anlamda ilgili tarafından mahkemeye sunulan talep dilekçesi yargılama bakımından maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olanlara tebliğ edilebilir. Ayrıca maddî anlamda ilgililere de dosya inceleme ve dosyada bulunan delillere karşı beyanda bulunma hakkı verilmelidir. Yine yargılama neticesinde de verilen karar maddî anlamda ilgililere tebliğ edilmeli ve bu kişilere kanun yoluna başvuru imkânı sağlanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta, Yenilenmiş 20. Baskı, İstanbul, 2017.
- Akyüz Emine, Çocuk Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- Aras Aslı, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin, Ankara, 2017.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/ Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, 6. Baskı, Ankara, 2020.
- Atalı Murat, Pekcanitez Usul- Medenî Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Pekcanitez Usul).
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, 4. Bası, Ankara, 2021 (Medenî Usul).
- Baktır Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara, 2000.
- Budak Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta, İstanbul, 2000 (Üçüncü Kişiler).
- Bumiller Ursula/Harders Dirk/Schwamb Werner, FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 12. Auflage, München, 2019.

- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, 2022.
- Erdönmez Güray, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usul).
- Gençcan Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara, 2015 (Velayet).
- Grassinger Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009 (Küçüğün Korunması).
- Haußleiter Martin/Gomille Christian, FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Auflage, München, 2017.
- Johannsen Kurt H./Henrich Dieter /Althammer Christoph. Familienrecht, Scheidung, Unterhalt, Verfahren Kommentar, 7. Auflage, München, 2020.
- Jürgens Andreas/Kretz Jutta. Betreuungsrecht, 6. Auflage, München, 2019.
- Kale Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Keidel Theodor /Werner Sternal, FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kommentar, 20. Auflage, München, 2020.
- Keidel Theodor, FamFG Gesetz Über das Verfahren in Familiensachen in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kommentar, 20. Baskı, 2020.
- Kemper Rainer/Schreiber Klaus, Familienverfahrensrecht, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, 2015.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2019.
- Kuru Baki, Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961 (Nizasız Kaza).
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt 1, Demir Demir Yayınevi, İstanbul, 2001 (Cilt 1).
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt 2, Demir Demir Yayınevi, İstanbul, 2001 (Cilt 2).
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt 4, Demir Demir Yayınevi, İstanbul, 2001 (Cilt 4).
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, (İstinaf).
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, İstanbul, 1985/1986.
- Lent Friedrich, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Baskı, München und Berlin, 1958.
- Musielak Hans-Jocanhim /Borth Helmut /Frank Martin/Grandel Mathias, Familiengerichtliches Verfahren Kommentar, 7. Auflage, München, 2022.
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Özekes Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul, 2021 (Temel Hukuk).
- Oğuzman Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

- Özmen İsmail, Velayet Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara, 2005.
- Özcan Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015.
- Pekcanıtez Hakan/Taş Korkmaz Hülya, Pekcanıtez Usul-Medenî Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz /Özekes Muhammet, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2020.
- Pekcanıtez Hakan/Meriç Nedim, Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2020.
- Pekcanıtez Hakan/Taş Korkmaz Hülya/Meriç Nedim, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, 13. Bası, İstanbul, 2022.
- Rauscher Thomas, Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Auflage, München, 2018.
- Serozan Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2005.
- Tanrıver Süha, Medenî Usul Hukuku, Cilt 1, Yetkin, Ankara, 2021 (Medenî Usûl).
- Taş Korkmaz Hülya, Medenî Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Yetkin, Ankara, 2014.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1982.
- Tutumlu Mehmet Akif, Medeni Usul Hukuku Sorunları, Cilt 1, Seçkin, Ankara, 2010 (Medeni Usul).
- Ulukapı Ömer, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Mimoza Yayınları, Konya, 1997.
- Usta Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Çocuk Hakları).
- Yücel Özge, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Yücel Yeliz, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yüksel Sera Reyhani, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2020.

Makaleler

- Akcaal Mehmet, "Velayetin Değiştirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 2022, s. 190- 205.
- Akil Cenk, "Basit Yargılama Usulünde Dosya Üzerinden Nihai Karar Verilip Verilemeyeceği (HMK m. 320/1) Üzerine Düşünceler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 75, 2012, s. 14-19.
- Akil Cenk, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 4, 2013, s. 923-969, (TMK).
- Ansay Sabri Şakir, Münazaasız (İhtilafsız) Kaza, *Adalet Dergisi*, Sayı 2, 1939.
- Aras Aslı, "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 65-86.
- Arat Ayşe, "Medeni Kanun'da Velayetin Kaldırılması Tedbiri ve Bu Tedbirin Uygulanması", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 2, 2012, s. 275-296.

- Börü Levent, "Medeni Usul Hukukunda Taraf Kavramı", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 21, 2012, s. 44-60.
- Budak Ali Cem, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*, Ankara, 2005, s. 128-187, (Toplantı).
- Ceylan Ebru, "Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 16, Sayı 181, 2018, s. 35-68.
- Çelik Cemil, "Velayetin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 1, 2004, s. 255-309.
- Çetiner Selma, "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), s. 25-46.
- Doğan Recep, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/2, s. 145-170.
- Gençcan Ömer Uğur, "HMK Sonrasında Velayetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 80, Sayı 1, 2015, s. 143-180 (Yargıtay Uygulaması).
- Grassinger Gülçin Elçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 823-846 (Çocuğun Menfaati).
- Kuru Baki, "Freiwillige Gerichtsbarkeit im Türkischen Recht", Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan, Ankara, 1983, (Freiwillige Gerichtsbarkeit).
- Oktay Özdemir Saibe, "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.1219-1242.
- Özekes Muhammet, "Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, s. 685-691 (İlgili).
- Özer Taşkın Özden, "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2020, s. 239-262.
- Özmuncu Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2014, s. 145-171.
- Pekcanıtez Hakan, "Hukuki Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 753-791 (Hukuki Dinlenme).
- Tanrıver Süha, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 24, Sayı 99, 2012, s. 15-34 (Düşünceler).
- Taşatan Caner, "Velayetin Değiştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2022, s. 387-406.
- Tutumlu Mehmet Akif, "Çekişmesiz Yargıda İspat Kurallarının İşleyişi ve Delillerin Toplanması", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 44, 2006 (İspat Kuralları).
- Usta Sevgi, "Koruyuculuk Mu, Evlatlık mı? Bir Çocuk Bakım ve Koruma Modeli Olarak Koruyucu Aile ve Türkiye Uygulaması", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 21-61.

- Yenice Kazım, "Taraf Yeterliliği", *Adalet Dergisi*, Yıl 54, Sayı 9-10, 1963, s. 937-953.
- Yıldırım Kâmil, "Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*, 30 Eylül-11 Ekim 2005, Ankara, ss. 18-48.
- Zimmermann Walter, *Die Beteiligten im neuen FamFG, Familie Partnerschaft Recht*, 2009, 1-2, s. 5-8.

Mahkeme Kararları

www.lexpera.com.tr

- Sakarya BAM 2. HD, T. 17.2.2020, 1100/190.
- Yargıtay 2. HD, T. 28.2.2017, 24197/2117.
- Yargıtay 2. HD, T. 8.10.2015, 3861/17857.
- Yargıtay 2. HD, T. 02.04.2001, 3651/5107.
- Yargıtay 2. HD, T. 13.01.2014, 13646/157.
- Yargıtay 2. HD, T. 16.1.2020, 7917/298.
- Yargıtay 20. HD, T. 17.6.2019, 2624/4100.
- Yargıtay 20. HD, T. 20.12.2019, 6028/7619.
- Yargıtay 2. HD, T. 11.3.1974, 1496/1412.
- Yargıtay 2. HD, T. 16.4.2012, 15967/9807.
- Yargıtay 2. HD, T. 5.10.2006, 5260/13228.
- Yargıtay HGK, T. 14.6.2017, 1887/1196.
- Yargıtay 2. HD, T. 26.11.2014, 16412/23849.
- Yargıtay 2. HD, T. 16.1.2020, 8374/291.
- Yargıtay 2. HD, T. 17.12.2015, 23906/24251.
- Yargıtay 2. HD, T. 16.1.2020, 7917/298.
- AYM, 2013/2910, 5.11.2015.
- Yargıtay 2. HD, T. 18.3.2015, 25587/4867.
- Yargıtay HGK, T. 23.5.2018, 2448/1131.
- Yargıtay 2. HD, T. 08.12.2014, 25811/25112.
- Yargıtay 2. HD, T. 4.11.2014, 4859/21529.
- Yargıtay 2. HD, T. 20.10.2015, 5570/188883.
- Yargıtay 2. HD, T.10.10.2016, 10749/1365.
- Yargıtay 2. HD, T. 20.01.2014, 15896/889.
- Sakarya BAM 2. HD, T. 17.2.2020, 1100/190.
- Yargıtay 20. HD, T. 7.11.2016, 12675/10199.
- Yargıtay 2. HD, T. 24.12.2015, 21605/24933.
- Yargıtay 2. HD, T. 16.4.2012, 15967/9807.
- Yargıtay 2. HD, T. 3.11.2011, 3217/18027.
- Yargıtay 2. HD, T. 16.4.2011, 15967/9807.
- Yargıtay 2. HD, T. 22.11.2018, 6976/13405.

- Yargıtay 2. HD, T. 24.5.2018, 2764/6693.
Yargıtay HGK, T. 27.6.2018, 3117/1278.
Yargıtay 2. HD, T. 10.1.2017, 22970/148.
Yargıtay 2. HD, T. 16.2.2015, 2140/1932.
Yargıtay 2. HD, T. 18.9.2013, 16819/2119.
Yargıtay 2. HD, T. 4.10.2018, 5626/10626.
Yargıtay 2. HD, T. 27.11.2018, 5593/13599.
Yargıtay 2. HD, T. 8.6.2020, 1471/2663.
İzmir BAM 2. HD, T. 27.3.2017, 702/553.
Yargıtay 2. HD, T. 18.9.2013, 16819/21199.
Yargıtay 2. HD, T. 25.3.2010, 16126/5764.
Yargıtay HGK, T. 23.5.2018, 2448/1131.
Yargıtay 2. HD, T. 20.10.2015, 5570/18883.
Yargıtay 2. HD, T. 10.1.2017, 25485/181.
Yargıtay 2. HD, T. 16.1.2020, 8374/291.
Yargıtay 2. HD, T. 5.5.2016, 4041/9194.
Yargıtay HGK, T. 23.5.2018, 2949/1133.
Yargıtay 2. HD, T. 8.12.2014, 25811/112
Yargıtay 2. HD, T. 18.03.2015, 25587/4867.
Yargıtay 2. HD, T. 20.10.2015, 5570/18883
Yargıtay 2. HD, T. 4.11.2014, 4859/21529.
Yargıtay 2. HD, T. 18.03.2015, 25587/4867.
Yargıtay HGK, T. 23.5.2018, 2448/1131.
Yargıtay 2. HD, T. 7.7.2014, 8221/15710.
Yargıtay 2. HD, T. 31.10.2016, 11615/14223.
Sakarya BAM 2. HD, T. 17.2.2020, 1100/190.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNDE ÜCRETE İLİŞKİN BİR HÜKMÜN BULUNMASI VE BUNUN AŞIRI YÜKSEK OLMASI DURUMUNDA İNDİRİLMESİ

PROVISIONS REGARDING THE FEE IN THE ATTORNEY AGREEMENT AND REDUCING EXORBITANT FEE

Alper UYUMAZ*

Özet: Avukatlık ilişkisi, iş sahibi ile avukat arasında tarafların özgür iradeleri ile yapacakları bir sözleşme ile kurulur. Ancak, mevzuatta avukatlık sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Kanunda bir tanımı bulunmamasıyla birlikte özel bir kanunla düzenlenmiş olan avukatlık sözleşmesi tipik bir sözleşme olarak görülebilir. Avukatlık sözleşmesini, salt vekâlet olarak değil kendine özgü özellikleri olan özel bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. Avukatlık sözleşmesinde hüküm bulunmayan durumlarda vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile çözüm aranacaktır. Borçlar Kanunu'na hâkim ilkelerden biri olan ivazlılık ilkesine uygun olarak avukatlık sözleşmesi de kural olarak ivazlı bir sözleşmedir. Avukatın ücret alacağı, özel olarak Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'na göre, avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder. Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükümlenilecek şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir. Fakat dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının avukata ait olacağı konusunda anlaşma yapılamaz. Taraflar avukatlık sözleşmesinde, ücret miktarını kararlaştırmayabilirler veya ücretin miktarını açıkça belirleyebilirler. Sözleşmede, ücret konusu düzenlenmemiş veya ücrete ilişkin sözleşme geçersiz ise avukatın ücret alacağını nasıl belirleneceği Avukatlık Kanunu (AK) m. 164'te düzenlenmiştir. Ancak, nisbî ücreti belirlemeye ilişkin sözleşme hükmünün aşırı yüksek bir oran içerdiği durumlarda, AK m 164/4 hükmüne göre, ücret hükmü geçersiz sayılarak mahkeme tarafından somut olayın şartları çerçevesinde ücretin hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi gerekir. AK m. 164/4 hükmü yüzde on ila yirmi arasında bir aralıkta takdir hakkı öngördüğü için karşı tarafın tüketici olduğu durumlarda, tüketici

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, alperuyumaz@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8479-4642, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.03.2023, Kabul Tarihi: 08.07.2023

lehine yorum yapılmak suretiyle en az yüzde on olmak üzere uygun bir oranın kabul edilmesi uygun olur. Diğer durumlarda en çok yüzde yirmi olmak üzere uygun bir oranın belirlenmesi ve buna göre avukatlık ücretine hükmedilmesi uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık Sözleşmesi, Avukatın Ücreti, Ücrete İlişkin Sözleşmeler, Ücret Hükmünün Geçersizliği

Absract: The attorneyship relationship is established by a contract between the employer and the attorney to be made by the free will of the parties. However, the definition of an attorney contract is not included in the legislation. Although there is no definition in the code, the attorney contract regulated by a particular code can be expressed as a typical contract. It is necessary to accept the attorney contract not as a mere mandate, but as a particular mandate contract with its own characteristics. In cases where there is no provision on attorney contract, a solution will be sought by applying the provisions of mandate contract by analogy. The attorneyship contract is also onerous as a rule. The attorney's fee is specifically regulated in the Attorneyship Code. According to the Attorneyship Code, the attorney's fee refers to the amount or value of the legal assistance of the attorney. Not to exceed twenty-five percent, the value of the lawsuit or the thing to be sentenced or a certain percentage of the money can be determined as an attorney's fee. However, it cannot be agreed that some of the property and rights other than the money that is the subject of the lawsuit will belong to the attorney. The parties may not decide on the amount of the fee in the attorney's contract, or they can determine it. In the contract, if the fee issue is not regulated or the fee agreement is invalid, how the attorney's fee will be determined is regulated in Attorneyship Act. However, in cases where the contractual provision regarding the determination of the relative wage contains an excessively high rate, the wage provision shall be deemed invalid and the wage must be determined fairly by the court within the framework of the concrete case, according to the Attorneyship Act Art. 164/4. Since Art. 164/4 provides discretion in a range of ten to twenty percent, in cases where the other party is a consumer, it would be favorable to accept an appropriate rate of at least ten percent by interpreting in favor of the consumer. In other cases, it would be favorable to determine an appropriate rate of up to twenty percent and to award the attorney's fee accordingly.

Keywords: Attorney Agreement, Fee of Advocate, Attorney Fee Agreement, Invalidity of Attorney Fee Agreement

I. GİRİŞ

Hukuk düzeninin ortaya çıkması ile hukuk kuralları, kişilerin haklarını korumak için kuvvet kullanmalarını istisna hâline getirilmiş; bu konuda ilke, hakların devletin kurduğu yetkili organlar

karşısında belli usullere göre korunması ve savunulması olmuştur.¹ Hakların korunması ve savunması yönünden herkes bu alanda yeterli bilgiye sahip olmadığı için bu konuda uzmanlığı olan kişiler eliyle hakların savunulması mecburiyeti ortaya çıkmıştır. Modern hukuk sistemlerinde, bu arada Türk Hukuk sisteminde de avukatlık tekeli yalnızca bu konuda özel eğitim almış kişilere verilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 35'inci ve 63'üncü maddesinde bu husus açıkça düzenlenmiştir. Yalnızca yerleşim yerlerindeki baroya kayıtlı avukatların yapabilecekleri işler Avukatlık Kanunu (AK) m. 35'te sayılmıştır. AK m. 63'te ise, 35'inci maddede belirtilen işleri, istisnaî durumların dışında baro levhasında kayıtlı olmayan avukatların ve avukat sıfatını taşımayanların yapması yasaklanmıştır.² Böylece, tarihin eski çağlarından beri kişiler, haklarını, bu konuda uzman olan hukukçular özellikle de avukatlar eliyle savunmak üzere onlardan yardım almışlardır. Bu yardım zamanla profesyonel hukukî yardım ve danışmanlık hizmetine dönüşmüş ve bugünkü avukatlık sözleşmesi şekillenmiştir. Avukatlık sözleşmesi ile iş sahibi, avukatın vereceği hukukî yardım karşılığında bir ücret ödemeyi borçlanmaktadır.

Maddî hukuk anlamında bir sözleşme olan avukatlık ücret sözleşmesinin geçerliliği için Borçlar Kanunu anlamında bir sözleşmenin geçerliliği bakımından gereken tüm şartlar aranacaktır. Buna göre, her sözleşme gibi avukatlık ücret sözleşmesinin de genel hükümlere (TBK m. 26-27) göre geçerli olabilmesi için, sözleşmenin tarafları hukukî işlem ehliyetine sahip olmalı; sözleşmenin konusu, kanunun emredici

¹ Raziye Aksu, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *TAA Dergisi*, Ankara 2016, C. 7, S. 27, s. 861-891, s. 861. Ayrıca bkz, Seda Esirgen Örsen, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2014, C. 63, S. 4, s. 737-778.

² Aksu, s. 872; Meral Sungurtekin Özkan, "Avukatlık Mesleği", 3. Baskı, İzmir 2012, s. 49; Semih Güner, "Avukatlık Hukuku", 5. Baskı, Ankara 2011, s. 138; Murat Aydın, "Avukatlık Ücreti", Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2010, s. 95; Ali Çetin Aslan, "Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış", *DEÜHF Dergisi*, İzmir C. 16, Özel Sayı, s. 1669-1711, s. 1699; Cengiz Topel Çelikoğlu "Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği", *DEÜHF Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 1093-1139, s. 1096; Özge Baydar, "Avukatın Hukuki Sorumluluğu" Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 9; Onur Boz, "Avukatın Malpraktis Sorumluluğu", Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 15 vd.; Dilşad Sarıca, "Avukatın Ücret Hakkı", Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2016, s. 18.

hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlâka ve adaba aykırı olmamalı, konusu imkânsız olmamalıdır.³ Ehliyetsizlik birinin yaptığı sözleşme ile konusu açıkça ahlâka aykırı, imkânsız ya da emredici kurallara aykırı veya muvazaalı bir avukatlık sözleşme için kesin hükümsüzlük⁴; ayırt etme gücü olan ancak yasal temsilcisinin olurluğunu almamış biri için tek taraflı bağlamazlık, iradesi bozulmuş biri için de iptal edilebilir yaptırımları söz konusu olacaktır.⁵

Avukatlık ücret sözleşmesi ya da avukatlık sözleşmesinden ücret şartı, avukatın sunacağı hukukî yardımın belirli bir ücret karşılığında yerine getirileceği konusunda iş sahibi ile avukatın iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasını ifade eder. İşin doğası gereği, avukatlık ücretine ilişkin anlaşmanın taraflarından biri her zaman avukattır ve avukat profesyonel bir meslek ifa ettiği için ileride çıkabilecek uyuşmazlıklara karşı ispat kolaylığı sağlamak bakımından ücrete ilişkin sözleşme yapmayı tercih eder.⁶

Avukatlık sözleşmesini yapan taraflar, avukatın hukukî yardımda bulunmasının karşılığı olarak belirli bir ücretin avukata ödenmesini, ya asıl sözleşmeye ek bir ücret sözleşmesi ile ya da asıl sözleşmenin içerisinde yer alan bir hüküm ile açıkça ve örtülü olarak kararlaştırabilirler.⁷ Taraflar bu usulle sadece ücretten bahsederler ancak ücret

³ Talih Uyar, "Avukatlık Ücret Sözleşmesinde "Maktu" Vekalet Ücreti Öngörülen Bir İş İçin Düzenlenmiş Olan (600.000 Usd+Kdv+Stopaj) Ödeneceğini Belirten Yazılı Avukatlık Ücret Sözleşmesinin Geçersizliği-TBK'nın 27/1 ve TMK'nın 2. Maddesine Dayanılarak-İleri Sürülebilir mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2013, S. 3, s. 473-480, s. 473.

⁴ Uyar, s. 474-475; Yargıtay 13. HD, 06.06.2013, 15109/15307; 13. HD, 29.05.2013, 26533/14348; 13. HD, 14.05.2013, 5117/12405; 13. HD, 15.04.2013, 14582/9575; 13. HD, 18.01.2012, 8143/467; 13. HD, 14.06.2011, 15467/9408; 13. HD, 13.04.2010; 15185/5016; 13. HD, 26.03.2009, 13423/4085; 13. HD, 09.03.2009, 11804/3099, 13. HD, 08.12.1995, 11494/10999 (www.e-uyar.com, erişim tarihi: 24.02.2023)

⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 1, 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 588; Fikret Eren, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", 24. Baskı, Ankara 2019, s. 376, 387; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 13. Basım, İstanbul 2015, s. 177; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", Genişletilmiş 23. Bası, Ankara 2019, s. 249 vd.; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 13. Baskı, Konya 2022, s. 156 vd.; Antalya O. Gökhan, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 1/1, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 373 vd.; Mehmet Ayan, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", 12. Baskı, Ankara 2020, s. 145, 146.

⁶ M. Haşim Mısır, "Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret", Ankara 2020, s. 110.

⁷ Hakan Albayrak, "Avukatlık Kanunu'ndaki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu

miktarını kararlaştırmayabilirler veya ücretin miktarını açıkça belirleyebilirler.

Önemle vurgulamak gerekir ki avukatın kararlaştırılan ücret alacağına tamamına hak kazabilmesi için davayı açması hükmü elde etmesi yeterli değildir. Onun hükmün kesinleşme sürecinde de görev alması gerekmektedir.⁸ Aksi durumda, ücrette indirimde gidilmelidir. Şüphesiz zamanaşımı defi ile karşılaşmamak için ücrete ilişkin talebin zamanaşımı süresi⁹ içinde ileri sürülmüş olması şarttır.

Avukat ile müvekkili arasında bir sözleşme bulunmasına rağmen ücret konusu düzenlenmemiş¹⁰ veya ücrete ilişkin sözleşme geçersiz ise avukatın ücret alacağına nasıl belirleneceği AK m. 164'te düzenlenmiştir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleş-

Açıdan Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 6, S. 12, s. 155-194, s. 162.

⁸ Yargıtay 3. HD, 8.10.2020, E. 2020/3238 K. 2020/5673, "...Bu durumda, avukatın, fiil ehliyetinin kaybedildiği tarih itibarıyla kesinleşen dosyalar bakımından vekalet ücretlerinin Avukatlık Kanunu'nun 163/2 maddesi kapsamında % 25 oranı gözetilerek tamamını talep etme hakkı olduğu, buna karşılık fiil ehliyetinin kaybedildiği tarih itibarıyla devam edip henüz kesinleşmeyen dosyalar bakımından ise, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiye, hak ve nefasete göre belirlenecek bir ücrete hak kazandığı kabul edilmelidir. O halde Mahkemece, davalıların fiil ehliyetini kaybettikleri tarih itibarı ile vekalet ücretine dayanak dosyaların kesinleşip kesinleşmediği gözetilerek ve sonucuna uygun olarak açıklanan şekilde bir karar verilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 20.02.2023).

⁹ Yargıtay 3. HD, 25.11.2020, E. 2020/3784 K. 2020/7067; 12. HD, 20.01.2015, E. 2014/28243 K. 2015/1158; 13. HD, 13.12.2016, E. 2015/31847 K. 2016/23216 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 25.02.2023).

¹⁰ Ücrete ilişkin hususun kararlaştırılmamış olması, avukatın ücretsiz iş yapmasını gerektirmez. Zira, avukat ile iş sahibi arasında hukukî yardımın karşılığı olarak bir ücretin kararlaştırılmamış olması, avukatın ücrete hak kazanmayacağı anlamına gelmez. Bu tespite rağmen usulüne uygun davranarak avukatın ücretsiz dava alması ise elbette mümkündür. Ancak, bu durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi şarttır (AK m. 164/4, c. 2). Ücretsiz dava alınmasının kötüye kullanılmamak kaydıyla insan haklarına hizmet eden bir yönü de vardır. Zira, ihtiyaç sahipleri için ücretsiz avukat hizmetinden yararlanma adalet erişim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkını, "mahkemeye erişim hakkı" (sözleşmenin altıncı maddesinin birinci fıkrası) kapsamında değerlendirmektedir. Bkz, Özlem Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *AHBVÜHF Dergisi*, Ankara 2020, C. 24, S. 1, s. 285-327.

mesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hâllerde;¹¹ değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgarî ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır (AK m. 164/4).

AK m. 164/4 hükmünde yer alan oranın belirlenmesinde, bir diğer ifade ile avukata ödenmesi gereken vekâlet ücretinin yüzde olarak tespitinde, sözleşme ilişkisinin kurulduğu, böyle bir sözleşme tarihi ispatlanamıyorsa avukatlık hizmetinin verildiği dava tarihleri esas alınmalıdır. Zira, AK m. 164 hükmünde 02.05.2001 tarihli, 4667 sayılı Kanun'la ve 13.01.2004 tarihli, 5043 sayılı Kanun'la iki kez değişiklik yapılmıştır. 5043 sayılı Kanun'dan önce hüküm "Değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde ise asgarî ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın sonucuna ve avukatın emeğine göre değişmek üzere ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değerinin yüzde beşi ile yüzde on beşi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir" şeklindeydi. Bu sebeple, avukatlık sözleşmesi, 01.08.2002 tarihli ise ya da dava bu tarihte açılmış ise, vekâlet ücreti olarak yüzde beş ile on beş arasında bir orana hükmedilecek, eğer söz konusu tarih 13.01.2004'ten sonra ise vekâlet ücreti yüzde on ile yirmi arasında bir oran olarak belirlenecektir.¹²

¹¹ Bu hususta bkz, Yargıtay 13. HD, 18.12.2012, E. 2012/23032, K. 2012/28919 (Mısır, Avukatlık Sözleşmesi, s. 112).

¹² Güner, Avukatlık Hukuku, s. 342; Yargıtay 13. HD, 06.12.2011, E. 2011/2300, K. 2011/18143, "...Dava konusu olayda taraflar arasında yazılı bir avukatlık ücret sözleşmesi bulunmadığı gibi, davacıların iddia ettikleri gibi, taraflar arasında dava değerlerinin %15'i üzerinden ücret ödenmesi konusunda şifai bir sözleşmenin yapıldığı da kanıtlanamamıştır. Bu itibarla, az yukarıda açıklanan nedenlerle davacı avukatlara ödenmesi gereken vekalet ücretinin tespitinde, sözleşme ilişkisinin kurulduğu, avukatlık hizmetinin verildiği dava tarihleri olan 01.08.2002, 13.08.2002, 28.11.2002 tarihleri itibarıyla yürürlükte olan 1136 sayılı Yasanın, 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonraki, ancak 13.01.2004 tarihinde 5043 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önceki hükümlerinin esas alınması gereklidir..." (Mısır, Avukatlık Sözleşmesi, s. 111).

Ücretin nisbî olarak belirlendiği durumlarda, bu belirlemenin yasal sınır olan yüzde yirmi beşin çok üzerinde kararlaştırılması söz konusu ise bu aşırı yüksek oranın indirilip indirilmeyeceği sorunu ile karşılaşmaktadır. Bu çalışmada, avukatlık sözleşmesinde avukatlık ücretinin kural olarak zorunlu unsur olduğu için yer almasının gerektiği, ücretin ilke olarak serbestçe belirlenebileceği ancak tarafların avukatlık sözleşmesinden ücret hususunu açıkça kararlaştırmaları durumunda aşırı olan ücretin ve nisbî ücrete ilişkin aşırı yüksek oranların geçersizliği¹³ sorunu değerlendirilmiştir.

II. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNDE NİSBÎ ÜCRETE İLİŞKİN BİR HÜKMÜN BULUNMASI VE BUNUN AŞIRI YÜKSEK OLMASI DURUMUNDA İNDİRİLMESİ

Uygulamada, genellikle “Avukatlık Ücret Sözleşmesi” ve benzeri isimler altında karşılaşılan sözleşmelerde, avukatlık ücretine ilişkin özel hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Bu tür sözleşmelerde ücrete ilişkin bu hükümler, genelde *Nisbi Ücret* başlığı ile yer almaktadır. Buna örnek olarak, “*Avukatlık ücreti, iş sahibi tarafından açılan veya iş sahibine açılan karşı davalarda, davaya esas alınan değer üzerinden veya mahkeme tarafından hükmolunacak dava veya karar tarihindeki rayiç değerinin yahut paranın karar veya tahsil zamanında işlemiş faizi ile birlikte toplam tutarının yüzde ellisi olarak iş sahibi tarafından avukata ödenecektir. İşbu ücret net olup (yüzde on sekiz) KDV’si ve yüzde yirmi stopajı iş sahibi tarafından ayrıca avukata ödenecektir*” gibi bir sözleşme hükmü gösterilebilir. Şüphesiz, taraflar özgür iradeleri ile böyle bir sözleşme hükmüne yer vermişlerse de ücrete ilişkin bu hükmün yani elde edilecek bedelin yüzde yirmi beşten fazla olan kısmının avukatlık ücreti olarak kararlaştırılması mümkün değildir.

Burada tartışılacak asıl sorun, söz konusu oran nasıl kararlaştırılsa kararlaştırılsın yüzde yirmi beşlik kısmının AK m. 163/2 ve 164/2 hükümleri çerçevesinde yine de geçerli olup olmayacağıdır. Bu başlık altında, yukarıda anılan sözleşme hükmünün geçerli olup olmadığı ve geçersizse avukatlık ücretinin nasıl belirlenmesi gerektiği hususu tartışılacaktır.

¹³ Maktu ücrete ilişkin olarak bkz, Uyar, s. 473-480; Sungurtekin Özkan, s.228-229.

Bu tartışma bakımından karşımıza bu türden bir ücret uyuşmazlığını çözmek için hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı sorunu çıkar. Söz konusu uyuşmazlıkla ilgili özel düzenleme içeren hükümler varsa öncelikle bunların uygulanması gerekir. Örneğin, yürütülen avukatlık hizmeti kamulaştırma faaliyeti gibi uygulamada genellikle tercih edildiği üzere avukatlık ücretinin dava sonunda elde edilecek bedelin belli bir yüzdesini oluşturduğu durumlarda, avukatlık ücreti ile ilgili Kamulaştırma Kanunu'nun emredici hükümlerinin öncelikle değerlendirilmesi gerekir. Bu hükümle birlikte, Avukatlık Kanunu'nun avukatlık sözleşmesine ilişkin 163 ve 164'üncü maddelerinin ve yine Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesine ilişkin hükümlerinin öncelikle incelenmesi gerekir.

Bu bahsedilen düzenlemelerde, uyuşmazlığı çözmeye yeterli hüküm bulunmaz ise bu şekilde bir ücret kararlaştırılması, avukatlık sözleşmesindeki bir hüküm ile ilgili olduğundan ve bu avukatlık sözleşmesi maddî hukuk anlamında bir sözleşme olduğundan kural olarak Türk Borçlar Kanunu ve yine Medenî Kanun'un Başlangıç Hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bilindiği gibi, Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 5'e göre, "Bu Kanun (Medeni Kanun) ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır". Bu sıraya göre, önce Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri, sözleşmelerin kurulması, ifası, sözleşmenin yorumu, geçersizliği, butlan ve iptali açısından Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin genel hükümleri; bunlardan başka Medeni Kanun'un hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin 2'nci maddesi ve hâkimin takdir yetkisini düzenleyen 4'üncü maddesi de şartları varsa bu türden bir uyuşmazlığın çözümünde uygulama alanı bulabilecektir.

A) KAMULAŞTIRMA KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avukatın nisbî nitelik taşıyan ücret alacağı, kamulaştırma ile ilgili bir hukukî hizmet sunumuna ilişkin ise, Kamulaştırma Kanununun 31 ve 33'üncü madde hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülebilir. Bahsi geçen Kamulaştırma Kanunu'nun 31'inci maddesi şu şekildedir:

"Aşağıda yazılı işler ve eylemler yasaktır.

...

e) *Kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukat veya dava vekili veya onlar adına hareket edenlere ait olacağıın kararlaştırılması.*

f) *Yukarıda yazılı bentlerde yasaklanan fiillerin avukat veya dava vekillerince bizzat veya aracı ile mal sahibine teklif edilmesi veya bunlara yardımcı olunması”.*

Görüldüğü gibi hükümde, açıkça kamulaştırma davalarına özgü olmak üzere, kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukata, dava vekiline veya onlar adına hareket edenlere ait olacağıın kararlaştırılması yasaklanmış bulunmaktadır. Burada akla gelen bir diğer soru ise, hükmün yalnızca kamulaştırma ile ilgili olup olmadığıdır. Bu bakımdan, kamulaştırmatsız el atmadan kaynaklanan tazminat davalarının bu madde kapsamında olup olmayacağı tartışılmalıdır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, Kamulaştırma Kanunu’nda ilgili hükmün yalnızca kamulaştırma ile ilgili işlemleri kapsadığını, kamulaştırmatsız el atma usulünde bu hükümlerin uygulanmayacağını düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Şüphesiz, yasak getiren istisnaların dar yorumlanması ilkesi gereğince hakkında hüküm olmayan bir durum hakkında kıyas yoluyla yeni yasaklar üretmek modern hukuk mantığı ile örtüşmez. Ancak, burada söz konusu olan kamulaştırmatsız el atma müessesesi, kamulaştırmadan farklı tamamen ayrı bir mevzuat ile düzenlenmiş bir hukuki müessese değil kamulaştırma kanununun kapsamında yer alan bir müessesedir (Kamulaştırma Kanunu Geçici m. 6). Hâliyle kamulaştırmatsız el atma tazminatına ilişkin olarak söz konusu kanun hükmünün, kıyas yoluyla değil ancak aynı kanunun kapsamında olması sebebiyle kamulaştırmatsız el atma davaları için de uygulanması gerektiği belirtilebilir. Kaldı ki, söz konusu yasaklar kanunun emredici hükmü olarak kabul edilmeli; kanun koyucunun kamulaştırma için getirdiği yasakların aynen kamulaştırmatsız el atma için de uygulanması gerektiği ifade edilmelidir.

Bu arada, uygulanması gerektiği öngörülen ilgili kanunun 31’inci maddesi olup 33’üncü madde için aynı yorumu yapmak mümkün değildir. Zira, 31’inci madde kamulaştırma ve benzeri hukukî işlemlerde, bu arada kamulaştırmatsız el atmada mülkiyet hakkı kamulaştırılan, malına el atılan kişinin malvarlığı değerlerini korumakta iken; 33’üncü madde ise bu eylemleri gerçekleştirenlere karşı bireyin değil kamunun yararını korumaktadır. Yani normun koruma amacı teorisi-

ne¹⁴ göre yorum yapılırsa, Kamulaştırma Kanunu madde 33'ün değil 31'in çalışma konusu bakımından uygulanması mümkün görünmektedir. Bu bakımdan, nihai değerlendirme yapmak gerekirse, Kamulaştırma Kanunu madde 31/1, (e) bendi gereğince, Avukatlık Sözleşmesinin ücrete ilişkin olarak dava sonucunda elde edilen bedelin belirli bir yüzdesinin avukat ait olacağına ilişkin hükmü, kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebi ile geçersiz olmalıdır. Emredici hükme aykırılık, geçersizlik türü olarak kesin hükümsüzlük (butlan) olarak kabul edilmektedir.¹⁵ Bilindiği gibi, TBK m. 27 gereğince *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur"*.

Kanunun bu hükmü gereği bu sonuca varmakla birlikte, yalnızca aşırı yüksek nisbî sözleşme oranlarının değil Avukatlık Kanunu'na aykırı olmayan yüzde yirmi beş ve altındaki oranların da kesin hükümsüz olduğu gerçeği karşısında, Kamulaştırma Kanunu'ndaki bu hükmün anayasal anlamda sözleşme hürriyetine aykırı olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur.

B) AVUKATLIK KANUNU VE AVUKATLIK ASGARI ÜCRET TARİFESİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avukatlık Kanunu madde 163 ve 164, avukatlık ücretine ilişkin özel düzenleme getirmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, avukatın ücreti konusunda öncelikle özel düzenleme getiren hükümlerin

¹⁴ Normun koruma amacı teorisi, hukuk kurallarının zarar görenin mutlak hakları dışında diğer menfaatleri korumak amacıyla koymuş olduğu bir davranış kuralı ihlal edilmişse, davranışı gerçekleştiren kişinin ayrıca sorumlu olması esasına dayanmaktadır. Zira öyle hukuk kuralları vardır ki bunlar, kişilerin mutlak hakları dışında kalan ekonomik menfaatlerini de koruma amacı güderler. Bu normların koruduğu menfaat arasında özellikle kişilerin malvarlığı değerleri yer alır. Bkz, Eren, Genel Hükümler, s. 669-670. Esasında, Kamulaştırma Kanunu m. 31/1 (e) bendi de bu amacı gütmektedir. Zira, kamulaştırma sonucunda kamulaştırılan malvarlığı değeri yerine geçecek olan ikame değer, hak sahibinin ekonomik bütünlüğüne dahil olacağı için bunun tamamının veya bir kısmının avukata ait olmayacağına ilişkin hüküm kişilerin ekonomik değerlerini korumaktadır.

¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 375; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. 1, s. 536; Oğuzman, C. 1, s. 174; Kılıçoğlu, s. 139-140; Akıncı, s. 193; Antalya, C. 1, s. 195; Ayan, s. 143.

somut olaya uygulanması gerekir. Bu hükümlerin değerlendirilmesine girmeden önce avukatlık ücreti ile ilgili Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan ilgili hükümleri de incelemek gerekmektedir. Bu doğrultuda, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nin *Avukatlık Ücretinin Kapsadığı İşler* başlıklı 2'nci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, "Bu tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır". Yani hem tarifedeki ücret hem de avukat ile kararlaştırılan sözleşmesel ücret, kesin hüküm elde edilinceye kadar avukatın yürüteceği dava, iş ve işlemleri kapsamaktadır.¹⁶

AK m. 163 ve 164'ün uygulanması konusuna gelince, m. 163/2 hükmünde, "Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz" ifadelerine yer verilmiştir.

AK m. 164 hükmünde ise, "Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder.

Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.

Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir. (Değişik üçüncü ve dördüncü cümle:13/1/2004 – 5043/5 m.) Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmin kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır" ifadeleri yer almaktadır.

¹⁶ Sungurtekin Özkan, s. 134; Aydın, 2020, s. 165; Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, "Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti ve Vekâlet Ücreti", İstanbul 2018, s. 186.

Görüleceği üzere, hükümlerden 163/2'de, avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmelerin en çok tavana kadar geçerli olacağı ifade edilirken; 164/4'de ise, ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz olması durumunda, *değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir*, ifadelerine yer verilmiştir.

Buradaki sorun, bu başlık altında tartışılan uyuşmazlıklara ikisi de tatbik edilebilir gibi görünen iki hükümden hangisinin somut olaya uygulanacağına ilişkindir. Zira, AK m. 163/2 hükmünü uygular ve tavanı yüzde yirmi beş kabul edersek avukatlık sözleşmesinden kararlaştırılan oran ne kadar olursa olsun bu oranı yüzde yirmi beşe indirmek ve buna göre hüküm kurmak gerekecektir. Diğer taraftan, somut olaya AK m. 164/4 hükmünün uygulanması için hükümdeki ifade belirtildiği gibi ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz olması gerekecektir.

Aslında, burada, iki hükümün aynı durumu düzenlediği düşünülebilir. Zira, ücret sözleşmesi tavanı aşınca 163/2 uygulanacak ve sözleşmenin ücrete ilişkin hükmü geçersiz olacak ve bu sözleşme hükmünü yüzde yirmi beşe kadar geçerli kabul etmek gerekecektir. Öte yandan, şüphesiz sözleşmenin ücrete ilişkin hükmü, kanunun emredici hükmü olan m. 164/2 hükmünde yer alan tavanı (yüzde yirmi beşlik azamî sınırı) aşıyorsa bu bir geçersizliktir. Bunun da aslında AK m. 164/4 anlamında geçersizliği sağladığı düşünülebilir ve bu durumda sözleşme hükmünün yüzde yirmi beşlik kısmını geçerli saymak mümkün olmaz.¹⁷ Hükme göre, somut olayın şartları çerçevesinde uyuşmazlık mahkemeye intikal etmişse hâkimin sözleşme hükmünü, yüzde on ila

¹⁷ Kısmî kesin hükümsüzlük, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olmasının diğerlerinin geçerliliğini etkilememesine denir. TBK m. 27/2 hükmüne göre, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur". Bu hüküm ile kanun koyucu sözleşmelerin ayakta tutulmasına öncelik veren favor contractus ilkesine uygun çözüm öngörmüştür. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. 1, s. 603; Eren, Genel Hükümler, s. 379; Oğuzman, C. 1, s. 179-180; Kılıçoğlu, s. 148-149; Akıncı, s. 195; Antalya, C. 1, s. 465; Ayan, s. 144.

yüzde yirmi arasında uygun bir orana hükmetmek suretiyle uyarlaması gerekecektir.¹⁸

Bu sorunlu durumun sebebi olarak, esasında 163 ve 164'üncü madde hükümlerinin yeterince itinalı düzenlenmemiş olması gösterilebilir. Bu iki hüküm arasındaki çelişkiyi gidermek için 163/2 hükmü ilga edilmelidir. Böylece, ücret sözleşmesinin tavanı yüzde yirmi beş olarak kabul edilecek ve bunu aşan sözleşmeler geçersiz sayılacağı için hâkim somut olayda avukatın harcadığı emek ve mesaiyi dikkate alarak hakkaniyete uygun şekilde bir uyarlama yapacak ve yüzde on ile yüzde yirmi arasında uygun bir oranı takdir edecektir. Bir başka açıdan konuya yaklaşırsa hem avukat lehine yorum yapılması hem de çelişkinin giderilmesi bakımından AK 164/4 hükmünün üçüncü cümlesinin ilga edilmesi de düşünülebilir.

Başka bir yorum tarzı benimsenirse, kanun koyucunun 163/2 hükmünü sadece tavanı aşan sözleşmeler için getirdiği; 164/4 hükmünü

¹⁸ Hükümde, bu uyarlamayı bir diğer ifade ile aşırı yüksek sözleşme şartının indirilmesini yapacak makam olarak ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci gösterilmiştir. Yargıtay bu uyarlama işinin mahkeme tarafından yapılacağına hükmetmiştir. Bkz, Yargıtay 13. HD, 18.12.2012, E. 2012/23032, K. 2012/28919, "...Taraflar arasında düzenlenen 25.11.2008 tarihli işçilik alacaklarına ilişkin açılacak iş davasına esas vekalet ücreti sözleşmesinin geçersiz olduğu mahkemenin de kabulündedir. 5043 sayılı Kanun ile değişik Avukatlık Kanunu'nun 164/3 hükmü uyarınca avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Mahkemece Avukatlık Kanunundaki bu hüküm uyarınca %10 ile %20 arasında bir vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, sözleşmede kararlaştırılan %25 oran esas alınarak vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...". Şüphesiz bu mahkeme, genel kurala göre davalının yerleşim yeri, tercihe göre sözleşmenin ifa yeri, asliye hukuk mahkemesidir. Ancak, somut olaya göre, özel mahkemelerin görev alanına giren bir uyuşmazlık varsa duruma göre tüketici işlemleri için tüketici mahkemesi, ticarî davalarda ticaret mahkemesi de görevli olabilir. Bkz, Sungurtekin Özkan, s. 310; Ruhi/Ruhi, s. 120-121. Kemal Döner, "Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar", *DÜHF Dergisi*, Diyarbakır 2017, C. 22, S. 36, s. 137-173, s. 163; Burak Keçecioglu, "Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması", *MÜHFHA Dergisi*, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 1649-1678, s. 1674. Ayrıca, bu uyuşmazlık, tüketici veya ticarî dava şartı arabuluculuk kapsamına da girebilir (TTK m. 5/A; TKHK m. 73/A).

ise tavanı aşmak dışındaki diğer geçersizlik türlerini barındıran sözleşmeler için getirdiği düşünülebilir. Bu yorum tarzının, iki geçersizlik türü arasında ayırım yaratılacağı için benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Zira, geçersizlik geçersizliktir ve bu durumda farklı iki hüküm getirmek hukuken kabul edilebilir bir tercih değildir. Bu yorum benimsense bile, 164/4 hükmünün, yüzde yirmi beşi aşan sözleşmeler ve sözleşme hükümleri için uygulanmayacağına ilişkin 164/4 hükmüne bir cümle eklenmesi gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu bahsedilen iki yorum tarzından hangisi kabul edilirse edilsin yukarıda örnekte olduğu gibi yüzde yirmi beş sınırı fahiş sayılabilecek ölçüde aşan oranlar için AK m. 163/2'nin uygulanmaması gerekir. Örneğin, yukarıdaki örnekte olduğu gibi Katma Değer Vergisi (KDV), stopaj gibi eklemelerle yüzde yetmiş seksenleri bulan ücrete ilişkin sözleşme hükümlerinin, sadece yasal olarak belirlenmiş tavanı aşmış olduğu için değil, bunu fahiş şekilde aşmış olduğu için aşırı yararlanma (gabin) içermekte olduğu da düşünülmelidir. Bu bağlamda, aşırı yararlanma hükümlerine göre sözleşmedeki ücrete ilişkin hüküm uyarlanması gerekmektedir.¹⁹ Bu husus, aşağıda aşırı yararlanmaya ilişkin paragrafta ayrıca ele alınmıştır.

Gerçekten, bu konuda Yargıtay da yüzde otuz-otuz beş gibi daha makul şekilde yüzde yirmi beş tavanını aşan oranları içeren ücrete ilişkin sözleşme hükümleri hakkında 163/2 hükmünü uygulamasını uygun bulmuştur.²⁰ Öte yandan, Yargıtay'a göre, somut olayda aşırı

¹⁹ TBK m. 28/1 hükmüne göre, "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir". Ücretin fahiş olması yazılı sözleşme ile belirlenen bu ücretin aşırı yararlanma hükümlerine göre ve avukatın o işte sarf ettiği emeği de göz önüne alınarak indirilmesi gerektiği yönünde bkz, Sarica, s. 45.

²⁰ Yargıtay 3. HD, 8.10.2020, E. 2020/3238 K. 2020/5673, "...akdi vekalet ücreti yönünden taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen %30'luk oranın Avukatlık Kanunu'nun 163/2. maddesinde tanımlanan %25'lik tavan göz önüne alındığında sözleşmenin geçersiz olduğu... Bu durumda, avukatın, fiil ehliyetinin kaybedildiği tarih itibarıyla kesinleşen dosyalar bakımından vekalet ücretlerinin Avukatlık Kanunu'nun 163/2 maddesi kapsamında %25 oranı gözetilerek tamamını talep etme hakkı olduğu, buna karşılık fiil ehliyetinin kaybedildiği tarih itibarıyla de-

yararlanma (gabin) unsurlarının bulunması durumunda sözleşmenin avukatlık ücretine yönelik kısmı geçersiz kılınabilir.²¹

Öyleyse bu noktada, sözleşmenin diğer geçersizlik türleri özellikle aşırı yararlanma bakımından değerlendirilmesi gerekir. Aşırı yararlanma, TBK m. 28/1'de yer almaktadır. Hükme göre, *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir”*.

Hükümde yer alan aşırı yararlanmanın varlığı için iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde *edimler arasında açık bir oransızlığın olması, edimler arasındaki açık oransızlığın diğer tarafın içinde bulunduğu özel bir durumdan, deneyimsizlik ya da düşüncesizlikten kaynaklanması ve sömürme kastı-*

vam edip henüz kesinleşmeyen dosyalar bakımından ise, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiye, hak ve nefasete göre belirlenecek bir ücrete hak kazandığı kabul edilmelidir”; Yargıtay 13. HD, 04.06.2018, E. 2018/2637 K. 2018/6554, “...Sözleşmede dava sonunda hükmedilecek değer üzerinden % 30 oranında vekalet ücreti ödeneceği değil, toplam faiz alacağı üzerinden %30 oranında vekalet ücretinin avukata ait olacağı kararlaştırılmıştır. Bilirkişi tarafından bu ayrıntıya dikkat edilmeksizin Avukatlık Kanunu 163/2.maddesi gereği vekalet ücreti hükmedilecek değerini %25’ini geçmeyeceğinden bahisle sözleşmede belirlenen oranın %25’e indirilmesi durumunda sözleşmenin geçerli olacağı takdir edilmiş, mahkemece de bu rapor hükme esas alınmıştır. Ayrıca davalının bilirkişi raporuna itirazında dile getirdiği ve davacı adına yaptığını söylediği 411,00 TL ve 1.000,00 TL tutarındaki ödemeler de hesaplamada dikkate alınmamıştır. Bu durumda, mahkemece, sözleşmede kararlaştırılan faiz alacağının % 30’u oranındaki vekalet ücretinin, davada hükmedilen müddeabih (asıl alacak + faiz alacağı) üzerinden yapılan hesaplama sonucu %25’i geçip geçmediğinin değerlendirilerek ve davalının davacı adına ödediğini iddia ettiği 411,00 TL ve 1.000,00 TL tutarındaki ödemeler de dikkate alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (Kararlar için bkz, lexpera.com.tr, erişim tarihi: 20.02.2023).

²¹ Yargıtay 13. HD, 13.04.2010, E. 2009/15185, K. 2010/5016, “...Keşif tarihi itibariyle davacının hissesine isabet eden değer 112.500,00 TL olduğu, sözleşme ile kararlaştırılan ücretin ise 67.400,00 TL’ye tekabül eden 50.000,00 USD olduğu anlaşıldığından, dava değeri ile sözleşmede kararlaştırılan ücret miktarı arasında aşırı oransızlık bulunduğu açıkça görüldüğünden, sözleşmenin geçersiz olduğunun kabulü gerektiği...”; Yargıtay 13. HD, 29.05.2013, E. 26533, K. 14348 “...Davacı avukatın takip ettiği işin müddeabihinin 217.000,00 TL, ödenmesi kararlaştırılan vekalet ücretinin ise maktuen 100.000 EURO olması nedeniyle, edimler arasında aşırı bir dengesizlik bulunduğu...” (Uyar, s. 477). Ayrıca bkz, Candaş İlgin, “Avukatlık Ücret Sözleşmesi”, Ankara 2013, s. 86-87.

nın bulunması aranır.²² Ücrete ilişkin aşırı yüksek oran içeren sözleşme hükmü açısından değerlendirme yapmak gerekirse, bir avukatın kendi mesleğine özgü temel kuralları getiren Avukatlık Kanunu'nda yer alan emredici bir hükmü bilmemesi düşünülemez. Karşı tarafta ise, çoğu zaman bu durumu bilmeyen, maddenin ifadesine göre bu tür sözleşmeler açısından deneyimsizlik ya da düşüncesiz olan,²³ sözleşmenin imzalandığı anda oldukça yaşlı olan, sağlık sorunları ya da para ihtiyacı sebebi ile zor durumda olan tüketici statüsündeki bir kişi olabilir. Böyle bir senaryoda, elde edilecek bedelin yaklaşık yüzde ellisi gibi bir oranına isabet edecek şekilde ücret sözleşmesi imzalatılması aşırı yararlanmanın ispatı için yeterli sayılabilir. Böyle bir ücret hükmü içeren avukatlık sözleşmenin, müvekkilinin haklarını gerektiğinde kendine karşı dahi koruması beklenen basiretli bir avukat²⁴ tarafından hazırlanmış olması, aşırı yararlanmanın ispatlanmasını daha da kolaylaştıracaktır.

Bu açıklamalar ışığında, sözleşmenin ücrete ilişkin hükmü geçersizse artık TBK m. 28 hükmüne göre, sözleşmede söz konusu olan aşırı yararlanmaya dayalı bu oransızlık, *zarar görenin, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesi ile ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istemesi suretiyle* yok edilebilir. Şüphesiz, vekâlet sözleşmesi, süre-

²² Eren, Genel Hükümler, s. 474; Antalya, C. 1, s. 421; Kılıçoğlu, s. 295; Oğuzman, C. 1, s. 136; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. 1, s. 492.

²³ Düşüncesizlik, bir kişinin karakter olarak hafif düşünce ve yapıda olması değildir. Somut olayda, yapılan sözleşme yönünden özen göstermeme, düşüncesiz davranmış olmasıdır. Dolayısıyla, bu ifade, zarar gören tarafın belirli bir konuda eksik yetenekli olması, uzağı görememesi, yaptığı sözleşmenin doğuracağı hüküm ve sonuçları gereği gibi öngörememesi anlamına gelir. Deneyimsizlik ise, zarar gören kişinin hayat ve yapılan iş türü bakımından işlerde bilgi eksikliği olmasını ifade eder. Eren, Genel Hükümler, s. 473; Antalya, C. 1, s. 420; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. 1, s. 488-489; Kılıçoğlu, s. 294; Oğuzman, C. 1, s. 136. Örnekte verilen durumda, iş sahibinin avukat karşısında bu tanımlamalara göre deneyimsiz veya düşüncesiz olduğu ileri sürülebilir.

²⁴ Öğretide, TBK m. 506/3 hükmünün "Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır" ifadesinden yola çıkarak vekilin bu arada avukatın özen borcunun 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre yükseltildiği ve eskisine nazaran çok daha fazla objektifleştirildiği yönünde bkz, Mustafa Alper Gümüüş, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", C. 2, İstanbul 2012, s. 156, 163 vd. Özen sorumluluğunun somut görünümler için bkz, Cenk Akil, "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü", *HHF Dergisi*, Ankara 2012, C. 2, S. 1, s. 11-26.

li edimli bir sözleşme olduğundan ve karşı edimin iadesi mümkün olmayacağından, ilke olarak ileri etkili olarak feshedilecek ancak söz konusu oransızlığın giderilmesi mümkün olabilecektir. Bu da aşırı yararlanma sebebi ile geçerli bir ücret sözleşmesinin olmadığı durumlarda devreye giren Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'nin üçüncü kısmına göre *konusu para olan ya da para ile değerlendirilebilen hukukî yardımlara ödenecek ücrete ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenebilir.*

Alternatif olarak, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak 164/4 hükmündeki geçersizlik şartı gerçekleşmiş varsayılarak artık avukatlık ücretinin *avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihnin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirlenmesi* düşünülebilir. Aşırı yararlanmanın şartlarının olmadığı durumlarda, kabul edilebilir sınırı aşan, bir diğer ifade ile fahiş sayılabilecek aşırı yararlanma içeren sözleşme hükümleri hakkında AK m. 164/4'ün uygulanması daha isabetli olur.

Elbette, bu iki durumda da hâkimin TMK m. 4 anlamında takdir yetkisi devreye girecektir. Hükme göre, *"Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir"*. Hâkimin hukuka ve hakkaniyet göre hüküm kurması, kendisine verilen bu ölçümleme ve uyarılama yetkisi dahilinde somut olayda varsa aşırı yararlanma kastını da nazara alarak tercihte bulunması gerekir. Somut olayın şartlarına göre, AK m. 164/4 hükmü anlamında alt sınır olan yüzde on ile üst sınır olan yüzde yirmi arasında bir orana hükmederek hâkimin sözleşmeyi hukuk ve hakkaniyete uygun şekilde uyarlaması aynı zamanda tüketici sıfatı taşıyan iş sahipleri bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ruhuna uygun olacaktır.

C) TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN VE GENEL HÜKÜMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Bu başlıktaki husus, avukatlık ücretine ilişkin bir sözleşme hükmünün değerlendirilmesi olmakla birlikte yapılan sözleşmede avukatın vekâlet hükümlerine göre tüketiciye karşı sorumlu olduğu ve sözleşmenin karşı tarafının tüketici olduğu durumlarda, tüketici sıfatı olmayan birine göre iş sahibinin daha fazla korunması gerektiridir. Sözleşmenin karşı tarafı olan avukatın vekâlet hükümlerine göre tü-

ketici olan iş sahibine karşı sorumluluğu, TBK m. 506 hükmüne göre belirlenecektir.²⁵ Bu sorumluluk, sözleşme görüşmeleri ile başlayıp sözleşmenin kurulması ve ifası ile sona ermesi süreçlerine de yayılan bir zaman diliminde geçerli olacaktır. Vekilin müvekkile karşı işi *şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme* borcunu düzenleyen bu hükme göre, *“Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür...Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır”*.

Öğretide hem haksız fiil hem de sözleşmesel sorumluluk bakımından söz konusu olan objektif kusur teorisine göre, sorumluluk bakımından kusurun tespitinde objektif, orta zekâya sahip, makul ve dürüst ortalama bir tip model alınır. Bu ortalama modelin davranışından sapan davranış sorumluluğu getirecektir.²⁶ Avukatın sorumluluğu, TBK m. 506 hükmü bağlamında ortalama tipin sorumluluğundan çok daha fazladır. Hükme göre, model olarak alınacak kişi, orta zekâya sahip, makul biri değil, *benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsüne yükselmiş davranışı sergilemesi beklenen vekile terfi etmiş biri* olacaktır.²⁷ Yukarıdaki izaha göre, aşırı yararlanmada söz konusu olan sömürme kastının tespitinde bu özen ölçüsüne göre davranılması gerektiği nazara alınırsa Avukatlık Kanunu gibi kendi meslek kurallarını düzenleyen bir kanunda getirilmiş yüzde yirmi beş sınırı aşan; hatta kimi kötü örneklerde bunu iki kat fazla aşacak şekilde sözleşme hazırlayan bir avukatın özenli davranmadığı ileri sürülebilir.

²⁵ Halûk Tandoğan, “Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Basım, İstanbul 2010, s. 409-410; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, “Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri”, Ankara 2017, s. 616; Fikret Eren, “Borçlar Hukuku, Özel Hükümler”, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 742; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, “Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri”, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 447; Gümüş, C. 2, s. 152.

²⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 642-643; Antalya, C. 2, s. 72; Oğuzman, C. 2, s. 60.

²⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 618; Aral/Ayrancı, s. 449; Eren, Özel Hükümler, s. 742. Gümüş’e göre, bir vekilin en yüksek ölçüde özenli davranışı esas alınır ve somut olaya göre ideal vekilin kendisinden beklenecek en uygun davranıştan sapma oluşturan her davranışı özensiz olarak nitelendirilir. Gümüş, C. 2, s. 152-153. Şu hâlde, sözleşmenin ücrete ilişkin hükmünde yüzde yirmi beşi aşan her oran, ideal vekilin davranışından sapma oluşturacağına göre bu tür sözleşme hükümleri bakımından avukatın özenli davranma kuralını ihlal ettiği söylenebilir.

Eğer avukat, basiretli bir vekil gibi davransaydı, bir diğer deyişle kendi meslek kurallarını düzenleyen kanunun emrine uygun olarak, sözleşmeye elde edilecek bedelin yüzde yirmi beşi üzerinden ücret şartı koysaydı, böyle bir hükmün geçerliliği tartışılıyor olmayacaktı. Bu tartışma, avukatın basiretli vekilin özen ölçüsünü aşacak şekilde sözleşme şartı koymuş olmasından kaynaklanmaktadır. Hiç şüphesiz bunun da bir yaptırımı olmalıdır. Eğer avukat basiretli bir vekil gibi davransa ve yüzde yirmi beş oranı aşmasa idi kendisini koruyan AK m. 164/2 hükmüne sığınabilir ve hakkı korunurdu. Avukatın bunu aşmış olması²⁸ ve kendisine kanunen yüklenmiş olan sorumluluğa aykırı davranması, hukuken korunmaması ya da daha az korunması sonucunu doğurmalıdır. Zira, basiretli bir vekil gibi kanunun ilgili hükümlerine uygun davranan biri ile buna tamamen aykırı davranan birinin aynı hukukî korumadan, yani yüzde yirmi beş tavan orandan yararlanması mümkün olmamalıdır. Bir diğer ifade ile hukuka uygun davranan biri ile hukuka aykırı davranan birinin aynı hukukî korumadan yararlanması hukuk mantığı ile örtüşmez.

Konuya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından değinmek gerekirse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 5'te haksız şartı şu şekilde tanımlamaktadır: Haksız şart;²⁹ *tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*. Haksız şartın yaptırımı ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Buna göre, *"Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür"*.³⁰ Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçer-

²⁸ Zevkiler/Gökyayla'ya göre, avukatın yeni yürürlüğe giren kanun hükmünü bilmemesi özen hükümlülüğünü ihlal bakımından mazeret sayılmaz. Bkz, Zevkiler/Gökyayla, s. 617-618. O hâlde, basiretli bir vekil gibi sorumlu olan avukatın, kendi mesleği ile ilgili bu açık yasak koyan kanun hükmünü bilmediği yönünde savunma getirmesi kabul edilemez.

²⁹ Bu konuda, Murat Aydoğdu, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi", Ankara 2014, s. 182-184; Ayşegül Küçükdağlı, "Avukatlık Sözleşmesinin Tüketiciyi Koruyucu Hükümler Ekseninde Değerlendirilmesi", *HHF Dergisi*, Ankara 2022, C. 12, Ş. 2, s. 1582-1619, s. 1590 vd.; Ömer Faruk İlgün, "Avukatlık Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları ve Haksız Şartlar", Ankara 2020, s. 76-78.

³⁰ Haksız şartın yaptırımının tüketici lehine tek taraflı kesin hükümsüzlük imkânı getirdiği, haksız şarta ilişkin kesin hükümsüzlüğün yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği ve hâkim tarafından tüketici lehine resen gözetileceği yönünde bkz. Aydoğdu, s. 198-199.

liliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”.

Bu hükümler ışığında, avukat karşısında yer alan iş sahibinin tüketici olması durumunda sözleşmedeki ücrete ilişkin aşırı yüksek oran içeren hükmün haksız şart olup olmadığı tartışılmalıdır. Sözleşmenin ücrete ilişkin hükmünün haksız şart olduğu sonucuna, bunun iş sahibi ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması sebebi ile varmak mümkündür. Zira, dürüstlük kuralı ve Avukatlık Kanunu çerçevesinde bu oranın en fazla yüzde yirmi beş olması gerekmektedir. Bu oran, yüzde yirmi beş üzerinde olursa ortada TKHK m. 5 anlamında haksız bir şartın olduğu ifade edilmelidir. Bu ihtimalde, sözleşme hükmü kesin hükümsüz olacaktır. Söz konusu hüküm kesin hükümsüz kabul edilirse, hukukî sonuç doğurmayacak ve artık ücrete ilişkin bir sözleşme hükmü yokmuş gibi uyumsuzluğa çözüm aramak gerekecektir.³¹

Bunlara ek olarak, TMK m. 2 hükmünden bahsetmek ve hükmün somut olaya uygulanabilirliğini değerlendirmek de gerekir. Hükme göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. Aynı kural şüphesiz avukatlar için de geçerlidir. Avukatın hakkı, Avukatlık Kanunu çerçevesinde kendisine tanınan yüzde yirmi beş oranı aşmamak üzere ücret sözleşmesi yapabilmektir. Kendisine bu hak tanınmışken ve kanunen bu hakkı basiretli vekil özeni ile aşmaması emredici bir hükümlerle kendisine yüklenmişken, avukatın bu sınırı aşırı ölçüde aşması durumunda açıkça hakkını kötüye kullanıldığı düşünülebilir.³² Gerçekten, Yargıtay, yargılama sonucu 22.083.043.254 TL üzerinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olan uyumsuzlukta, avukatlık ücret sözleşmesi ile avukata maktu olarak 20.000.000.000 TL avukatlık ücreti ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasını, iyiniyet ve ahlâk kuralları ile bağdaştırmamış; yapılmış olan avukatlık ücret sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır.³³

³¹ Ayrıca bkz, Küçükdağlı, s. 1592; İlgün, Ömer Faruk, s. 83.

³² Maktu ücret için aynı yönde bkz, Uyar, s. 480.

³³ Yargıtay 13. HD, 06.02.2013, E. 10509, K. 15307 (Uyar, s. 477). Aynı yönde bkz, Yargıtay 13. HD, 14.06.2011, E. 15467, K. 9408, “...1991 yılındaki Türk lirasının alım

Ücretin maktu veya nisbî olarak kararlaştırılmasının fark yaratmayacağı, somut olayın şartlarına göre nisbî olarak kararlaştırılan ücret yönünden de oran aşırı yüksek ise aynı hukukî sonuca varılması gerektiği tartışmasızdır.

Öyleyse bu durumda, hükmün yaptırımı uygulanacak; hakkı açıkça kötüye kullanan hukukun kendisine tanıdığı korumadan, yani sözleşmeye rağmen ücret olarak dava sonunda elde edilen bedelin yüzde yirmi beşini isteme hakkından yararlanmayacaktır. Şüphesiz, avukatın emeği de hiçe sayılmayacak harcadığı emek ve mesai nazara alınarak TMK m. 4 çerçevesinde hukuka ve hakkaniyet uygun bir ücrete hükmedilecektir.

Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ideal hukuk önerisi olarak somut olaydaki durum ve şartlar değerlendirilerek öncelikle sözleşmedeki ücret hükmünün kesin hükümsüzlük sebebi ile yok sayıldığı durumlarda, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin Üçüncü Kısımına göre ücrete hükmedilmesi önerilebilir. Tarifeye göre, avukatlık ücretinin takdirinde, hukukî yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınacaktır.

Diğer bir öneri olarak, AK m. 164/4 hükmüne göre, ücret hükmü geçersiz sayılarak somut olayın şartları çerçevesinde mahkemece ücretin hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi önerilebilir. AK m. 164/4 hükmü yüzde on ila yirmi arasında bir aralıkta takdir hakkı öngördüğü için karşı tarafın tüketici olduğu durumlarda, tüketici lehine yo-

gücüne göre davacılar a ait hisselerin toplam değeri ile kıyaslanamayacak ölçüde 50.000 TL gibi (maktu) çok fahiş bir miktar üzerinden avukatlık ücreti kararlaştırılmasının geçerli olmayacağı..." (Uyar, s. 478); Yargıtay 13. HD, 26.03.2009, E. 13423, K. 4085, "...Mahkemece hükmedilen tazminat miktarının 54.169 YTL olup, sözleşme ile kararlaştırılan vekalet ücretinin ise 30.000 YTL olup, vekil edene sağlanan menfaatin %50'sini aşmakta olduğunu, bu bedelin BK'nın 19. maddesi ve MK'nın 2. maddesi hükmüne aykırı ve fahiş olduğunun kabul edilerek, yapılmış olan ücret sözleşmesinin bu nedenle geçersiz sayılması gerekeceği..." (Uyar, s. 478); Yargıtay 13. HD, 29.03.2009, E. 11804, K. 3099, "...Taraflar arasında yapılmış avukatlık ücret sözleşmesi ile avukata yürüteceği tazminat davasında 10.000.000 TL avukatlık ücreti ödeneceğinin kararlaştırıldığı, sözleşmenin konusunu oluşturan davada fazlaya ait haklar saklı tutularak 250.000 YTL maddi, 10.000.000 YTL manevi tazminat istemiyle dava açıldığı, dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporundan talep edilecek maddi tazminat miktarının 10.673.45 YTL olduğunun belirlenmesi karşısında, sözleşmede kararlaştırılan ücret, müddeabihin tamamına yakın kısmını kapsadığından iyiniyet ve ahlak kuralları ile bağdaşmadığından, bu ücret sözleşmesinin geçersiz sayılacağı..." (Uyar, s. 478-479).

rum yapılmak suretiyle en az yüzde on olmak üzere uygun bir oranın kabul edilmesi; diğer durumlarda en çok yüzde yirmi olmak üzere uygun bir oranın belirlenmesi ve buna göre avukatlık ücretine hükmedilmesi uygun olacaktır.

III. SONUÇ

Avukatlık sözleşmesi, benzer özelliklere sahip olduğu vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerinden faydalanabilmesine imkân sağlamakla birlikte hakkında bulunan özel düzenlenmeler sebebi ile tipik ve kendine has yapısı olan bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Profesyonel bir meslek sahibi olarak avukat, avukatlık sözleşmesi gereğince iş sahibine bir ücret karşılığında hukukî yardım sunmakta; bu iki edim karşılıklı olarak değişilmektedir.

Avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde özel kanun olması sebebi ile öncelikle Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanmalıdır. Avukatlık Kanunu'nda hüküm olmayan durumlarda ise, avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayan ilgili hükümleri uygulanmalıdır. Sözleşmede de hüküm bulunmaması durumunda, sırasıyla Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri ve genel hükümleri taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde uygulanacaktır.

Avukatlık Kanunu'na aykırı bu hüküm sebebi ile ücret uyuşmazlığı ortaya çıktığında ücret, asgarî ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla AK m. 164/4 hükmüne göre belirlenecektir. İlke olarak, ücretin, avukatın hukukî hizmeti vermeye başladığı tarihten hizmetin sona erdiği tarihe kadarki zaman dilimini kapsadığı ifade edilmelidir.

Taraflar avukatlık ücretini nasıl kararlaştırırsa kararlaştırınsınlar sözleşmede yer alan ücret, belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Her sözleşme gibi avukatlık ücret sözleşmesinin de genel hükümlere (TBK m. 26-27; TMK m. 2'ye) göre geçerli olabilmesi için, sözleşmenin taraflarının hukukî işlem ehliyetine sahip olması; sözleşmenin konusunun, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlâka ve adaba aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması gerekir. Bunun yanında, sözleşme kurulurken iradelerin özgürce oluşmuş olması, bir diğer ifade ile iş sahibinin iradesinin yanılma, aldatılma ya da korku-

tulma sebebi ile bozulmamış olması, aşırı yararlanmanın olmaması, iradelerin muvazaalı olmaması gerekir.

Avukat ile iş sahibi arasında bir sözleşme bulunmasına rağmen ücret konusu düzenlenmemiş veya ücrete ilişkin sözleşme hükmü geçersiz ise avukatın ücret alacağıının nasıl belirleneceği AK m. 164'te düzenlenmiştir. Ancak, hükümdeki değişiklik dikkate alınarak, avukatlık sözleşmesi, 01.08.2002 tarihli ise ya da dava bu tarihte açılmış ise, vekâlet ücreti olarak yüzde beş ila on beş arasında bir orana hükmedilecek, eğer söz konusu tarih 13.01.2004'ten sonra ise vekâlet ücreti yüzde on ile yirmi arasında bir oran olarak belirlenecektir.

Bu konuda bir başka sorun ise, ücret uyuşmazlığını çözmek için hangi kanun hükümlerinin hangi sıra ile uygulanacağıdır. Söz konusu uyuşmazlıkla ilgili özel düzenleme içeren hükümler varsa öncelikle bunların uygulanması gerekir. Emredici özel bir kanun hükmü yoksa Avukatlık Kanunu'nun Avukatlık Sözleşmesine ilişkin 163 ve 164'üncü maddelerinin ve yine Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi'ne ilişkin hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekir. Bu bahsedilen düzenlemelerde, uyuşmazlığı çözmeye yeterli hüküm bulunmaz ise maddî hukuk sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesi ve ücrete ilişkin sözleşme hükmü hakkında kural olarak Türk Borçlar Kanunu ve yine Türk Medenî Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Bu bağlamda, öncelikle AK m. 163 ve 164 hükümlerini değerlendirmek gerekir. Bu iki hükmün aynı durumu düzenlediği düşünülebilir. Esasında 163 ve 164'üncü madde hükümlerinin yeterince itinalı düzenlenmemiş olduğu da belirtilmelidir. Bu iki hüküm arasındaki çelişkiyi gidermek için 163/2 hükmü ilga edilmelidir. Böylece, ücret sözleşmesinin tavanı yüzde yirmi beş olarak kabul edilecek ve bunu aşan sözleşmeler geçersiz sayılacağı için hâkim somut olayda avukatın harcadığı emek ve mesaiyi dikkate alarak hakkaniyete uygun şekilde bir uyarılama yapacak ve yüzde on ila yüzde yirmi arasında uygun bir oranı takdir edecektir. Bir başka açıdan konuya yaklaşırsa hem avukat lehine yorum yapılması hem de çelişkinin giderilmesi bakımından AK m. 164/4 hükmünün üçüncü cümlesinin ilga edilmesi de düşünülebilir.

Öte yandan, yüzde yirmi beş sınırı fahiş sayılabilecek ölçüde aşan nisbî sözleşme oranları hakkında AK m. 163/2'nin uygulanmaması ge-

rekir. Bu durumda, böyle bir sözleşme hükmünün, sadece yasal olarak belirlenmiş tavanı aşmış olduğu için değil, bunu fahiş şekilde aşmış olduğu için aşırı yararlanma (gabin) içermekte olduğu da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, aşırı yararlanma hükümlerine göre sözleşmedeki ücrete ilişkin hükümün uyarlanması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile fahiş sayılabilecek aşırı yararlanma içeren sözleşme hükümleri hakkında AK m. 164/4'ün uygulanması daha isabetli olur. Ücretin maktu veya nisbî olarak kararlaştırılmış olmasının fark yaratmayacağı, somut olayın şartlarına göre nisbî olarak kararlaştırılan ücret yönünden de oran aşırı yüksek ise aynı sonuca varılması gerektiği belirtilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı, Şahin, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", 13. Baskı, Konya 2022.
- Antalya O. Gökhan, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 1/1, 2. Baskı, Ankara 2019 (C. 1)
- Antalya O. Gökhan, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 1/2, 2. Baskı, Ankara 2019 (C. 2).
- Antalya O. Gökhan, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 1/3, 2. Baskı, Ankara 2019 (C. 3).
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan: "Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri", 11. Baskı, Ankara 2015.
- Ayan Mehmet, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", 12. Baskı, Ankara 2020.
- Aydın Murat, "Avukatlık Ücreti", 5. Baskı, Ankara 2010.
- Aydoğdu Murat, "Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi", Ankara 2014.
- Egemen Erhan/Aşık Ahmet Can, "Uygulamada Avukatlık Ücreti, Uygulamadan Örnekler, Bilirkişi Raporları, Yargıtay Kararları", Ankara 2021.
- Eren Fikret, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", 24. Baskı, Ankara 2019 (Genel Hükümler).
- Eren Fikret, "Borçlar Hukuku, Özel Hükümler", 7. Baskı, Ankara 2019 (Özel Hükümler).
- Gümüş Mustafa Alper, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", C. 1, İstanbul 2012 (C. 1).
- Gümüş Mustafa Alper, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", C. 2, İstanbul 2012 (C. 2).
- Güner Semih, "Avukatlık Hukuku", 5. Baskı, Ankara 2011 (Avukatlık Hukuku).
- Güner Semih, "Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti", Ankara 2014 (Avukatlık Sözleşmesi).
- Günergök Özkan, "Avukatlık Sözleşmesi", 2. Baskı, Ankara 2009.
- İlgün Candaş, "Avukatlık Ücret Sözleşmesi", Ankara 2013 (Candaş).
- İlgün Ömer Faruk, "Avukatlık Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları ve Haksız Şartlar", Ankara 2020 (Ömer Faruk).

- Karateke Songül, "Avukatlık Sözleşmesinde Ücret: Avukatlık Hukuku ile İlgili Kanun, Yönetmelik, Avukatlık Meslek Kuralları ve İçtihatlar" Ankara 2006.
- Kılıçoğlu Ahmet, M., "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", Genişletilmiş 23. Bası, Ankara 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 1, 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", C. 3, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Korkusuz M. Refik/Korkusuz M. Halit, "Avukatlık Hukukuna Giriş", 4. Baskı, Bursa 2016.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 13. Basım, İstanbul 2015 (C. 1).
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 2, 12. Basım, İstanbul 2016 (C. 2).
- Özen Atilla, "Avukatlık Sözleşmesi", Ankara 2021.
- Polat Metin, "Avukatlık Sözleşmesinde Ücret", Ankara 2017.
- Ruhi, Canan/Ruhi Ahmet Cemal, "Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti ve Vekâlet Ücreti", İstanbul 2018.
- Sungurtekin Özkan Meral, "Avukatlık Mesleği", 3. Baskı, İzmir 2012.
- Tandoğan Halûk, "Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1/ 1, 6. Basım, İstanbul 2008 (C. 1/1).
- Tandoğan Halûk, "Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Basım, İstanbul 2010 (C. 2).
- Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, "Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri", Ankara 2017.

Makaleler

- Akil Cenk, "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü", *HHF Dergisi*, Ankara 2012, C. 2, S. 1, s. 11-26.
- Aksu Raziye, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *TAA Dergisi*, Ankara 2016, C. 7, S. 27, s. 861-891.
- Albayrak Hakan, "Avukatlık Kanunu'ndaki Avukatlık Ücretine İlişkin Düzenlemelerin Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri ve Avukatlık Kanun Tasarısı'nın Bu Açıdan Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 6, S. 12, s. 155-194.
- Aslan Ali Çetin, "Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış", *DEÜHF Dergisi*, İzmir C. 16, Özel Sayı, s. 1669-1711.
- Başterzi Süleyman, "Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Ankara 2010, S. 17, s. 175-198.
- Bıyan Özgür, "Avukatların Karşı Taraf Vekalet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu", *TBB Dergisi*, Ankara 2016, S. 116, s. 247-258.
- Burcuoğlu Haluk, "Avukatlık Ücret Sözleşmesinde Ücretin Belirlenmesi Hakkında Yargıtay Kararlarına Bir Bakış", *İÜHF Mecmuası*, İstanbul 1994, C. 54, S. 1-4, s.275-288.

- Çelik Özlem, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *AHBVÜHF Dergisi*, Ankara 2020, C. 24, S. 1, s. 285-327.
- Çelikoğlu Cengiz Topel, "Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği", *DEÜHF Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı1, s. 1093-1139.
- Çokgezen Murat/Toksoy M. Fevzi, "Profesyonel Mesleklerde Regülasyon, Dereglasyon ve Rekabet Hukuku", *Rekabet Dergisi*, Ankara 2013, C. 14, S. 3, s. 3-38.
- Döner Kemal, "Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar", *DÜHF Dergisi*, Diyarbakır 2017, C. 22, S. 36, s. 137-173.
- Egemen Erhan/Aşık, Ahmet Can, "Uygulamada Avukatlık Ücreti, Uygulamadan Örnekler, Bilirkişi Raporları, Yargıtay Kararları", Ankara 2021.
- Erman Eyüp Sabri, "Avukatlık Ücreti" *Adalet Dergisi*, Ankara 1971, S. 5, s. 227-233.
- Güner Semih, "Avukatlık Ücreti", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2001, C. 58, S. 2, s. 89-126 (Avukatlık Ücreti).
- Gürseler Güneş, "Ücretli Avukat", *TBB Dergisi*, Ankara 2007, S. 71, s. 227-238.
- Karmış Enver, "Avukatlık Ücret Tarifesinin Uygulanması", *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir 2003, C. 68, S. 1, s.
- Keçecioglu Burak, "Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması", *MÜHFHA Dergisi*, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 1649-1678.
- Kıyak Fahrettin, "Avukatlık Ücreti Müvekkil veya Vekilden Hangisi Lehine Hükümlenmelidir?", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1973, S. 3, s.
- Kızıltoprak Özgür, "Vekalet Ücretlerinin Vergilendirilmesine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Vergi Sorunları Dergisi*, İstanbul 2020, C. 43, S. 382, s.110-117.
- Kocabaş Gediz, "Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi", *MÜHFHA Dergisi*, İstanbul 2009, C. 15, S. 1-2, s. 279-293.
- Küçük Şaban, "Meslekte Haksız Rekabete Yol Açan Uygulamalar ve Mesleki Kalite Standartları Önerisi", *KPMG Vergi Bülteni*, İstanbul 2016, s. 168-172.
- Küçükdağlı Ayşegül, "Avukatlık Sözleşmesinin Tüketiciyi Koruyucu Hükümler Ekseninde Değerlendirilmesi", *HHF Dergisi*, Ankara 2022, C. 12, S. 2, s. 1582-1619.
- Maxeiner James R., (Çeviren: Gürcan Nefise Gökçen-Gül Mehmet Akif), "Amerikan Kuralı: Aslan Payını Alır", *DEÜHFD Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı1, s. 757-778.
- Örsten Esirgen Seda, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2014, C. 63, S. 4, s. 737-778.
- Özbek Mustafa Serdar, "Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili", *MÜHFHA Dergisi*, İstanbul 2014, C. 20, S. 1, s. 1119-1156.
- Özdemir Ali Murat/Koşun Özgür Özbey, "Avukat Emeğinin Yeni Yüzleri", *Emek Araştırma Dergisi*, Ankara 2018, C. 3, S. 1, s. 1-17.
- Şenocak Zarife, "Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1998, S. 2, s. 5-33.
- Şimşek Mehmet, "Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2015, S. 6, s. 535-561.

- Taşatan Caner, "Avukatın Hapis Hakkı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2021, C. 7, S. 1, s. 187-210.
- Türkyay İmdat, "Avukatlık (Vekalet) Ücretinin Vergilendirilmesi", *TBB Dergisi*, Ankara 2012, S. 101, s. 317-332.
- Türkmen Coşkun, "Vekâlet Ücretinin Aidiyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2009, S. 2, s. 127-31.
- Uyar Talih, "Avukatlık Ücret Sözleşmesinde "Maktu" Vekalet Ücreti Öngörülen Bir İş İçin Düzenlenmiş Olan ("600.000 USD+ KDV+ Stopaj" Ödeneceğini Belirten) Yazılı Avukatlık Ücret Sözleşmesinin Geçersizliği-TBK'nın 27/I ve TMK'nın 2. Maddesine Dayanılarak İleri Sürülebilir mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2013, S. 3, s. 473-480.
- Yılmaz Ejder, "Kamuda Çalışan Avukatlar", *AÜHFD Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 733-752.

İnternet Kaynakları

- Mert Abdulkadir, "Avukatlık Sözleşmesi ile Vekalet Sözleşmesinin Farklılıkları", <http://www.abdulkadirmert.av.tr/makale.html>, erişim tarihi: 10.02.2023.

Diğer Kaynaklar

- Aday Nejat, "Türk Hukukunda Avukatın Meslekî Yükümlülükleri", İstanbul 1993.
- Aykut Gökhan, "Hukuk Davalarında Avukatlık Ücreti", İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- Başpınar Veysel, "Avukatlık Ücreti ve Sözleşmesi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2004.
- Baydar Özge, "Avukatın Hukuki Sorumluluğu" Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Boz Onur, "Avukatın Malpraktis Sorumluluğu", Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Mısır M. Haşim, "Avukatlık Disiplin Hukuku", Ankara 2016.
- Mısır M. Haşim, "Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret", Ankara 2020 (Avukatlık Sözleşmesi).
- Özdemir Genç, "Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması", 11th ECLSS Conferences on Language and Social Sciences Proceeding Book, Kosova 2021, s. 74-83.
- Sarıca Dilşad, "Avukatın Ücret Hakkı", Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2016.
- Topal Hakan, "Avukatlık Sözleşmesinde Ücret", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2019.
- Tutkun Odabaşı Seçil, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Yargılama Giderleri ve Avukatlık Ücreti", Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu Kitabı, Ankara 2018, s. 121-40.
- Yılmaz Mehmet, "Avukatlık Ücreti", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

**6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE
KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE
DAİR KANUN'UN ANAYASA MAHKEMESİ
İÇTİHA TLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
EVALUATION OF LAW NO.6284 ON PROTECTION OF FAMILY AND
PREVENTION OF VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE LIGHT OF
CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU*

Özet: Bu çalışmada 2012 yılında yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Kanun'un Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarına yansımaları ele alınacaktır. Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere yönelik usul ve esasları düzenleyen 6284 sayılı Kanun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri esas almakta, temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir yol izlemekte, insan onuruna yaraşır tedbir kararları almayı hedeflemektedir. "İnsan haklarına saygılı" bir devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti, ailenin ve kadına karşı şiddetin önlenmesi bağlamında hem uluslararası hukuktan hem de başta anayasal ilkeler olmak üzere iç hukuktan doğan bir takım pozitif yükümlülüklerle çevrelenmiştir. Bu doğrultuda 6284 sayılı Kanun'un uygulamasıyla ilgili olarak meydana gelen hak ihlali iddialarında Anayasa Mahkemesi önüne gelen bireysel başvuru davalarında 2013 yılından bu yana pek çok ihlal kararı vermiştir. Mahkeme tarafından verilen ihlal kararlarının özellikle Anayasa'da düzenlenen "madde ve manevi varlığın korunması hakkı ve şeref ve itibarın korunması hakkı (m.17)", "hak arama hürriyeti (m.36, m.38/4)" kapsamında adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesinin ihlali ve gerekçeli karar hakkı, "aile hayatına saygı hakkı (m.41)", "özel hayata saygı hakkı (m.20)", "yaşama hakkı (m.17)" odağında toplandığı görülmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Samsun Üniversitesi İİSBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Anabilim Dalı, burcu.degirmencioglu@samsun.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5721-9933, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.03.2023, Kabul Tarihi: 17.06.2023

Anahtar Kelimeler: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Gerekçeli Karar Hakkı, Masumiyet Karinesi, Özel Hayata ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru

Abstract: In this study, the Law No.6284 on the Protection of Family and Prevention of Violence Against Women, which came into force in 2012, and how this law is evaluated in the individual application decisions of the Constitutional Court will be examined. Law No. 6284 regulates the procedures and principles for the protection of women, children, family members and persons who are victims of stalking and the prevention of violence against them. The relevant law is based on the Constitution of the Republic of Turkey and international conventions to which Turkey is a party, follows a fair, effective and fast way based on fundamental human rights, sensitive to the equality of women and men, in line with the social state principle, and attaches importance to taking precautionary decisions befitting human dignity. As a state that “respects human rights”, the Republic of Turkey is surrounded by a number of positive obligations arising from both international law and domestic law, primarily constitutional principles, in the context of preventing violence against family and women. In this regard, since 2013, many violation decisions have been made in the individual application decisions brought before the Constitutional Court in the claims of violations of rights related to the implementation of the Law No. 6284. For 54 of the 75 applications filed on the grounds of violation of Law No. 6284, the Court ruled that there was a violation of rights. It is seen that the violation decisions rendered by the Court are focused on the right to protect corporeal and spiritual existence, the right to honor and dignity, the right to a fair trial within the scope of the right to seek justice, the violation of the presumption of innocence and the right to a reasoned decision, the right to respect for family life, the right to respect for private life, and the right to life.

Keywords: Law on Protection of Family and Prevention of Violence Against Women, Right to Justified Decision, Presumption of Innocence, Right to Respect for Private and Family Life, Right to Protection of Corporeal and Spiritual Existence, Constitutional Court, Individual Application

GİRİŞ

1980’li yıllardan itibaren artış gösteren kadın hareketlerinin etkisiyle uluslararası düzlemde kadın haklarının korunmasına özel bir önem gösterilmeye başlanmış ve bu doğrultuda önemli metinler hazırlanmıştır. Kadınların insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin belgeler arasında, ayrımcılık sorununu özgül biçimde ele alan temel sözleşme 1979 tarihli “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Convention on

the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)¹ olarak karşımıza çıkmaktadır.² Kadınların insan haklarından eşit olarak yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla kabul edilen 1979 tarihli Sözleşme’de “kadına karşı şiddet”, “aile içi şiddet” meselesine değinilmediği görülmektedir.³

Aile içi şiddet konusunun gündeme alındığı ilk metin, 1980 yılında Kopenhag’da toplanan 2. Dünya Kadın Konferansı sonuç bildirgesi olmuştur.⁴ 1984 tarihli BM Ekonomik ve Sosyal Konsey kararında “aile içi şiddet”e ilişkin bir farkındalık oluşturulması gerekliliği üzerinde durulmuştur.⁵ 1985 yılında Nairobi’de toplanan 3. Dünya Kadın Konferansı’nda kadına yönelik şiddet üzerinde durulmuş ve sonuç bildirgesi olan Nairobi Stratejisi ile kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin hukuki tedbirlerin alınmasına yönelik olarak stratejiler belirlenmiştir.⁶

¹ UN, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw.pdf>, Erişim Tarihi: 22.12.2022. Sözleşme, 19 Aralık 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda kabul edilerek, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmıştır. 20 ülkenin onayıyla birlikte 3 Eylül 1981’de yürürlüğe giren Sözleşme’ye Türkiye, 14 Ekim 1985’te taraf olmuştur. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, RG Tarih/Sayı: 14.10.1985/18898.

² Bertil Emrah Oder, “Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması”, Sevinç Gökççek Ayata, Dilek Eryılmaz, Bertil Emrah Oder (Der.), Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama (s.23-52). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2010, s.24.

³ Kübra Ercoşkun Şenol, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 7(13), 2019, s.424. Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler Emel Badur; Akçaal, Mehmet, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi; Başalp, Nilgün, “Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları; Uğur, Hüsamettin, “Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 sayılı Kanun’un Getirdikleri”; Ceylan Ebru: Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler eklenmeli

⁴ Report of the World Conference of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace, 1980. <https://digitallibrary.un.org/record/36306>, Erişim Tarihi:10 Ocak 2023.

⁵ Nazan Moroğlu, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, TBB Dergisi. 99, 2012, s.360.

⁶ World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women, 1985, <https://www.un.org/en/conferences/women/nairobi1985>, Erişim Tarihi: 20.12.2022; Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace, 1985. <https://digitallibrary.un.org/record/113822>, Erişim Tarihi: 10.01.2023.

Kadına karşı şiddetin önlenmesine ilişkin uluslararası hukukta kabul edilen ilk metin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Aralık 1993 tarihinde kabul edilen “Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge (Declaration on the Elimination of Violence Against Women)”dir. Söz konusu metin ile birlikte ilk kez “kadına karşı şiddet (violence against women)” terimi, kamusal veya özel alanda, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü şiddet eylemi veya bu tür eylemlerle tehdit, zorlama veya özgürlüğünden yoksun bırakma gibi şiddet eylemlerini ifade eder şekilde tanımlanmıştır.⁷

Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge hukuki bağlayıcılığa sahip olmadığı halde, içerdiği ilke ve kurullarla devletlerin iç hukuklarında düzenleme yapması için itici güç olmuştur.⁸ 1997 yılında Avusturya’da, 2001 yılında Almanya’da şiddetle mücadele yasaları olarak çıkartılan “Gewaltschutzgesetz”lerin ardından,⁹ Türkiye de uluslararası sistemin bir üyesi olarak bu akıma karşı koyamamış, Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Bildirgesi, Avrupa Sosyal Şartı, Çocuk Hakları Sözleşmesi, AB, ILO, OECD, AGİT gibi kuruluşların sözleşme, karar ve tavsiyeleri ile eylem planlarını esas alarak, insan hakları hukukunun önemli birer parçası olan söz konusu gelişmeleri iç hukukuna dahil etmek için harekete geçmiştir.¹⁰ Konuya ilişkin ilk özel ulusal düzenleme niteliğinde olan Ailenin Korunmasına Dair Kanun,¹¹ 1998 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

⁷ BM, Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi, 20 Ocak 1993. <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/352/ekutu-phane3.5.1.4.4.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim Tarihi: 20.12.2022; Kadına yönelik şiddete ve aile içi şiddete ilişkin uluslararası belgeler için ayrıca bkz.: Gizem Özkan, “Kadına Yönelik Şiddet- Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”, Hacettepe Law Review, 7(1), 2017, ss.547-558; Seher Kırbas Caniklioğlu, “Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ev Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)”, Ankara Barosu Dergisi, 2015, 3, ss.355-378.

⁸ Moroğlu, 2012, s.362; Ercoşkun Şenol, 2019, s.425.

⁹ Moroğlu, 2012, s.362.

¹⁰ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. (2022). Türkiye’de Kadın. https://www.aile.gov.tr/media/97652/tu-rkiye-de-kadin_20220214.pdf&cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr, Erişim Tarihi: 10.01.2023, s.3.

¹¹ Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Kanun No. 4320, 14.01.1998, RG Tarih/ Sayı: 17.01.1998/23223. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>, Erişim Tarihi: 02.01.2023; 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun

2000’li yıllara gelindiğinde Avrupa Birliği uyum yasaları ve -özellikle 2004 yılında Anayasaya eklenen 90. maddenin 5. fıkrasının da etkisiyle¹²- milletlerarası sözleşmelerin gereği olarak Türk Hukukunda çeşitli sivil toplum örgütlerinin de çabalarıyla temel kanunlarda kadın- erkek eşitliğine aykırı hükümler değiştirilmiş ya da yürürlükten kaldırılmıştır.¹³ Bu bağlamda 1982 Anayasası’nın bazı hükümlerinde değişiklik yapılarak, Yeni Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu kabul edilmiş, Belediye Kanunu ile Devlet Memurları Kanunu gibi pek çok kanunda kadınlara ilişkin hükümlerde yeni düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁴

Söz konusu anayasa değişiklikleri ile ilk olarak cinsiyet eşitliğinin sağlanması yolunda önemli bir adım atılmıştır. Ailenin korunmasını düzenleyen Anayasa’nın 41. maddesinde gerçekleştirilen değişiklik ile “eşler arası eşitlik” ibaresi getirilmiş ve böylece ailenin eşler arası eşitliğe dayandığı anayasal düzlemde kabul edilmiştir. 2004 Anayasa değişiklikleri ile kadın ve erkek eşitliği anayasal bir ilke olarak kabul edilmiş, devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü kılınmış, 2010 yılında eklenen bir cümle ile bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı 10. madde ile hükme bağlanmıştır.

İç hukukta gerçekleştirilen söz konusu değişikliklerin yanı sıra Türkiye, Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanarak 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılan Kadına Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ni

hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Mustafa Ateş, “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 65(3), 2007, ss.161-172

¹² 07.05.2004 tarihinde kabul edilen 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Hakkında Kanun’un 7. maddesi ile Anayasa’nın 90.maddesine söz konusu hüküm eklenmiştir: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki görünümü hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Yaşar Salihpaşaoğlu, “Anayasa’nın 90. maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görünümü”, Anayasa Yargısı, 39(1), 2022, ss.339-352.

¹³ Necla Öztürk, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, *Inonu University Law Review*, 8(1), 2017, s.2.

¹⁴ Öztürk, 2017, s.2-3.

(Istanbul Convention Action against Violence Against Women and Domestic Violence) imzalamıştır. Türkiye, imzaya açılma töreninde 13 ülke ile birlikte imzalandığı yerin adıyla İstanbul Sözleşmesi olarak da adlandırılan Sözleşme'yi ilk imzalayan ve onaylayan ülkelerden biri olmuştur.¹⁵ Uluslararası hukukta kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet konusunda yaptırım gücü olan ilk sözleşme niteliğini taşıyan İstanbul Sözleşmesi, devletlerin iç hukukunda ciddi revizyonlar yapılmasını gerektirmiştir. Her ne kadar 21 Mart 2021 tarihinde Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmiş olsa da¹⁶ Sözleşme Türkiye'nin mevzuatında ve şiddet politikalarında önemli değişikliklere neden olmuştur.

4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunu yürürlükten kaldıran ve 8 Mart 2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun¹⁷ bu önemli değişikliklerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Kanunun uygulanmasında ve gerekli tedbirlerin alınmasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile yürürlükteki diğer kanuni düzenlemelerin esas alınacağını kabul eden¹⁸ 6284 sayılı Kanun ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesine yönelik somut tedbirler düzenleyerek Türk Hukukuna önemli yenilikler kazandırmıştır.

“İnsan haklarına saygılı” bir devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti¹⁹, aile içi şiddetin ve kadına karşı şiddetin önlenmesi bağlamında hem

¹⁵ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG Tarih/Sayı: 29.11.2011/28127. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111129-2.htm>, Erişim Tarihi: 27.12.2022; Moroğlu, 2012, s.366.

¹⁶ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Karar, RG Tarih/ Sayı: 20.03.2021/31429. <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist? tarih=2021-03-20>, Erişim Tarihi: 30.12.2022.

¹⁷ Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun No.6284, 08.03.2012, RG Tarih/ Sayı: 20.03.2012/28239 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6284&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

¹⁸ 6284 sayılı Kanun, m.1/2(a).

¹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, KanunNo.2709, RG Tarih/Sayı: 09.11.1982/17863 (Mükerrer), m.2. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.01.2023

uluslararası hukuktan hem de başta anayasal ilkeler olmak üzere iç hukuktan doğan bir takım pozitif yükümlülüklerle çevrelenmiştir. Bu doğrultuda 6284 sayılı Kanun'un uygulanmaması ya da insan hakları ilkelerine uygun olarak adil, etkili ve hızlı bir şekilde uygulanmaması ve gerekli önlemlerin alınmaması durumunda meydana gelen hak ihlalleri ile ilgili Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bireysel başvuru kararlarında 2013 yılından bu yana pek çok ihlal kararı vermiştir. 6284 sayılı Kanun'un ihlali gerekçe gösterilerek yapılan toplam-31.01.2023 tarihi itibarıyla- 75 başvurudan 54'ünde ihlal kararı veren Anayasa Mahkemesi'nin kararları gerekçeli karar hakkı, masumiyet karinesi, özel ve aile hayatına saygı hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkı ve yaşam hakkı odağında toplanmaktadır. Çalışma kapsamında söz konusu ihlal kararları incelenerek, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un uygulamasından kaynaklanan problemlerin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Böylece pozitif yükümlülük gereği karar verici kamu otoriteleri ve yargılama mekanizmaları nezdinde yapılması/yapılmaması gerekenler ile mevzuatın lafzından ileri gelen bir takım değişiklik teklifleri birer öneri olarak ifade edilerek, ihlallerin önüne geçilmesi yolunda naçizane bir adım atılması hedeflenmektedir.

I. 6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN VE TÜRK HUKUKUNA KAZANDIRDIKLARI

A. Kanun'un Amacı ve Dayandığı Temel İlkeler

1993 tarihli BM Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirgenin ardından 1998 yılında kabul edilen 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, aile içi şiddet olgusunu çeşitli tedbirler ve hükümler çerçevesinde önlemeye çalışsa da bir süre sonra tıkanmış ve sadece kağıt üzerinde kalan bir metne dönüşmüştür.²⁰ 2009 tarihinde AİHM

²⁰ Gözde İbicioğlu, Bilge Durutürk, "Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (3), s.762; Ülker Şener, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor? TEPAV, s.5.

tarafından verilen Opuz v. Türkiye kararında,²¹ Türkiye'de 4320 sayılı Kanun'un kabul edildiği 1998 öncesinde aile içi şiddetin önlenmesine dair spesifik tedbirlerin olmadığı, 1998 sonrasında ise iç hukuka kazandırılan tedbirlere ve yaptırımlara gerektiği yerde ve zamanda başvurulmadığı, etkili koruma tedbirlerinin alınmadığı, caydırıcılığın sağlanmadığı ifade edilerek, 4320 sayılı Kanun'un kağıt üzerinde kaldığı yönündeki eleştiriler güçlendirilmiştir.²²

2012 ve öncesi yıllar dikkate alındığında, son yıllarda başta kadınlar olmak üzere kişilere karşı şiddet vakıalarında artış olduğu ve bu şiddet vakıalarının çoğunlukla aile içinde işlendiği dikkate alınarak, 4320 sayılı Kanun yerine geçebilecek, daha etkili ve uygulanabilir bir pozitif düzenleme hazırlıklarına girilmiştir. Şiddet vakıaları dolayısıyla toplumu sarsan bir boyuta gelen ve toplumun geleceğini tehdit eden olayların ivmeyle artmasının bir sonucu olarak Türkiye, insan haklarına saygılı bir devlet olarak, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hazırlıklarına başlamıştır.²³

2011 yılında imzalanarak yürürlüğe konulan Kadına Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin de etkisiyle 8 Mart 2012 tarihinde kabul edilen 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, genel gerekçesinde ifade ettiği üzere uluslararası hukukça kabul edilen insan hakları standartlarını iç hukuka eklemeyi, ortak standartları ulusal hukuk tarafından da garanti edilebilir hale getirmeyi hedeflemiştir. Uluslararası yükümlülüklerin ve insan haklarına saygılı, sosyal hukuk devleti olma yolundaki kararlılığının bir sonucu olarak Türkiye, ilk olarak Anayasa'nın 10 ve 41. maddelerindeki değişiklikler olmak üzere Anayasa'da bir takım değişiklikler yapmış, kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilebilmesi için her türlü tedbiri alma sorumluluğunu üstlenerek 6284 sayılı Kanun'u

²¹ Opuz v. Turkey, 33401/02, 09.06.2009.

²² İbicioğlu, Durutürk, 2022, s.762.

²³ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6284 sayılı Kanun, 2012. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=102316&pkanunnumara=6284>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

yürürlüğe koymuştur.²⁴ Kanun gerekçesinde, Anayasa'nın 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağına hüküm altına alındığı ifade edilmiş, Türkiye'nin 1985 yılında imzaladığı CEDAW'a göre toplumsal cinsiyet eşitsizliğini gidermekle yükümlü olduğu, CEDAW Komitesinin 19 no.lu Genel Tavsiye Kararına²⁵ göre kadınların insan hak ve temel özgürlüklerinden yararlanılmasını etkisizleştiren ya da ihlal eden cinsiyete dayalı şiddetin İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi anlamında ayrımcılık olduğu belirtilmiştir.²⁶

Öncelikle en temel insan hakkı olan yaşam hakkının korunması, kadın cinayetlerinin son bulması amacıyla kurumların şiddetle mücadelenin her aşamasında aktif rol almasını sağlamayı hedefleyen 6284 sayılı Kanun ile devletin şiddeti önlemesi, şiddete uğrayanı çok yönlü koruması ve şiddet uygulayan veya şiddet uygulama ihtimali bulunan kişinin, verilecek koruyucu tedbir kararları ile rehabilite edilmesi amaçlanmıştır.²⁷ Nitekim kanunun ilk maddesinde gerekçe de yer verilen bu amaca ve kanunun dayandığı temel ilkelere detaylıca yer verildiği görülmektedir:

"Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Bu kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında aşağıdaki temel ilkelere uyulur:

²⁴ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6284 sayılı Kanun, 2012. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=102316&pkanunnumarası=6284>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

²⁵ CEDAW. (1992). General Recommendation No.19: Violence against women. <https://www.refworld.org/docid/52d920c54.html>, Erişim Tarihi: 22.12.2022.

²⁶ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6284 sayılı Kanun, 2012. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=102316&pkanunnumarası=6284>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

²⁷ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6284 sayılı Kanun, 2012. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=102316&pkanunnumarası=6284>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

- a) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.*
 - b) *Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenir.*
 - c) *Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararları insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilir.*
- c) Bu kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirler ayrımcılık olarak yorumlanamaz. (6284 s. Kanun, m.1)"

Uluslararası hukukun temel kaidelerini esas alan Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti, temel nitelikleri içinde insan haklarına saygılı devlet olmanın bir gereği olarak üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla, temel insan haklarına dayanan, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun adil, etkili ve süratli önlemler almayı ilkeleri arasında kabul etmiştir. Her kim için alınacak olursa olsun verilecek tedbir kararlarının mutlaka "insan onuruna yaraşır" olması gerektiğini önemseyen Kanun, kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddetten koruyan tedbirlerin ayrımcılık olarak yorumlanmaması gerektiğini ayrıca vurgulamıştır.

B. Kanun Uygulamasında Esas Teşkil Eden Tanımlar

Şiddeti konu alan ve aile içinde ve kadına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü şiddet içeren davranışı önlemeyi amaçlayan 6284 sayılı Kanun, 2. maddesinde yer verilen tanımlarla²⁸ birlikte şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunmasına yönelik birta-

²⁸ Kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla hazırlanarak 18 Ocak 2013'te Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nde Kanun'a göre çok daha detaylı tanımlara yer verilmiştir Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, RG Tarih/Sayı: 18.01.2013/28532, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

kım tedbirler öngörmüştür. Kanun tarafından öngörülen tedbirlere geçmeden önce kanunun uluslararası hukuk ile benzeşen şiddet tanımına değinmekte fayda bulunmaktadır.

6284 sayılı Kanun'un söze başlarken, genel gerekçede uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinden bahsetmeden önce, Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesinde yer alan "kadına yönelik şiddet" tanımına yer verdiği görülmektedir. Söz konusu Bildirgede kadına yönelik şiddet; "ister kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik acı veya ıstırap veren ya da verebilecek olan cinsiyete dayalı bir eylem uygulama ya da bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma"²⁹ olarak tanımlanmıştır. Kadına yönelik şiddeti tanımlarken³⁰ BM Bildirgesinden ilham alan Kanun, gerekçede de belirttiği gibi kadına yönelik şiddetin en yoğun olarak aile içinde yaşandığını ifade ederek³¹ ev içi şiddeti³² ayrıca tanımlamış ve geniş kapsamlı şiddet tanımına yer vermiştir:

"Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı".³³

Söz konusu şiddet tanımı üzerinden Kanun, "şiddet mağduru" ve "şiddet uygulayan" kişileri ayrı ayrı tanımlamıştır. Tedbir kararlarında çokça karşılaşılan ve kimi zaman yargılama sürecinde hak ihlallerine sebep olan "şiddet uygulayan", "şiddet olarak tanımlanan tutum

²⁹ BM, Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi, 1993, m.1.

³⁰ "Kadına yönelik şiddet: Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü davranış" 6284 s. Kanun, m.2/ç.

³¹ TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6284 sayılı Kanun, 2012. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=102316&pkanunnumarası=6284>, Erişim Tarihi: 15.12.2022.

³² "Ev içi şiddet: Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet" 6284 s. Kanun, m.2/b.

³³ 6284 s. Kanun, m.2/d.

ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan"³⁴ kişi olarak tanımlanırken, "şiddet mağduru" ise "kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan veya dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen ya da etkilenme tehlikesi bulunan kişi"³⁵ olarak ifade edilmiştir. Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan kişiyi kapsamlı bir şekilde tanımlayan Kanun, böylece mevzuatta öngörülen tedbirlerin daha geniş bir kesime uygulanmasını sağlayarak, aile içi şiddetin ve kadına karşı şiddetin önüne geçilmesi amacına çok daha fazla yaklaşılmasını hedeflemiştir.

Alınan tedbir kararlarında ve tedbire itirazların değerlendirildiği yargılama süreçlerinde "şiddet uygulayan" tabirinin kullanılması pek çok kez Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Çalışmanın Anayasa Mahkemesi kararlarının analiz edildiği kısımda detaylıca açıklanacağı üzere, idarenin ya da yargılama makamlarının, kamu gücünü haiz karar alma mercilerinin aleyhine tedbire hükmedilen kişi için "şiddet uygulayan" tabirinin kullanılması halini Mahkeme, "masumiyet karinesi"³⁶ ihlali olarak değerlendirmiştir.³⁷

C. Kanunun Öngördüğü Tedbirlere İlişkin Düzenlemeler

Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi, kadına karşı şiddetin ve ailenin korunması için Türkiye, 6284 sayılı Kanunda çeşitli tedbirler öngörmüştür. Kanunla öngörülen tedbirleri "koruyucu tedbirler" ve "önleyici tedbirler" olarak ikiye ayırmak mümkündür. Koruyucu tedbirlerin alınmasına ilişkin kararlar mülki amir ve hâkim tarafından verilebilirken, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da belirtildiği üzere hak ve özgürlüklere "önemli ölçüde" sınırlamalar getiren³⁸ önleyici tedbirlere yalnızca hâkim kararıyla hükmedilebilecektir.

³⁴ 6284 s. Kanun, m.2/g.

³⁵ 6284 s. Kanun, m.2/e

³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.36, m.38/4.

³⁷ Örneğin; S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019, Hakkı Can Başvurusu, 2021/32691, 26.07.2021, T.K. Başvurusu, 2017/27041, 11.12.2009, A.B. Başvurusu, 2018/2626, 18.01.2018.

³⁸ Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, 2018/8030, 2.2.2022, §36; Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 2013/3758, 06.01.2016, §72.

Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak mülki amir tarafından aşağıdaki yer verilen koruyucu tedbirlerden birine veya birkaçına mülki amir tarafından karar verilebilir:

- a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması,
- b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması
- c) Psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi.
- ç) Hayati tehlikesinin bulunması halinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması,
- d) Gerekli olması halinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması halinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkanının sağlanması".³⁹

İlgili maddenin (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirleri, "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde"⁴⁰ ilk iş günü içinde mülki amirin onayına sunulmak üzere, ilgili kolluk amirlerince de alınabilecektir.⁴¹

Koruyucu tedbirlerden bir kısmı ise "hâkim"⁴² kararıyla yerine getirilebilir. Kanunun 4. madde hükmüne göre hakim, korunan

³⁹ 6284 s. Kanun, m.3/1.

⁴⁰ Kanun'un uygulama yönetmeliği "gecikmesinde sakınca bulunan haller"i şöyle tanımlar: "Kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden veya hakimden karar almak için yeterli vakit bulunamaması hali" (6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, m.2/1 (c)).

⁴¹ 6284 s. Kanun, m.3/2. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Damla Çelt, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kolluğun Görev ve Yetkileri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23 (1-2), 2019, s.109-138.

⁴² Kanunun "tanımlar" başlıklı 2.maddesine göre hâkim, "aile mahkemesi hâkimini" karşılamaktadır (6284 s. Kanun, m.2/c).

kişilerle ilgili olarak işyerinin değiştirilmesi, kişinin evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, korunan kişi bakımından hayati tehlike bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağına anlaşılması halinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi tedbirlerinden birine, bir kaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hükmedebilecektir.⁴³

Kişinin hak ve özgürlüklerinde koruyucu tedbirlere nazaran çok daha fazla sınırlama getiren “önleyici tedbirler” ise yalnızca hâkim kararıyla alınabilecektir:

- a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.
- b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.
- c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.
- ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlandırılması ya da tümüyle kaldırılması.
- d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.
- e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.
- f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.
- g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.
- ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.

⁴³ 6284 s. Kanun, m.4.

h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.

ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurusu ve tedavisinin sağlanması".⁴⁴

Kanun'da belirtilen tedbirler haricinde hakim, Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye de yetkilidir.⁴⁵ Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan ya da katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.⁴⁶ Tüm bunların yanında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hakim onayına sunulmak şartıyla ilgili kolluk amirleri tarafından da alınabilecektir.⁴⁷

Kanun'un 8. maddesine göre tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilebilecektir. Verilen tedbir kararı koruyucu veya önleyici olmasına göre değişen delillendirme açısından önemli farklılıklara tabiidir. Kanunun ilgili maddesi koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için şiddetin uygulandığı hususunda "delil veya belge aranmayacağını" ifade etmektedir.⁴⁸ Yalnızca hâkim tarafından verilebilen "önleyici tedbir" kararlarının usulüyle ilgili olarak Kanun, böyle bir usul öngörmemiştir. "Bir şeyi zikretmek, zikredilmeyeni dışlamaktır (expressio unius est exclusio alterius)" ilkesi gereği önleyici tedbirler için ayrıca delil veya belge aranmayacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmediğinden,

⁴⁴ 6284 s. Kanun, m.5/1.

⁴⁵ 6284 s. Kanun, m.5/3.

⁴⁶ 6284 s. Kanun, m.5/4. Emel Badur, "Kadının Şiddet Nedeniyle Uğradığı Zararların Tazmini ve Nafaka", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2018, s.11-28.

⁴⁷ 6284 s. Kanun, m.5/2.

⁴⁸ 6284 s. Kanun, m.8/3.

önleyici tedbir kararının verilebilmesi için mutlaka şiddet iddiasının belli bir ölçüde ispatlanması, en azından hâkimde iddia edilen şiddetin gerçekleştiği konusunda bir kanaat oluşturulması gerekmektedir. Bununla beraber önleyici tedbir kararının verilebilmesi için şiddet iddiasının hiçbir şekilde şüpheye yer bırakmayacak ölçüde ispatlanmış olması aranmamaktadır. Nitekim kanunun ilgili hükmünde önleyici tedbir kararının geciktirilmeksizin verileceği, kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek ölçüde geciktirilemeyeceği ayrıca ifade edilmiştir.⁴⁹

Hukuk devletinin bir gereği olarak mülki amir ve hâkim tarafından verilen koruyucu ve önleyici tedbirlere ilişkin kararlara itiraz mümkündür. İki hafta içinde yapılan itirazı değerlendiren Mahkemenin kararları ise kesindir.⁵⁰

Pozitif yükümlülüğünün bir yansıması olarak sadece hukuki düzenleme yapma ve yürürlüğe koyma ile yetinmeyen Türkiye, ilgili kanunda verilen tedbir kararlarının uygulanması meselesini de ayrıca düzenlemiştir. Mülki amir veya hâkim tarafından verilen kararlar, haberdar olunması ve gecikmeksizin uygulanması için, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri vasıtalarla bildirilecektir. Bununla birlikte korunan kişinin geçici koruma altına alınmasına ilişkin koruyucu tedbir kararı ile şiddet uygulayan hakkında verilen önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yer kolluk birimi görevli ve yetkili kılınmıştır. Hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler ise Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilecek, barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde ise korunan kişiler; mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak barındırılabilir. İşyerinin değiştirilmesi yönündeki tedbir kararı ise kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili merci veya kişi tarafından yerine getirilecektir.⁵¹

⁴⁹ 6284 s. Kanun, m.8/3.

⁵⁰ 6284 s. Kanun, m.9.

⁵¹ 6284 s. Kanun, m.10.

Hakkında tedbir kararı verilen kişi, bu kararın gereklerine uygun hareket etmezse, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliği ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim tarafından zorlama hapsine tabi tutulacaktır. Kişi hakkında verilen zorlama hapsinin süreci toplamda altı ayı geçemeyecektir.⁵²

II. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA 6284 SAYILI KANUN'UN YANSIMASI

Anayasa'da gerçekleştirilen 2010 değişikliği ile birlikte bireysel başvuruları karara bağlama yetkisini haiz olan Anayasa Mahkemesi, bireylerin başvuruları üzerine Anayasa'da düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin kamu otoriteleri tarafından ihlaline ilişkin iddiaları incelemektedir. AİHM nezdinde yapılacak ihlal başvurularını azaltacak bir iç hukuk filtresi olarak öngörülen bireysel başvuru,⁵³ hak ihlali iddiasında bulunan yetki alanındaki kişilerin Anayasa ile teminatlı hak ve özgürlüklerini, Anayasa'yı ve kamu düzenini koruma işlevi görmektedir.⁵⁴

Söz konusu işlevleri bağlamında Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar, 6284 sayılı Kanun'un uygulanması, uygulanmaması ya da eksik, geç, etkisiz bir şekilde uygulanması iddiasıyla önüne gelen 75 bireysel başvuruyu karara bağlamıştır.⁵⁵ 75 başvurunun 14'ünü⁵⁶ kabul edilemez bulan Mahkeme, 7'sinde⁵⁷ ihlal olmadığına karar verirken 54 baş-

⁵² 6284 s. Kanun, m.13.

⁵³ Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi". *TBB Dergisi*, 95, 2011, s.15.

⁵⁴ Canan Budak, "Anayasa Mahkemesi'nin S.E. Kararı Işığında Kadına Yönelik Şiddet ve Kadın Cinayetlerini Önlemede İdarenin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi*, 6(1), 2022, s.142.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Erişim Tarihi. 15.01.2023.

⁵⁶ Tuğçe Dağdemir Muslu Başvurusu, 2019/34996, 17.10.2019; Duran Bozdere ve Kemal Bozdere Başvurusu, 2020/5621, 15.06.2022; Haydar Yılmaz Başvurusu, 2017/4597, 13.01.2017; Azim Çiğil Başvurusu, 2017/39439, 11.12.2017; C.K. Başvurusu, 2016/3114, 09.02.2016; E.A.Ö ve M.Y. Başvurusu, 2015/16032, 28.09.2015; S.B. Başvurusu, 2014/5783, 22.04.2014; Eylem Çetin Demir Başvurusu, 2014/2302, 20.02.2014; D.K. Başvurusu, 2014/19060, 04.12.2014, M.K. Başvurusu, 2014/16526, 20.10.2014; M.M.Ç. Başvurusu, 2014/12971, 11.08.2014; Semra Özel Üner Başvurusu, 2014/12009, 15.07.2014; Özlem Tuncel Kaya Başvurusu, 2013/8868, 04.12.2013; Gamze Armağan Başvurusu, 2013/8840, 15.12.2015.

⁵⁷ K.B.A. Başvurusu, 2019/12879, 16.11.2022; M.M.E. ve T.E. Başvurusu, 2013/2910, 05.11.2015; Mustafa Karaca, 2020/15967, 09.06.2020; H.K. Başvurusu, 2017/20738,

vuruda ise hak ihlaline hükmetmiştir. Mahkeme tarafından verilen ihlal kararları, Anayasa'nın 20. maddesinde garanti altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, 36 ve 38. maddelerde garanti altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkı ve masumiyet karinesi, 17. maddede güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, şeref ve itibarın korunması hakkı ile yaşam hakkı odağında toplanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 6284 sayılı Kanun'un uygulanmasından, uygulanmamasından, eksik uygulanmasından ya da uygulamanın ardından gerekli denetim ve gözetimin olması gerektiği gibi yerine getirilmemesinden dolayı vermiş olduğu 54 ihlal kararının neredeyse tamamında "pozitif yükümlülük" kavramına değinmiştir. Pozitif yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan "insan haklarına saygı yükümlülüğü"⁵⁸nün bir gereği olarak içtihatlarla ortaya konulan bir doktrindir. AIHM tarafından ilk olarak 1968 tarihli Belçika Dil Davasında⁵⁹ kavramsallaştırılarak literatüre girmiş olan pozitif yükümlülük; insan haklarının güvence altına alınması, etkin olarak kullanılması ve işlerliklerinin sağlanabilmesi için devletlerin birtakım tedbirler alması, gerekli adımları atması, aktif olarak edimde bulunması, bu eylemlerin planlanması ve denetlenmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir.⁶⁰ Pozitif yükümlülüğün kabul edilmesiyle birlikte

17.04.2017; Fatma Güneş Başvurusu, 2016/8300, 25.04.2016; R.K. Başvurusu, 2013/6950, 13.09.2013.

58 "Yüksek sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar". Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1950, m.1, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

59 Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium (Merits), 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/62, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968; Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.69.

60 Jean François Kombe- Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, (Çev. Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya), Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2008, s.10; David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan). Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s.19; Tuğba Güler Sarıkaya, "Positive Obligations" Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure? European Journal of Multidisciplinary Studies. 2(6), September- December 2017, s.362; Reyhan Sunay, Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları. Çizgi

devletler, salt insan haklarına saygı duymak, müdahale etmemek, kullanılmasını engellememekle yetinmeyecek, artık insan haklarının korunmasını, kullanılmasını, ifade edilen hak ve özgürlüklerden “yararlanılmasının sağlanması” için olumlu edimlerde bulunma, “gerekli”, “makul”, “uygun”, “etkili” ve “erişilebilir” tüm önlemleri alma sorumluluğu altına girmektedir.⁶¹

AİHS 1. maddesinde belirtilen insan haklarına saygı yükümlülüğü temel alınarak AİHM içtihatlarıyla ortaya konulan pozitif yükümlülük doktrini, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” hükmüne dayandırılmıştır.⁶² AYM, sonuçlandırdığı bini aşkın bireysel başvuru kararında,⁶³ Anayasa’nın ilgili maddeleri gereği devletin temel hak ve hürriyetleri korunması ve bu haklardan yararlanılmasının sağlanması noktasında “pozitif yükümlülüğü”nün bulunduğunu, bunu yerine getirmek için pozitif tedbirler alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁴ 6284 sayılı Kanun gereği yaşanan hak ihlalleri için Mahkeme, pozitif yükümlülük denetimi yaparak, adil yargılanma hakkı bağlamında gerekçeli karar hakkı ve masumiyet karinesi, özel ve aile hayatına saygı hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, şeref ve itibarın korunması hakkı ile yaşam hakkı temelinde önemli ihlal kararlarına imza atmıştır.

Yayınları, Konya, 2013, s.54; Burcu Değirmencioğlu, “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: “Pozitif Yükümlülük Doktrini” ve Türkiye’ye Yansıması. İnsan Hakları Yılı, 29, 2022, s.88.

⁶¹ Burcu Değirmencioğlu, Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, ss.257-258.

⁶² Değirmencioğlu, 2022, Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: “Pozitif Yükümlülük Doktrini” ve Türkiye’ye Yansıması, s.88

⁶³ Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Erişim Tarihi: 17.12.2022.

⁶⁴ Değirmencioğlu, 2022, Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: “Pozitif Yükümlülük Doktrini” ve Türkiye’ye Yansıması, s.88.

A. Gerekçeli Karar Hakkı İhlalleri

Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, karar verme mekanizmasının bir taraftan şiddet mağdurunu koruması gerektiği, diğer taraftan şiddet uyguladığı iddia edilen kişinin haklarını ihlal etmeme konusunda gereken özeni göstermesi gerektiği aşikardır.⁶⁵ Özellikle 6284 sayılı Kanun'un nev-i şahsına münhasır uygulama usulü değerlendirildiğinde, tedbir kararı verilirken konunun hassasiyetine ve aciliyetine binaen, hızlı bir inceleme yapılarak karar verilmesi bir takım delil ve belgelerin gözden kaçırılmasına yol açmaktadır.⁶⁶ Bu durum sebebiyle Anayasa'nın 36 ve 38. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olan "gerekçeli karar hakkı", 6284 sayılı Kanun'un uygulanması sebebiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelen bireysel başvurulardan en fazla ihlal kararı verilen hak olarak ortaya çıkmaktadır.

İhlal kararı verilen 54 bireysel başvurunun, 40'ı gerekçeli karar hakkının ihlali sebebiyle verilmiştir.⁶⁷ Mahkeme, gerekçeli karar hakkı-

⁶⁵ Elif Almıla Pancaroğlu, 6284 sayılı Kanun ve Bu Kanununun Ceza Muhakemesi Hukukundaki Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.254.

⁶⁶ Pancaroğlu, 2021, s.254.

⁶⁷ Erhun Emrah Doğan Başvurusu, 2019/1995, 03.11.2022; Hasan Toraman Başvurusu, 2020/38663, 16.11.2022; Güney Gündoğdu Başvurusu, 2020/19602, 16.11.2022; Z.G. Başvurusu, 2020/13267, 06.01.2020; Muhammet Fatih Doğan Başvurusu, 2020/11328, 17.03.2020; Roni Bilgi Alver Başvurusu, 2019/8008, 14.03.2019; Murat Demircan Başvurusu, 2019/37343, 22.09.2022; M.Ş.N. Başvurusu, 2018/3789, 12.09.2018; Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, 2018/8030, 16.03.2018; Gülbahar Yeni Başvurusu, 2019/17533, 19.01.2022; Mustafa Atak Başvurusu, 2018/27304, 12.09.2018; Emre Kaya Başvurusu, 2018/743, 10.02.2021; Erdal Türkmen Başvurusu, 2016/2100, 28.01.2016; Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 2013/3758, 23.05.2013; Ahmet Ertan Çınar Başvurusu, 2018/32978, 16.08.2018; T.K. Başvurusu, 2017/27041, 24.04.2017; A.B. Başvurusu, 2018/2626, 18.01.2018; Ömer Çetinkaya Başvurusu, 2019/36453, 23.11.2022; Ruken Kaya Başvurusu, 2019/32069, 23.11.2022; Levent İyikesici Başvurusu, 2021/40013, 08.09.2022; Haydar Demir Başvurusu, 2021/36828, 17.11.2022; Medet Anık Başvurusu, 2021/34290, 17.11.2022; Göknur Güler Öztürk Başvurusu, 2021/25211, 17.11.2022; Orhan Demir Başvurusu, 2021/17030, 17.11.2022; Mehmet İven Başvurusu, 2021/8067, 17.11.2022; Mehmet Bayrakçı (3) Başvurusu, 2021/5079, 17.11.2022; Ercan Ayan Başvurusu, 2020/39031, 17.11.2022; Toruntay Emre Uluer Başvurusu, 2020/34011, 17.11.2022; Orhan Bülent Falay Başvurusu, 2020/31850, 17.11.2022; Ender Altok Başvurusu, 2020/31481, 17.11.2022; Coşkun Ülker Başvurusu, 2020/20774, 17.11.2022; Özgül Güzel Biltekin Başvurusu, 2020/14819, 17.11.2022; Faruk Demirci Başvurusu, 2020/14016, 17.11.2022; Recep Kaya Başvurusu, 2019/42029, 17.11.2022; Abdulkadir Ercan Başvurusu, 2019/34891, 17.11.2022; Mustafa Kuzu Başvurusu, 2019/22732, 17.11.2022; Kutsal Turhan Yılmazok Başvurusu, 2019/12390, 17.11.2022; Ayşe Merve Biçer, 2019/8899, 03.11.2022.

nın ihlali iddiasıyla başvuran Salih Söylemezoğlu'na ilişkin 2013 yılında verdiği kararında kabul ettiği ilkeleri emsal kabul ederek, gerekçeli karar hakkı ihlaline ilişkin verdiği diğer kararlarda referans göstermiştir. Söz konusu dosyada başvuru, eski eşi ile arasında görülen boşanma davası sırasında eşinin gerçek dışı beyan ve iddialarına dayalı olarak 6284 sayılı Kanun kapsamında aleyhinde önleyici tedbir kararı verildiğini; bu karara yapılan itirazda ileri sürülen iddia ve delillerin tartışılmadığını, sadece kanunda yer alan prosedüre uygun olup olmama şeklindeki denetim yapmak suretiyle beyanı alınmadan karar verdiğini belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁶⁸

Mahkeme, Salih Söylemezoğlu Başvurusuyla 6284 sayılı Kanun sebebiyle meydana gelen gerekçeli karar hakkı ihlal iddialarıyla ilgili "acil müdahale olgusu"nu temel almıştır. Mahkeme ortaya koyduğu değerlendirmede 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen tedbir kararlarının, verildiği anda infaz kabiliyetini haiz olması nedeniyle Kanun'da amaçlanan "acil müdahale" olgusunun bu aşamada sağlanmış olacağı, bu amacın gerçekleşmesi adına tedbir kararında, şiddetin var olduğuna yönelik kanaate nasıl ulaşıldığının açıklanması yani gerekçe açısından daha esnek bir yaklaşım usulünün benimsenebileceği ancak bu yaklaşıma ait sınırın olayların özelliğine göre gerekçeli karar hakkının temel esaslarına zarar vermeyecek düzeyde belirlenmesinin de gerekli olduğu ifade ederek söze başlamıştır.⁶⁹ Bununla birlikte başvuru konusu olayda olduğu gibi aciliyet unsurunun ortadan kalktığı ve başvuru konusunun itirazlarını sözlü olarak sunmadığı itiraz aşamasında ise mahkemenin, tek taraflı iddiaya dayanılarak verilen tedbirlerin yerindeliğini, itiraz edenin ileri sürdüğü beyan ve deliller çerçevesinde her iki taraf için öngörülen hak ve menfaat dengesini de gözeterek değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰ Bu tespitler ışığında itiraz mercinin başvuru konusunun dilekçesinde belirttiği hiçbir delili dikkate almaksızın, dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğunu açıklamaksızın itirazın neden reddedildiğine ilişkin asgari düzeyde dahi açıklama yapmaksızın karar verilmesi, gerekçeli karar hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.⁷¹

⁶⁸ Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 2013/3758, 23.05.2013, §15.

⁶⁹ Salih Söylemezoğlu Başvurusu, §39.

⁷⁰ Salih Söylemezoğlu Başvurusu, §40.

⁷¹ Salih Söylemezoğlu Başvurusu, §41.

Salih Söylemezoğlu Başvurusunda itiraz mercii tarafından “hak ve menfaat dengesi” gözetilmediğini ifade eden Mahkeme, yine gerekçeli karar hakkı ihlali kararı verilen Ercan Şahin ve Diğerleri başvurusunda “haklar dengesi”ne dikkat çekmiştir.⁷² Daha sonra verilen pek çok kararla benzer ifadelere yer verilen⁷³ Ercan Şahin kararında 6284 sayılı Kanun’da örneklendirilen önleyici ve koruyucu tedbir kararları arasındaki önemli farklardan biri olarak koruyucu tedbir kararları için şiddetin varlığı hususunda delil veya belge aranmayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında ağırlıklı olarak aleyhine tedbir kararı verilen kişinin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı niteliği olan ve Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen önleyici tedbir kararları için böyle bir ayrık durum öngörülmemiştir.⁷⁴ 6284 sayılı Kanun’un tedbirlere ilişkin gerekçesine yer veren Mahkeme, şiddete maruz kalan veya maruz kalma tehlikesi altında bulunan kişilerle ilgili koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için herhangi bir delil araştırması veya belge ibrazı aranmazken önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kişinin şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususunda olguların varlığının gerektiği, aksi yöndeki uygulamanın kişilere kanunla sağlanan hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verebileceği hususunu vurgulanmıştır.⁷⁵ Tedbir kararları ile bir tarafın vücut dokunulmazlığı veya yaşam hakkı gibi kişi için olmazsa olmaz hak ve menfaatlerin korunması amaçlanırken diğer taraftan özellikle mahkemece verilen veya onaylanan önleyici tedbirlerle kişi hak ve özgürlüklerine önemli ölçüde sınırlamalar getirilmiş olacağını, dolayısıyla tedbir kararlarından olumlu ya da olumsuz etkilenen tarafların temel hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğini ifade eden Mahkeme, bu durumun gözetilmemesini ve itiraz merci tarafından esas iddiaları dikkate alınmamasının gerekçeli karar hakkı

⁷² Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, §72.

⁷³ Gülbahar Yeni Başvurusu, 2019/17533, 19.01.2022, §20-26; Erdal Türkmen Başvurusu, 2016/2100, 28.01.2016, §44-47; A.B. Başvurusu, 2018/2626, 18.01.2018, §46-48; Emre Kaya Başvurusu, 2018/743, 10.02.2021, §27-29; Mustafa Atak Başvurusu, 2018/27304, 12.09.2018, §27-29; Ahmet Ertan Çınar, 2018/32978, 16.08.2018, §29-31; Güney Gündoğdu Başvurusu, 2020/19602, 16.11.2022, §3; Murat Demircan Başvurusu, 2019/37343, 22.09.2022, §22-26; Roni Bilgi Alver Başvurusu, 2019/8008, 14.03.2019, §2; Muhammet Fatih Doğan Başvurusu, 2020/11328, 17.03.2020, §3; Z.G. Başvurusu, 2020/13267, 06.01.2020, §2; Hasan Toraman Başvurusu, 2020/38663, 16.11.2022, §2.

⁷⁴ Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, §70.

⁷⁵ Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, §71.

nın ihlaline sebep olduğuna ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.⁷⁶

Mahkemenin hak ihlali iddiası sebebiyle kabul edilmezlik verdiği 6284 sayılı Kanun'da öngörülen zorlama hapsine ilişkin bir değerlendirmenin yapıldığı K.B.A Başvurusunda gerekçeli karar hakkı konusunda oldukça doğru bir husus vurgulanmıştır. Başvuru konusunun zorlama hapsi uygulanması talebinin reddedilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin söz konusu başvuruda Mahkeme, olayları değerlendirme bağlamında Anayasa Mahkemesi'ne göre daha iyi bir konumda bulunan derece mahkemelerinin zorlama hapsi talebine ilişkin değerlendirmesinde mevcut delilleri gerektiği gibi değerlendirip, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, takdir hatasına ve keyfiliğe neden olmayacak gerekçeli bir karar verdiğini ifade etmiştir:

“11. Somut olayda ilk derece mahkemesi söz konusu tedbir kararının ihlal edildiğine yönelik somut bir delilin bulunmadığını, tedbire muhalefet iddiasının kanıtlanamadığını belirterek zorlama hapsinin koşulları oluşmadığından talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun itirazını değerlendiren mahkeme ise itirazda belirtilen hususları inceleyerek somut olayın özelliklerini göz önüne almak suretiyle zorlama hapsine hükmedilmemesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır.

12. Dava dosyası incelendiğinde, Mahkemenin tarafların olayla ilgili beyanlarını dinlediği, ilgili mahkeme dosyasını UYAP üzerinden temin ederek incelediği, başvurucunun bulunduğu binanın güvenlik kamera kayıtları ile polis çağrı merkezine ait görüşme kayıtları ile polis tutanağını dosyaya getirterek değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemenin somut olayın özelliklerini dikkate alarak gerekli inceleme ve araştırmayı yaptığı ve zorlama hapsine hükmedilmemesinin gerekçelerini ortaya koyduğu görülmektedir. Zorlama hapsine hükmedilmesi konusunda derece mahkemeleri geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve derece mahkemelerinin olayları değerlendirme bakımından Anayasa Mahkemesine göre daha iyi bir konumda olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Derece mahkemelerinin zorlama hapsi talebine ilişkin tespit ve değerlendirmelerinde bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik oluşturan hususun da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kamusal makamların olaya

⁷⁶ Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, §72, 83, 84.

*gereken özenle yaklaşmadıkları, olayda söz konusu olan bireysel menfaatleri gerektiği şekilde değerlendirmedikleri ve başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediğinden söz edilemez”.*⁷⁷

B. Masumiyet Karinesi ile Şeref ve İtibar Hakkı İhlal Kararları

Anayasa Mahkemesi, 6284 sayılı Kanun gereği uygulanan tedbirde kanunun lafzı gereği kullanılan tabirlerin bazı durumlarda başvuru bakımından, Anayasa'nın 38/4. maddesinde “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi ihlaline sebep olduğuna karar vermiştir. Masumiyet karinesini “ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilerin kamu görevlileri veya otoritelerince suçlu muamelesi görmelerini önlenmesi” olarak tanımlayan Mahkeme, “ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada da” masumiyet karinesine özen gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁸ 2020’de 6284 sayılı Kanun’un uygulanması sebebiyle verdiği kararda Mahkeme, “karar vericilerin kullandıkları dil”in kritik bir önem taşıdığını ifade etmiştir.⁷⁹

Karar vericiler tarafından kullanılan dil bağlamında, 6284 sayılı Kanun’a göre verilen tedbir kararları veya itirazlar sebebiyle ileri sürülen masumiyet karinesinin ihlali ile şeref ve itibar hakkının zedelenmesi iddialarının hepsinde verilen ihlal kararları, tedbir kararlarında yer bulan “şiddet uygulayan” ifadesi üzerine şekillenmiştir. Dönemi itibariyle devrim niteliğinde kabul edilen, konuyla ilgili verilen ilk bireysel başvuru kararı S.M. Başvurusuna ilişkindir.⁸⁰ Başvuruya konu olan olayda, bir üniversitede araştırma görevlisi olan başvuru S.M.’nin eski kız arkadaşı, başvuruicunun ısrarlı takibi sonucu Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Aile Mahkemesi,

⁷⁷ K.B.A. Başvurusu, 2019/12879, 16.11.2022, §11, 12.

⁷⁸ A.B. Başvurusu, 2018/2626, 14.10.2020, §26.

⁷⁹ A.B. Başvurusu, 2018/2626, 14.10.2020, §26.

⁸⁰ S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019.

başvurucu hakkında kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçundan dolayı başlatılan soruşturma kapsamında kolluk tarafından alınan tedbir kararını onaylamış ve gerekçesinde başvurucu için “şiddet uygulayan” ifadesini kullanmıştır.⁸¹ Başvurucu kullanılan “şiddet uygulayan” ifadesi sebebiyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunduğunu ifade eder: (1) Güvencenin ilk yönü kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen süreye, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunmasını yasaklar, (2) Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir.⁸² Bununla birlikte Mahkeme, sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil, ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuki, disiplin gibi) masumiyet karinesi ihlalinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir.⁸³ Somut olayda şikâyetin, başvurunun kendisi hakkında 6284 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca tedbir kararı verilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine verilen kararda kullanılan ifadelerle ilgili olduğunu ifade eden Mahkeme, başvurucu aleyhine başlatılan sürecin aile hukuku ile ilgili olduğunu ve medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan bir dava olduğunu ifade etmiştir.⁸⁴ Masumiyet karinesinin medeni hak ve yükümlülükler kapsamında kalan bir yargılamada uygulanabilmesi için Mahkeme, daha sonra pek çok kararında referans verdiği temel bir ilke belirlemiştir:

“38. Masumiyet karinesinin medeni hak ve yükümlülükler kapsamında kalan bir yargılamada uygulanabilmesi için başvurunun, söz konusu mede-

⁸¹ Burcu Değirmencioğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması”, *ASBÜHFD*. 1(2), 2019, s.316-317

⁸² S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019, §34, 35, 36

⁸³ S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019, §35.

⁸⁴ S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019, §37.

ni yargılama ile hakkında yürütülen veya sona eren ceza yargılaması arasında bağlantı bulunduğunu göstermesi gerekmektedir. Medeni hak yargılamasında, ceza yargılamasında verilen kararın sonucunun dikkate alındığı ve değerlendirildiği veya ceza dosyasında yer alan delillerin irdelendiği ya da başvuru nun, hakkındaki suçlamayı doğuran olaylara dahil ile ilgili irdelemelerde bulunulduğu veyahut başvuru nun muhtemel suçluluğuyla ilgili yorum yapıldığı hâllerde, söz konusu bağlantının var olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte hukuk yargılaması ile ceza yargılaması arasındaki bağlantının varlığına işaret eden olguların tüketme yoluyla sayılmasının mümkün olmadığı, bunların kararların verildiği yargılamaların türüne ve içeriğine göre değişebileceği kabul edilmelidir. Ancak bağlantının varlığı değerlendirilirken kararda kullanılan dilin kritik öneme sahip olacağı vurgulanmalıdır”⁸⁵

Mahkeme, kabul edilebilirlik incelemesinde medeni hak ve yükümlülükler ile ceza yargılaması arasında bağlantı aramaktadır. Kişinin suçu hükmen sabit oluncaya kadar kamu makamları tarafından suçlu olarak nitelendirilemeyeceğini AİHM pratiğine referans verecek belirten Mahkeme, kamu ve yargılama makamlarının bu konuda daha hassas ve titiz bir yaklaşım sergilemeleri gerektiğini ifade etmiş ve Anayasa m. 36 ve m. 38 bağlamında masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir:

“51. Şiddet uygulayan tabirinin bu nitelikteki tedbir kararlarında şablon olarak kullanılması yerine her somut olay çerçevesinde mahkeme veya diğer adli makamlarca değerlendirilerek titiz bir yaklaşım sergilenmesi gerekmektedir. Kanun’da şiddet uygulayan kavramı kullanılmış ise de bu tabirin her olayda uygulayıcılar tarafından kullanılmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme ve ilgili makamlar tarafından verilen tedbir kararlarında şiddet uygulayan yerine şiddet uyguladığı iddia edilen, şiddet uygulama tehlikesi bulunduğu iddia edilen ya da aleyhine tedbir istenen gibi başka uygun tabirlerin kullanıldığı da görülmektedir. Zira uygulama açısından genel anlamda şiddet uygulayan ibaresinin amaçsal kullanım sınırlarını aşacak tarzda kişinin suç konusunu doğurabilecek eylemleri işlediği izlenimini doğuran, sorunlu bir tabir olduğu görülmektedir.

52. 6284 sayılı Kanun’un terminolojisinde şiddetin suç kavramından daha geniş bir anlam içerdiği ve şiddet uygulayan kavramının şiddet uygulaması

⁸⁵ S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019, §38.

da uygulama tehlikesi bulunan kişileri de kapsayan teknik bir tabir olduğu göz önüne alınsa dahi somut olayın koşullarında başvurucu hakkında şiddet uygulayan ifadesinin kullanılmasının, hangi bağlam ve şartlarda kullanıldığına ilişkin amaçsal sınırı aşacak tarzda başvurucunun takipsizlik kararına konu eylemi işlediği ya da farklı şiddete yönelik eylemleri fiilen gerçekleştirdiği izlenimini doğurduğu anlaşılmıştır. Bu açıdan kararda geçen ifadelerle başvurucunun tedbire konu eylemleri işlediği veya suçlu olduğu inancının yansıtıldığı sonucuna ulaşılmıştır”⁸⁶.

Mahkeme, S.M. Başvurusunun ardından konuya ilişkin verilen diğer kararlarda da karar vericilerin kullandığı dilin kritik önem taşıdığını ifade etmiştir. Mahkemeler ve ilgili makamlar tarafından verilen bazı tedbir kararlarında *şiddet uygulayan yerine şiddet uyguladığı iddia edilen, şiddet uygulama tehlikesi bulunduğu iddia edilen ya da aleyhine tedbir istenen* gibi başka uygun tabirlerin kullanıldığına da rastlandığını ifade eden Anayasa Mahkemesi, uygulama açısından genel anlamda *şiddet uygulayan* ibaresinin kişinin maddi ve manevi varlığını etkileyebilecek nitelikte sorunlu bir tabir olduğunu, masumiyet karinesini ihlal ederek kişinin şeref ve itibarını zedelediğini ifade etmiştir.⁸⁷

S.M. Başvurusu ile T.K. Başvurusunda Mahkeme, masumiyet karinesi ihlal iddialarına ilişkin temel ilkeleri belirlemiş, masumiyet karinesi ve şeref ve itibar hakkı ihlali iddiasıyla gelen diğer başvuruları söz konusu iki başvurudaki ilkelere dayanarak çözümlenmeyi uygun görmüştür. Mahkeme'nin 2022 yılında karara bağladığı Hakkı Can Başvurusunda başvurucu, tedbir kararında “*şiddet uygulayan*” ifadesi kullanıldığı için masumiyet karinesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. S.M. kararında masumiyet karinesi kapsamında inceleme yapan Mahkeme, somut olayda ise başvuru dosyasında, başvuru konusu kararın verildiği tedbir yargılaması kapsamında kalan fiillerle ilgili olarak başvurucu hakkında ceza soruşturması başlatıldığına dair herhangi bir bilgi bulunmadığını, bu yönüyle somut olaydaki durumun S.M. kararına konu olaydan farklı olduğunu ifade etmiştir.⁸⁸ Mahkeme medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olan somut uyuşmazlık

⁸⁶ S.M. Başvurusu, 2016/6038, 20.06.2019, §51, 52.

⁸⁷ T.K. Başvurusu, 2017/27041, 11.12.2019, §44; A.B. Başvurusu, 2018/2626, 14.10.2020, §35; A.İ.H Başvurusu, 2019/36660, 17.11.2022, §2-3.

⁸⁸ Hakkı Can Başvurusu, 2021/32619, 08.12.2022, §3

kapsamında verilen kararda kullanılan ifadelerin masumiyet karinesi kapsamında incelenmesini mümkün görmeyerek, tedbir ve itiraz merci kararlarında başvuru hakkını *şiddet uygulayan* ifadesinin kullanılmasının kişilik haklarını zedelediği yolundaki şikâyetinin başvuru hakkını ihlal edildiğini ileri sürdüğü şeref ve itibar hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Netice itibarıyla Mahkeme, 6284 sayılı Kanun'un terminolojisinde şiddetin suç kavramından daha geniş bir anlam içerdiği ve *şiddet uygulayan* kavramının, şiddet uygulamaya da uygulama tehlikesi bulunan kişileri de kapsayan teknik bir tabir olduğu göz önüne alınsa dahi somut olayın koşullarında başvuru hakkını *şiddet uygulayan* ifadesinin kullanılmasının başvuru hakkını zedeleyecek nitelikte olduğu ve şeref ve itibar hakkının korumasına ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁸⁹

C. Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı İhlal Kararları

Anayasa Mahkemesi sonuçlandırdığı 6 bireysel başvuruda, 6284 sayılı Kanun sebebiyle verilen tedbir kararlarının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Söz konusu kararlar incelendiğinde, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı ihlallerinin, verilen tedbir kararları sebebiyle "müşterek çocuk" ile kişisel ilişkinin engellenmesi ve koruyucu aile statüsünde bulunan ailenin çocuk ile bağlantısının koparılmasına, bu konuda kamu makamlarının üzerine düşen yükümlülükleri gerektiği gibi, yerine getirmemesine odaklandığını söylemek mümkündür.

Mahkemenin aile hayatına saygı hakkına ilişkin verdiği ilk karar olan 2016 tarihli Cengiz Kılıç başvurusunda başvuru baba, çocuğu ile kişisel ilişki kuramadığını, bu konuda devletin yükümlülüğünü yerine getirmediğini iddia etmektedir. İlgili başvuruda anne baba arasında boşanma kesinleşmiş, müşterek çocuğun velayeti anneye verilmiştir. Başvuru baba defaten talep etmesine rağmen, müşterek çocuk ile kişisel ilişki kurulması sistematik olarak engellenmiştir. Başvuru, çocuğu ile kişisel ilişki kurması yönünde kesinleşmiş

⁸⁹ Hakkı Can Başvurusu, 2021/32619, 08.12.2022, §4; Aynı yöndeki diğer karar için bkz.: Haydar Demir Başvurusu, 2021/36828, 17.11.2022, §3- 4.

Mahkeme kararları olmasına rağmen davalı annenin engellemeleri, bu engellemelerin şahsi girişimlerine rağmen kaldırılmaması, sorumluların cezalandırılmaması ve çocuğu ile kişisel ilişki kararlarının icrasını sağlayacak imkânların sunulmaması ya da etkin tedbirlerin alınmaması nedenleriyle çocuğuyla olan aile bağlarının kopmak üzere olduğunu, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'ye başvurmuştur.⁹⁰ AİHM ilgili başvuruda ulusal makamlarca çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını engelleyen ebeveynin cezalandırılması konusunda çekingen davranılması, dava koşullarına uygun, kendisinden beklenen makul tedbirlerin alınmaması sebebiyle ihlal kararı vermiştir.⁹¹ AİHM kararının ardından baba ile çocuk arasında kişisel ilişkinin kaldırılmasını talep eden anneye karşılık baba, kişisel ilişkinin kurulması için Mahkemece etkin önlemlerin alınması gerektiğini ileri sürmüş, Mahkeme 6284 sayılı Kanun'un 5/3. maddesi gereğince anne ve çocuk hakkında danışmanlık ve sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Her şeye rağmen baba ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilememiştir.

Aile yaşamına saygı hakkının anne ve babanın birlikteliklerini sonlandırması halinde de devam ettiğini, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasının sağlanması konusunda devlete pozitif yükümlülükler yüklediğini ifade eden Mahkeme, daha sonra bir başka başvuruda daha ifade ettiği üzere⁹², kamusal makamlarca alınan tedbirin yeterliliğinin, ilgili tedbirin uygulanma hızı ile doğru orantılı olduğunu; velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin ebeveyn sorumluluklarının tespiti ve elde edilen nihai kararın uygulanması, kaybedilen zamanın çocuk ve onunla birlikte yaşamayan ebeveyn arasındaki ilişkiler üzerinde geri dönülmez sonuçlar ortaya koyabileceği gözetilerek ivedi olarak harekete geçmeyi gerektirdiğini, AİHM kararlarına referans vererek açıklamıştır.⁹³ Başvurucunun talebi üzerine 6284 sayılı Kanun gereğince verilen danışmanlık tedbirinden beklenen amacın gerçekleşebilmesi için tedbirin etkin bir şekilde uygulanması gerektiğini, tedbir

⁹⁰ Cengiz Kılıç, 2013/3181, 03.02.2016, §21; Cengiz Kılıç v. Türkiye, 16192/06, 06.12.2011.

⁹¹ Cengiz Kılıç v. Türkiye, 16192/06, 06.12.2011.

⁹² M.Ş.N. (2) Başvurusu, 2018/27095, 04.07.2022.

⁹³ Cengiz Kılıç, 2013/3181, 03.02.2016, §78; Maire v. Portekiz, 48206/99, 26.09.2003, §73.

kararlarını yerine getirmekle görevli kişi, kurum veya kuruluşlarca, bu tedbir kararlarının nasıl yerine getirileceği konusunda bir plan hazırlanarak planın hayata geçirilmesi; uygulama planında kararın uygulanmasından sorumlu kişi, tedbirin türü ve süresi, tedbirin uygulanmasında hangi kurumlarla iş birliği yapılacağı ve hangi hizmetlerin sağlanacağı, nelerin amaçlandığı ve ilerlemenin nasıl ölçüleceğine ilişkin bilgilere yer verilmesi ve ayrıca kararı veren makam tarafından tedbirin başlatılmasının, yapılan planların takip edilmesi gerektiği Mahkemece ifade edilmiştir.⁹⁴ Tüm bu süreçte kamusal makamlarca gerçekleştirilen eylem ve işlemler incelendiğinde, özellikle danışmanlık tedbiri kapsamında süratle hareket edilmediği, tedbiri uygulamakla görevli kamusal makam tarafından Mahkemeye bir uygulama planı sunulmadığı, çocuk ve anne dışında kimsenin sürece dâhil edilmediği, mevzuatta öngörülen sıklıkta çocuk ve ailesi ile görüşmeler gerçekleştirilmediği, tedbirin Mahkemece yapılmadığı, çocuğun gelişiminin belirli aralıklarla da olsa tedbir kapsamında gözlemlenmediği ve tedbirin amacının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun değerlendirilmediği, bu suretle başvurusunun çocuğu ile kişisel ilişki kurmasına imkân sağlayabilecek gereklerin kamusal makamlarca yerine getirilmediğinden aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁹⁵

2017 tarihinde karara bağlanan M.L. ve Diğerleri başvurusunda ise Mahkeme, bir başka açıdan gelen ihlal iddiasını değerlendirmiştir. Bu sefer başvuru, aile içi şiddet nedeniyle başvurusuya ve müşterek çocuklara yaklaşmaması hususunda koruma kararı bulunan eşin müşterek çocuklarla kişisel ilişki tesisine karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlaline ilişkindir. Mahkeme söz konusu başvuruda, AİHM içtihatlarıyla paralel olarak⁹⁶ daha önce pek çok kararında da

⁹⁴ Cengiz Kılıç, 2013/3181, 03.02.2016, §108.

⁹⁵ Cengiz Kılıç, 2013/3181, 03.02.2016, §116.

⁹⁶ AİHM, aile hayatını ilgilendiren konularda çocuklar söz konusu olduğunda, çocukların yüksek menfaatlerinin dikkate alınması gereken en önemli değer olduğu görüşündedir. Çocuğun tehlikeye karşı acilen korunmasını devletin yükümlülüğü olarak gören AİHM, bu tehlikeyi en iyi değerlendirebilecek merciinin ilgililerle doğrudan bağlantı kurma imkanına sahip olan yerel makamlar olduğunu belirtmiş ve geniş takdir yetkisini gözetmiştir. Bununla beraber 8.maddenin, kişilerin çocukla tekrar bir araya gelme hakkını da içermekte ve bu bağlamda devletlere pozitif yükümlülük yüklemekte olduğu ifade edilmiştir. Abdulkadir Pekel, Aile Hayatına Saygı Hakkı, Liberte Yayınları, Ankara, 2016, ss.146-153.

dile getirdiği üzere⁹⁷, Anayasa'nın 41.maddesi gereğince her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu görüşünü yinelemiş, bununla beraber ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının tesisinde dikkate alınması gereken esas unsurun, çocuğun yüksek menfaati olduğunu ifade etmiştir.⁹⁸ Mahkeme, kamusal makamların aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve olayın tarafları arasında iş birliğinin tesisi noktasında kendilerinden beklenen en üstün gayreti göstermek zorunda olmakla birlikte bu alanda zorlayıcı tedbirlere başvurma yükümlülüğünün tüm tarafların menfaati, özellikle de çocuğun üstün yararı karşısında sınırlı olmak durumunda olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, anne veya baba ile iletişimin bu menfaatleri tehlikeye soktuğunun tespiti hâlinde de kamusal makamların söz konusu menfaatler arasında adil bir denge tesis etme yükümlülüklerini hatırlatmıştır. Müdahalenin ölçülülüğünü gözeten Mahkeme, çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babayla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkının söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu başvuruda, derece mahkemesinin şiddet nedeniyle koruma kararı verilen baba ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulması kararı verirken, psikolojik raporlara dayanmadığı, aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin özellikle "sağlık, güvenlik ve gelişim"leri açısından üstün menfaati bulunan çocuklar bakımından gözetilmediği vurgulanarak, ihlal kararı verilmiştir.⁹⁹

Mahkeme yalnızca biyolojik anne baba ve çocuk/lar arasındaki ilişkileri değil, koruyucu aile statüsündeki aile ile ilgili çocuk arasındaki ilişkiyi de aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmeyi uygun görmüştür. Konu hakkında verdiği iki kararda¹⁰⁰ AİHM'nin aile konusunda verdiği kararlara referans veren Mahkeme, aile hayatının var olup olmadığı değerlendirilmesinde öncelikle yakın kişisel bağ varlığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, çocuk ile koruyucu aile olan ebeveyn arasındaki bağların aile hayatını oluşturup oluşturmadığı hususunu, özellikle çocuğun doğal ebeveyniyle yakın

⁹⁷ Serpil Toros, B. No: 2013/6382, 9/3/2016, § 67; Selim Adıyaman, B. No: 2013/8846, 9/3/2016, § 45.

⁹⁸ M.L. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, §78-79.

⁹⁹ M.L. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, §90.

¹⁰⁰ Murat Demir, 2015/7216, 27.03.2016; İlknur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.04.2019.

kişisel ilişkileri olup olmadığına ve çocuğun bakımını üstlenen ailenin yanında ne süredir bulunduğuna bağlı olarak durumun şartlarına göre belirlemektedir.¹⁰¹ Her iki başvuruda da aciliyet gerektiren çocukla ilişki kurulmasına ilişkin davalarda yargılamanın sürüncemede bırakılmasının, devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirilmediğini tespit etmek için tek başına yeterli olabileceğini AİHM kararlarına atıfla tespit eden Mahkeme, başvurucunun çocuk ile kişisel ilişkinin engellenmesi, başka hiçbir şekilde delillendirilmeyen ihbara dayalı olarak koruyucu aile statüsünün kaldırılması, hukuki belirsizliğin hızlı bir yargısal süreç yürütülerek sonuçlandırılmaması dolayısıyla aile hayatına saygı hakkının ihlaline karar vermiştir.¹⁰²

Mahkemenin Anayasa'nın 20.maddesinde aile hayatına saygı hakkı ile birlikte garanti edilen özel hayata saygı hakkı ihlaline ilişkin 6284 sayılı Kanun bağlamında verdiği tek bir karar bulunmaktadır. 2021 yılında karara bağlanan G.G. Başvurusunda başvuru, eski erkek arkadaşı tarafından ısrarlı takibe maruz kaldığı ve tecavüze uğradığı iddiasıyla 6284 sayılı Kanun kapsamında koruma tedbiri almıştır. Bu süreçte sistematik olarak psikolojik ve fiziki saldırıya uğramasından dolayı yaşadığı bedensel ve ruhsal çöküntü nedeniyle işe gidemediğini, travma sonrası stres bozukluğu ve depresyon nedeniyle evden bile çıkamadığını iddia eden başvuru, hemşire olarak çalıştığı hastanenin durumdan haberdar olmalarına, durumu kanıtlayan sağlık raporlarının da bulunmasına rağmen yıllık izin kullandırılmayıp, işe gelmeme sebebiyle savunmasının dahi alınmaksızın kamu görevinden çıkartıldığını ifade etmiştir.¹⁰³ Mahkeme, konuya ilişkin incelemesini özel hayata saygı hakkı doğrultusunda, "üç aşamalı test"i uygulayarak yapmıştır. Sırayla "kanunilik", "meşru amaç" ve "demokratik toplumda gereklilik" değerlendirmesi yaparak özel hayata saygı hakkının mutlak bir hak olmadığını ifade eden Mahkeme¹⁰⁴, kanunilikte sıkıntı

¹⁰¹ X v. İsviçre (k.k.), 8257/78, 10/7/1978

¹⁰² Murat Demir, 2015/7216, 27.03.2016, §94; İlknur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.04.2019, §104.

¹⁰³ G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021, §33.

¹⁰⁴ G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021, §46; AİHM'nin yargılama yöntemlerinden biri olan ve Anayasa Mahkemesince de benimsenen "üç aşamalı test (the three part test)" hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Pekel, 2016, ss.22-54; Yaşar Salihpashaoglu, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme", *GÜHFD*, 17(3), 2013, s.256.

görmeyerek, özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil eden mesleğe ilişkin tedbirlerin, kamu hizmetinin sürdürülebilirliğinin sağlanması ve kamu düzeninin korunması bağlamında hakkın doğasından kaynaklanan meşru bir sınırlama nedeni olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi kararlarına göre demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir.¹⁰⁶ Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının, Anayasa Mahkemesi kararlarına göre öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesi gerektirdiğini belirten Mahkeme,¹⁰⁷ demokratik toplumda gerekliliğin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanmasına yönelik” olmasının önem taşıdığını ifade eder. Söz konusu başvuruda Mahkeme, durumun gözetilmesi halinde tayin gibi başka tedbirlere başvurulabilecekken, mevzuatın katı yorumlanmasıyla kamu görevinden çıkarma kararı verilmesinin “başvurucunun özel hayata saygı hakkı kapsamındaki menfaati ile kamunun yukarıda belirtilen meşru menfaati arasında adil bir dengenin kurulduğu” anlamına gelmediğini belirtmiş ve özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁸

D. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkı İhlal Kararı

Mahkeme, Anayasa'nın 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”¹⁰⁹ şeklinde düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bağlamında, 6284 sayılı Kanun uygulamasının sebep olduğu ihlaller sebebiyle dört farklı karar vermiştir. Yaptığı değerlendirmelerde devletin pozitif yükümlülüğüne vurgu yapan Mahkeme, devletin sahip olduğu koruma yükümlülüğünün “hukuki ve fiilî tedbirler” alınmasını gerektirdiğini

¹⁰⁵ G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021, §48.

¹⁰⁶ G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021, §48.

¹⁰⁷ G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021, §49.

¹⁰⁸ G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021, §60.

¹⁰⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.17.

ifade etmiştir.¹¹⁰ Devlet tarafından alınacak bu tedbirlerin korumasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını sağlaması ve yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gerektiği durumlarda makul adımlar atmalarını içermesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹¹ Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu hakka ilişkin genel ilkelerini belirtirken özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi dikkate alınarak pozitif yükümlülüklerin yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini ayrıca vurgulamıştır.¹¹²

6284 sayılı Kanun uygulamasından dolayı maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ihlaline hükmedilen kararlardan ilki, çalışma içerisinde daha önce aile yaşamına saygı hakkı kapsamında incelenen M.L. Başvurusudur.¹¹³ Mahkeme, başvuru konusunu oluşturan koruma tedbir kararının 6284 sayılı Kanun uyarınca ve aile içi şiddete dayalı olarak verilmiş olması nedeniyle başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının yanı sıra Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkıyla birlikte incelenmesi gerektiğini belirterek değerlendirmesine başlamıştır.¹¹⁴ Bir yandan çocuk ile anne baba arasında kişisel ilişkinin korunması, yeniden kurulması ve sürekliliğinin sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlülüğüne dikkat çeken Mahkeme, öte yandan devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirirken mutlaka çocuğun güvenliği ve sağlığı açısından çocuğun yüksek yararının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁵ Menfaatler arasında dengeyi sağlamak mecburiyetinde olan, adil dengeyi gözetme konusunda en üstün gayreti göstermeleri beklenen¹¹⁶ kamusal makamların ve yargı merciilerinin, başvurucunun sonucunu etkileyecek hiçbir iddia, delil ve savunmasını dikkate almaksızın kişisel ilişkinin tesisi doğrultusunda karar alınmış olmasını aile hayatına saygı hakkının ihlali ile birlikte Anayasa m.17'nin ihlali olarak kabul etmiştir.¹¹⁷

¹¹⁰ A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, §64.

¹¹¹ A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, §64.

¹¹² A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, §65.

¹¹³ M.L. Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017.

¹¹⁴ M.L. Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, §76.

¹¹⁵ M.L. Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, §79-80.

¹¹⁶ M.L. Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, §88.

¹¹⁷ M.L. Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, §90-91.

2019 yılında karara bağlanan Ö.T. Başvurusu, zorlama hapsi uygulanması talebinin reddi nedeniyle kişisele maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlaline ilişkindir.¹¹⁸ Mahkeme, öncelikli olarak, 17. maddede güvence altına alınan maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının, Anayasa'nın 5.maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yüklendiğini ifade eden Mahkeme, söz konusu pozitif yükümlülüğü, etkili mekanizmalar kurmak kapsamında gerekli usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlamak, bu suretle yargısal ve idari makamların bireylerin idare ve özel kişilerle olan uyumsuzluklarında etkili ve adil bir karar vermelerini temin etmek sorumluluğunu da içerdiğini belirtmiştir.¹¹⁹ Etkili bir hukuk sistemi kurma noktasında herhangi bir sıkıntı olmadığını ifade eden Mahkeme, mevcut mevzuat kapsamında somut olayda etkili, makul, gerekli tedbirlerin gerekli değerlendirme ve gerekçelendirme faaliyetinin ardından alınmadığından bahisle maddi ve manevi varlığın korunması hakkına dair ihlal kararı vermiştir.¹²⁰

Maddi ve manevi varlığın korunması hakkına ilişkin son karar ise şiddete maruz kalan kadının koruyucu tedbirler kapsamında işyeri değişikliği talebinin reddi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlaline ilişkin yapılan K.Ş. Başvurusudur.¹²¹ 6284 sayılı Kanun'un 4.maddesi uyarınca bir koruma tedbiri olarak "işyeri değişikliği" talep eden, can güvenliğinin tehlikede olduğunu ifade eden başvurucunun bu talebi, Aile Mahkemesi tarafından "idari mahiyette" olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.¹²² Anayasa Mahkemesi temel haklar yönünden devletin "etkili bir hukuk sistemi" yönünde pozitif yükümlülüğüne vurgu yaparak ihlal kararı vermiştir.¹²³ 2017 yılında verilen A.Z.Ö. Başvurusuna ilişkin kararda Mahkeme, başvurucu tarafından talep edilen kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve geçici maddi yardım yapılmasına ilişkin tedbirlerin geç uygulanması ile

¹¹⁸ Ö.T. Başvurusu, 2015/16029, 19.02.2019.

¹¹⁹ Ö.T. Başvurusu, 2015/16029, 19.02.2019, §27-29.

¹²⁰ Ö.T. Başvurusu, 2015/16029, 19.02.2019, §32-34.

¹²¹ K.Ş. Başvurusu, 2016/14613, 17.07.2019.

¹²² K.Ş. Başvurusu, 2016/14613, 17.07.2019.

¹²³ K.Ş. Başvurusu, 2016/14613, 17.07.2019, §26.

birlikte devletin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi sebebiyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴ Mahkeme, pozitif yükümlülüğün bir sonuç yükümlülüğü olmadığını, uygun araçların kullanılmasını yükümlülüğü anlamına geldiğini özellikle vurgulamıştır.¹²⁵ Bu bağlamda pozitif yükümlülüğün her davada başarılı olunması veya mağdurların olaylarla ilgili beyanlarıyla bağdaşan bir sonuca varılması gerektiği anlamına gelmediğini ifade eden Mahkeme, bununla beraber, pozitif yükümlülüğün yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için sorumluların tespit edilerek uygun telafi imkanlarını sağlayacak nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁶

E. Yaşam Hakkı İhlal Kararı

Kadına karşı şiddetin önlenmesi ve ailenin korunması konusunda her ne kadar mevzuat açısından gerekli ve yeterli düzenlemeler yapılmış olsa da kamu makamlarının ve yargılama makamlarının kanunu gerektiği gibi uygulama hususunda birtakım eksikliklerle karşılaşıldığı incelenen bireysel başvuru kararlarından anlaşılmaktadır. Uygulamada bu eksiklik ve hatalar kimi zaman telafisi olanaksız zararların meydana gelmesine, 6284 sayılı Kanun kapsamında korunması gereken kişinin yaşam hakkının elinden alınmasına sebep olmaktadır.

2021 tarihinde karara bağlanan T.A. Başvurusunda Mahkeme, kadına yönelik şiddete ilişkin koruyucu ve önleyici tedbirlerin kamu görevlilerinin ihmali ile etkin olarak uygulanmaması sonucunda ölümün gerçekleşmesi sebebiyle yaşam hakkı ihlaline hükmetmiştir.¹²⁷ Başvuruya ilişkin değerlendirmesini iki aşamalı olarak gerçekleştiren Mahkeme, öncelikli olarak, kadına yönelik şiddet şikâyetleri yönünden şiddete uğrayanların veya şiddete uğrama tehlikesi bulunanların korunmasına yönelik mevzuat altyapısının yeterli olup olmadığını incelemiştir.¹²⁸ Devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde oluşturulan yasal altyapının ve kurulan sistemin yeterli olduğu değerlendiren Mahkeme, söz konusu mevzuatın uygulanması hususunda bir takım

¹²⁴ A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017.

¹²⁵ A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, §67.

¹²⁶ A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, §67.

¹²⁷ T.A. Başvurusu, 2017/32972, 29.09.2021.

¹²⁸ T.A. Başvurusu, 2017/32972, 29.09.2021, §144

eksiklikler olup olmadığı incelemesine geçmiştir. Bu bağlamda somut olayda öldürülme sonucuna götüren gelişmeler dizisinde S.E.nin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığının kamu makamları tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiğinin söylenebileceği bir durumun, bir başka ifadeyle öngörülebilirliğin var olup olmadığını araştırarak, kamu makamlarının öldürülenin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığından haberdar olduğunun, yaşamsal açıdan ciddi sonuçlar doğuracak bir saldırıyı tahmin edebilecek konumda bulunduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olduğunu ifade eden Mahkeme, yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁹

Söz konusu karar AİHM'in 2009 yılında verdiği *Opuz v. Türkiye* kararına benzer şekilde, Türkiye'de kadına yönelik şiddeti, kadına yönelik şiddetin en uç örneği olan kadın cinayetlerini, önlemenin devletin yükümlülüğü olduğunu ve bu yükümlülük bakımından bir hak ihlali yaşandığını açıklayan ilk karar olması bakımından önemlidir.¹³⁰ Mahkemenin kadına yönelik şiddetin yaygın bir toplumsal sorun olduğuna ilişkin vurgusu da oldukça değerlidir.¹³¹

SONUÇ YERİNE: BİRKAÇ ÖNERİ

40 yılı aşkın bir zamandır uluslararası hukukun gündemine yavaş yavaş yerleşen kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet meselesine ilişkin farkındalık oluşturma, birtakım stratejiler ve politikalar belirleme, bağlayıcı hukuki tedbirler ve yaptırımlar hazırlama yolundaki gelişmeler, zamanla ulusal hukukları da etkiler bir hale gelmiştir. Özellikle 1993 tarihli Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge, her ne kadar bağlayıcılığı haiz olmasa da ülkelerin iç hukuklarında önemli değişikliklere ışık tutmuştur.

Uluslararası hukukta meydana gelen bu gelişmelerden etkilenen Türkiye 1998 yılında 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'u kabul etmiştir. 2000'li yıllarda Avrupa Birliği uyum yasaları ve Anayasa'nın 90. maddesine eklenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların çatışması halinde temel hak ve özgürlüğe ilişkin uluslararası antlaşmaları önceleyen hükümlerle

¹²⁹ T.A. Başvurusu, 2017/32972, 29.09.2021, §150-151.

¹³⁰ Budak, 2012, s.163.

¹³¹ T.A. Başvurusu, 2017/32972, 29.09.2021, §93; Budak, 2012, s.164.

birlikte, insan haklarına saygılı bir devlet olarak Türkiye, Anayasa'da önemli değişiklikler yapmıştır. Bununla da yetinilmemiş Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu başta olmak üzere temel kanunlarında, ilgili kanun hükümlerinde önemli güncellemeler yürürlüğe konulmuştur.

4320 sayılı Kanun'un iç hukukta etkili, caydırıcı bir kanun olmanın uzaklaşmasının AİHM içtihatlarıyla tespit edilmesi ve 2011 yılında Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'ni onaylamasının ardından 4320 sayılı Kanun ilga edilerek 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Kanun kabul edilmiştir. Şiddet mağdurunu ve şiddete maruz kalma tehlikesi altında bulunan kişiyi koruma ve şiddeti önleme yönünde geniş kapsamlı tedbirlere yer veren, Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerini (ŞÖNİM) hayata geçiren Kanun, hükümleri açısından şiddetin önlenmesi amacına yönelik ideale yakın bir sistem tasarlamıştır.¹³²

Mevzuatla kurulan bu sistemin, kanunun uygulamasında meydana gelen çeşitli sorunlar sebebiyle insan hakları ihlallerine sebep olduğu ise önemli bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanan 75 başvurudan 54'ünde ihlal kararı verilmiştir. En çok ihlaline karar verilen hak, Anayasa'nın 36 ve 38. maddelerinde garanti edilen adil yargılama kapsamında değerlendirebilecek "gerekçeli karar hakkı" olmuştur. Mahkeme tarafından bugüne kadar (31.01.2023) verilen 40 gerekçeli karar hakkı ihlali kararında ana sorun yargılama makamlarının tedbir kararına itirazlar hakkında karar verirken, itirazlarla birlikte sunulan delil ve ifadeleri hiçbir surette değerlendirmeye almamasıdır. Bu durum bir yandan 6284 sayılı Kanunda güvence altına alınan tedbir kararlarına itiraz hakkını etkisiz bırakırken, diğer taraftan hakında tedbir kararı verilen kişinin sınırlanan haklarının kullanılmasını, sebepsiz yere, iddialarını hiçbir şekilde değerlendirmeye almaksızın engellemektedir. Buradaki temel sorun mevzuattan değil, tamamıyla karar alıcı merci konumunda bulunan Mahkemelerden kaynaklan-

¹³² 6284 sayılı Kanun kapsamında verilecek tedbir kararlarının takibini yapmak ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için oluşturulan ŞÖNİM hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Fatih Düğmeci; Esin Gürsel. "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Hususunda Devletin Yükümlülüğü ve Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(2), 2019, s.850 vd.

maktadır. İhlal kararlarının yarısından fazlasının (54 ihlal kararında 40 gerekçeli hak ihlali) gerekçeli karar hakkı ihlalinden oluşması, 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarını incelemesi, değerlendirmesi ve karara bağlaması gereken, üstelik kararlarına karşı başvurulabilecek bir üst kanun yolunun öngörülmediği yargılama mercilerinin gerektiği gibi hareket etmediğini, özensiz karar verdiğini gösterir mahiyettedir.

Anayasa Mahkemesince verilen diğer ihlal kararları ise karar alıcı mercilerin uygulamasından kaynaklanan özel ve aile hayatına saygı hakkı (m.20), maddi ve manevi varlığın korunması hakkı (m.17), yaşam hakkı (m.17) ve masumiyet karinesi (m.36, 38) ihlallerinden kaynaklanmaktadır. Masumiyet karinesi ihlalleri bir yana bırakılacak olursa, özel ve aile hayatına saygı hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması ve yaşam hakkı ihlallerinin genel olarak idari ve yargı mercilerinin haklar ve menfaatler arasında – özellikle çocuğun yüksek menfaatini gerektiren durumlarda- adil bir denge gözetmemesinden, alınması gereken tedbirleri alma konusundaki eylemsizliklerinden¹³³ veya tedbirleri alma konusunda aciliyet unsurunu dikkate almaksızın zamanında, gerektiği şekilde, etkili ve caydırıcı önlemleri almamalarından kaynaklandığı söylenebilecektir.

Masumiyet karinesine ihlaline ilişkin verilen iki önemli kararda¹³⁴ ise esas sorun mevzuattan kaynaklanmaktadır. Mevzuatta yer verilen “şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri”¹³⁵ ifade eden “şiddet uygulayan” tabiri, Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere masumiyet karinesi ile birlikte, bazı durumlarda şeref ve itibar hakkının ihlaline de neden olmaktadır. Hukukun temel ilkelerinden biri olan “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz”¹³⁶ şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi, kişinin suçluluğu hakkında bir nitelendirmede bulunabilmesi için hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararının bulunması gerekliliğini ifade etmektedir. Kanunun lafzı gereği şikâyete konu olan kişi hakkında verilen tedbir kararların-

¹³³ Budak, 2022, s.141.

¹³⁴ S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019, Hakkı Can Başvurusu, 2021/32691, 26.07.2021.

¹³⁵ 6284 sayılı Kanun, m.2/1 (g).

¹³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.38/4.

da, suçluluğu hakkında değerlendirme yapmaya yetkili bir mahkeme kararı olmaksızın “şiddet uygulayan” ibaresinin kullanılması, masumiyet karinesi ihlallerine yol açmaktadır. Referans verilen AİHM içtihatlarında ve Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili kararlarda ifade edildiği üzere karar verici merciinin kullandığı dilin kritik önemi bulunmaktadır. Bununla birlikte kararlara imza atan yargı merciilerinin mevzuatı uygulamakla mükellef oldukları da bir gerçektir. Yapılması gereken kanun lafzında açıkça yer verilen “şiddet uygulayan” tabirinin değiştirilmesi olacaktır.¹³⁷ Masumiyet karinesi ihlallerine sebep olan söz konusu tabirin değiştirilmesi ile en azından bu konudaki ihlallerin önüne geçilebileceğini söylemek mümkündür.

Kaynakça

Kitaplar

- Değirmencioglu Burcu, Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası. Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Harris David; O'Boyle Michael, Bates Edward; Buckley Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan). Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Kombe- Akandji Jean François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler. (Çev. Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya). Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2008.
- Oder Bertil Emrah, “Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması”, Gökçek Ayata, Sevinç Eryılmaz Dilek, Bertil Emrah Oder (Der.), Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama (ss.23-52). İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- Pancaroglu Elif Almıla, 6284 sayılı Kanun ve Bu Kanununun Ceza Muhakemesi Hukukundaki Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Pekel Abdulkadir, Aile Hayatına Saygı Hakkı, Liberte Yayınları, Ankara, 2016.
- Salihpaşaoğlu Yaşar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sunay Reyhan, Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları. Çizgi Yayınevi, Konya, 2013.

¹³⁷ Bununla birlikte Kanunda “şiddet uygulayan” tabirinin kullanılmasının ayrı bir önemi bulunduğunu ifade edenler de bulunmaktadır. Yağcıoğlu, Kanunda “şiddet uygulayan” şeklindeki kavramın tercih edilmesiyle şiddet eyleminin uygulayıcı yani aktif süjesi ise kusurlu eş veya diğer aile bireyleri olarak sınırlandırılmadığı, herkesin bu konumda olabileceğine vurgu yapıldığını ifade etmektedir. Ali Haydar Yağcıoğlu, “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19 (Özel Sayı), 2017, s.913-966.

Makaleler

- Ateş Mustafa, "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 65(3), 2007, ss.161-172.
- Badur Emel, "Kadının Şiddet Nedeniyle Uğradığı Zararların Tazmini ve Nafaka", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2018, s.11-28.
- Budak Canan, "Anayasa Mahkemesi'nin S.E. Kararı Işığında Kadına Yönelik Şiddeti ve Kadın Cinayetlerini Önlemede İdarenin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi*, 6(1), 2022, ss.140-166.
- Çelt Damla, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kolluğun Görev ve Yetkileri", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23 (1-2), 2019, s.109-138.
- Değirmencioğlu Burcu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında "Masumiyet Karinesi"nin Korunması", *ASBÜHFD*. 1(2), 2019, ss.307-356.
- Değirmencioğlu Burcu, "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: "Pozitif Yükümlülük Doktrini" ve Türkiye'ye Yansımaları", *İnsan Hakları Yıllığı*, 29, 2022, ss.55-104.
- Düğmeci Fatih; Gürsel Esin, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Hususunda Devletin Yükümlülüğü ve Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(2), 2019, ss.843-873.
- Ercoskun Şenol Kübra, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 7(13), 2019, ss.423-459.
- Göztepe Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi". *TBB Dergisi*, 95, 2011, ss.13-40.
- Güler Tuğba Sarıkaya, "Positive Obligations" Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?", *European Journal of Multidisciplinary Studies*. 2(6), September- December 2017, ss.358-364.
- İbicioğlu Gözde; Durutürk Bilge, "Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi". *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80 (3), 2022, ss.753-783.
- Kırbaş Caniklioğlu Seher, "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ev Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun)", *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 2015, ss.355-378.
- Moroğlu Nazan, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi", *TBB Dergisi*. 99, 2012, ss.357-380.
- Özkan Gizem, "Kadına Yönelik Şiddet- Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2017, ss.533-564.
- Öztürk Necla, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", *Inonu University Law Review*, 8(1), 2017, ss.1-32.
- Salihpaşaoğlu Yaşar, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *GÜHFD*, 17(3), 2013, ss.227-266.

- Salihpaşaoğlu Yaşar. "Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası ve Türk Yargı Uygulama-sındaki Görünümü". *Anayasa Yargısı*, 39(1), 2022, ss.339-352.
- Şener Ülker. "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi-ne Dair Kanun Ne Getiriyor?". TEPAV, 2012, ss.1-5.
- Yağcıoğlu Ali Haydar. "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Ön-lenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar". *DEÜ Hukuk Fa-kültesi Dergisi*, Prof. Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, 19 (Özel Sayı), 2017, ss.913-966.

Mahkeme Kararları

- A.B. Başvurusu, 2018/2626, 18.01.2018.
- Abdulkadir Ercan Başvurusu, 2019/34891, 17.11.2022.
- Ahmet Ertan Çınar Başvurusu, 2018/32978, 16.08.2018.
- A.İ.H Başvurusu, 2019/36660, 17.11.2022.
- Ayşe Merve Biçer, 2019/8899, 03.11.2022.
- Azım Çiğil Başvurusu, 2017/39439, 11.12.2017.
- A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017.
- Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Educati-on in Belgium" v. Belgium (Merits), 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/62, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968.
- Cengiz Kılıç v. Türkiye, 16192/06, 06.12.2011.
- C.K. Başvurusu, 2016/3114, 09.02.2016.
- Coşkun Ülker Başvurusu, 2020/20774, 17.11.2022.
- Duran Bozdere ve Kemal Bozdere Başvurusu, 2020/5621, 15.06.2022.
- D.K. Başvurusu, 2014/19060, 04.12.2014.
- E.A.Ö ve M.Y. Başvurusu, 2015/16032, 28.09.2015.
- Emre Kaya Başvurusu, 2018/743, 10.02.2021.
- Ender Altiok Başvurusu, 2020/31481, 17.11.2022.
- Ercan Ayan Başvurusu, 2020/39031, 17.11.2022.
- Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, 2018/8030, 2.2.2022.
- Erdal Türkmen Başvurusu, 2016/2100, 28.01.2016.
- Erhun Emrah Doğan Başvurusu, 2019/1995, 03.11.2022.
- Eylem Çetin Demir Başvurusu, 2014/2302, 20.02.2014.
- Faruk Demirci Başvurusu, 2020/14016, 17.11.2022.
- Fatma Güneş Başvurusu, 2016/8300, 25.04.2016.
- Gamze Armağan Başvurusu, 2013/8840, 15.12.2015.
- G.G. Başvurusu, 2018/9416, 09.06.2021.
- Göknur Güler Öztürk Başvurusu, 2021/25211, 17.11.2022.
- Gülbahar Yeni Başvurusu, 2019/17533, 19.01.2022.
- Güney Gündoğdu Başvurusu, 2020/19602, 16.11.2022.
- Hakkı Can Başvurusu, 2021/32691, 26.07.2021.

- Hasan Toraman Başvurusu, 2020/38663, 16.11.2022.
Haydar Demir Başvurusu, 2021/36828, 17.11.2022.
Haydar Yılmaz Başvurusu, 2017/4597, 13.01.2017.
H.K. Başvurusu, 2017/20738, 17.04.2017.
İlknur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.04.2019.
K.B.A. Başvurusu, 2019/12879, 16.11.2022.
K.Ş. Başvurusu, 2016/14613, 17.07.2019.
Kutsal Turhan Yılmazok Başvurusu, 2019/12390, 17.11.2022.
Levent İyikesici Başvurusu, 2021/40013, 08.09.2022.
Maire v. Portekiz, 48206/99, 26.09.2003.
Medet Anık Başvurusu, 2021/34290, 17.11.2022.
Mehmet Bayrakçı (3) Başvurusu, 2021/5079, 17.11.2022.
Mehmet İven Başvurusu, 2021/8067, 17.11.2022.
M.K. Başvurusu, 2014/16526, 20.10.2014.
M.M.Ç. Başvurusu, 2014/12971, 11.08.2014.
M.M.E. ve T.E. Başvurusu, 2013/2910, 05.11.2015.
M.Ş.N. Başvurusu, 2018/3789, 12.09.2018.
M.Ş.N. (2) Başvurusu, 2018/27095, 04.07.2022.
Murat Demircan Başvurusu, 2019/37343, 22.09.2022.
Muhammet Fatih Doğan Başvurusu, 2020/11328, 17.03.2020.
Mustafa Atak Başvurusu, 2018/27304, 12.09.2018.
Mustafa Karaca, 2020/15967, 09.06.2020.
Mustafa Kuzu Başvurusu, 2019/22732, 17.11.2022.
Orhan Bülent Falay Başvurusu, 2020/31850, 17.11.2022.
Orhan Demir Başvurusu, 2021/17030, 17.11.2022.
Opuz v. Turkey, 33401/02, 09.06.2009.
Ö.T. Başvurusu, 2015/16029, 19.02.2019.
Ömer Çetinkaya Başvurusu, 2019/36453, 23.11.2022.
Özgül Güzel Biltekin Başvurusu, 2020/14819, 17.11.2022.
Özlem Tuncel Kaya Başvurusu, 2013/8868, 04.12.2013.
Recep Kaya Başvurusu, 2019/ 42029, 17.11.2022.
R.K. Başvurusu, 2013/6950, 13.09.2013.
Roni Bilgi Alver Başvurusu, 2019/8008, 14.03.2019.
Ruken Kaya Başvurusu, 2019/32069, 23.11.2022.
Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 2013/3758, 23.05.2013.
S.B. Başvurusu, 2014/5783, 22.04.2014.
Selim Adıyaman, 2013/8846, 9/3/2016.
Semra Özel Üner Başvurusu, 2014/12009, 15.07.2014.

Serpil Toros, 2013/6382, 9/3/2016.

S.M. Başvurusu, 2016/3115, 20.06.2019.

T.A. Başvurusu, 2017/32972, 29.09.2021.

T.K. Başvurusu, 2017/27041, 11.12.2009.

Toruntay Emre Uluer Başvurusu, 2020/34011, 17.11.2022.

Tuğçe Dağdemir Muslu Başvurusu, 2019/34996, 17.10.2019.

Z.G. Başvurusu, 2020/13267, 06.01.2020.

X v.İsviçre (k.k.), 8257/78, 10/7/1978.

İnternet Kaynakları

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun No.6284, 08.03.2012, RG Tarih/Sayı: 20.03.2012/28239. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6284&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, RG Tarih/Sayı: 18.01.2013/28532. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Kanun No. 4320, 14.01.1998, RG Tarih/Sayı: 17.01.1998/23223. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> Erişim Tarihi: 17.12.2022.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1950. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim Tarihi: 02.01.2023.

BM, Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi, 20 Ocak 1993. <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/352/ekutuphane3.5.1.4.4.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim Tarihi: 20.12.2022.

CEDAW. (1992). General Recommendation No.19: Violence against women. <https://www.refworld.org/docid/52d920c54.html>, Erişim Tarihi: 22.12.2022.

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, RG Tarih/ Sayı: 14.10.1985/18898. <https://www.resmigazete.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 27.12.2022.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG Tarih/ Sayı: 29.11.2011/28127. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111129-2.htm>, Erişim Tarihi: 27.12.2022.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Karar, RG Tarih/ Sayı: 20.03.2021/31429. <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarikh=2021-03-20>, Erişim Tarihi: 30.12.2022.

Report of the World Conference of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace, 1980. <https://digitallibrary.un.org/record/36306>, Erişim Tarihi: 10.01.2023.

- Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace, 1985. <https://digitallibrary.un.org/record/113822>, Erişim Tarihi: 10.01.2023.
- T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. (2022). Türkiye’de Kadın. https://www.aile.gov.tr/media/97652/tu-rkiye-de-kadin_20220214.pdf&cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr , Erişim Tarihi: 10.1.2023.
- TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, 6284 sayılı Kanun, 2012. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=102316&pkanunnumarası=6284>, Erişim Tarihi:15.12.2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No. 2709, RG Tarih/Sayı: 09.11.1982/17863 (Mükerrer). <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.01.2023.
- UN, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw.pdf>, Erişim Tarihi: 22.12.2022.
- World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women, 1985, <https://www.un.org/en/conferences/women/nairobi1985>, Erişim Tarihi: 20.12.2022.

6326 SAYILI TURİST REHBERLİĞİ MESLEK KANUNU VE TURİST REHBERLİĞİ MESLEK YÖNETMELİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON THE TOURIST GUIDANCE PROFESSIONAL
LAW NO. 6326 AND THE TOURIST GUIDANCE PROFESSIONAL
REGULATION

Ali Caner İNCESU*

Gamze KAHRAMAN**

Emine BALCI***

Özet: Bu çalışmanın amacı, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu ve Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği'nin anlaşılması güç ifadelerinin daha anlaşılabilir olması ve yoruma açık ifadelerin ise netlik kazanabilmesi için ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri üzerinde değerlendirmeler yaparak yapılabilecek düzenlemelere ilişkin öneriler sunmaktır. Zira bu kanun ve yönetmelikte yer alan muğlak ifadelerin turist rehberliği mesleğinin niteliğinin artırılması hususunda engel teşkil ettiği, yapılacak düzenlemelerle hem turist rehberliği mesleğinin niteliğinin hem de turist rehberlerinin mesleki motivasyonlarının artmasına olumlu yönde katkı sunacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada anlaşılması güç ve yoruma açık ifadelerin yerine hangi ifadelerin kanun ve yönetmelik maddelerinde yer alması gerektiği üzerine değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Turizm Mevzuatı, Turist Rehberi, Turist Rehberliği Kanunu, Turist Rehberliği Yönetmeliği

Abstract: The aim of this study is to provide suggestions for the arrangements that can be made by making evaluations on the

* Profesyonel Turist Rehberi (İspanyolca), ali.incesu@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0025-4639

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Seyahat İşletmeciliği ve Turizm Rehberliği Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi, kahraman.gamze@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6736-7083

*** Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Seyahat İşletmeciliği ve Turizm Rehberliği, emine.balci@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3387-3011, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.07.2023, Kabul Tarihi: 08.06.2023

relevant laws and regulations so that the obscure expressions of the Tourist Guidance Vocational Law No. 6326. Because it is thought that the ambiguous expressions in this law and regulation are an obstacle to increasing the quality of the tourist guiding profession, and it will contribute positively to the increase of both the quality of the tourist guiding profession and the professional motivation of the tourist guides with the arrangements to be made. Therefore, in this study, evaluations were made on which expressions should be included in the articles of law and regulation instead of expressions that are difficult to understand and open to interpretation.

Keywords: Tourism Legislations, Tourist Guide, Tourist Guide Law, Tourist Guide Regulation

GİRİŞ

07.06.2012 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmesi ve 22.06. 2012'de Resmî Gazete'de yayımlanmasının ardından 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu (TRMK) yürürlüğe girmiş ve turist rehberliği kanunla tanımlanan profesyonel bir meslek haline gelmiştir. Söz konusu kanun maddeleri mesleğe ilişkin genel hususları içinde barındırmakla birlikte, Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği (TRMY), kanun maddelerinin uygulama esaslarını ele almaktadır.

6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu ve Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği maddeleri incelendiğinde, bazı kanun ve yönetmelik maddelerinin kapsamının genişletilmesi veya kanun kapsamından tamamen çıkarılması, bazı kanun maddelerinin ise mesleğin niteliğinin artırılması amacıyla birtakım güncellemelere konu edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Zira ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri incelendiğinde "muğlak" ifadelerle yer verildiği, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu kapsamında yer alması gereken bir kanun maddesine, seyahat acentelerine ilişkin düzenlemeleri içeren 1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir. Örneğin, 1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nun 30'uncu maddesi, yasadışı rehberlik faaliyetinde bulunan kişilere ilişkin cezai müeyyideleri ele almaktadır. Ancak söz konusu kanun maddesi, seyahat acentelerine ilişkin düzenlemeleri içeren 1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nda değil 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu içerisinde yer almalıdır ve kanun maddesinin kapsamı genişletilmelidir. Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasının b bendinden yer alan "...Komisyon üyelerinin YDS'den alınan

ilgili mevzuat ile belirlenen geçerlilik süresini yitirmemiş en az 90 puan düzeyinde veya eşdeğerliliği ÖSYM tarafından kabul edilen diğer dil sınavlarından aynı puan alındığı belgesinin olması gereklidir...” ifadesinden, YDS’den 90 ve üzeri alan herkes, rehber adaylarını veya çalışma kartına dil ekletmek isteyen rehberlerin dil becerilerini ölçmeye haizdir anlamı çıkmaktadır. Yukarıda yer alan aynı kanun maddesinin devamında “... Birlik tarafından görevlendirilecek o dilde en az son on yılda sekiz yıl eylemli turist rehberliği yapmış üyelerde yabancı dil yeterlilik belgesi aranmaz...” ifadesi içinde yer alan “son on yılda sekiz yıl eylemlilik” ifadesinin kıstas olarak alınmasındaki sebep tam olarak anlaşılammaktadır.

Farklı dillerde çalışma kartına sahip yaklaşık 12.000 profesyonel turist rehberini anayasal güvence altına alan turist rehberleri meslek kanunu ve yönetmelik maddelerinin, değişen dünya şartları ve realitede uygulanabilirliğinin de göz önünde bulundurulması ve anlaşılması güç yoruma açık ifadelerden oluşmaması, söz konusu mesleği icra edenlerin mesleki haklarının korunması adına önem arz etmektedir. Kanun ve yönetmelik maddelerinde yapılması icap eden değişikliklerin veya eklemelerin T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, Turist Rehberleri Odaları Birliği (TUREB) ve meslek odalarının görev alanlarında daha etkin olabilmesi, ileride doğabilecek hukuki müeyyidelere karşı daha kararlı adımların atılması adına göz ardı edilmemesi gerekir. Bu bağlamda bu çalışmada, Turist Rehberleri Meslek Kanunu ve meslek yönetmeliğinde yer alan bazı maddelerin uygulanabilirliğindeki anlam karmaşaları, uygulamadaki zorlukların giderilmesi, turist rehberliği mesleğinin daha nitelikli bir hale getirilmesi ve teoriden pratiğe geçişteki sorunlarının en aza indirilmesi üzerine birtakım değerlendirmelerde bulunulmuştur.

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

TUREB, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu uyarınca kurulmuş, merkezi Ankara olan, kendisine bağlı 13 meslek odası ile tüm Türkiye’de örgütlenmiş bir meslek üst kuruluşudur.¹ Eski adıyla

¹ Turist Rehberleri Odaları Birliği’ne bağlı farklı bölgelerde 7 meslek odası ve 6 bölgesel meslek odası ile toplam 13 meslek odası bulunmaktadır; Adana Bölgesel Turist Rehberleri Odası (ADRO), Ankara Turist Rehberleri Odası (ANRO), Antalya Turist Rehberleri Odası (ARO), Aydın Turist Rehberleri Odası (ATRO), Bursa Bölgesel Turist Rehberleri Odası (BÜRO), Çanakkale Bölgesel Turist Rehberleri Odası (ÇARO), Gaziantep Bölgesel Turist Rehberleri Odası (GARO), İstanbul Tu-

la Turist Rehberleri Birliği 12.09.1998'de İstanbul Rehberler Odası, İzmir Rehberler Odası, Ankara Profesyonel Turizm Rehberleri Derneği ve Antalya Profesyonel Turist Rehberleri Derneği Başkanları tarafından imzalanan bir protokol ile İstanbul'da faaliyete geçmiştir. Birlik, kurulduğu ilk günden itibaren Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun çıkarılmasına yönelik çalışmalar yürütmüştür.² Kanunen güvence altına alınan turist rehberliği mesleği, geçmişten günümüze kazandığı önem ve gelişme süreci ile turizm sektörünün temel taşları arasında yer almaktadır. Meslek, çok eski dönemlerden bugüne kadar var olsa da profesyonel turist rehberliğinin bir "meslek" olarak kendine yer bulması yakın tarihimiz içerisinde gerçekleşmiştir. Turist rehberliği mesleğini icra etmek isteyen bireylerin kanunda belirtilen birtakım nitelikleri taşıması ve belirli eğitim aşamalarını tamamlamış olması beklenir. Turist rehberliği mesleğine kabul koşulları 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nda belirlenmiştir.

Turist rehberi olarak faaliyette bulunmak isteyen bireyler öncelikle yükseköğretim kurumlarının turist/turizm rehberliği bölümlerinden ön lisans, lisans veya tezli/tezsiz yüksek lisans derecesiyle mezun olmaları zorunludur.³ Ayrıca TUREB tarafından T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı denetim ve gözetiminde açılan sertifika programlarını başarı ile tamamlamaları halinde de adaylar turist rehberliğinin akademik yeterlilik şartını sağlamış olarak kabul edilmektedirler. Ancak akademik gereklilikleri sağlamış olmak turist rehberliği mesleğini icra etmek için yeterli değildir. İlgili akademik bölümlerden mezun olan bireylerin, turist rehberi olarak mesleki faaliyette bulunmaları için kanunda belirtilen diğer şartları da sağlaması gerekmektedir. Mesleğe kabul edilmek için kanun maddelerinde yer alan gerekliliklerin tamamlanmasının akabinde, TUREB tarafından her bir coğrafi bölge için ayrı ayrı düzenlenen uygulama eğitim gezisine katılmaları ve başarı ile tamamlamaları da söz konusu şartlardan bir tanesidir. Adaylar son olarak, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kabul

rist Rehberleri Odası (İRO), İzmir Turist Rehberleri Odası (İZRO), Muğla Turist Rehberleri Odası (MUTRO), Nevşehir Turist Rehberleri Odası (NERO), Şanlıurfa Bölgesel Turist Rehberleri Odası (ŞURO), Trabzon Bölgesel Turist Rehberleri Odası (TRO) (TUREB, s. 2023b).

² TUREB, 2023a

³ YÖK Atlas verilerinde söz konusu bölümler; Turizm Rehberliği, Turist Rehberleri ve Seyahat İşletmeciliği ve Turizm Rehberliği olarak adlandırılmaktadır.

edilmiş, bakanlık denetim ve gözetimi altında TUREB tarafından icra edilecek yabancı dil sınavlarının en az birinden ya da yetkili kurum ve kuruluşların yapacakları dil sınavlarından 75 puan ve üzerinde not alarak başarılı olmalıdırlar.⁴

Mesleğe giriş koşullarının tamamını sağlayan kişiler T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından verilen turist rehberliği ruhsatnamesi ile ikametlerinin bulunduğu bölgeye bağlı yetkili meslek odasına kayıt yaptırmak zorundadır.⁵ Meslek odası kaydının tamamlanmasının ardından eylemli turist rehberliği faaliyetinde bulunacak rehber adayları, çalışma kartı alabilmek için TUREB'e başvuruda bulunmak durumundadırlar.⁶ Eylemli turist rehberi, çalışma kartına sahip, aktif olarak çalışacak turist rehberlerini ifade ederken, eylemsiz turist rehberi ise çalışma kartı temin etmeyen, aktif olarak mesleki faaliyette bulunmayan rehberleri ifade etmektedir.⁷ Turist rehberleri, Türkçe dilinde veya sadece çalışma kartlarında yazan yabancı dilde ve bölgede turistlere rehberlik hizmeti verebilmektedirler.⁸

2. TURİST REHBERLİĞİ MESLEK KANUNU VE MESLEK YÖNETMELİĞİ MADDELERİNDE REVİZE ÖNERİLERİ

Profesyonel turist rehberi çalışma kartına sahip olma koşullarından akademik gerekliliğe ilişkin Turist Rehberleri Meslek Kanunu maddesi şöyledir:

Üniversitelerin turist rehberliği bölümlerinin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun olmak veya üniversitelerin turist rehberliği bölümü dışındaki diğer bölümlerinden en az lisans düzeyinde mezun olduktan sonra, birliklerin ve Türkiye Seyahat Acentaları Birliğinin ortak önerileri ve Bakanlığın onayıyla turizm sektörünün ihtiyaçları da dikkate alınarak belirlenen dillerde, gerektiği hâllerde belirlenen bölgelerde, yönetmelikle kurs ve sınavlara ilişkin belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında birlikler tarafından düzenlenen ülkesel veya bölgesel turist rehberliği sertifika programını başarıyla tamamlamak.⁹

⁴ TRMK, md 3/1

⁵ TRMY, md 33

⁶ TRMY, md 27

⁷ TRMY, md 3/f/g

⁸ TRMY, md 29

⁹ TRMK, md 3/1/c

Üniversitelerin ön lisans, lisans, tezli/tezsiz yüksek lisans programlarının herhangi birinden mezun olan bireyler, kanunda belirtilen ek şartları da sağlaması şartıyla “profesyonel turist rehberi” olarak ruhsatname alabilmekte ve mesleki faaliyetlerini icra edebilmektedirler. Turist rehberliği mesleğini icra edecek rehberlerin daha nitelikli olması, rehberlik mesleğinin daha itibarlı bir konumda yer alması ve turist rehberliği mesleğinin “kolay erişilebilen” bir meslek olarak algılanmasının önüne geçmek adına, meslek yüksekokulları ve tezsiz yüksek lisans programlarının akademik yeterlilik kapsamından çıkarılması daha uygun olacaktır. Akademik gerekliliklerinin kapsamının genişleterek, yükseköğretim kurumlarının turist rehberliğine ilişkin bölümlerinin 4 yıllık fakülte, tezli yüksek lisans ve doktora programlarından mezun rehber adaylarının mesleğe kabul edilmesi koşulu getirilmelidir. Nasıl ki bir sertifika programıyla hekim olunamıyorsa, turist rehberliği mesleğini icra edebilmek adına sertifika programlarının rehberlik mesleğinin icrası için yeterlilik unsuru olarak görülmesi hususu tamamen yürürlükten kaldırılması gereken bir husustur. Kanun maddelerinde uygulanan değişikliklerin meslek yönetmeliğindeki karşılığı da kanun maddelerinde yapılan değişiklikler çerçevesinde yeniden düzenlenmelidir.

Mesleğe kabul koşullarında mutlaka yer alması gereken bir diğer husus ise alanında uzman bir hekim tarafından tetkiki yapılması koşuluyla; ileri derecede anksiyete ve sosyal anksiyete bozukluğu, bipolar bozukluk, ileri derecede dikkat eksikliği, ileri derecede uyku bozuklukları, mesleğin icrasına engel obsesif kompulsif bozukluklar, panik bozukluk, ileri derece stres bozukluğu, şizofreni, mesleğin icrasına engel spesifik fobiler, alkol ve narkotik madde kullanımı ile ilgili bozukluklar vb. psikiyatrik rahatsızlıklardan biri veya birkaçının rehber adayında mevcut olmadığına ilişkin bakanlıkça belirlenen tam teşekküllü bir hastaneden alınan sağlık raporunun ibraz edilmesi hususunun aranması ve bahse konu psikiyatrik muayene raporlarının 5 yılda bir periyodik yenilenerek T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'na veya bakanlıkça belirlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına (TUREB veya meslek odalarına) ibrazı zorunlu kılınmalıdır. Profesyonel turist rehberliği mesleğinin temelinde “insan” faktörü yatmaktadır. Mesleği gereği sürekli insanlarla diyalog halinde olmak zorunda olan rehberlerin ruh sağlığının yerinde olması esastır. Rehber, bir kriz anında turist bireyleri yönlendirebilmeli, kriz yönetimini

profesyonel bir şekilde icra etmelidir. Konuya ilişkin örnek vermek gerekirse, tur esnasında yaşanması muhtemel bir trafik kazası, rehberin hali hazırda var olan psikolojik bir rahatsızlığını tetikleyebilir. Tetiklenen psikolojik rahatsızlığı sebebiyle aşırı derecede paniğe kapılabilir veya yaşadığı vahim olayın etkisiyle tamamen kendisini dışı kapatıp, yaşanan olaya kayıtsız kalabilir. Bu durum hem kendisine hem de araç içindekilere fazlasıyla zarar verebilir, can kaybına dönüşebilecek sorunlara yol açabilir.

Turizm, hassas dengeler üzerine oturtulmuş, zamana riayetin esas olduğu bir sektördür. İşleyişte yaşanan küçük bir aksaklık bile dönüşü olmayan maddi manevi zararlara yol açabilmektedir. Rehberler, genel olarak güne erken saatlerde başlamaktadırlar. Yukarıda adı geçen rahatsızlıklar arasından sabah uyanma güçlüğüne sebebiyet verenler, zincirleme bir şekilde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilir. Örneğin, paket tur programı kapsamında yabancı bir turist grubuna 5 günlük süreyle rehberlik yapacak bireyin sabah saatlerinde uyanmaması tur akışının aksamasına neden olur. Akışın aksaması, bir sonraki destinasyonun ya ziyaret edilememesi ya da tur programında yazan bir ziyaret noktasının zorunlu olarak kapsam dışı bırakılması anlamına gelecektir. Ziyaret destinasyonlarından bir veya birkaçının kapsam dışı bırakılması neticesinde, turist kafilesini konuyla ilgili şikâyetini seyahat acentesine bildirecektir. Akabinde, ücretini ödediği hizmetten faydalanamayan turist grubu hizmeti satın aldığı seyahat acentesinden para iadesi talep edecektir. Bu durum seyahat acentelerinin prestijine zarar verir. Ancak problemler sadece prestij ile sınırlı kalmayabilir. Talihsiz olayın nerede yaşandığına bağlı olarak değişmekle birlikte, söz konusu turistler rehber sorumsuzluğu nedeniyle uçaklarını kaçırabilirler. Bu durum turistin kendisinden kaynaklanmadığı için seyahat acentesi bahse konu masrafı karşılamak durumunda kalacaktır. Kuvvetle muhtemel yaşanabilecek bu hadisenin tüm faturası da turist rehberine kesilecektir. Örnek olayda ifade edildiği üzere basit bir olay gibi görünen uyanma problemi; rehberin ve acentenin prestij kaybetmesi ve telafisi mümkün olmayan maddi zararlara dönüşebilme potansiyeli oldukça yüksektir. Kaleme alınan örneklerin kapsamı genişletilebilir. Bu ve bunun gibi olumsuz durumların önüne geçebilmek adına rehberlerin psikiyatri muayenesine düzenli ve kapsamlı bir biçimde tabi tutulması gerekmektedir.

Güncellenmesi yapılması gereken bir diğer madde, eylemli ve eylemsiz turist rehberliği konusudur:

Eylemli ve eylemsiz turist rehberlerinin ad, soyadı ve sicil numaraları ilgili birliğin resmî internet sitesinde yayınlanır. Meslek sadece eylemli turist rehberleri tarafından icra edilebilir. Eylemli turist rehberi olabilmek için bir yıl süreyle geçerli olan çalışma kartının alınması zorunludur. Odaya üyelik koşullarını kaybetmiş veya odaya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemiş olanlara çalışma kartı verilmez. Çalışma kartı almayan veya eylemsiz turist rehberi olarak kalmak üzere yazılı beyanda bulunan turist rehberleri eylemsiz turist rehberi olarak sicile işlenir. Eylemsiz turist rehberleri, meslek kuruluşları organlarının seçimlerinde oy kullanamaz ve bu organlarda görev alamazlar. Aralıksız sekiz yıl süreyle eylemsiz turist rehberi olarak kalanların eylemli turist rehberi olabilmeleri için, Bakanlık tarafından yapılan sınava katılarak başarılı olmaları gerekir.¹⁰

Çalışma kartına sahip tüm rehberlerin Turist Rehberleri Odaları Birliği resmi internet sayfasında, profesyonel turist rehberlerinin eylemli mi yoksa eylemsiz mi mesleklerini icra ettiği bilgisine ulaşılabilmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Her ne şekilde olursa olsun devamlı olarak mesleki faaliyette bulunduğunu gösteren ilanlar yapmak" maddesi gereğince rehberlerin vergilendirmeye tabi tutulması konusunu gündeme getirmektedir.¹¹ Eylemli turist rehberi, çalışma kartına sahip ve turist rehberliği mesleğini yapabilecek durumda olan turist rehberini ifade ettiğinden, eylemli turist rehberlerinin bilgilerinin bahse konu kurumun web sitesinde yayınlanması hususunun ilan niteliği taşıyabileceği ve bu sebeple de vergiye konu edilebilecekleri düşüncesini oluşturması nedeniyle, turist rehberlerinin bilgilerinin birlik web sitesinde yayınlanmasına ilişkin madde, Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nda yeniden düzenlenmeli veya yürürlükten kaldırılmalıdır. Ayrıca aralıksız sekiz yıl eylemsiz kalan turist rehberleri bakanlık tarafından yapılacak sınav sonucunda başarılı olmaları halinde eylemli turist rehberi olabilmektedirler. Ancak turist rehberliği mesleğinin ikinci bir meslek olarak görülmemesi ve rehberlerin mesleklerinden uzun süre ayrı kalmamaları için bu sürenin daha kısa olması hususu değerlendirilmelidir.

¹⁰ TRMK, md 4/1

¹¹ VUK, md 155/3

Kanunda yapılması gereken düzenlemelerden bir diğeri ise belgesiz rehberlik (sahte rehberlik) ile ilgilidir:

İkinci fıkrada yasaklanan fiilleri işleyenler ile ruhsatname sahibi olmadan veya meslekten geçici olarak menedilmiş veya çıkarılmış olmasına rağmen turist rehberliği hizmeti sunanlar, birlik tarafından veya ilgili mülki idare amirlerince faaliyetten menedilir ve durum en geç üç gün içinde Cumhuriyet savcılığına bildirilir.¹²

Belgesiz turist rehberliği faaliyeti ile ilgili olarak 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun 30'uncu maddesinde yer alan *"Bakanlıktan belge almaksızın rehberlik faaliyetinde bulunanlar hakkında, mülki amir tarafından beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idarî para cezasına hükmolunur"* ifadesi belgesiz seyahat acenteciliği kapsamına ilişkin bir kanun maddesi değildir. İş bu sebeple, "belgesiz rehberlik (sahte rehberlik)" konusunu içeren bir hüküm olması sebebiyle söz konusu kanun maddesinin, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu kapsamına alınması gereklidir. "Belgesiz rehberlik" ya da "ruhsatname sahibi olmadan rehberlik" gibi tanımların yerine turist rehberliği mesleğini icra etme salahiyetine haiz olmayan kişilerin illegal rehberlik girişimleri tanımlanırken, "sahte rehberlik" ibaresinin kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Sahte doktor, sahte avukat vb. yasadışı mesleki faaliyetleri tanımlarken kullanılan "sahte" ifadesinin, profesyonel turist rehberliği mesleğini yasalara aykırı bir biçimde icra eden şahıslar için de ele alınmalıdır.

1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun 30'uncu maddesinde belirtilen yasadışı rehberlik faaliyetinin cezalandırma usullerine ilişkin hususun Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nda yer alması gerekliliğine ek olarak, kanun maddesi içinde yer alan para cezası miktarlarında *"...beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar ..."* şeklinde bir sınırlama getirilmemesi gerekir. Bu tür ifadelerin yerine, "her yıl bakanlıkça belirlenen günlük tur yevmiesinin on katı" veya "paket tur ücretinin yirmi katı" şeklinde ifadelerin kullanılması daha doğru olacaktır. Çünkü sahte rehberlik faaliyetinde bulunan kişi kanun maddesinde yer alan müeyyide tutarının üzerinde bir miktarı hali hazırda sahte rehberlik faaliyetlerinden elde

¹² TRMK, md 7/4

edebilmektedir. Söz konusu para cezası tutarlarının sınırlamaya tabi tutulması, cezai müeyyidenin caydırıcılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Ceza tutarlarını sınırlayan ifadelere yer verilmemesi, aynı zamanda kanun ve yönetmelik maddelerinin sürekli güncellenmesi gerekliliğini de ortadan kaldırmış olacaktır.

Konu, Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği maddeleri açısından ele alındığında;

*Yabancı dil yeterlilik belgesi: Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından (YDS) alınan ilgili mevzuat ile belirlenen geçerlilik süresini yitirmemiş en az 75 puan düzeyinde veya bu puana denkliği ÖSYM (Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi) tarafından belirlenen eşdeğer belgenin aslı veya onaylı örneğini.*¹³

*Yabancı dil sınavı; önce sözlü, sonra yazılı olarak yapılır. Sözlü sınavdan yüz (100) üzerinden en az 75 puan alan adaylar başarılı sayılır. Sözlü sınavda başarılı olan adaylar yazılı sınava katılmaya hak kazanırlar. Yazılı sınavda başarılı olabilmek için 100 üzerinden en az 75 puan almak gerekir. Yazılı sınavda başarılı olamayanlar mülakat sınavına katılamaz. Geçerli yabancı dil yeterlilik belgesine sahip olanlar yabancı dil yazılı sınavından muaf tutulur.*¹⁴

Yukarıda yer alan maddelerden anlaşılacağı üzere ÖSYM tarafından okuma ve dil bilgisi becerilerinin test edildiği Yabancı Dil Sınavı'ndan 75 ve üzeri puan alan rehber adayları mesleki kabul koşullarından biri olan yabancı dil aşamasını başarılı bir şekilde tamamlamış olmaktadır. Turist rehberliği, sözlü iletişim becerilerinin ağırlıklı olarak kullanıldığı bir meslektir. Rehber adayları sadece okuma ve dil bilgisi değil, aynı zamanda konuşma, dinleme ve yazma becerilerini de iyi derecede kullanabilmelidirler. Profesyonel turist rehberinin en azından bir yabancı dile iyi derecede hâkim olmasının önemi dikkate alındığında, rehber adaylarının sadece okuma ve dilbilgisi becerilerinin ölçüme tabi tutulduğu YDS'nin, rehber adaylarının veya çalışma kartına yeni bir yabancı dil ekletmek isteyen rehberlerin yabancı dil bilgisinde ölçüt olarak alınması doğru değildir. YDS'nin yerine ÖSYM tarafından eş değerliği kabul gören okuma, yazma, konuşma ve dinleme becerilerini ölçen TOEFL, IELTS, DELE, CELI vb. sınavlardan elde edilen sonuçların dil

¹³ TRMY, md 3/1/s

¹⁴ TRMY, md 8/4/b

becerileri bakımından bir kıstas olarak alınması, rehberlerin yabancı dil konusunda daha nitelikli olmasını sağlayacaktır.

T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı denetim ve gözetiminde TUREB tarafından icra edilen Yabancı Dil Seviye Tespit ve Dil Ekletme Sınavlarının uygulama esaslarında köklü olarak bir değişime gidilmesi gerekliliği de dikkate alınmalıdır. Söz konusu sınavların ölçme ve değerlendirme etaplarından idari işleyişe kadar birtakım değişikliklerin yapılması günümüzde zorunlu hale gelmiştir. TUREB tarafından icra edilen yabancı dil sınavlarında rehber adaylarının konuşma becerilerinin en azından bir arkeolojik alanın tanıtımını genel hatlarıyla ve doğru bir dil bilgisiyle ifade edebilecek düzeyde olup olmadığı ölçülmelidir. Jüri üyeleri ile rehber adayı arasında sıklıkla diyalog kurularak, adayın dinleme becerileri birkaç yönden teste tabi tutulmalıdır. Yazılı sınavda da hem okuma hem de yazma becerilerinin uygun zorluk seviyesinin altında olmamak koşulu ile test edilmesi, sınavın niteliği bakımından oldukça önemlidir.

TUREB tarafından organize edilen yabancı dil sınavlarının uygulanmasına ilişkin yabancı dil sınavında görev alacak jüri üyelerinin nitelikleri meslek yönetmeliğinde şu şekilde ifade edilmektedir:

Her yabancı dil için ayrı sınav komisyonu oluşturulur. Yabancı dil sınav komisyonu, Birlikçe görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşur. Komisyon üyelerinin YDS'den alınan ilgili mevzuat ile belirlenen geçerlilik süresini yitirmemiş en az 90 puan düzeyinde veya eşdeğerliliği ÖSYM tarafından kabul edilen diğer dil sınavlarından aynı puan alındığı belgesinin olması gereklidir. Ancak, o dilin eğitimini veren öğretim üyeleri ile öğretim görevlileri ve Birlik tarafından görevlendirilecek o dilde en az son on yılda sekiz yıl eylemli turist rehberliği yapmış üyelerde yabancı dil yeterlilik belgesi aranmaz. İngilizce, Almanca, Fransızca dışındaki dillerde komisyon oluşturulmasında güçlüklerle karşılaşıldığında, komisyon, daha az üyeden oluşturulabilir ve bu fıkradaki şartlar aranmaz.¹⁵

Yukarıda yer alan yönetmelik maddesinin kapsamı değiştirilmeli ve genişletilmelidir. Değiştirilmesi ve kapsamının genişletilmesi lazım gelen hususlar şu şekildedir;

¹⁵ TRMY, md 8/2/b

- Sınav komisyon üyelerinin YDS'den en az 90 alması şartı tek başına bir yeterlilik unsuru olarak görülmemeli ve yürürlükten kaldırılmalıdır. Sadece ÖSYM tarafından eş değeri kabul edilen ve okuma, konuşma, yazma ve dinleme becerilerini ölçen yabancı dil sınavlarından alınan puanların kıstas olarak ele alınması, rehber adaylarının yabancı dil becerilerini ölçen sınav komisyon üyelerinin de haiz oldukları yabancı dil becerilerinde yetkin olduğunu kanıtlar nitelikte olacaktır. Ayrıca "...Komisyon üyelerinin YDS'den alınan ilgili mevzuat ile belirlenen geçerlilik süresini yitirmemiş en az 90 puan düzeyinde veya..." yönetmelik maddesinden anlaşılacağı üzere YDS notu 90 ve üzeri olan "herhangi bir kişi" sınav komisyon üyesi olabilmektedir. Söz konusu ifadenin yönetmelik maddesinden çıkarılması ve yerine "Sınav komisyon üyeleri, ÖSYM tarafından eş değeri kabul edilen, okuma, yazma, konuşma ve dinleme becerilerini ölçen asgari C1 düzeyinde nota sahip, Yükseköğretim Kurulu'na bağlı kurumlarda görevli akademisyenler veya kamu kurum ve kuruluşlarında görevli kişiler arasından seçilir" ifadesi eklenmeli veya bu örnek bende anlamca yakın bir ifade yürürlüğe konmalıdır. Yükseköğretim kurumlarının yabancı dil bölümlerinde görevli akademisyenler için sınav notu şartı aranmamalıdır.
- "...Birlik tarafından görevlendirilecek o dilde en az son on yılda sekiz yıl eylemli turist rehberliği yapmış üyelerde yabancı dil yeterlilik belgesi aranmaz..." ifadesiyle tam olarak ifade edilmek istenenin ne olduğu, son on yılda sekiz yıl eylemli rehber olarak çalışmak ile son sekiz yılda eylemli olarak rehberlik faaliyetinde bulunmak arasında ne gibi bir fark bulunduğu yeterince anlaşılır değildir. Burada önemli olan, rehber kişinin sekiz yıl bilfiil rehberlik mesleğini icra etmesi olduğundan "on yılda" ifadesinin yönetmelik maddesinde yer almasının bir anlamı bulunmamaktadır. İfade edilmek istenen, rehber kişinin on yıllık mesleki tecrübeye sahip olması ise iki yıl boyunca eylemsiz rehber statüsünde yer alan bir rehberin mesleki faaliyette aktif olarak yer almadığı, dolayısıyla eylemsiz geçirilen süre zarfında yabancı dil becerilerinin bir kısmının kullanılmayacağı anlamına gelmektedir. Görüldüğü üzere, "son on yılda" ifadesinin yönetmelik maddesine anlamlı bir katkısının bulunmadığı açıktır. Bu ifadenin yerine "son sekiz yılda aralıksız eylemli rehber olmak veya son on yılda aralıksız eylemli rehberlik

faaliyetinde bulunmuş olmak” gibi sınırları net bir şekilde belirlenmiş, anlam karmaşasına sebebiyet vermeyen ifadelerin yer alması yönetmelik maddesini daha anlaşılır bir hale getirmektedir. Ancak, bir profesyonel turist rehberinin son on yılda veya sekiz yılda eylemli olarak rehberlik mesleğini icra etmesi demek o kişinin çalışma kartında yer alan yabancı dili aktif olarak kullandığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla profesyonel turist rehberlerinin sınav komisyonuna seçilmesi hususunda bir değerlendirme yapmanın oldukça güç olduğu görülmektedir. Zira profesyonel turist rehberleri, çalışma kartlarında yer alan yabancı dilde rehberlik mesleğini icra etmek zorunda değildirler. Türkçe dilinde de yerli turistlere hizmet verebilmektedirler. Böylece uzun yıllar eylemli olarak sadece Türkçe dilinde rehberlik hizmeti sunan profesyonel turist rehberlerinin TUREB tarafından sınav komisyon üyesi olarak seçilmesi muhtemel gözükmemektedir. Bir başka deyişle, sınav komisyonuna seçilmesi muhtemel profesyonel turist rehberinin ilgili yabancı dil yetkinliğinin sınavı icra eden kurum veya kurumlar tarafından değerlendirilmesinde sıkıntı yaşandığı düşünülmektedir. Söz konusu sıkıntının giderilmesi için sınav komisyonuna alınması planlanan adaylarda YDS ve benzer içerikli sınavlar dışında yabancı dil becerilerini kapsamlı bir şekilde ölçen yabancı dil sınavlarının birinden, geçerlilik süresi devam eden en az C1 seviyesinde bir dil yetkinliği aranması gerekmektedir.

Yukarıda ifade edilen öneri, “C1 düzeyinde yabancı dil becerisine sahip olmayan bir profesyonel turist rehberi sınav komisyon üyesi olarak seçilemiyorsa o halde rehberlik mesleğini de icra etmemeli” düşüncesini doğurabilir. Ancak, Her profesyonel turist rehberinin sınav komisyonunda yer alabilecek nitelikte olması beklenemez. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere sınav komisyonuna alınması planlanan profesyonel turist rehberinin çalışma kartında yer alan yabancı dilde eylemli olsa dahi aktif olarak rehberlik yaptığına dair bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu durum tek başına, yönetmelik maddesinde belirtilen süre şartını sağlayan her eylemli rehberin sınav komisyon üyesi olmayacağına en belirgin göstergesi olarak ele alınmalıdır.

Uygulama gezilerine ilişkin meslek yönetmeliğinde yer alan ifade aşağıdaki gibidir;

*“Uygulama gezilerinde, geziye çıkacak araç sayısı kadar turist rehberi, turist rehberliği mesleğini son on yılda en az sekiz yıldır fiilen icra eden eylemli ülkesel turist rehberleri arasından belirlenerek, program yöneticisi tarafından Birlik başkanının onayına sunulur”.*¹⁶

TRMY m. 8/2/b’de yer alan “son on yılda sekiz yıl eylemli fiilen rehberlik faaliyetinde bulunmak” ifadesinde değiştirilmesi lazım gelen ifade, aynı şekilde TRMY, m. 14/4 için de uygulanmalıdır. Son on yılda sekiz yıl eylemli olarak rehberlik yapan bir bireyin uygulama eğitim gezilerinde rehber adaylarına bölge veya bölgelere ilişkin eğitim verebilecek nitelikte olduğu kanaatine tam olarak nasıl varıldığı, konuyla ilgili rehberlerde aranan niteliklerin tam olarak neler olduğu hususunda ilgili yönetmelik ve kanun maddeleri tekrar incelendiğinde konuya ilişkin muğlaklık olduğu, uygulama eğitim gezilerine liderlik eden rehberlerin referans yoluyla veya kurum inisiyatifiyle seçildiği düşüncesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla uygulama eğitim gezilerine rehberlik edecek bireylerin seçimi konusunda yönetmelikte daha belirgin olan, ucu açık olmayan ifadelerin yer alması gerekmektedir.

Örneğin;

- Uygulama eğitim gezilerine rehberlik yapacak bireylerin kaç yıl eylemli rehber olarak çalıştığı değil, alanında ne kadar nitelikli bir rehber olduğu hususu kıstas olarak alınmalıdır. Uygulama eğitim gezilerinde görevlendirilecek turist rehberlerinin, sicillerinde turist rehberi olarak görevlendirilecekleri bölge ile ilgili en az bir uzmanlık eğitimi almış olmasına ilişkin bir zorunluluğun aranması, yetkinliklerinin değerlendirilmesi sürecini somut bir kritere bağlayacaktır.
- Uygulama eğitim gezilerinde görev alacak rehberlerin bakanlık denetim ve gözetimi altında TUREB tarafından organize edilecek ve eğitmenlik vasıflarını ölçen bir sınava tabi tutulmaları, sınavdan başarılı olan rehberlerin tıpkı uzmanlık eğitim bilgilerinin sicillerine işlendiği gibi “eğitmen rehber” vb. ek tanımlamalar yapılması ve böylece uygulama eğitim gezilerinde görev alacak rehberlerin bahse konu sınavlardan başarılı olan rehberler arasından seçilmesi kriteri eklenebilir.

¹⁶ TRMY, md 14/4

- Yönetmelik maddesinde yer alan “ülkesel rehber” kısıtlaması yürürlükten kaldırılmalıdır. Çünkü, ülkesel eylemli turist rehberlerinin uygulama gezisinin düzenleneceği bölge ya da bölgelerdeki mesleki yetkinliğinin üst düzeyde olduğu kanaatine direkt olarak varılması düşündürücü bir detaydır. Uzun yıllar tek bir coğrafi bölgede rehberlik faaliyetinde bulunan bireylerin de varlığı söz konusu olabilir. Bir başka ifadeyle, örneğin uzun yıllar sadece Doğu Anadolu Bölgesi’nde bölgesel rehberlik yapan bir birey ile Ege Bölgesi’nde yoğunlukla faaliyet gösteren ülkesel bir rehberin Doğu Anadolu Bölgesi’ndeki mesleki performansının aynı düzeyde olması beklenemez. Bu sebeple, uygulama eğitim gezilerinde görev alacak rehberlerin “ülkesel rehber” olması şartı pratikte çok anlamlı gözükmemektedir.
- Yapılacak ek bir düzenlemeyle kamu üniversitelerinin turist rehberliği bölümlerinde görevli rehber-akademisyenlerin herhangi bir onaya veya izine gerek kalmaksızın kamu görevlerini aksatmayacak şekilde “eylemli profesyonel turist rehberi” olarak görev yapmalarının önündeki belirsizliklerin tamamen ortadan kaldırılarak, rehber-akademisyenlerin uygulama eğitim gezilerinde ek bir koşul aranmaksızın görev alması sağlanabilir. Vakıf üniversitelerinde görevli rehber-akademisyenlerin kanuni açıdan profesyonel turist rehberi olarak görev yapmalarında bir sakınca bulunmadığı için uygulama eğitim gezilerine eğitimci-rehber sıfatı altında planlanmasında bir sakınca gözükmemektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada, 2012 yılında profesyonel turist rehberliği mesleğine ilişkin yürürlüğe giren 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu ve Turist Rehberliği Meslek Yönetmeliği maddelerinde birtakım güncellemeler yapılması gerektiği iddiasından yola çıkılarak ilgili kanun ve yönetmelik maddelerini değerlendirilmiştir. Söz konusu maddeler incelendiğinde muğlak ifadelerin varlığı dikkat çekmektedir. Bu bağlamda yukarıda da değinilen bazı kanun ve yönetmelik maddelerinin uygulanması sırasında tam olarak bir fikir birliğine varılmasının güç olduğu düşünülmektedir. Turist rehberliği mesleğinin itibarını yükseltmek ve daha nitelikli olması adına çalışma kapsamında ifade edilen kanun ve yönetmelik maddelerinin güncellenmesi veya modern

çağın gerekliliklerini karşılayacak şekilde düzenlenmesi esastır. Turist rehberliği mesleğini icra edebilmek adına belirli kapsam ve sınırları içinde barındıran kanun ve yönetmelik maddelerinin anlaşılması güç, işlevsiz ifadelerden arındırılması gerekmektedir.

Kanun ve yönetmelik maddelerinin güncellenmesi veya ek maddelerin gerekliliğine ilişkin TUREB ve meslek odaları tarafından yeni bir çalışma yapılarak, bu alanda yapılmış akademik yayınlar da göz önünde bulundurularak yeni bir kanun ve yönetmelik taslağı hazırlanmalıdır. Ayrıca bahse konu kanun ve yönetmelik taslağının ivedilikle yürürlüğe konulması adına gerekli adımların mümkün olan en kısa sürede atılması mesleğin geleceği bakımından oldukça önemlidir. Bunlara ek olarak, daha önce kanun ve yönetmelik maddelerinin iyileştirilmesine yönelik bir çalışma gerçekleştirildiyse, kaleme alınan farklı görüşler, fikirler değerlendirme kapsamına alınmalı, yapılacak kapsamlı bir analiz neticesinde hüküm kılınan ifadeler kanun ve yönetmelik taslağında yer almalıdır.

Çalışma kapsamında gerçekleştirilen kanun ve yönetmelik maddelerinin tahlili ve konuya ilişkin olarak ek önerilere de yer verilmiştir.

Turist rehberleri yaklaşık 12.000 kişiden oluşan büyük bir meslek grubudur.¹⁷ Söz konusu meslek içinde, çok farklı alanlarda ihtisas yapmış bireyler de yer almaktadır. Bu bağlamda, bazı meslek gruplarında uygulanan meslek içi hiyerarşik sınıflandırmalara turist rehberliği mesleği içinde de yer verilmesi mümkündür. Örneğin; uzman doktor, başmühendis, I, II ve III. kademe antrenör gibi uygulamaların turist rehberleri için de hayata geçirilmesi uygun bir adım olabilir. Profesyonel rehberler için de "ülkesel uzman rehber" "bölgesel uzman rehber" veya I. kademe, II. kademe rehber gibi sınıflandırma yoluna gidilebilir. Böylece ihtisas sahibi veya alanında daha tecrübeli rehberleri, henüz mesleğinde tecrübe kazanma aşamasında olan veya özel bir ihtisas alanı bulunmayan rehberlerden ayırmak mümkün olabilecektir. Bu durum aynı zamanda turist rehberlerinin mesleki motivasyonları artırılabilir gibi taban ücretlerin belirlenmesinde de bu ayırım dikkate alınabilir.

¹⁷ İfade edilen profesyonel turist rehberleri sayısı TUREB verilerinden derlenmiştir. Meslek odalarına kayıtlı rehberlerin sayısı her geçen gün değişiklik gösterebilmektedir.

Profesyonel turist rehberlerinin mesleğe ilişkin motivasyonlarının ve mesleklerine bağlılıklarının artırılması için yapılabilecek bir diğer düzenleme, rehberlerin akademik unvanlarını çalışma kartlarında kullanabilmesidir. Rehber, çalışma kartında yer alan isim hanesinin önüne akademik unvanını (Dr., Doç. Dr., Prof. Dr.) ekletebilmelidir. Ayrıca, profesyonel rehberlik yapan bireylerin turizm alanıyla doğrudan ilişkili bir başka akademik alanda yetkinlikleri varsa (arkeolog, sanat tarihçisi vb.), bu yetkinlerinde çalışma kartında yer alması sağlanabilir. Zira yeni mezun bir rehberin mesleğinde yirmi yıl sonra da aynı noktada olacağını düşünmesi karamsarlık yaratabilir. Ancak, akademik eğitimlerle veya ihtisas sahibi olduğu diğer akademik disiplinlerden elde edeceği derecelerin meslek yaşamında ve kendisine gelecekte fayda sağlayacağı bilincinde olan rehberler, mesleki yaşamına daha pozitif bakabilecektir. Bunlara ek olarak, zaman içinde kendini akademik ve kişisel olarak geliştiren rehberler emsalleri arasında temayüz ederek rekabet avantajını ellerinde bulundurabilirler. Diğer mesleklerde olduğu gibi turist rehberliği mesleğinde de bireyler arasında belirgin farkların oluşmasına sebebiyet verebilirler. Mesleğinin ilk yıllarındaki rehberler için bir rol model olabilirler. Çalışmada yer alan tüm önerilerin kanun ve yönetmelik kapsamına alınıp uygulamaya konu edilmesi, devrim niteliğinde bir adım olacak ve mesleki kalitenin en üst seviyelere taşınmasına vesile olacaktır.

Kaynakça

İnternet Kaynakları

- TUREB. (2023a). Hakkımızda. Turist Rehberleri Odaları Birliği: <https://www.tureb.org.tr/tr/Page/Detail/50> Erişim Tarihi: 08.01.2023.
- TUREB. (2023b). Üye Odalar. Turist Rehberleri Odaları Birliği: <https://www.tureb.org.tr/tr/Oda> Erişim Tarihi: 08.01.2023.
- YÖK. (2023). Yükseköğretim Program Atlası. Yükseköğretim Kurulu: <https://yokatlas.yok.gov.tr/index.php> Erişim Tarihi: 10.01.2023.

SİBER UZAYDA TİCARET VE LEX MERCATORIA

TRADE IN CYBERSPACE AND LEX MERCATORIA

Habibe İYİMAYA KAYAASLAN*

Özet: Siber uzay İnternet'in bireylerin hayatına girmesinden çok önce özellikle finans kurumları tarafından halihazırda kullanılmaktaydı. Siber uzayın kurumsal işlevi tabana yayılıp bireysel kullanım arttıkça protokoller geliştirildi ve internet veri taşımaktan fazlasını yapmaya başladı, böylece hayat tarzlarımızı derinden etkiledi. Bünyemizde var olan bu filizlenmenin ne yönde seyrettiği, mevcut ticari hayatımızı daha ne derece farklılaştıracağıni öngörmek güçtür ancak öyle görünüyor ki vicdanımızı tatmin eden kurallara ulaşana dek çok bilinmeyenli bu denklem için fayda optimizasyonu sağlama-yaya yönelik düzenleme çabalarımız sürecektir.

İşlem ve tartışma yoğunluğunu göz önünde bulundurarak bu çalışmada siber uzay üzerindeki ağlardan İnternet ağı incelemeye baz alınmıştır. İnternet'in devletler eliyle ve öz-denetim düzenlemelerle yönetiminde lex mercatoria kapsamına etki eden eğilimler ve öne çıkan kaynaklar ortaya koyulmuş ve dikkat çekici uygulamalara yer verilmiştir. Böylece devletler üstü ilkelere varmanın mümkünatı irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnternet, Lex Mercatoria, Hukukun Kaynakları, Netetiği, Şeffaflık, ODR, ICANN

Abstract: Cyberspace was already being used, especially by financial institutions, long before the Internet entered the lives of individuals. As the institutional function of cyberspace spread to the grassroots and individual use increased, protocols were developed and the Internet began to do more than just carrying data, thus profoundly affecting our lifestyles. It is difficult to predict the direction of this emergence and how it will further differentiate our current commercial life, but it seems that we will continue our regulatory efforts to optimize the utility of this unknown equation until we reach rules that satisfy our conscience.

Considering the intensity of transactions and discussions, this study is based on the Internet network, one of the networks in cy-

* habibe.iyimaya@gmail.com, ORCID: 0009-0006-3102-3514, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.05.2023, Kabul Tarihi: 15.07.2023

berspace. The trends and prominent sources affecting the scope of lex mercatoria in the governance of the Internet by states and self-regulatory arrangements are presented and remarkable practices are included. Thus, the possibility of arriving at supranational principles is examined.

Keywords: Internet, Lex Mercatoria, Sources of Law, Netethics, Transparency, ODR, ICANN

1. GİRİŞ

İnternet'te yürütülen ticari faaliyetlerin düzenlenmesinde *lex mercatoria*'nın içeriğinin ne olacağı sorusuna çeşitli cevaplar verilmiş *cyberlexcontractus*, *lexinternetica*, *cyberlexmercatoria*, *lex electronica* ve *lex informatica*¹ kavramları türetilmiştir. Kimi müellif *lex mercatorianın* tek bir hukuk dalı olmadığını, *lex maritima*, *lex electronica*, *lex petrolea*, *lex constructionis* gibi çeşitli sektörleri düzenleyen hukukların bütünü olduğunu ileri sürmektedir.² *Lex mercatoria*'nın klasik bağlamda tanımlanmasında bile güçlük yaşandığı düşünülürse³ halen gelişmekte olan, unsurlarının ne olduğunu⁴ ve yaşamımıza etkilerinin nereye varacağını tam olarak bilemediğimiz, ancak salt sanal ortam olarak nitelendirilmenin yetersiz kalacağı İnternet'e ilişkin *lex mercatorianın* tanımını

¹ Lex electronica ve lex informatica, ticaret yollarından sadece interneti değil veri bazlı tüm araçlar açısından düzenlemede bulunmakta, elektronik ortamda yapılan ticaretin kuralları ve genel ilkeleri toplamını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kavramların lex mercatoria gibi gelişip kanunlar ihtilafının yerini alacak kapsamda olmamakla birlikte evrensel uygulama vaad ettiği savunulmaktadır. Lex mercatoria gibi sadece profesyonellerin ekonomik ilişkilerini düzenlemekte kalmayıp, kültür, değerler ve özgürlükleri de düzenlediğine ilişkin bkz. Arnold Vahrenwald, Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Part IV: Arbitration, (İtalya: 2000), sh 181. Dünya çapındaki bu ağır literatürümüze dayattığı kavramları ulusallaştırmanın kimi yerde yapaylık arz etmesi ve arzu edilen şeffaflık ve uluslar üstü sistem oluşturma eğilimine ters düşmesi sebebiyle çoğunlukla kavramların genel kullanımlarına bağlı kalınmaya çalışılmıştır.

² Bütünün parçalarının kendi kültürlerini oluşturup kendine özgü yorumlar geliştirdiğine ilişkin görüş için bkz. Fabrizio Marrella, Christopher S. Yoo, "Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?", *Virginia Journal of International Law* [2006], C. 47, S. 4, sh. 822.

³ Arzu, Oğuz, *Lex Mercatoria*, Ankara, Yetkin, 2004, sh. 35 vd.

⁴ İnternet üzerinde işlenen terör suçuna ilişkin yargılamayı yürüten İngiliz Yüksek Mahkeme yargıçısı Openshaw 59 yaşında iken, "[s]orun şu ki, dili anlamıyorum, web sitesinin ne olduğunu anlamıyorum." şeklinde samimiyetle demec vermek suretiyle hakim ve hakem heyetlerinin sistemi kavrayıp ihtiyaçlarını gözetebilmeleri için sistemin aktörlerinin desteğinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Reuters'in rapor ettiği haber için bkz. <https://www.reuters.com/article/uk-security-britain-internet-idUKL1667622520070516> (SET: 25.04.2023).

yapmanın ne kadar güç olduğu görülecektir. Burada politik tercihler ve yargı kararları yanında piyasa katılımcılarının düzenlemelerin şekillenmesine etkisi ve şeffaflık içeren uluslar üstü düzenlemeye duyulan ihtiyaç ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Keşfeden kuralını da koyar.⁵

2. İNTERNET'İN DÜZENLENİŞİ: DEVLET VE ÖZ-DENETİM DÜZENLEME

Ortaçağ Avrupası'nda uluslararası ve bölge içi ticaretin gelişmesi dolayısıyla ödemenin sorun teşkil etmesi sebebiyle altın ve demir para yanında poliçeler kullanılmaya başlanmıştır.⁶ Şüphesiz ki sözleşme hukukunun küreselleşmesi, en başta sivil aktörler olan *glossatorlar* ve tacirler aracılığı ile olmuştur.⁷ Sonrasında ulus devlet fikrinin yükseli-

⁵ Dünyanın kâşif tacirleri ticaretin geleneklerini oluşturmuş ve tercihlerini dünyaya lanse edebilmiştir. İngiltere'nin özellikle deniz ticaretinin ve buna bağlı olarak hukukunun gelişmesinde oynadığı önemli rolü bir başyapıtta dikkat çekerek sunabiliriz. Britanya Kraliçesi'nin Seville ve St. Lucar danışmanı Beawes, masraflı olan savaşları bertaraf edebilecek, aksamadan yürüyen dünya ticareti için tüm aktörlerinin uyum içinde iletişimde olması gerektiğini gözeterek neredeyse Dünya Ticaret Kültürü Sözlüğü veya Ticarî Seyahatname diyebileceğimiz karşılaştırmalı eseri kaleme almıştır. Masal anlatıcısı edasında İngiliz politikliği ile birini diğerine tercih etme iradesi göstermeden ticaret hayatında aktif tüm ülkelerin ölçü ve para birimlerinin capraz kurlarını düzenlemiş, -mısır ticaretine özel önem vererek- öne çıkan ve kabul gören gelenekleri belirtmiştir. Örneğin sigorta sözleşmesine ilişkin bir uyumsuzlukta sigortacı ve sigorta lehtarının hak temellerini incelemektedir. Sözü geçen karar için bkz. Wyndham Beawes, *Lex Mercatoria Rediviva: Or, A Complete Code Of Commercial Law, Being a General Guide to All Men in Business whether as Traders, Remitters, Owners, Freighters, Captains, Insurers, Brokers, Factors, Supercargoes, or Agents with An Account of our Mercantile Companies, of our Colonies and Facories abroad, of our Commercial Treaties with Foreign Powers, of our Duty of Consuls, and of the Laws concerning Aliens, Naturalization, and Denization to which is added, A sketch of the present State of the Commerce of the whole World; describing the Manufactures and Products of each particular Nation; with Tables of the Correspondence and Agreement of their respective Coins, Weights, and Measures. Compiled from the Works of the Most Celebrated British and Foreign Commercial Writers, The whole equally calculated for the Information and Service of the Merchant, Lawyer, Member of Parliament, and private Gentleman, Thomas Mortimer tarafından genişletilmiş 5'inci baskı, Londra, 1792, sh. 309.*

⁶ Onbeşinci yüzyılda kısa süre içinde bir çeşit kambiyo seneti olan İtalyan tratta taklitleri tüm Avrupa ve İngiltere'de yoğunlukla tercih edilmiştir. Bkz. M. M. Postan, *Essays on Medieval Agriculture and General Problems of the Medieval Economy*, Cambridge University Press, 1973, sh. 54 vd.; Peter Drahos, John Braithwaite, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000, sh 8 vd.

⁷ *Ibid.*, sh. 8 vd.

şe geçerek devletlerin ticari yargılama yetkisini tekeline alması, tacirlerin iş usullerinde değişikliklere sebep olmakla birlikte *lex mercatoria* ulusal mevzuatın içine dercedilmeye çalışılmıştır.⁸ Bunun yanında pazar gücü olan şirketler kendi hukuklarını oluşturmaya başlamışlardır. Mal tedarikininin ve sözleşmelerin küreselleşmesi büyük oranda şirketlerin etkisiyle olmuştur. Böylece *lex mercatoria* teriminin yeniden tanımlanması gerekmiştir.⁹ Bu gelişmeler devletin tepeden kural indirmesini tersine çevirerek ticari kuralların uluslararası hukuki rejimi değiştirmesi yoluyla tümevarımcı bir yaklaşımın benimsenmesine yol açmıştır. Yirminci yüzyılda yeniden keşfedilen *lex mercatoria* tabandan (kuruluşların uygulamaları) yukarı (devlet tarafından tanınma) hareketiyle uygulama bulmuştur. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından girilen küresel uyumlaştırma çalışmaları “ölü mektup” olarak adlandırılmıştır. Buna karşın Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce: ICC) bizzat ticari ilişkileri dikkate alarak ulusal komiteleri ve çalışma grupları ile büyük başarılar sağlamıştır: Uniform Customs and Practice for Documentary Credits ortaya çıkmıştır.¹⁰

Uluslararası ticaret, ortaçağda olduğu gibi bilişim çağında da ivme kazanmıştır. İnternetin ticarileşmesi ve yaygınlaşmasıyla uluslararası ilişki ve etkileşimleri yönetecek hukukun belirlenmesindeki güçlükler, ticaret hukukunun uluslararası bağlamda çalışmalara duyduğu ihtiyacı artırmıştır.¹¹ İnternet, başlarda yönetimi üzerine yazılı hukuk kuralları, anlaşmalar olmadan ortak uygulamalar, ticari örf ve adet ile

⁸ B. Goldman, *Lex Mercatoria: Lecture*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, sh. 4. Önceden Ortaçağ *lex mercatoriasında* olduğu gibi teamüllerin ticari sözleşmelere dercedilmesi model kanunlar ve rehberler ile olmuştur. Uluslararası Ticaret Odası (ICC) bu konuda yıllardır çalışmaktadır. Zaman içinde resmileşen ve kurumsallaşan ilkeler iç hukukun bir parçası olmakta veya çok taraflı anlaşmalar olarak kabul edilmektedir.

⁹ Ibid sh 5. Günümüzde *lex mercatorianın* bir çok dalı bulunmaktadır: uluslararası kamu hukuku, uluslararası kuruluş kuralları, teammül ve uygulamalar, standart sözleşmeler, tahkim hükümleri. Ole Lando, “The *Lex mercatoria* in International Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly* [1985], C. 34, sh. 747.

¹⁰ Peter Drahos, John Braithwaite, “Global Business Regulation”, *The Journal of Political Philosophy* [2001], C. 9, S. 1, sh. 111.

¹¹ Berger’e göre *lex mercatoria’yı* etkileyen ekonomik ve jeopolitik unsurlar yanında İnternet’in kullanımındaki artışın göz önünde bulundurulması gerekir. Klaus Peter Berger, “The New Law Merchant And The Global Market: A 21st Century View of Transnational Commercial Law”, *International Arbitration Law Review* [2000], C. 3, S. 4, sh. 97.

gelişmiş¹² ve ortaçağda olduğu gibi tabandan tepeye düzen oluşmaya başlamıştır; akabinde devlet politikaları uyarınca yapılan müdahaleler ile tepeden tabana düzenlemeler yoğunlaşmıştır. Kimi müellife göre jeopolitik güç mücadeleleri, İnternet yönetiminde de sürdürülmekte ve parçalanmış bir tablo ortaya çıkartmaktadırlar. Bu tabloda, özel şirketlerin hakim olduğu ve düzenleme eksikliğiyle karakterize edilen Silikon Vadisi İnterneti; istikrar, veri koruma ve mahremiyete öncelik veren Brüksel İnterneti; devlet tarafından kontrol edilen, gözetim ve sansürü vurgulayan Pekin İnterneti; erişim ve kalkınmaya öncelik vererek dijital uçurumu kapatmayı amaçlayan Delhi İnterneti arasında dönemsel üstünlüklerin gözleneceği ileri sürülmektedir.¹³

İnternet'te ticaret ile geleneksel ticaretin tamamen farklı olduğu söylenememekle birlikte esaslı farklılaşmalar olduğuna değinmek gerekir.¹⁴ Örneğin uluslararası geleneksel ticaret büyük ölçekli işletmelerin stratejik iş ilişkilerine dayanmakta -ki bu alanda da değişimler yaşanıyor olmakla birlikte ekseriyetle- ve görece ağır seyir göstermektedir. İnternet'te ticaret (e-ticaret)¹⁵ ise küçük ve orta ölçekli işletme-

¹² Bu gelişim tarzı ile lex mercatoria arasında diğer bir çok müellif gibi paralellik gören Polanski, filizlenen bu gelenekleri lex mercatoria'nın reenkarnasyonu olarak nitelendirmekte ve bunu İnternet lex mercatoria olarak isimlendirmektedir. Yazar, dünyada geçerli olma arzusunda olan, hukuk firmalarının labaratuvarı, müzakerelerin sınama aracı, tahkimin savaş alanı olduğu jus commune için İnternet'in cazip bir platform olduğunu betimlemektedir. Paul Przemyslaw Polanski: "Towards A Supranational Internet Law", *Journal of International Commercial Law and Technology* [2006], C. 1, S. 1, sh. 3.

¹³ Kieron O'Hara, Wendy Hall, Four Internets: The Geopolitics of Digital Governance, Centre for International Governance Innovation Papers No. 206, 2018. Ortaya koyulan ayrışmaları gidererek İnternet'in evrilen yapısına uyumlu adımlar atmak üzere 2020 yılında Yeni Zellanda, Singapur ve Şili arasında sanal ortamda imzalanan, sonrasında Güney Kore ve Çin, Kanada vs ülkenin katılma talebinde bulunduğu, dijital kimlik, tüketicinin korunması, yapay zeka, siber güvenlik, inovasyon, siber uzayda ticareti ve işbirliğini geliştirmeyi amaçlayan kıtalar arası Dijital Ekonomi Ortaklık Anlaşması (DEPA: The Digital Economy Partnership Agreement) dikkate değer bir gelişmedir.

¹⁴ Elektronik ortamda yapılan müzayedeler ve diğer elektronik ticaret modelleri için bkz. Hossein Bidgoli, *The Internet Encyclopedia*, John Wiley and Sons, 2004, sh.121 vd.

¹⁵ E-ticaretin ne olduğuna ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Örneğin OECD: "Sipariş almak veya vermek amacıyla özel olarak tasarlanmış yöntemlerle bilgisayar ağları üzerinden ürün ve hizmetlerin satılması veya alınması"; 2018 tarihli Çin E-Ticaret Kanunu: "İnternet ve diğer bilgi ağları aracılığıyla ürün veya hizmetlerin satışına yönelik faaliyetler"; ABD İstatistik Bürosu: "İnternet, mobil cihaz (m-ticaret), extranet, elektronik veri değişimi (EDI: Electronic Data Interc-

lerin de görece mütevazı bütçeleri ile seri olarak uluslararası arenaya açılmalarına olanak tanımaktadır.

3. ŞEFFAFLIK BEKLENTİSİ

Kimi müellife göre *lex mercatorianın* kendisi bir nevi tüccar topluluğunun öz-denetim (self-regulation) düzenlemesidir¹⁶ ve devlete bağlı üst denetim mekanizması ile birlikte var olmaması tehlike arz eder. İnternetin bundan etkilenen insanların düzenlemesine bırakmak yığın İnternet toplumuna biçilmiş kaftanı sağlayacak olmasına karşın ticaret topluluklarının şeffaflıktan ve hukuki kesinlikten yoksun uygulamalarına sebep olabilecektir.¹⁷ Devlet, özünde vaad ettiği güven ortamını sağlamak için en azından öz-denetim (*self-regulation*) düzenlemesinin kuruluşuna ve tüm saha aktörlerinin menfaati temsil edilerek uygulanmasına ilişkin standartları belirlemek durumundadır.¹⁸

hange), elektronik posta veya diğer karşılaştırılabilir online sistemler üzerinden alıcının sipariş verdiği veya bir satışın fiyatı ve koşullarının müzakere edildiği ürün ve hizmetlerin satışı"; Avrupa Birliği İstatistik Kurumu Eurostat: "İnternet veya diğer bilgisayarlı ağlarla (online iletişim) gerçekleştirilen elektronik işlemler aracılığıyla işletmeler, hanehalkları, bireyler veya özel kurumlar arasında ürün veya hizmetlerin satılması veya alınması"; 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun: "Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet" olarak tanımlamıştır. Murat Deliçay, Perakende E-Ticaretin Yükselişi, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Yayın no: 19, 2021, sh. 5.

¹⁶ Dommering'e göre, öz-denetim düzenleme devlet tarafından müdahaleler yapılmasını önlemek için bir çabadır, bir nevi sektör üyelerinin aralarında yaptıkları bir sözleşmedir. Egbert Dommering, "Regulating technology: code is not law", Coding Regulation: Essays on the Normative Role of Information Technology, Hague, T.M.C. Asser Press, 2006, sh. 7.

¹⁷ Craig'e göre *lex mercatoria* e-ticaret için avantajdan çok dezavantajlı olan bir yöntemdir. E-ticaret için henüz Avrupa Adalet Divanı'na tekabül edecek farklı uygulamaları engelleyen bir kurumun olmaması, sistemi şeffaflık ve yasal belirlilikten yoksun hale getirmiştir. İçeriğinin ne olduğundan emin olmasa bile bir kural taciire uygulanacaktır. Öncelikle Avrupa Adalet Divanı örnek alınarak uluslararası yetkili uyumlaştırıcı bir mahkeme kurulmalı ve ilk karar ulus mahkemelerine bırakılmalıdır. Bkz. William J. Craig, "Hague Conference on E-Commerce Law Introductory and Background Issues", E-Commerce Conference, 26-27 Ekim 2004 Hague. Sistemin şeffaflık ihtiyacına yönelik mevzuat çalışmaları özellikle Avrupa Birliği'nde ivme kazanmış, 2022 tarihli Dijital Hizmetler Kanunu (DSA: Digital Services Act) ve Dijital Piyasalar Kanunu (DMA: Digital Markets Act) kabul edilmiştir.

¹⁸ Patrikios'un sınır ötesi, dinamik e-ticaret kurallarının ve çevrimiçi hakemlerce uyumsuzluk çözüm yollarının katılımcıları tarafından oluşturulmasının makul olup olmadığına ilişkin irdelemesi için bkz. Antonis Patrikios, "Resolution of Cross-border E-business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Trans-

Güven tesisine ilişkin sorgulama ekseriyetle sosyal unsurlar baz alınarak yapılmaktadır ve çevrimiçi dünyadaki sosyal unsurların İnternet mimarisinin farklı görünümüleri olduğu ileri sürülmektedir. Güvenmenin ne zaman akıllıca olacağı sorusunun tek cevabı bulunmamaktadır.¹⁹ Ancak şüphesiz ki şeffaflık (*transperancy*), güven ve hesap verebilirliği teşvik ettiği için tacirler arası (B2B) ilişkilerin çok önemli bir unsurudur. Avrupa Birliği'nde tacirler arası işlemlerin şeffaflığı, 2016 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği (General Data Protection Regulation: GDPR) ve 1993 tarihli Avrupa Birliği Haksız Sözleşme Şartları Direktifi (UCTD) tarafından düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler, işletmelerin ürün ve hizmetlerinin yanı sıra sözleşme hükümlerine ilişkin açık ve özlü bilgi sunulmasını gerektirmektedir.

2022 tarihli Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act: DSA) ve 2022 tarihli Dijital Piyasalar Yasası (Digital Markets Act: DMA), dijital sektörde şeffaflığı ve adaleti artırmayı amaçlayan iki yeni Avrupa Birliği düzenlemesidir. DSA, dijital hizmet sağlayıcılarının içerik denetleme uygulamaları konusunda daha şeffaf olmalarını ve kullanıcı verilerini nasıl topladıkları ve kullandıkları konusunda açık ve erişilebilir bilgiler sağlamalarını gerektirmektedir. DMA ise büyük dijital platformları hedef almakta ve pazar güçlerini kendi hizmet veya ürünlerine haksız avantaj sağlama yönündeki kullanımlarını engellemeyi amaçlamaktadır. 6365 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi

national Substantive Rules of Law and E-business Usages: The Emergence of the Lex Informatica", BILETA Annual Conference on Globalisation and Harmonisation in Technology Law, Malta, 2006, sh.4. Bu konuya ilişkin olarak Dokuzuncu Kalkınma Planı, ihtiyaç duyulmadığı noktada düzenleyici müdahalelerde bulunulmamasını öngörmüştür. (T.C. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Bilgi Ve İletişim Teknolojileri Özel İhtisas Komisyonu, Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu, Haziran 2006, Paragraf 4.2.3.) Dokuzuncu Kalkınma Planında Adam Smith'in Ulusların Zenginliği eseri ile kaynakların dağıtılmasında devletin minimum role sahip olduğu çözümler gündeme getiren modeline eğilim duyulmakla birlikte diğer uç noktayı oluşturan ondokuzuncu yüzyılda sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan ve gelir adaletsizliği, ağır çalışma koşulları gibi olumsuzluklardan etkilenen sosyalist ekonomik model de dikkate alınmıştır. 11. Kalkınma Planında ise İnternet'in güvenli kullanımını sağlamak üzere toplumun dezenformasyon ve yasa dışı faaliyetlere karşı korunmasına ilişkin önlemler alınmasına vurgu yapılmıştır. T.C. Onbirinci Kalkınma Planı (2019-2023), Temmuz 2019, paragraf 477.

¹⁹ Güven ve akla yatkınlığın, onsekizinci yüzyıl ve öncesinde çağları etkileyen düşünürlerin bakış açıları ile sorgulanmasına ilişkin bkz. Kieron O'Hara, Trust: From Socrates to Spin, Cambridge, Icon Books, 2004, sh. 4.

Hakkında Kanun'da yapılan 2022 tarihli değişiklik ile, şeffaflık kavramı kullanılmamış olsa da, açıklığı zedelemek suretiyle haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek durumlar sayılmıştır.

Şeffaflık, tacirler arası ilişkilerinin önemli bir unsurudur ve GDPR, UCTD, DSA ve DMA dahil olmak üzere çeşitli Avrupa Birliği düzenlemelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemeler, işletmelerin ürün ve hizmetlerinin yanı sıra veri toplama ve kullanma uygulamaları hakkında açık ve erişilebilir bilgiler sunulmasını gerektirmektedir. Şeffaflığı artırarak adil rekabeti teşvik etmesi beklenen bu düzenlemeler, işletmeler için daha eşit bir faaliyet alanı yaratmayı ve tacirler arasında güven tesisini amaçlamaktadır.²⁰

Görüldüğü üzere İnternet'in düzenlenmesinde devlet düzenlemeleri ile öz-denetim (self-regulation) düzenlemeleri birbirinin tamamlayıcısıdır. Devlet İnternet ticaretinin fiziksel katmanını düzenleyip bunu bir çok yargılama yetkisine bölerken; öz-denetim düzenleme sınırötesi ve küresel yasa katmanını²¹ daha güçlü kılacaktır. Devlet düzenlemesi içerik katmanını -yine birçok yargılama yetkisine bölerek- belirleyebilecektir. IETF (Internet Engineering Task Force), W3C (World Wide Web Consortium), ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) öngörüldüğü şekilde geleneksel devlet düzenlemesi ile bir arada var olabilmektedir.²²

Avrupa Birliği ve ABD'nin İnternet'in yönetimi üzerine ortak görüşü, devletin yeterli seviyede düzenleme ile gizlilik²³, fikri haklar,

²⁰ Caroline Cauffman, Catalina Goanta, "A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection", *European Journal of Risk Regulation* [2021], C. 12, S. 4, sh. 758-774.

²¹ Örneğin sınır ötesi ticarete görülen neredeyse tüm akreditif uygulamaları SWIFT sistemini kullanmaktadır. SWIFT (UCP:Uniform Customs and Practice)'e bağlıdır, UCP de Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından düzenlenmiştir. UCP teknik yasa formunda lex mercatoria olarak değerlendirilebilir. Jens Haubold, Jane Kaufman Winn, "Electronic Promises: Contract Law Reform and Ecommerce in a Comparative Perspective", *European Law Review* [2002], C. 27, S. 5, sh. 583 vd.

²² Berger'in görüşünü benimseyen ifadeler için bkz. Jose MA. Emmanuel A. Caral, "Lessons From ICANN: Is Self-Regulation Of The Internet Fundamentally Flawed?", *International Journal of Law and IT* [2004], C. 12, S.1.

²³ Avrupa Komisyonu'nun 1998'de yürürlüğe giren Veri Güvenliği Direktifi'nde (The European Commission's Directive on Data Protection) kişisel verilerin yeterli düzeyde koruma sağlamayan Avrupa Birliği dışı ülkelere transferinin yasaklanması üzerine ticari ilişkilerin olumsuz etkilemesini önlemek üzere Amerikan Ticaret Bakanlığı, Avrupa Komisyonu ile işbirliği içinde güvenli liman anlamına

kaçakçılığın önlenmesi gibi kamu menfaatini ilgilendiren unsurları güvence altına alması olmuştur. Ancak Avrupa Birliği öz-denetim (self-regulation) düzenlemenin önemini kabul ederken ABD daha ileri giderek öz-denetim düzenleme liderliğinde yönetimi desteklemektedir, her iki durumda da devlet, rekabetin sağlanmasının gerektiği noktada aktif olabilecektir.²⁴ Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde (B2C), tacirler arası sözleşmelere (B2B) göre müzakere imkanının daha az sağlanabildiğinden sebeple zayıf taraf yararına getirilen korumalar, ticaretin gelişimine zorlayıcı olarak yön verebilmektedir. Ancak pesimist bir yaklaşımla bu durumun zamanla *audi alteram partem* kuralının²⁵ etkin olarak uygulanmasına engel teşkil edebileceği ve sürdürülebilir İnternet yönetimi için yeniden gözden geçirilmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁶

gelen safe harbor çerçevesini oluşturdu. Avrupa Birliği tarafından 2000 yılında onaylanan bu yapıya göre yeterli koruma sağladıkları sürece Amerikalı kuruluşlar Avrupa Birliği kuruluşlarıyla yargılamaya maruz kalmadan veri alışverişinde bulunabilecekti. Ancak Avrupa Birliği mevzuatına uygun veri yönetimi yapan işletmelerin listelendiği, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği (ve İsviçre) arasında imzalanmış bu Safe Harbour Agreement (Güvenli Liman Anlaşması), 2015 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından geçersiz addedilmiştir. Akabinde 2016'da aynı taraflar arasında ve daha kapsamlı olan, Privacy Shield Framework (Gizlilik Kalkanı Çerçevesi) kabul edilmiş ancak 2020 yılında Avrupa Komisyonu ve İsviçre Federal Veri Koruma ve Enformasyon Komisyonu sırayla yeterli koruma sağlamadığı yönünde karar/görüş bildirmiştir. Buna rağmen Amerika Birleşik Devletleri bu karar/görüşün tarafları yükümlülüklerinden alı koyamayacağı açıklaması ile "Privacy Shield Framework"ün halen geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Girişimin ayrıntıları, işletme bilgileri için bkz. <https://www.privacyshield.gov/> (SET: 25.04.2023).

²⁴ Jose MA. Emmanuel A. Caral, "Lessons From ICANN: Is Self-Regulation Of The Internet Fundamentally Flawed?", International Journal of Law and IT [2004], C. 12, S. 1. Petkova, öz-denetim düzenlemenin İnternet'in hemen her sahasında geçerli olması gerektiğini düşünerek Amerikan bakış açısını desteklemektedir. Svetozara Petkova: "The Potential Impact Of The Draft Hague Convention On International Jurisdiction And Foreign Judgments In Civil And Commercial Matters on Internet-Related Disputes With Particular Reference To Copyright", Intellectual Property Quarterly [2004], S. 2, sh. 175. Ham ve Atkinson, sınır ötesi elektronik ticarete düzenin getirdiği bir güven ortamı oluşmazsa bu dünya çapında ağ, engellenmiş yerel ağlar toplamı olacak. Hükümetlerin ticarete rekabeti sınırlayıcı eylemlerini uygun görmemekle birlikte egemenlik kavramına yer vererek kanunlar ihtilafına ilişkin öneriler getirmekte, bunu yaparken Dünya Ticaret Örgütü ilkelerine özel önem vermektedir. Shane Ham, Robert D. Atkinson, "A Third Way Framework for Global E-commerce", Progressive Policy Institute Policy Report, Mart 2001, sh.1-29.

²⁵ Audi alteram partem, "diğer tarafın dinlenilmesi" anlamında savunma hakkının bir unsurunu teşkil etmektedir.

²⁶ Schdeva, yoğun korumacı modellerin siber uzayda verimsiz kalmasının çok muhtemel olduğunu savunmaktadır, bkz. Amit M. Schdeva, "International

4. KAYNAKLARA BAKIŞ

Siber uzayda tacirlerin ilişkilerini düzenleyen kuralların görece geleneksel ticarete uygulanan kurallardan bağımsız olmasının gerekliliği tartışılmakla birlikte insan faktörünün halen baskın olduğu yerde insanın ticari geçmişinin tamamen dışlanamayacağına dikkat edilmelidir. Pek tabii yapay zekanın göstereceği gelişim ticaretin tanımlanması ve kaynaklarının gözden geçirilmesinde şu an tasavvur edemediğimiz farklılıklar doğurabilir. Ancak bu öngörülemez bir yoldur, bu sebeple çalışmada mevcut düzenlemeler üzerinde gelişen siber uzay tacirlerini ilgilendiren kaynaklara yer verilmiştir.

4.1. Ticari Teamül

Kimi müellife göre *"Teamülün en güçlü göstergesi ilim adamı tarafından veya devlet tarafından yayımlanmış olmasıdır."*²⁷ Birleşmiş Milletlerin tavsiye kararları veya birleşmiş milletlerin uluslararası hukuk komisyonu raporları mahkeme kararları üzerinde etkili olabilmektedir. Teamül hukukuna etkinlik kazandırma çabası ulusların farklılaşan anlayışları göz önünde bulundurulduğunda dezavantaj olarak görülmektedir; aynen ortaçağ ticaretinde olduğu gibi. Bu modern uluslararası uygulamalar, aynı ortaçağ ticaret hukukunda olduğu gibi, gelişmekte olan siber uzay hukukuna önce uluslararası bilgisayar ağları arasındaki ilişkilere mevcut kurallar uygulanacak; ikincil olarak siber uzaya has gelenek gelişecektir. Uluslararası hukukun gelişim süreci göz önünde bulundurulduğunda böylece gelişen ve geniş uygulama

Jurisdiction in Cyberspace: A Comparative Perspective", *Computer and Telecommunications Law Review* [2007], C. 13, S. 8, sh. 245 vd. Aksi yönde Akipek ve Dardağan, sağlayacağı bu kolaylığa karşılık, lex mercatoria kurallarının sanal ortamda uygulanması bazı sakıncaları da beraberinde getireceğini savunmaktadır, buna göre lex mercatoria'nın sanal ortamda yaygınlaşması, büyük ölçüde bu ortamda bağlantı kuranların hepsini kapsamına alabilecek şekilde düzenleme getiren sözleşmelerin yapılmasını gerektirecektir; tarafların güçlerinde denklik olmadığı durumlarda sözleşmenin daha güçlü tarafınca hazırlanmış hükümlerden zarar görmeleri olasılığının daha büyük olacağı görülmektedir. Bütün hukuk dallarında olduğu gibi, milletlerarası özel hukuk alanında da, zayıf tarafın korunması bir öncelik teşkil etmektedir. Bu nedenle, lex mercatoria'nın sanal ortamdaki uygulanırılığı tahlil edilirken, zayıf tarafın korunması hususu da öncelikle dikkate alınmalıdır. Şebnem Akipek, Esra Dardağan, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [2001], C.50 S.3, sh. 135.

²⁷ Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, Little Brown, Aspen Publishers, 2003, sh. 32.

alanı bulan teammüllerin egemenlikten güç almadan bağlayıcı olacağı söylenebilir.

Bununla birlikte hakimin ne zaman bir geleneğin uygulamaya değer olduğuna ne zaman korunmaya değer olmadığına karar vermesi güçlük arz etmektedir.²⁸ Bu sebeple teamüllerin dikkate alınmasında bilirkişilerden yararlanılması makul karşılanmaktadır.²⁹

Uyuşmazlık Çözümü Enstitüsü Kamusal Kaynaklar Merkezi (The Center for Public Resources Institute for Dispute Resolution), tacirler arası ilişkilere uygulanmak üzere zorlayıcı, bağlayıcı olmayan yöntemler geliştirmektedir.³⁰ Böylece uyuşmazlıkların iş ahlakına ve akla uygun, etkin yolla çözülebileceğini öngörmektedir. Merkezin -bir diğer alternatif uyuşmazlık çözümü sağlayıcıları arasında geçerli olacak etik kuralları oluşturma projesinin Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR: Online Dispute Resolution) dahil tüm alternatif uyuşmazlık çözümlerine uygulanması öngörülmektedir. Merkezin Georgetown Üniversitesi Hukuk fakültesi ile birlikte yürüttüğü Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Etik Projesi (ADR Ethics Project), gizlilik, örgütsel yapı, şeffaflık gibi ilkelerin çerçevesini çizmeyi öngörmektedir.³¹

4.2. Netetiği ve Kapsamını Belirlemedeki Güçlükler

Ticari hayatın *sui generis* platformu İnternet'in kullanımına ilişkin ilkeler oluşmakla birlikte³² tacirler arası ilişkilere yönelik net teamüller gözlenmemektedir.

²⁸ I. Trotter Hardy, "The Proper Legal Regime for Cyberspace", *University of Pittsburgh Law Review* [1993], C. 55, sh. 993 vd.

²⁹ Mark W. Janis, *An Introduction to International Law* (Little Brown: Aspen Publishers, 2003), sh. 45. Arnold Vahrenwald, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Part IV: Arbitration*, İtalya, 2000, sh 181.

³⁰ Merkezin geliştirdiği standartları ve projeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.cpradr.org/> (SET: 25.04.2023).

³¹ Mohamed Wahab, "Globalisation And ODR: Dynamics Of Change In E-Commerce Dispute Settlement", *International Journal of Law and IT* [2004], C. 12, sh. 140.

³² Kabul edilebilir kullanım ilkelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arnold Vahrenwald, *Out-of-court Dispute Settlement Systems for E-commerce, Part IV: Arbitration*, İtalya, 2000, sh. 181. Burada etiği daha geniş açıdan ele almak yardımcı olacaktır. Zira *lex mercatorianın* ticari hayatı düzenleme becerisinin iyi niyet ve etik kurallarının ticari ilişkilerde önemsenmesinde yattığı ileri sürülmektedir. Peter Drahos, John Braithwaite: "Global Business Regulation", *The Journal of Political Philosophy* [2001], C. 9, S. 1, sh. 110.

Uyuşmazlığı çözecek makam netetiği (*netiquette*) veya siber-hukuk (*cyberlaw*) kurallarını uygulayabilir, ancak bu kavramların içerik ve kapsamına ilişkin evrensel görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin geleneksel ağ kültürü, İnternet sitesi tasarımcısının diğer bir web sitesine bağlantı vermesini onaya tabi kılmamaktadır.³³ Bununla birlikte tasarımın bütünlüğünü bozup belli sayfalarına bağlantı verilmesi uygun görülmemektedir. Zira bu durum web sitesinin normalde edineceği çoğunlukla açılış sayfasından edinilen reklam gelirlerine etki edebilecektir.

İnternet gelişmesi ile oluşan, devlet baskısı olmadan geçiş kullanıcı kitlesi tarafından benimsenen ilke, örf, adet ve etik kuralları (netetiğini) uyuşmazlık çözümünde dikkate alınmalıdır. Örneğin Fransız Temyiz Makamı İnternet erişim sağlama sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığı incelerken “ilişkinin doğası”, “sözleşmenin karakteri” kavramlarını kullanarak verdiği kararlarda siber uzayın kendine has etiğine dayandığı söylenebilecektir: “elinden geleni yapma taahhüdü” ve “hizmette kesinti” kavramlarını hız dünyasının dili ile okumak durumunda kalmıştır.³⁴ Ancak bu netetiğinin tanımını yapan, kurumun gelişimine adanmış bağlayıcı, sürekli yapı ihtiyacı vardır. İnternet ticaretine girişenler için yol gösterici olabilecek netetiğinin *lex mercatoria*'ya kaynak teşkil edip edemeyeceği şüphelidir. Zira Berlin Bölge Mahkemesi'nin kararında hakim, İnternet'in teknik özelliklerini kasten haksız kazanç elde etmek için kullananlara karşı netetiğinin hiçbir etkinliğinin olmadığını, kuralların tüm kullanıcılar için zorunlu hale getirilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁵ Kimi müellife göre İnternet ticareti aktörleri netetiğine, uygulamadan teamüle geçiş için gerekli olan *opinio iuris sive necessitatis* olarak bakmamaktadır.³⁶ Her halükârda netetiğinin uluslararası iletişim standartları anlamında oturmuş kurallarına, uyuş-

³³ İnternette bağlantı oluşturmaya ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Ignacio Javier Garrote, “Linking and Framing: A Comparative Law Approach”, *European Intellectual Property Review* [2002], C. 24, S. 4, sh. 184-198.

³⁴ UFC/AOL, Fransız (1'inci) Temyiz Mahkemesi, 8.Kasım.2007 t., K 05-20.637, n° X 06-13.453 (birleşen temyiz numaraları), karar metni için bkz. <http://www.juris.com.net/jpt/visu.php?ID=741> (SET: 25.04.2023).

³⁵ 13.10.1998 t., 16 O 320/98 s. Berlin Bölge Mahkemesi kararının resmi olmayan yayını için bkz. <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/rechtspr/19980187.htm> (SET: 25.04.2023).

³⁶ Arnold Vahrenwald, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce*, Part IV: Arbitration, İtalya, 2000, sh. 182.

mazlık çözümlerinde dayanılabilmesi gerekir. Zira bu kurallar ticari hayatın aktörlerinin süzgecinden geçmiş kurallardır.³⁷

-1267623/Nexx Online Davası³⁸

1267623 internet bazında çalışan, ürünlerini tanıtmak için günde 100.000'lerce istenmeyen e-posta yollayan Kanada/Toronto'da kurulmuş bir şirkettir, Nexx Online ise bir servis sağlayıcıdır. İki şirket arasında hizmet sağlama sözleşmesi imzalanmıştır. Nexx Online, 1267623'in müşterilerine istenmeyen e-posta yollamaya devam etmesi halinde sitesini kapatacağı uyarısında bulunur ve 1267623 bu işi ABD/Kaliforniya'da kurulmuş şirkete ihale eder. Ancak Nexx Online, netetiğini ihlal ettiği iddiası ile 1267623'ün İnternet sitesini kapatır. 1267623, eyleminden dolayı zarar ettiği iddiası ile Nexx Online'e karşı Kanada'da tazminat davası açar.

Nexx Online ve kendi servis sağlayıcısı Exodus arasındaki sözleşmenin çeşitli maddelerinde Nexx Online üzerinden istenmeyen e-posta gönderiminin yasaklandığı belirtilmektedir. Exodus, bu konuda sıfır toleranslı, istenmeyen e-posta karşıtı politikasını açıkça ortaya koymuştur. 1267623 ile Nexx Online arasındaki sözleşmede istenmeyen e-postaların gönderilemeyeceğine ilişkin açık bir kural yoktur, ancak hakim Wilson'a göre yazılı olarak değinilmese de varlığı kabul gören netetiği, istenmeyen e-postaların yollanmasının teammül ihlalidir ve sözleşmeyi feshetme yetkisi doğurmaktadır; taraflar aksini açıkça kararlaştırmadığı takdirde netetiği tarafların ilişkisine uygulanmalıdır.

İnternet üzerinden yapılacak ticarete henüz ticari örf ve adet teşekkül ettiği gözlenmediği için internete özel bir *lex mercatoria*'nın varlığından söz etmek zordur. Bu duruma rağmen taraflar uyuşmazlığa *lex mercatoria*'nın uygulanmasını öngördüğünde Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin UNIDROIT İlkeleri, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerine göre uyuşmazlık çözülebilecektir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satımı Sözleşmesi (CISG), E-Elektronik Ticaret hak-

³⁷ Örneğin İtalyan uygulamasında alan adları verilirken Sicil Kurumunun ilgili kuralları ve netetiğinin göz önünde bulundurulduğu açık ifade ile bildirilmektedir. Stefania Lucchetti, Paolo Cerina, "Italy: Electronic Commerce – Domain Names", *Computer Technology Law Review* [2000], C. 6, S. 6, sh. 85.

³⁸ 1267623 Ontario Inc. and Codes Communications Inc. v. Nexx Online Inc., C20546/99, [1999] O.J. No. 2246, bkz. <https://ca.vlex.com/vid/1267623-ont-inc-v-681284609> (SET: 25.04.2023).

kında UNCITRAL Model Kanunu, Avrupa Birliği EDI Model Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler (UN/CEFACT) Elektronik Ticaret Sözleşmesi de uygulama bulabilmektedir. Alan adları sahasında ise ICANN uygulamalarına değinmek şarttır.

4.3. Tabandan Tepeye Düzenleme ve Ters: Standartlar, Kanunlar ve ICANN

Sebest ticaretin gelişmesini güçlü ekonomiler olumlu etkilemektedir: serbest ticaret emperyalizmi özel şirketlere ihtiyaç duymaktadır, özellikle uluslararası karar mekanizmalarında özel hukuk kişilerinin varlığının tercih edildiği ileri sürülmektedir.³⁹ *Lex mercatoria*, Uluslararası Standartlaştırma Organizasyonu (ISO: International Standardization Organization), Sivil Toplum Örgütleri (NGO: Non-Governmental Organisation) ekseriyetle ekonomik olarak güçlü ülkelerde kurulmaktadır. Yine savı destekleyen bir örnek Tahsisli Adlar ve Sayılar İnternet Kurumudur (ICANN: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). ABD'nin California Eyaletinde kurulmuş olan ICANN'nin ABD politikalarından ne kadar bağımsız hareket edebileceğini sorgu-

³⁹ Serbest ticaret ve emperyalizm üzerine inceleme için bkz. Nico Krisch, "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order", *European Journal of International Law* [2005], C. 16, S. 3, sh. 386. Devletlerin temsil edildiği Birleşmiş Milletler'in ticari işler kapsamında veri mesajı formatında kullanılan her türlü bilgiye uygulanacağı öngördüğü UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) (Madde 2a) oluşmasında sektör temsilcilerinin görüşlerinin alındığı rapor edilmektedir. Aynı yönde bkz. parayı takip ederek elektronik ticareti düzenlemeyi amaçlayan, digital ürünleri mal değil hizmet olarak değerlendiren Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions, OECD, C(98)143. Ayrıca İnternet'te adil ticaret, reklam ve pazarlama uygulamalarını; çevrimiçi bir işletmenin kimliği, sunduğu mal veya hizmetler ve herhangi bir işlemin hüküm ve koşulları hakkında açık bilgilere erişilebilmesini; işlemlerin onaylanması için şeffaf bir sürecin sağlanmasını; güvenli ödeme mekanizmalarının kurulmasını; adil, zamanında ve uygun fiyatlı uyuşmazlık çözümünün yaygınlaşması; veri gizliliğinin korunmasını ve tüketici ve işletme eğitiminin sürdürülmesini teşvik etmeyi amaçlayan 1999 tarihli OECD Elektronik Ticaret Bağlamında Tüketicinin Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler (OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (1999) yayımlanmış; bu ilkeler 2016 tarihli Elektronik Ticarete Tüketicinin Korunmasına İlişkin OECD Tavsiyeleri ile güncellenmiştir. 2016 Revizyonu ile bedelsiz işlemler, dijital içerik, faal tüketiciler, mobil araçlar, gizlilik ve güvenlik riskleri, ödeme koruması, ürün güvenliği hususlarında ileri önlemler alınması öngörülmüştür. <https://www.oecd.org/sti/consumer/ECommerce-Recommendation-2016.pdf> (SET: 25.04.2023).

lamalıyız. Teknolojiyi kim geliştiriyorsa, kuralını da onun yazdığını söylemek mümkündür.

İnternet ticareti daha önce kullanılan teknolojilere kıyasla daha fazla standartlaşmaya ihtiyaç duymaktadır.⁴⁰ Standartlaşmaya yönelik bu çabaya, LegalXML, Court Filing, eNotary, IntJustice, Lawful Intercept (küresel kanıt değişimi programı) gibi oluşumlar kendi sahalarında Dosya Tip Tanımı (DTDs: Document Type Definitions) örnek verilebilecektir.⁴¹

Açık Kaynak Yazılımı (*open source software*) ulusal hukuka bağlı olması yanında buna bağlı yapılan sözleşmelerin *lex mercatoria*'ya bağlı olması sözkonusu olmaktadır. Kimi müellife göre temelde ulusal hukuklara bağlı gelişen bu uygulama *lex mercatoria* için ideal kaynak olmaktan uzaktır.⁴²

İnternet alan adı korsanlığında marka, isim, ticaret unvanı, işletme adı alan adı şeklinde .com, .org, .net, .info uzantılı olarak şirket sahibinden başkası tarafından tescil edilebilmekte ve gerçek hak sahibine çok yüklü bir meblağ karşılığında devri teklif edilmekte veya korsanın amaçlarına alet olabilmektedir. Hukuki yoldan meseleyi halletmek isteyen hak sahibi için geçerli bir mahkeme emrini dünyanın diğer bir ucunda uygulamak son derece güçlük arz etmiştir. İnternette güven ortamının oluşmasını sabote eden bu uygulamayı önlemek amacıyla Tahsisli Adlar ve Sayılar İnternet Kurumu (ICANN: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) tarafından 1999 yılı sonunda WIPO'nun desteği ile İnternet Alan Adı Uyuşmazlık Çözümü Yeksenek Kuralları (UDRP: Uniform Domain Name Dispute

⁴⁰ Jens Haubold, Jane Kaufman Winn, "Electronic Promises: Contract Law Reform and Ecommerce in a Comparative Perspective", *European Law Review* [2002], C. 27, S. 5, sh. 582. Radin'e göre Tüm eyaletlerinde Amerikan Ticaret Kanunu'nun (UCC: Uniform Commercial Code) geçerli olması tacirlerin güvenle eyalet sınırı ötesi ticaret yapmasını daha az masraflı hale getirmekle birlikte bu standartlaşma ağ fikrine zarar verici etki gösterebilir. Bkz. Margaret Jane Radin, "Online Standardization and the Integration of Text and Machine", *Fordham Law Review* [2001], C. 70, sh. 1130.

⁴¹ Darryl Mountain, "XML E-Contracts: Documents That Describe Themselves", *International Journal of Law & Information Technology* [2003], C. 11, sh. 281.

⁴² Açık kaynak yazılımının *lex mercatoria*ya temel teşkil edip edemeyeceği tartışması için bkz. Fabrizio Marrella, Christopher S. Yoo, "Is Open Source Software the New *Lex mercatoria*?", *Virginia Journal of International Law*, C. 47, S. 4, sh. 824.

Resolution Policy) ve bununla ilgili Usul Kuralları (RUDRP) yürürlüğe konulmuş ve bu konuda büyük mesafeler alınmasını sağlamıştır. Türkiye'deki marka sahibi işletmelerin de uğradığı internet alan adı korsanlığı karşısında ICANN Tahkim Usulü tanınmış ve bu yola sık sık müracaat edilmiştir.⁴³

ICANN'ın varlığının sektöre sağladığı avantajlara değinmek gerekirse, öncelikle Network Solution's Inc.'in alan adı konusundaki tekeli son bulmuş ve rekabet ile bedeller düşmüştür.⁴⁴ Yukarıda açıldığı gibi UDRP geliştirilmiş ve yeksenak seri uyuşmazlık çözümü dönemi başlamıştır. Bununla birlikte ICANN'nin demokratik bir kuruluş olduğu yönünde sorgulamalar vardır. Kimi müellife göre ICANN resmi bir hükümet bağlantısı olmamasına rağmen İnternet'te bilgi akışını doğrudan değil ama siber uzay sakinleri üzerindeki kontrolü ile yönlendirebilmektedir.⁴⁵ Bununla birlikte kimi müellife göre fikri haklar alanında UNIDROIT gibi uyumlaştırma çalışmaları yanında alan adı ve ticari marka gibi verildiği ülkenin kamu menfaati ile yakından ilgili bir uyuşmazlığın bir kurumun genel kuralları ile çözülmesi kabuledilebilir değildir ve böylece ICANN'in *lex mercatoria*'ya kaynak teşkil etmemesi gerekir.⁴⁶

4.4. Tahkim: Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR:Online Dispute Resolution)

Kimi müellif tahkime ilişkin kuralların emeklemekte olan *lex mercatoria* düzenlemeleri olduğunu savunmaktadır.⁴⁷ *Lex mercatorianın* ge-

⁴³ Savaş Bozbel, İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

⁴⁴ Jose MA. Emmanuel A. Caral, "Lessons From ICANN: Is Self-Regulation Of The Internet Fundamentally Flawed?", *International Journal of Law and IT* [2004], C. 12, S. 1.

⁴⁵ Susan Schiavetta, Konstantinos Komaitis, "ICANN's Role in Controlling Information on the Internet", *International Review of Law, Computers & Technology* [2003], C. 17, S. 3, sh. 267-284. Mayıs 2007 ICANN Politika gelişim süreci çalışma kağıdına göre alan adları sisteminde fikir birliği sağlamanın zorluğu ICANN'in tam demokratikleşmesini önlemektedir. Tartışma için bkz. <http://www.icann.org/committees/evol-reform/working-paper-process-07-may02.htm> (SET: 25.04.2023).

⁴⁶ Arnold Vahrenwald, Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Part IV: Arbitration, İtalya, 2000, sh. 181.

⁴⁷ Görüşlerini Berger'in yaklaşımına dayandıran Nottage için bkz. Luke Nottage: "The Procedural Lex mercatoria: The past, Present and Future of International

lişiminde önemli yere sahip olan tahkim usulü, ODR ile yeni bir çehre kazanmıştır.⁴⁸ Özellikle yerleşmiş standartların söz konusu olduğu otomasyona geçmeye yönelik sahalarda, hukuki incelemelerin yapay zekalarca yapılabilmesi yönünde adımlar atılmıştır.⁴⁹ UYAP⁵⁰ sistemimizde bu yönelimin izleri görülmektedir.⁵¹

Başlarda geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinin ağ tabanlı çevrimiçi ortamda yürütülmesi biçiminde görülen ODR, geliş-tikçe sadece bilginin iletilmesi değil aynı zamanda bilginin işlenmesini içeren bir sürece evrilmiştir.⁵² Günümüzde ODR, özel yazılımlar aracı-

Commercial Arbitration”, CDAMS Symposium, Kobe University Law Faculty, 29 Eylül 2003, sh.4.

⁴⁸ Hukukun nesnelleştirilmesi bir zamanlar romanlarda öngörülen bir kurgu olmaktan çıkmıştır. Richard Susskind’in hukukta standartlaşmanın avukatlık mesleğinin sonu olacağı yönündeki savını romanlaştırdığı *The End of Lawyers?* adlı kitabının ikinci baskısı için yapılan kitap incelemesi için bkz. Emilie Hunter, “Book Review: Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*”, *Human Rights Law Review* [2010], C. 10, S. 4, sh. 797-801. Benzer yönde Virginia, ABD merkezli DoNotPay işletmesinin sunduğu sohbet-robotu (cahatbot) DoNotPay, park cezasına ilişkin bir yargılamada sanık tarafından duruşmada bulundurulmuş ancak avukatlık lisansı bulunmadan hizmet verdiğini beyan ederek Kaliforniya Haksız Rekabet Kanunu’na aykırı davrandığı gerekçesiyle 2023 yılının başında hakkında dava açılmıştır; *Faridian v. DoNotPay Inc*, Superior Court of the State of California for the County of San Francisco, No. CGC-23-604987, <https://www.lexislegalnews.com/mealeys-cyber-tech-e-commerce/articles/88185/ai-chatbot-illegally-offers-legal-services-without-law-license-man-alleges> (SET: 25.04.2023).

⁴⁹ Hukuk firmalarının mütaala vermek yanında know-howlarını oluşturduklarını ve bunu yapay zeka ile otomasyon forma sokmalarının mümkün olduğu savı için bkz. Robin Widdison, “New Perspectives in Legal Information Retrieval”, *International Journal of Law and IT* [2002], C. 10, S. 1, sh. 41-70.

⁵⁰ UYAP sistemi ile ilgili resmi bilgiler için bkz. <http://www.uyap.gov.tr/> (SET: 25.04.2023).

⁵¹ Bu izlenime rağmen belirtmek gerekir ki 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 2’inci ve 20’inci maddelerinde arabulucunun Türk vatandaşı, hukuk fakültesi mezunu gerçek kişi olmasını ve özel sicile kayıt olmasını öngörmekle otomasyona geçmiş çevrimiçi uyuşmazlık çözümünün uygulamasını engellemektedir. Kanun’un dikkat çeken 18’inci maddesinde, arabulucu aracılığıyla imzalanan uzlaşma metnine Kanun’da belirtilen mahkemelerce icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde, uzlaşma metninin, ilam hükmünde olacağı düzenlenmesi, uyuşmazlığın tarafları arasında imzalanan ve avukat tarafından onaylanan belgenin ilam hükmünde bir protokol olacağını düzenleyen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesi ile de uyum halindedir.

⁵² Orna Rabinovich-Einy, Ethan Katsh, “Digital Justice, Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution”, *International Online Dispute Resolution* [2014], C.1, S.1, sh.6.

lığı ile otomasyona geçmiş olarak parasal uyuşmazlıkların giderilmesi, tüketici şikayetleri için ombudsman hizmetleri, elektronik ortamda arabuluculuk şeklinde görülebilmektedir.⁵³ Siber uzayda kurulmuş ilişkilerin yine çevrimiçinde uzmanlaşmış, aynı yapıya sahip araçlarla çözümlenmesi akla yatkın görülmektedir.⁵⁴ ODR’de güvenlik protokolleri ile işlem güvenliği ve gizliliği sağlanmaya çalışılmaktadır.⁵⁵ Hali-hazırda elektronik ortamla uyum içinde tasarlandığı için İnternet’in gelişimini desteklemekte, kullanıcılarına adil ve etkin bir ortam vaad

⁵³ Virtual Magistrate Project, the Online Ombuds Office, Maryland Üniversitesi’ne ait Aile Hukuku Projesi (Family Law Project) uygulamalarının etkilerine ilişkin gözlemler için bkz. Ethan Katsh, Leah Wing, “Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future”, The University of Toledo Law Review [2006], C. 38, S. 1, sh.19 vd.

⁵⁴ Wahab, alternatif uyuşmazlık çözümü ile elde edilen kararlara karşı kanun yolunun açık olmasını dahi sistemin avantajı olarak görülen seriliğin ortadan kalkmasına yol açacağını, ancak taraflardan birinin görece zayıf olduğu durumlar dikkate alınarak bir gereklilik olduğu düşünülebileceğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte insan unsurunu içermeyen Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü’nün böyle bir denetime ihtiyaç duyup duymadığını tartışmakta, insan unsurunun dahil olmadığı böylece etkiye kapalı, -bir nevi- teyid edilmiş mantık kuralları ile en uygun sonuca ulaşabileceğini savunmaktadır. İlgili irdeleme için bkz. Mohamed Wahab, “Globalisation And ODR: Dynamics Of Change In E-Commerce Dispute Settlement”, International Journal of Law and IT [2004], C.12, sh. 147 vd. Uyuşmazlığın çözümünde vicdani değerlendirme ile menfaat dengesinin sağlanmasının programlanıp uygulamaya konulması, salt hesaplamalara dayalı uyuşmazlıklarda kabul edilebilecekken bu bakış açısının genellenmesi ağır sonuçlar doğurabilecektir. 1996 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Ticareti Kolaylaştırma ve Elektronik Ticaret Merkezi (UN/CEFACT: United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business) Hukuk Çalışma Grubu ticari ilişkiler için Online Uyuşmazlık Çözümü (ODR) modellerinin geliştirilmesi ve bunların dünya çapında uygulanması üzerinde çalışmaktadır. Grup üye ülkelerdeki resmi kuruluşlar, sektörel kuruluşlar, sanayi kuruluşlarının katılımına açık olarak standartların oluşması ve yerleşmesi için çalışmalarını sürdürmekte, öneriler hazırlamaktadır. Çalışmaların arka planı için bkz. Paul Motion, “Encouragement of Alternative Dispute Resolution”, The New Legal Framework for E-commerce in Europe, (Editör Lilian Edwards), sh 142. 2013 tarihli Avrupa Birliği Tüketici Uyuşmazlıkları için Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü Yönetmeliği, konuya ilişkin önceki mevzuatta değişiklik yapmıştır ve Birlik üyesi ülke tüketicilerin çevrimiçi satım ve hizmetten doğan uyuşmazlıklarına ilişkin ODR sistemini düzenlemektedir.

⁵⁵ Ticari uyuşmazlıkta taraflar genellikle isimlerini ifşa edilmemesini tercih eder. Oysa yerleşik uygulamada tahkim kararları tanınma ve tenfize ihtiyaç duyduğundan yerel yargıda gizlilik zaafına muhatap olmaktadır ve böylece bir yandan da elektronik ticaret uyuşmazlıklarında hukuki belirliliğin sağlanmasına hizmet etmektedir. Ancak tam da bu sebeple ICANN, Alan Adı Uyuşmazlık Çözüm Politikası’nın (UDRP: Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) çatısında hizmet veren ODR sağlayıcıları kararlarının tam metinlerini -heyet aksi yönde karar vermedikçe- yayımlamamaktadırlar.

etmektedir. Özellikle küçük hacimli uyuşmazlıklar için sunduğu seri ve ucuz çözüm yöntemi önemli avantaj sağlamaktadır.⁵⁶ Coğrafi sınırları olmayan siber uzayda tarafların uyuşmazlık çözümü sağlayıcılarını seçmede alabildiğine özgür bırakmaktadır.⁵⁷ ODR, özellikle siber uzayda bu uzaydan kaynaklanan uyuşmazlıkları belli bir yerde müzakere ve arabuluculuğa ihtiyaç duymadan çözmeye yapısı itibarıyla daha elverişlidir. ODR yüz yüze uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre bir diğer avantajı uyuşmazlık sırasında tarafların birbirleri ile muhatap olup çözümsüzlüğe gitmelerine mahal vermemesidir. Aynı zamanda yabancı bir sistemde yargılamanın tarafı olma kaygısının burada bulunmamaktadır. Geleneksel alternatif uyuşmazlık çözümleri ile karşı-

⁵⁶ Thomas Schultz, "Human Rights: A Speed Bump for Arbitral Procedures? An Exploration of Safeguards in The Acceleration of Justice", *International Arbitration Law Review* [2006], C. 9, S. 1, sh. 10. eBay'in Birleşik Krallık'ta bu yolla her sene 60 milyon şikayeti çözümlenmesine ve bu minvalde diğer örneklere ilişkin bkz. Naureen Akhtar, Aamir Khan, İmran Habib, "Online Dispute Resolution as a Solution to E-Commerce Disputes: A Comparative Study of Pakistan and UK", *Journal of Contemporary Issues in Business and Government* [2022], C. 28, S. 3, sh. 154. Tahkim uzmanları alan adı ihtilafları çözümüne üretilen melez yömeme dikkat çekmekte. Sisteme kayıt yapan, üçüncü kişinin kullanımı engellemeye yönelik iddiası olduğu taktirde özel bir oturumda alınacak adının üçüncü kişiye devri kararına bile izin vermektedir. ICANN'ın uygulamaları olan UDRP ve RUDRP hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Luke Nottage, "The Procedural Lex mercatoria: The past, Present and Future of International Commercial Arbitration", CDAMS Symposium, Kobe University Law Faculty, 29 Eylül 2003, sh. 25. vd. Bununla birlikte gerek Dünya Fikri Haklar Örgütü'nün (WIPO: World Intellectual Property) İnternet üzerinden ticari markalara bağlı olarak alan adı uyuşmazlıklarını çözmeye yönelik uygulaması Administrative Challenge Panel gerekse AAA ve Siber Uzay Hukuku Enstitüsü'nün ortak çalışması olan Virtual Magistrate Project'in tazminat prosedürünün olmaması sistemlerin etkinliğini azaltmaktadır. R. Doak Bishop, "A Practical Guide For Drafting International Arbitration Clauses", *International Energy Law & Taxation Review* [2000], C. 1, sh. 20 vd.

⁵⁷ Avrupa Komisyonu'nun önemle vurguladığı üzere alternatif uyuşmazlık çözümü gerçekten politik bir tercihtir, bkz. Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM(2002) 196, Celex No. 502DC0196. Avrupa Birliği uygulaması uyarınca iç piyasada sektörçe düzenleme özellikle e-güvenin sağlanması ve ODR'nin uygulama alanlarında özendirilmektedir. Küçük ve orta ölçekli işletmeler için İnternet'in dinamik bir iş çevresi oluşturduğu düşünülerek "Rakamsal takıl" (go digital) gibi akımlar yönünde iş kurmaktan vergilendirmeye uygulamalar sadeleştirilmiş ve geliştirilmiştir, bkz. eEurope 2005 Action Plan: An Information Society for All, COM(2002) 263, Celex No. 502DC0263. Bu amaçla bir seri direktif çıkarılmıştır. Bununla birlikte Avrupa Birliği'nin, ODR'yi benimsemek bir yana, kendi başına mı yoksa geleneksel yargılama yöntemleriyle birlikte mi ele alınması gerektiğine ilişkin irdelemesi için bkz. Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM(2002) 196, Celex No. 502DC0196.

laştırıldığına seri, az masraflı, çevrimiçi yapılan işlemlerin ihtiyaçlarına göre tasarlanmış ODR süreçlerinin ticari ilişkilerin tercihi olması yönünde gerçekçi öngörüler bulunmaktadır.⁵⁸ Âma-teklif (*blind offer*), çok değişkenli çözüm optimizasyonu programı, güven markası projeleri, kredi kartı geri ödeme mekanizması gibi akıllı ağlar ve yazılımlar ile geliştirdiği başarılı uygulamalar mevcuttur.⁵⁹

5. ULUSLARÜSTÜ SİBER UZAY HUKUKU İHTİYACI

“Sınırları olmayan bir ortam egemenlik politikalarıyla bir arada nasıl var olabilir?”; “[...]uluslarüstü bir düzen egemenlik sınırları ile nasıl başa çıkabilir?” soruları en az Kutlu Roma İmparatorluğu kadar eskidir⁶⁰ saptaması güncelliğini halen korumaktadır.⁶¹

Ortaçağda uluslararası ticarete güveni sağlamak amacıyla ortak hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmuştur, böylece farklı sistemlerden gelen tacirler için kendisine yabancı hukukun yarattığı belirsizlik ve zorluğun aşılabileceğine ilişkin düşünce kabul görmüştür.⁶² Gelenek ve uygulamalar zamanla yerel egemenliklerden bağımsızlaşmış, farklı kültürlerden gelen tacirler için adil zemin sunan *lex mercatoria* teşkil etmiştir.⁶³ Günümüzde ise benzer yapılanma ile İnternet, küresel kural-

⁵⁸ Toledo Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 2006 yılında ODR'ye evrensel bakış açısı getirmek amacıyla düzenlediği sempozyumun videoları için bkz <http://law.utoledo.edu/ODR/index.htm>. Metaverse kullanıcılarına ODR süreçlerinin sunacağı imkanlara ilişkin öngörüler için bkz. Mayu Watanabe, Colin Rule, “ODR in Metaverse”, *International Journal of Online Dispute Resolution* [2022], C. 9, S. 1, sh. 29-31.

⁵⁹ ODR usulüne ilişkin öneriler için bkz. Jasna Arsic, “International Commercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come Too Early?”, *Journal of International Arbitration* [1997], C. 14, S. Eylül, sh. 209.

⁶⁰ J. Sommer, “Against Cyberlaw”, *Berkeley Technology Law Journal* [2000], C. 15, sh. 1189.

⁶¹ Günümüzün egemen güçleri tarafından ilgili hususta benimsenen farklı politikalara ilişkin inceleme için bkz. Kieron O'Hara, Wendy Hall, *Four Internets: The Geopolitics of Digital Governance*. Ayrıca bkz. dipnot 14.

⁶² Tam da bu sebeple *lex mercatoria*'nın fikri haklar alanına düzen getirdiği görüşü için bkz. Veysel Başpınar, Doğan Kocabey, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, sh. 263; Peter Drahos, John Braithwaite, “Global Business Regulation”, *The Journal of Political Philosophy* [2001] C. 9, S. 1, sh. 125.

⁶³ Joel R. Reidenberg, “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology”, *Texas Law Review* [1998], C. 76, S. 3, sh. 552. AT&T Ağ Hizmetleri ve Fordham Üniversitesi sponsorluğunda yürütülen araştırma sürecinde hazırlanmış olan bu makalede, uluslar tarafından yapılacak düzenlemelerin uyumsuz olacağı ileri sürülmekte; vatandaş, tacirler ve hükümetler tarafından

ların geliştirilmesine ivme kazandırmıştır.⁶⁴ Bilgi altyapısı için ortak hukuk kurallarının varlığı yüz yıllar önce ortaçağda olduğu kadar lüzumludur.⁶⁵ *Lex mercatorianın* uluslararası e-ticaretin aktörleri tarafından demokratik süreçten geçirilerek oluşmakta olan kurallar olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁶ Kimi müellife göre *lex mercatorianın* etkinliği ticari hayattan soyutlanma baskısına dayanmaktadır: tacirlerin hukukî standartlarından sapan, kendini ticari ilişkilerin dışında bulurdu.⁶⁷ Karşılıklı menfaatlerin küreselleşmeyi sağlayamacağı durumlarda askeri veya ekonomik zorlamaların küreselleşmeyi sağladığı gözlenmektedir.⁶⁸ Bu görece alternatif yokluğunun oluşturduğu baskıya ICANN uygulamasında da rastlanmaktadır.

Kimi müellife göre geleneksel hukuk bakış açısı, İnternet'i sadece hukuken varlığı olan bir coğrafi mekandan diğerine mesaj değişimi sağlayan iletim aracı olarak değerlendirmektedir. Sınır ötesi işlemlerinden kaynaklanan sorunlar basit bir bakış açısı ile çözüleceği ileri sürülmektedir: Siber uzay farklı bir mekandır ve gerçek dünya ile arasında hukuksal bir sınır vardır.⁶⁹ Örneğin bir şirketin faaliyetini çev-

-
- açık ağ fikrinin ön planda tutulması gerektiği savunulmaktadır.
- ⁶⁴ Örneğin TRIPS'in getirdiği kuralların imzalayan ülkelerde prensip olarak benimsenmesi düzenleme yaptığı telif hakları, ticari markalar, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar, patentler, topografyalar ve ticari sırlar kapsamında asgari standartlaşma sağlayabilmiştir ve böylece *lex mercatorianın* bir parçası olduğu savunulmaktadır, bkz. Patrick Nutzi, "Intellectual Property Arbitration", *European Intellectual Property Review* [1997], C. 19, S. 4, sh. 193. Ancak kararlarının icrası halen sorun teşkil edebilmektedir.
- ⁶⁵ İnternet'in babası olarak bilinen, İnternet Cemiyeti'nin (ISOC) kurucusu, ICANN'in yönetim kurulu üyesi, Google'ın başkan yardımcısı Prof. Vinton Cerf, kuruluşuyla girilen yeni çağda bu ağın kısıtlanmaması ve yönetilmemesi için elden gelenin yapılması gerektiğini vurguluyor. Radikal bir düşünce olmasına rağmen Poulet ve Berleur'a göre sistem mimarının görüşlerini dikkate almak gerekmektedir. Yves Poulet, Jacques Berleur, "What Governance And Regulations For The Internet? Ethical Issues", *The Information Society: Emerging Landscapes* [2006], sh. 170 vd.
- ⁶⁶ Arnold Vahrenwald, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Part IV: Arbitration*, İtalya, 2000, sh. 181.
- ⁶⁷ Tom Bell, "Polycentric Law in a new century", *Policy* [1999], S. Güz, sh. 34.
- ⁶⁸ Peter Drahos, John Braithwaite, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000, sh. 8 vd.
- ⁶⁹ Johnson ve Post, "İnternette kurulan sözleşmenin hangi coğrafi konumda oluştuğu" gibi cevaplanamaz bir sorunun sorulmaması gerektiğini; bunun yerine "hangi usulün bu yeni mekânın kendine has özelliklerine daha fazla uyum sağlayacağı ve onun ihtiyaçlarına cevap vereceği" sorusunun sorulması gerektiğini düşünmektedir. David R. Johnson, David Post, "Law and Borders - The Rise of Law in

rim-içi yürütürken erişimi olan başka bir ülkenin hukukunun kamu düzenine aykırı düşen davranışı ticaretini etkileyebilmekte ve sınır ötesi müdahaleye yol açabilmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının yeksenak olmayan, teknolojik gelişmeleri kapsamakta yetersiz kalabilen ve kimi yerde muğlak yapısı sonucu olarak e-ticarette davanın nerede açıldığı ortaya çıkacak sonucu oldukça etkileyebilecektir.⁷⁰ Bununla birlikte yerel mevzuatlar, iç ticareti yönetirken uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını gözardı edebilmektedir.⁷¹ İnternet, küreselleşmenin

-
- ⁷⁰ Cyberspace", Stanford Law Review [1995-1996], C. 48, sh. 1378.
- ⁷⁰ İnternet'te gerçekleşen hukuki ilişkilerin etki alanının görece daha fazla hukuk düzenini etkiliyor olması forum shopping olanaklarını artırmaktadır. Zekos, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin international shoe test (uluslararasılık karinesi) uygulamasının tam da İnternet uyumsuzluklarına göre olduğunu savunmaktadır, böylece davalı yeterli düzeyde bağlantısı olan yer mahkemesinde yargılanabilecektir. Personal jurisdiction (kişi bakımından yargı yetkisi) ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Georgios I. Zekos, "State Cyberspace Jurisdiction And Personal Cyberspace Jurisdiction", *International Journal of Law & Information Technology* [2007], C. 15, S. 1, sh. 23 vd. Bununla birlikte örneğin hukuki kavramların taşıdığı anlam her hukuk düzeninde aynı olmayabilmekte buna göre bağlama kurallarından beklenen fayda sağlanamayabilmektedir. Kimi bağlama kurallarının e-ticaret bağlamında muğlaklık taşıdığına ilişkin misaller için bkz. José Edgardo Muñoz-Lopez, "Internet Conflict of Laws: A Space of Opportunities for ODR", *International Law, Revista Columbian de Derecho Interaccional* [2009], S. 14, sh. 173, 174.
- ⁷¹ Devletin yeni teknoloji ve onun ihtiyaçlarına cevap verme sürecinde mevzuatını gözden geçirme mekanizması bireyler tarafından da harekete geçirilebilecektir. Case Western Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Peter Junger, ders notlarını web sitesinde sunmuştur. Bilgisayarların nasıl çalıştığını göstermek üzere yazdığı kripto kaynak kodunu da web sitesinde yayınlamak istemiştir, ancak ulusal mevzuata göre bu bir ihracat faaliyeti olarak kabul edilmiştir. İhracatla ilgilenen kuruluşun belirlemesine göre Bilgisayarlar ve Hukuk adındaki kitabı 5D002 yazılımı içerdiği için ancak lisans alınarak ihraç edilebilecek yani web sitesine yüklenilecekti. Prof. Junger davasında kripto kaynak kodunun koruma altında ifade olduğunu iddia etmiştir. Temyiz makamı davacı aleyhine verilen kararı bozarak dosyayı Bölge Mahkemesine göndermiştir. Peter D. Junger v William Daley, 2000 Fed App. 0117p (6th Cir.), 00a0117p.06. Dava ile ilgili resmi notlar için bkz. <http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/00a0117p-06.pdf> (SET: 25.04.2023). Prof. Junger, Birleşik Devletler Hükümeti'nin İnternet politikası uygulamasını dava etmiş ve lobi çalışması başlatmıştır. Prof. Junger'in davası için başlattığı lobiye değindiği, Linux grubunun sitesinde açtığı yazısı için bkz. <https://linuxgazette.net/issue32/crypto.html> (SET: 25.04.2023). Benzer yönde Siems, Avusturya Ticaret Kanunu'ndan (HGB) modern Ticari İşletmeler Kanunu'na (UGB) geçişin bir gelişim olduğunu ancak bu kanunun dahi uluslararası rekabet ve menfaat sahibi grupların görüşlerine yeterince yer vermediği görüşünde. Mathias M. Siems, "The Divergence Of Austrian And German Commercial Law: What Kind Of Commercial Law Do We Need in A Globalised Economy?", *International Company and Commercial Law Review* [2004] C. 15, S. 9, sh. 276. Bu sebeple günümüzden yaklaşık 30 yıl önce kurulmalarıyla İnternet ticareti devrimini başlatan Amazon.com ve Ebay.com bir yana İnternette faaliyet yürüten pek çok küçük ve orta ölçekli

dikkat çektiği kültürler çatışmasını daha görülür hale getirmektedir. Kimi müellif bu ortamın “küreyi küçülten -farklılıkları törpüleyen- akımlar” sunduğunu belirtmektedir.⁷²

Bir karşılaştırmalı hukukçu, geleceğin projesi olan ortak hukuk ile medeni hukukun birleşmesi hedefine yönelirken bunu başarmış olan ülkeleri dikkatle incelemelidir.⁷³ Karma sistemleri olan İskoçya, Güney Afrika, Quebec, Louisiana'nın hayatta kalma sorumluluğu, Avrupa çatısı altında yeni *ius commune* oluşturma çabası karma sistemlere ilgi çekmektedir.⁷⁴ İskoç hukuku gibi karma sistemler yöntem modeli olarak dikkate alınabilir; zira İskoç hukuku, Anglo-Saxon hukuku ve Kıta Avrupası sisteminin karmasının nasıl olacağına dair resmi gözlemlenebilir kılmahtadır.⁷⁵

SONUÇ

Kabul etmek gerekir ki tacirlerin hareket kabiliyetini sınırlayan kurallar İnternet'te ticaret yapmanın finansal cazibesini azaltabile-

işletme bir bir kurulup kapanmıştır. Warren B. Chik: “The Lion, The Dragon And The Wardrobe Guarding The Doorway To Information And Communications Privacy On The Internet: A Comparative Case Study Of Hong Kong And Singapore - Two Differing Asian Approaches”, *International Journal of Law & Information Technology* [2006] C. 14, S.1, sh. 47.

⁷² Dan Jerker B. Svateşon, “The Characteristics Making İnternet Communication Challenge Traditional Models of Regulation - What Every International Jurist Should Know About The İnternet”, *International Journal of Law & Information Technology* [2005] C. 13, S. 1, sh. 69. Lessig'e göre siber uzayın düzene sokulmamasının sebebi hukuk kuralı eksikliği değil bizzat sistemin mimarisidir. Yazar, bu durumu eski Yunan agorasına benzetmektedir, ancak fiziksel alanın yerine alan mantıksal alanda. bkz. Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999; Aksi yönde Berger'e göre İnternet'in düzenlenmesinin bir sosyal tercih olduğuna ilişkin bkz. Klaus Peter Berger: “The New Law Merchant And The Global Market: A 21st Century View of Transnational Commercial Law”, *International Arbitration Law Review* [2000], C. 3, S. 4, sh. 97. Avrupa Birliği düzenlemelerine göre ise politik tercih olduğuna ilişkin bkz. dipnot 59.

⁷³ Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, (çev. T. Weir), Oxford, 1998, sh. 204, Hector L. MacQueen, “Scots and English law: the case of contract”, *Current Legal Problems* [2001], C. 54, sh. 205 vd.

⁷⁴ Karma sistemlerin karşılaştırmalı hukuktaki önemiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Arzu: *Karşılaştırmalı Hukuk*, (Yetkin: Ankara, 2003), 263 vd. Örucü, Attwooll ve Coyle, karma sistemlerin umulduğu düzeyde ideal sistem haline gelmediğini, yeterli ilgiyi görmediği görüşündedir. Esin Örucü, Attwooll, S. Coyle, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, Hague, London and Boston, 1996, sh. 350.

⁷⁵ H. Lévy-Ullmann, “The law of Scotland”, (çeviren F. P. Walton), *Juridical Review* [1925], C. 37, sh. 390-418.

cektir.⁷⁶ Bununla birlikte yetersiz düzenleme ise piyasada rekabetin sağlanmasını ve faaliyet alanında güvenin tesis edilmesini önleyebilecektir. Özünde yerel hakimiyete dayanan kuralları, coğrafi sınır tanımaz yapıda tasarlanmış İnternet'e uygulamaya çalışmak aynı konuda tutarsız sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.⁷⁷ Bunun yerine açık denizler hukukunda yer alan yaklaşımların yön gösterici olacağını söylemek mümkündür.⁷⁸ İnternet'in özgün yapısına uyumlu kuralların oluşturulmasında pek tabii netetiği her daim önemli bir yere sahip olacaktır.

Bilişim çağında şeffaflığın, finansal piyasaların katılımcılarına güven verdiği gibi siber uzayın katılımcılarına güven vereceği dikkate alınmalıdır. Yerel düzenlemelerden kısmen bağımsız biçimde bir İnternet kültürü oluşuyor olmasına rağmen hukuk düzeni farklılıklarının, devletlerin varlıklarının temeline ilişkin olmasından sebeple dışlamasının gerçekçi olmadığını kabul etmek gerekmektedir. En başta, *lex mercatoria* adına bu farklılaşmayı dışlamaya gerek var mıdır? Burada Savigny'nin münhasır devletlerin yeksenaklaşıp varlıklarını kaybetmeden uyumlu eylem sergileyebileceklerine⁷⁹ ilişkin devletlerüstü

⁷⁶ M.Ö. 2000 yıllarında yerli idareciler tarafından alınan birtakım vergilerden kurtulmak ve gümrük izni olmadan malları şehre sokmak için gizli yol/dar yol (harran suk/qinnim) kullanan, Anadolu'da ticaret yapan Asurlu tüccarların bir süre sonra bölgede ticaretten elini çekmesi, böylece bölgede ticari kayıtları tutmak için kullanılan çivi yazısının dahi unutulmuş olması, ticarete getirilen kısıtlamalarda ölçülü olunması gerekliliğine örnek teşkil etmektedir. Asurlu tacirlerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. Esra Öz, *Asur Ticaret Kolonileri Döneminde Anadolu'nun Etnik ve Sosyal Yapısı*, 2005, tez, sh. 6 vd. Aynı yönde günümüzden örnek vermek gerekirse; dönemin YOUTUBE ana sayfasında yayımlandığı üzere TC Ankara 12. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 17/01/2008 t., 55K. sayılı kararı gereği TC mevzuatına aykırı yayında bulunmuş olan İnternet sitesi "www.youtube.com" a TC'den erişim Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nca engellenmiş olmasına rağmen "http://www.youtube.com/watch" alt bağlantısı ile siteye erişim sağlanabilmiştir.

⁷⁷ Kieron O'Hara, Wendy Hall, *Four Internets: The Geopolitics of Digital Governance*, sh. 13.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Mireille Hildebrandt, "Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace". *University of Toronto Law Journal* [2013], C. 13, S. 2, sh. 196-224.

⁷⁹ Atlantik'in iki yakasında kanunlar ihtilafı kurallarının birbiri ile uyum içinde düzenlenmesi çabasının Savigny'in devletlerüstü organizasyon teorisini gerçekleştirdiği savı ve mahkeme kararlarında da aynı uyumun yakalanıp yakalanamayacağı tartışması için bkz. Mathias Reimann, "Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century", *Virginia Journal of International Law* [1998], C. 39, sh. 571 vd.

organizasyon teorisinin⁸⁰ yeniden ele alınması önerilebilir. Her ne kadar ticarete ivme kazandıran İnternet'in standartlaşmaya ihtiyacı varsa da aşırı standartlaşmanın getireceği *mono* görüntünün günümüz insan doğasına aykırı olduğu, yadsınamayacak bir gerçektir. Keşfedenin kuralını da koyduğu pazarda, sürdürülebilir e-ticaret için güvenli, şeffaf ve sadeleştirilmiş *İnternet platformu* nasıl yapılandırılmalıdır? Kuşkusuz İnternet katılımcılarının mal ve hizmetlerini sadeleştirilmiş platformda sunabilmelerini sağlama yönünde, daha fazla işbirliği yapılmasına ihtiyaç vardır.

Kaynakça

Kitaplar

- Atkinson Robert D., Ham Shane, "A third way Framework for Global E-commerce", Progressive Policy Institute Policy Report, March 2001
- Başpınar Veysel, Kocabey Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007)
- Beawes Wyndham, *Lex Mercatoria Rediviva: Or, A Complete Code Of Commercial Law, Being a General Guide to All Men in Business whether as Traders, Remitters, Owners, Freighters, Captains, Insurers, Brokers, Factors, Supercargoes, or Agents with An Account of our Mercantile Companies, of our Colonies and Facories abroad, of our Commercial Treaties with Foreign Powers, of our Duty of Consuls, and of the Laws concerning Aliens, Naturalization, and Denization to which is added, A sketch of the present State of the Commerce of the whole World; describing the Manufactures and Products of each particular Nation; with Tables of the Correspondence and Agreement of their respective Coins, Weights, and Measures. Compiled from the Works of the Most Celebrated British and Foreign Commercial Writers, The whole egually calculated for the Information and Service of the Merchant, Lawyer, Member of Parliament, and private Gentleman, Thomas Mortimer tarafından genişletilmiş 5'inci basım, (Londra: 1792)*
- Bidgoli Hossein, *The Internet Encyclopedia*, (John Wiley and Sons, 2004)
- Bozbel Savaş, İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006)
- Deliçay Murat, *Perakende E-Ticaretin Yükselişi*, (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Yayın no: 19, 2021)
- Drahos Peter, Braithwaite John, *Global Business Regulation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000)

⁸⁰ Savigny'nin devletlerüstü organizasyon teorisinin *lex mercatoria* bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Arzu Oğuz, *Lex Mercatoria*, Ankara, Yetkin, 2004, sh 77 vd.

- Goldman Berthold, *Lex Mercatoria: Lecture* (Kluwer Law and Taxation Publishers: The Netherlands 1983)
- Janis Mark W., *An Introduction to International Law* (New York: Aspen Publishers, 2003)
- Oğuz Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, (Ankara: Yetkin, 2003)
- Oğuz Arzu, *Lex Mercatoria*, (Ankara: Yetkin, 2004)
- O'Hara Kieron, *Trust: From Socrates to Spin* (Cambridge: Icon Books, 2004)
- O'Hara Kieron, Hall Wendy, "Four Internets: The Geopolitics of Digital Governance." (2018), *The Centre for International Governance Innovation (CIGI) Papers* S. 206
- Postan Micheal, *Essays on Medieval Agriculture and General Problems of the Medieval Economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973)
- Vahrenwald Arnold, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce, Part IV: Arbitration*, (İtalya 2000)
- Zweigert Konrad, Kötz Hein, *Introduction to Comparative Law*, (Oxford: OUP, 1998) (çeviren T. Weir)

Kitap Bölümleri

- Craig William J., "Hague Conference on E-Commerce Law Introductory and Background Issues", *E-commerce Conference*, 26-27 Ekim 2004 Hague
- Dommering Egbert, "Regulating technology: code is not law", *Coding Regulation: Essays on the Normative Role of Information Technology*, (Hague: T.M.C. Asser Press, 2006) sh. 1-17.
- Nottage Luke, "The Procedural Lex mercatoria: The past, Present and Future of International Commercial Arbitration", *CDAMS Symposium*, Kobe University Law Faculty, 29 September 2003
- Patrikios Antonis, "Resolution of Cross-border E-business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-business Usages: The Emergence of the Lex Informatica", *BILETA Annual Conference on Globalisation and Harmonisation in Technology Law* (Malta 2006)

Makaleler

- Akhtar Naureen, Khan Aamir, Habib İmran, "Online Dispute Resolution as a Solution to E-Commerce Disputes: A Comparative Study of Pakistan and UK", *Journal of Contemporary Issues in Business and Government* [2022], C. 28, S. 3, sh. 149-159
- Akipek Şebnem, Dardağan Esra, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [2001], C.50 S.3, sh. 115-139
- Arsic Jasna, "International Commercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come Too Early?", *Journal of International Arbitration* [1997], C. 14, S. Eylül, sh. 209-221
- Bell Tom, "Polycentric Law in a new century", *Policy* [1999], S. Güz, sh. 34-37
- Berger Klaus Peter, "The New Law Merchant and The Global Market: A 21st Century View of Transnational Commercial Law", *International Arbitration Law Review* [2000] C. 3, S. 4, sh. 91-112

- Bishop R. Doak, "A Practical Guide For Drafting International Arbitration Clauses", *International Energy Law & Taxation Review* [2000], sh. 16-40
- Caral Jose Ma. Emmanuel A., "Lessons From ICANN: Is Self-Regulation of the Internet Fundamentally Flawed?", *International Journal of Law and IT* [2004], C. 12, S.1, sh. 1-31
- Cauuffman Caroline, Goanta Catalina, "A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection", *European Journal of Risk Regulation* (2021), C. 12, S. 4, sh. 758-774
- Cerina Paolo, Lucchetti Stefania, "Italy: Electronic Commerce – Domain Names", *Computer Technology Law Review* [2000] C. 6, S. 6, sh. 85-109
- Chik Warren B., "The Lion, The Dragon and The Wardrobe Guarding The Doorway to Information and Communications Privacy on The Internet: A Comparative Case Study of Hong Kong and Singapore - Two Differing Asian Approaches" *International Journal of Law & Information Technology* [2006] C. 14, S. 1, sh. 47-100
- Drahos Peter, Braithwaite John, "Global Business Regulation", *The Journal of Political Philosophy* [2001] C. 9, S. 1, sh.103-128
- Garrote Ignacio Javier, "Linking and framing: a comparative law approach", *European Intellectual Property Review* [2002] C. 24, S. 4, sh. 184-198
- Goode Roy, "Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law", *International & Comparative Law Quarterly* [2005] C. 54, S. 3, sh. 539-562
- Hardy I. Trotter, "The Proper Legal Regime for Cyberspace", *University of Pittsburgh Law Review* [1994] C. 55, sh. 993-1055
- Haubold Jens, Kaufman Winn Jane, "Electronic Promises: Contract Law Reform and Ecommerce in a Comparative Perspective", *European Law Review* [2002], C. 27, S. 5, sh. 567-588
- Hildebrandt Mireille, "Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace". *University of Toronto Law Journal* [2013], C. 13, S. 2, sh. 196-224
- Hunter Emilie, "Book Review: Richard Susskind, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services", *Human Rights Law Review* [2010], C. 10, S. 4, sh. 797-801
- Johnson David R., Post David, "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace" *Stanford Law Review* [1995-1996] C. 48, sh. 1367-1402
- Katsh Ethan, Wing Leah, "Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future", *The University Of Toledo Law Review* [2006], C. 38, S. 1, sh. 19-46
- Krisch Nico, "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order", *European Journal of International Law* [2005], C. 16, S. 3, sh. 369-408
- Lando Ole, "The *Lex mercatoria* in International Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly* [1985], C. 34, sh. 747-768
- Lévy-Ullmann Henri, "The law of Scotland", *Juridical Review*[1925], C. 37, sh. 390-418 (Çeviren F. P. Walton)

- MacQueen Hector L., "Scots and English law: the case of contract", *Current Legal Problems* [2001] C. 54, sh 205-229
- Marrella Fabrizio, Yoo Christopher S., "Is Open Source Software the New *Lex mercatoria*", *Virginia Journal of International Law*, C. 47, S. 4, sh. 807-837
- Mountain Darryl, "XML E-Contracts: Documents That Describe Themselves", *International Journal of Law & Information Technology* [2003] C. 11, sh. 274-285
- Muñoz-Lopez José Edgardo, "Internet Conflict of Laws: A Space of Opportunities for ODR", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Interaccional* [2009], S. 14, sh. 163-190
- Nutzi Patrick, "Intellectual Property Arbitration", *European Intellectual Property Review* [1997] C. 19, S. 4, sh. 192-197
- Petkova Svetozara, "The Potential Impact Of The Draft Hague Convention On International Jurisdiction And Foreign Judgments In Civil And Commercial Matters On Internet-Related Disputes With Particular Reference To Copyright", *Intellectual Property Quarterly* [2004] S.2, sh. 173-189
- Polanski Paul Przemyslaw, "Towards A Supranational Internet Law", *Journal of International Commercial Law and Technology* [2006], C. 1, S. 1, sh 1-9
- Pouillet Yves, Berleur Jacques, "What Governance And Regulations For The Internet? Ethical Issues", *The Information Society: Emerging Landscapes içinde* [2006], sh. 169-191
- Rabinovich-Einy Orna, Katsh Ethan, "Digital Justice, Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution", *International Online Dispute Resolution* [2014], C.1, S.1, sh. 5-36
- Radin Margaret Jane, "Online Standardization and the Integration of Text and Machine", *Fordham Law Review* [2001], C. 70, sh. 1125-1146
- Reimann Mathias, "Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century", *Virginia Journal of International Law*[1998], C. 39, sh. 571-605
- Reidenberg Joel R., "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review* [1998] C. 76, S. 3, sh. 552-584
- Schdeva Amit M., "International Jurisdiction in Cyberspace: A Comparative Perspective", *Computer and Telecommunications Law Review* [2007] C. 13, S. 8, sh. 245-264
- Schiavetta Susan, Komaitis Konstantinos, "ICANN's Role in Controlling Information on the Internet", *International Review of Law, Computers & Technology* [2003] C. 17, S. 3, sh. 267-284
- Schultz Thomas, "Human rights: a speed bump for arbitral procedures? An exploration of safeguards in the acceleration of justice", *International Arbitration Law Review* [2006] C. 9, S. 1, sh. 8-22
- Siems Mathias M., "The Divergence Of Austrian And German Commercial Law: What Kind Of Commercial Law Do We Need in A Globalised Economy?", *International Company and Commercial Law Review* [2004] C. 15, S. 9, sh. 273-278
- Sommer Joseph, "Against Cyberlaw", *Berkeley Technology Law Journal* [2000] C. 15, sh. 1145-1232

- Svantesson Dan Jerker B, "The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models Of Regulation - What Every International Jurist Should Know About The Internet", *International Journal of Law & Information Technology* [2005] C. 13, S. 1, sh. 39-78
- Wahab Mohamed, "Globalisation and ODR: Dynamics Of Change In E-Commerce Dispute Settlement", *International Journal of Law & Information Technology* [2004] C. 12, S. 1, sh.123-152
- Watanabe Mayu, Rule Colin, "ODR in Metaverse", *International Journal of Online Dispute Resolution* (2022), C. 9, S. 1, sh. 29-31
- Widdison Robin, "New Perspectives in Legal Information Retrieval" *International Journal of Law and IT* [2002], C. 10 sh. 41-70
- Zekos Georgios I., "State Cyberspace Jurisdiction And Personal Cyberspace Jurisdiction", *International Journal of Law & Information Technology*, C. 15, S. 1, sh. 1-37

İnternet Siteleri

- <http://law.utoledo.edu>
- <http://ldp.ods.org>
- <http://www.ca6.uscourts.gov>
- <http://www.cpradr.org>
- <http://www.icann.org>
- <http://www.legalweek.com>
- <https://www.oecd.org/>
- <http://www.un.org>
- <http://www.unece.org>
- www.export.gov
- <http://www.juriscom.net>
- <https://ca.vlex.com>
- <https://linuxgazette.net>
- <http://www.juriscom.net>
- <https://www.privacyshield.gov>
- <http://www.jura.uni-sb.de>

Davalar

- Peter D. Junger ve William Daley, 2000 Fed. App. 0117p (6th Cir.), 00a0117p.06
- Faridian v. DoNotPay Inc, Amerika Birleşik Devletleri Kuzey Kalifornia Bölge Mahkemesi, 4:2023cv01692
- 1267623 Ontario Inc.** ve Codes Communications Inc./**Nexx Online Inc.**, C20546/99, [1999] O.J. No. 2246.
- 13.10.1998 t., 16 O 320/98 s. Federal Almanya Cumhuriyeti Berlin Bölge Mahkemesi Kararı.
- 1.01.2008 t., 2008/55 s. Türkiye Cumhuriyeti Ankara 12. Sulh Ceza Mahkemesi Kararı.

NORMATİF İSNAT ve HUKUKİ MUHAKEME: BİR YARGI KARARININ ANALİZİ

NORMATIVE IMPUTATION and LEGAL REASONING: THE CRITIC OF A JUDICIAL DECISION

Rabia SAĞLAM*

Özet: Bu makalede, Kelsen'in normatiflik kuramını, Kant'ın aşkınsal çıkarımıyla karşılaştırarak hukuki muhakemenin geçerlilik koşulları ekseninde okumayı deniyorum. İlk bölümde, Kelsen'in normatif isnat kuramının Kantçı aşkınsal a priori bilgi temelinde nasıl anlaşılacağına açıklıyorum. Hukuki bilişteki hipotetik Grundnorm ideasının ve normatif hukuk bilimindeki olan ve olması gereken arasındaki kapatılmaz mesafenin, hukuki muhakemede kurucu bir rol oynadığını ileri sürüyorum. Buna göre, normatifliği ve isnadı hukuki muhakemenin sui generis tanımlayıcı unsurları olarak belirliyorum. Kelsen açısından temel norm, hukuk normlarını sistematik bir bütün olarak idrak etmenin varsayılan zorunlu koşuludur. Kelsen'e göre temel normun işlevi, "verili hukuk materyalini hukuk olarak tanımak" ve "anamlı bir bütün olarak kavramaktır." Yargıçların, maddi olgu ile pozitif hukuk normu arasında normatif (olması gereken) bir ilişki kurarken, temel normun bu iki işlevine bağlı kalmaları gerektiğini öne sürüyorum. Bir başka ifadeyle, yargıçların hukuki bilışı, hukuki sonuçları ve hukuki koşulları normatif açıdan örtüstürürken, empirik hukuki materyalleri anlamlı bir düzenin parçası olarak inşa eder.

İkinci bölümde, Kelsen'in normatifliğini ve Kant'ın aşkınsallığını yargıcın karar verme sürecine uyarlıyorum. Normatif hukuki muhakemeyi somutlaştırmak amacıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını eleştirel bir şekilde inceliyorum. Hukuki dava, iş yerindeki vestiyerden yarı boş çikolata kutusunu aldığı gerekçesiyle işten çıkarılan bir temizlik işçisiyle ilgilidir. İşçi 15 yıllık kıdem tazminatına hak kazanmış olmasına rağmen, yargıçlar, davacı işçinin İş Kanunu'na göre "hırsızlık" olarak tanımlanan hukuka aykırı eylemine istinaden kıdem tazminatını hak etmediğine karar verir. İşçinin eylemini indirgemeci bir biçimde yorumlayan Genel Kurul'un tekil normunu, maddi gerçeğin görmezden gelinen ayrıntılarına odaklanarak analiz ediyorum.

* Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, rabia_saglam@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-3774-4332, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.06.2023, Kabul Tarihi: 10.07.2023

Olgusal gerçekle ilgili çok sayıda nüans ve ayrıntı olmasına rağmen, yargıçlar olgunun bütününe dikkate almamıştır. Dahası, yargıçlar, yargı içtihatları ve öğreti tarafından geliştirilen iş güvencesi ilkesini hukuk normu olarak tanımamıştır. Yargıçların hukuki muhakemesinin normatifiğe değil nedenselliğe dayandığı, dolayısıyla hukuken geçersiz olduğu sonucuna varıyorum.

Anahtar Kelimeler: Kelsen, Kant, Normatif İsnat, Aşkınsallık, Temel Norm, Hukuki Muhakeme, Kıdem Tazminatı

Abstract: In this article, I try to read Kelsen's normativity tenet compared with Kant's transcendental deduction regarding the validity condition of legal reasoning. In the first section, I explain how Kelsen's normative imputation tenet can be understood on the grounding of Kantian's transcendental a priori cognition. I would argue that the idea of hypothetical Grundnorm in legal cognition and the unbridgeable gap between Sein and Sollen in normative legal science explicitly plays a foundational role in legal reasoning. In this regard, I define normativity and imputation as a sui generis descriptive component of legal reasoning. For Kelsen, the basic norm is necessarily presupposed condition to intellect legal norms as a systematically meaningful unity. According to Kelsen, the function of the basic norm is "to recognise a given legal material as law" and "to comprehend it as a meaningful whole." I assert that judges should adhere to these two functions of the basic norm while making a normative (ought) connection between material fact and positive legal norms. In other words, judges' legal cognitions construct the empirical legal materials as part of a meaningful order by normatively connecting legal consequences with legal conditions.

In the second section, I simply adopt Kelsen's normativity and Kant's transcendentalism to the judge's decision-making process. I critically examine a decision given by the Turkish Supreme Court to concrete normative legal reasoning. The legal case is about a cleaning worker who was dismissed for the reason she took a half-empty chocolate box from the cloakroom in the office. Even though the worker is legally entitled to 15 years severance pay, judges decided that litigant-worker does not deserve the severance pay because of the unlawful action written as a "thieving" in the labour code. I analyse Supreme Court's individual norm interpreted the worker's act in a reductive way, concentrating on what fails to notice the material fact. Although there is a great deal of nuances and details regarding the factual reality, judges took no account of the whole point properly. Additionally, judges avoided considering the job security principle as a legal norm developed by judicial precedents and doctrine. I conclude that judges' legal reasoning does not rely on normativity, but causality, therefore it is legally invalid reasoning.

Keywords: Kelsen, Kant, Normative Imputation, Transcendentalism, Basic Norm, Legal Reasoning, Severance Pay

GİRİŞ

Bu makalede, normatifliği Kantçı aşkınsal *a priori* bilgiyle delillendiren Kelsen'in argümanları, hukuki muhakemenin geçerlilik koşulu olarak tartışılmaktadır.¹ Yargıcın akıl yürütme edimine odaklanan tartışma, kuramsal ve metodolojik bir düzlemde yürütülmektedir.² Makalenin çıkış noktası, hukukun normatifliğinin *sui generis* bir niteliğe sahip olduğu görüşüdür. Bix'e göre hukuk, "normatifliğin *sui generis* bir formudur." Hukuk normları "ne yapılması veya ne yapılmaması" gerektiğini bildirir; "ahlaki bir talebi" ya da resmî kurumların/görevlilerin "icraatlarını" betimlemez.³ Buna göre normatifliği, ahlaki değer (doğal hukuk kuramı) ve empirik olgu (hukuki pozitivism) karşıtlığının cezbedici sıradanlığına kapılmadan irdelemeyi amaçlıyorum.

Modern hukuk kuramlarında normatifiklik iki tez etrafında sorunlaştırılmaktadır: (1) Hukukun normatifliği ahlaki bir niteliktir, (2)

¹ Bir hukuki muhakemenin geçerliliğini/geçersizliğini veya hukuken yanlışlığını/doğruluğunu eş anlamda kullanıyorum. Fakat Kelsen'in yargıç yorumundan veya yargı kararının geçerliliğinden anladığı, kabaca söylersek, bir tür yetkilendirme: Pozitif bir norm, bir mahkemeyi tekil norm yaratma ve hukuki yargıda bulunma konusunda yetkilendirdiyse, bu otoritenin kararı, bir başka yetkili otorite tarafından iptal edilmediği veya değiştirilmediği sürece, hukuken geçerlidir. Anaakım Kelsenci bakış açısı, bir mahkeme kararının pozitif hukuk normuna aykırı olsa dahi -sözgelimi Anayasaya aykırı- mevcut hukuk sisteminde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edeceği; geçerli olacağı yönündedir. Makalede Kelsen'in ve anaakım yorumların aksine şunu ileri sürüyorum: Genel normun pek çok sayıda farklı yorumu mümkündür elbette, fakat "somut davada" her zaman tek bir yorum alternatif yorumları geçersiz kılabilecek güçtedir. Tek yorumun, diğer yorumları geçersiz kılma gücü, bir somut davada sadece tek bir doğru yanıtın olduğunu göstermez, diğer yorumların hukuken geçerli olma kapasitelerindeki noksanlığa veya yetersizliğe işaret eder. Kelsen'in normatif isnat kuramının bu 'geçersizliği', verili pozitif hukuk normlarının tutarlı bir birlik ve bütünlük oluşturacak mahiyette "tanınmaması" ve "kavranmaması" şeklinde argümanlaştırdığını iddia ediyorum. Makalenin yazarı, hukuki muhakemenin geçersizliğine ilişkin iddiasına yöneltilebilecek olası itirazları şimdilik tartışma dışında bırakmıştır. (Hukuki yargının geçerliliği ve doğruluğu arasındaki fark için bkz. Ertuğrul Uzun, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Yayınları, İstanbul Ekim 2016, ss.13-38; Kelsen'in yorum kuramı için bkz. Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'in 'Normatif Alternatifler Kuramı'nın Gözden Geçirilmesi", Anayasa Yargısı, C. 37, S. 1, 2020, ss.1-32).

² Makale, Kelsen'in normatif isnat kuramını Kant'ın aşkınsallığıyla yoğurarak, bir yargı kararının geçersizliğini göstermeyi hedefliyor. Bu amaç doğrultusunda Kelsen'in pek çok argümanının bazen devre dışı bırakıldığını, bazen de bağlamını aşarak yorumlandığını şimdiden belirtmeliyim.

³ Brian H. Bix, "Kelsen, Hart, and Legal Normativity", Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus), Vol. 34, 2018, (pp. 25-42), s. 40.

hukukun normatifliği olgusal (empirik) bir niteliklidir.⁴ Kelsen'in normatiflik tasarısının *sui generis* formu, iki tezi de hukuki düşünme sahasından çıkarır: (1) Hukukilik ile ahlakilik birbirinden farklıdır. Hukuk normunun ya da bir bütün olarak pozitif hukukun hüküm ve sonuçlarını doğurması (geçerliliği), (normatif) sisteme yabancı herhangi bir ahlaki 'değer'e atıfla belirlenemez. (2) Hukuk normunun ya da bir bütün olarak pozitif hukukun hüküm ve sonuçlarını doğurması (geçerliliği), (normatif) sistemin tanımadığı bir 'olgu'ya atıfla belirlenemez. Buna göre, her tür hukuk-dışı metafizik gönderme yahut empirik indirgeme, hukukun normatifliğiyle çelişmektedir.

Makalenin ilk bölümü, Kantçı aşkınsallığın hukukun normatifliğine etkisini kuramsal argümanlarla ele almaktadır. Kelsen'in pozitif hukuk bilimini normatiflikle kuramsallaştırması, Hume'dan mütevellit "olan" (*is/sein*)- "olması gereken" (*ought/sollen*) ayrımından⁵ ve Kant'ın bilgiyi mümkün kılan aşkınsal *a priori* kavramından esinlenir.⁶ Normatiflik, Hume'cu ayrımın ve Kantçı *a priori* zihinsel örgütlenmenin eşliğinde analitik bir biçim alır. Böylelikle normatifliğin, Kelsen'in tasarladığı özgün muhtevası da ortaya çıkar: Hukuk normu "olması gereken" anlama işaret eder, buna karşın uzam ve zaman içinde yer tutan, neden-sonuç ilişkisine dayanan herhangi bir empirik olgu hu-

⁴ Maria Cristina Redondo, "Legal Normativity as a Moral Property", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, (pp. 57-68), ss. 57-59.

⁵ Bix, s. 27.

⁶ Kelsen'in hukuk kuramının Kantçı ve yeni-Kantçı ekolle bağlantısını derinlemesine analiz eden hukuk kuramcısı Stanley P. Paulson'dır. Türkçeye çevrilen Saf Hukuk Kuramı'na Bonnie Litschewski Paulson ile birlikte yazdıkları "Sunuş", Kantçı "aşkınsallığın" Kelsen'in hukuk kuramına etkisini ortaya koymaktadır. (Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson, "Sunuş, Kelsen'in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine" içinde Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Hans Kelsen, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016). Sunuş'un İngilizce versiyonu için bkz. Stanley L. Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12/3, 1992, (pp. 311-332). Kelsen terminolojisini Türkçe hukuk diline yerleştiren iki eserden özellikle bahsedilmeli: Vecdi Aral, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, (pp. 513-552) (özellikle bkz. ss. 543-546); Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara 1998. "Türkçe Kelsen Bibliyografisi" için bkz. Hüseyin Deniz, Hans Kelsen'in Temel Norm Kuramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, ss. 115-124. Hukukun normatifliğiyle ilgili geniş çaplı bir doktora çalışması için bkz. Yahya Berkol Gülgeç, Normativite ve Pozitivizm, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, (özellikle bkz. ss. 421-445).

kuki geçerlilik zincirinin kurucu rolünü üstlenemez. Hukukun normatifliğinin hâlâ hararetle tartışılıyor olmasının arkasında, hukuk bilimine münhasır bir geçerlilik standardı oluşturabilme gayreti yatar. Kelsen aranan geçerlilik standardını veya normatif hukuk düzeninin “aşkınsal öncül”ünü, “temel norm”da sabitler. Temel norm, hukuki bilişin (legal cognition/Rechtserkenntnis) aşkınsal *a priori* bir kategorisidir ve yegâne işlevi, “çelişmezlik ilkesi” rehberliğinde, hukuka ait ‘olan’ her neviden materyali “anamlı bir bütün” hâline getirmektir.

Normatif pozitif hukuk biliminin farklı materyallerden tutarlı bir sistem inşa etme kategorisiyse, isnattır (imputation/Zurechnung). Kelsen’in kuramında isnat, normatif hukuk biliminin, çok değişkenli nesnelere bilmeyi mümkün kılan bir kategori olarak varsayılır. Buna karşın makalede isnadı, normatif akıl yürütmenin *sui generis* bir kategorisi kabul ediyorum. Makalenin iddiası, tam burada soru formunda ifade edilebilir: Normatif isnat, hukuki muhakemenin *sui generis* tanımlayıcı unsuru olamaz mı? Kelsen sözü edilen unsurları, hukuk biliminin kendine ait ‘olan’ı nasıl normatifleştireceği; “olması gereken” bir anlama yönlendireceği sorununu çözmek amacıyla kullanmıştı. Makalede Kelsen’in çözümü, hukuki muhakeme denkleminde uyarlanmakta ve yargıcın “somut olayı”, pozitif hukukun penceresinden dışarı sarkmadan, “olması gereken” bir anlama göre nasıl muhakeme edeceği sorunsallaştırılmaktadır. Buna göre hukuki muhakemenin normatifliği, yaratılan tekil normun geçerliliğinin realitedeki maddi olgulara değil “olması gereken” anlama dayandırılmasıdır. Isnat kategorisiyse, fenomenlerden nedensellik ilkesine göre bilgi üreten doğa bilimlerinin/sosyal bilimlerin aksine, somut olay ile genel norm arasında “olması gereken” bir anlam inşa etmektir.

Makalenin ikinci bölümünde, kuramın pratik karşılığı somutlaştırılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararının hukuken geçersizliğini/yanlışlığını, Kelsen’in normatif isnat kuramının alanını ve bağlamını genişleterek temellendiriyorum. Amacım, Kelsen’in normatif isnat kuramını münferit bir hukuki muhakeme üzerinde test ederek, “eleştirel pozitivizmin”⁷ metodolojik bir örneğini oluşturmak-

⁷ Eleştirel pozitivizm, Kelsen’in normatif isnat kuramının, “olgu” ve “değer” şemasına mesafesinin hukuk kuramındaki karşılığıdır. Kelsen normatif kuramını, hukuki pozitivizmin “olgusal gerçekliğinden” (facticity) ayırır. Paulson’a göre, Kelsen’in ilk dönem olgu-karşıtı hukuki pozitivizmi “eleştirel yapısalcı”dır: Nor-

tır. Bu amaç doğrultusunda Genel Kurul kararı, derinlemesine analiz edilmekte, normatif akıl yürütmenin nasıl 'olması' ve 'olmaması' gerektiği ortaya koyulmaktadır.

I. HUKUKUN AŞKINSALLIĞI VE NORMATİFLİĞİ

1. Bilişin Aşkınısallığı

Kant felsefesine nüfuz edebilmenin ilk aşaması, aşkınsal (*transcendental*) ve *a priori* ilişkisini bilmekten geçer. Kant, *Saf Aklın Kritiği* (1781) kitabının Giriş'inde, *a priori* bilgiyi deneyime dayanan *a posteriori* bilgiden ayırır. *A priori* bilgi deneyimden bağımsızdır. Deneyimden edindiğimiz her türlü veriyi (renk, koku, ağırlık vb.) bir nesneden söküüp attığımızda, geriye kalan "genel ve zorunlu" bilgi, *a priori* bilgidir. Kant, nesnelere değil de nesnelere *a priori* bilme yöntemimizle ilgili olan tüm bilişi (*cognition*) "aşkınsal" olarak adlandırır.⁸ Aşkınısallık, "deneyimi önceleyen, deneyimi mümkün kılan neyse, onu aklın, zihnin bir özelliği görür." Aşkınısal bilgi, deneyimden gelen bilgileri "mümkün kılan koşulları" sağlar, ama bu koşulların geçerliliği, "deneyimle ilişkili oldukları ölçüde" mümkündür.⁹ Kısaca aşkınsal bilgi, deneyim alanındaki nesnelere bilinebilirliğinin önkoşulu, yanı sıra kendi geçerliliğini deneyim nesneleriyle ilişkisinden alan, zihnimizdeki *a priori* tasarımlardır.

matiflik tezi, hukukun yorumlanmasında (*explication*) olgu-temelli yaklaşımları reddeder. Fakat Kelsen normatifliği, doğal hukuk kuramının değer-temelli yaklaşımından da ayırır. Makalede, normatif isnat kuramı hukuki muhakemeye uyarlanırken, "norm-olgu" ayrımı esas alınmış, "norm-değer" farklılığı tartışma dışında bırakılmıştır. Bu açıdan eleştirel pozitivism, hukuki muhakemenin normatif-olmayan olgular ekseninde; -birey psikolojisi, yasa koyucu irade, toplumsal alışkanlıklar gibi olgusal önermelerle- gerekçelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. (Kelsen'in eleştirel pozitivism için bkz. Hans Kelsen, "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", içinde *General Theory of Law and State*, trans. Wolfgang Herbert Kraus, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2006; Ayrıca bkz. Stanley L. Paulson, "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", *The Modern Law Review*, Vol. 59, November 1996, (pp. 797-812).

⁸ Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, translated and edited Paul Guyer ve Allen W. Wood, Cambridge University Press, 1998 s. 149, [A12]; Immanuel Kant, *Arı Usun Eleştirisi* (1781/1787), çev. Aziz Yardımlı, İdea Yayınları, İstanbul 2008, s. 47, [A12].

⁹ Theodor W. Adorno, "Aşkınısallık Kavramı Üzerine", çev. Mine Haydaroglu, *Co-gito, Sonsuzluğun Sınırlarında: Immanuel Kant*, S. 41-42, 2005, (pp. 56-85), s. 74.

Kant, doğa bilimleri ve matematik bilimlerin -bilim olarak metafizik de dahil- 'nasıl bilebiliriz' sorusuna verebilecekleri yanıtın, 'aklın *a priori* yetisi'yle ilgili olduğunu söyler ve devam eder; insan zihnindeki *a priori* bilişler (*cognitions*), bilimsel bilginin önkoşullarıdır. Empirik yöntemle (doğa bilimleri) ve rasyonel yöntemle (matematik/mantık/geometri) elde edilen farklı bilgilerden yargılar üretmenin temel koşulu *a priori* bilgidir.¹⁰ Matematik ve mantık yargıları ne salt aklın "zorunlu hakikati" (*verites necessaires*) ne gerçeklikteki deneyim verilerine dayanan "olgu hakikati" (*verites de fait*) olarak temellendirilebilir.¹¹ Bilişin tüm bilgisi deneyimiyle başlar başlamasına, fakat bu bilgilerin geçerliliği "deneyimlerin alt alta yazılması"yla; deney ve gözlemlerle kanıtlanamaz. Uzam ve zamanda duyumsanan, mümkün tüm deneyim nesnelere, süje için bir "görünüş"tür. Bu "tasarım"ların, süjenin düşüncesinin dışında "kendilerinde temellenmiş bir varoluşları yoktur."¹² O halde doğa bilimleri ya da matematik ve geometrinin yargıları (üçgenin iç açıları toplamı 180 derecedir) salt duyu algıları veya mantık ilkelerinden çıkarsanarak gerekçelendirilemez. Nesnel bilgi, insan zihninin "*sensible*" (algı) ile "*intellectual*" (idrak) potansiyelinin korelasyonuyla üretilmektedir. Algı kapasitesi, insanın duyularıyla belirli nesnelere "tekil ve dolaysız" "görünüş"lerini bilebilmesidir. Buna karşın idrak kapasitesi, insanın soyut ve genel kavramlar oluşturma yetisidir. Zihnin algı ve kavramsallaştırma kapasitesinin, salt süjenin bilebildiği ve aşkınsal düşünmenin temelini oluşturan kendine has formları, ilkeleri, kategorileri veya yasaları vardır.¹³ Nesnel bilgi üretmenin, *a priori* bilgiyle bağlantısını saptadığımızı göre, aşkınsal düşünmenin *a priori* niteliği üzerinde duralım.

Kant, bilimsel düşünmenin veya bilmenin iki *a priori* ögesinden bahseder: Gerçeklikteki nesne ve olayları algılamak (*sensibility*/empirik bilgi/deneyim verileri) ile kavramlarla düşünebilme, analitik akıl yürüterek çıkarımda bulunabilme yetisi (*understanding*/anlama yetisi).¹⁴ Adı geçen kitabının "Aşkınsal Estetik" bölümünde Kant, duyularla algılanan verilerin "genel ve zorunlu" formlarını uzam ve zaman ola-

¹⁰ Kant, s. 144 vd.; (Türkçesi s. 43 vd.), [B15-18].

¹¹ Heinz Heimsoeth, Kant'ın Felsefesi, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012, s. 70.

¹² Kant, s. 511; (Türkçesi s. 255), [A491, B 519].

¹³ P. Guyer/A. Wood, "Introduction", içinde Critique of Pure Reason, Cambridge University Press, 1998, s. 36.

¹⁴ Kant, s. 224; (Türkçesi s. 84), [B125, A93].

rak belirler. *A priori* formlar, süjenin sadece uzam ve zaman içindeki şeyleri bilebilmesi anlamına gelir. Formlar, her süjenin duyularına yakalanan verilerin zihninin bir köşesine birbirinden kopuk bir şekilde yığılmasının önüne geçmektedir. Kant bu formların, değişik ve tekil duyularını birbirine bağladığını düşünür.¹⁵

Anlama yetisi, kavramlar oluşturan ve kavramlardan yargılara ulaşan bir diğer *a priori* öğedir. Salt aklın anlama yetisinin kavramları ve yasaları, dış dünyadaki olan biteni veya nesnelere bağlantılar kurarak bilmemizi sağlar. İki farklı algı verisini birleştiren, subjektif bir yargıyı genelleştiren anlama yetisinin kavram ve kategorileridir. Öznenin dış dünyadan edindiği verilerin belirli bir düzen içinde kavranmasını sağlayan zihindeki kategorilerdir.¹⁶ Sözelimi, 'atmosfere giren bir gök taşı düşer' önermesini nesnel bir bilgi hâline getiren, süjedeki *a priori* kavram, yasa ve kategorilerdir.

Öte yandan Kant'a göre aklın, nihai düşünme sınırına ulaştığında, algı dünyasını aşan ve deneyim alanında yer almayan şeylere dair sorular sormakta ısrarcı bir yanı da vardır.¹⁷ "Aşkınsal Diyalektik" bölümünde Kant, Platon'un idealarına atıfla, aklın ötesini düşünme mantığını; "aşkınsal idealar"la açıklar.¹⁸ İdealar, "koşullara bağlı olmayan" a dönük bir akıl yürütmenin *a priori* temelidir. Aklın idealarının, deneyim alanında bir nesnesi yoktur; "deneyim bilgisini salt koşullar bütünlüğü" olarak görür. İdealar, "tüm koşulların koşulsuz birleşimli birliğidir" ve aklın "kendi doğasında" yer alır. "Koşullara bağlı şeyleri bilen" süje, "hiçbir koşula bağlı olmayan bir şeyin ideasına" da sahiptir. Örneğin süje, "evren" ideasına sahiptir, fakat bu idea'ya dayanarak evrene dair bilgi elde edemez.¹⁹

2. Normatif Hukukun Aşkınsallığı: Temel Norm

Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949) kitabına yazdığı "Ek"te,²⁰ herhangi bir pozitif hukuk düzeninin nihai dayanağı ve "varsayımsal

¹⁵ Heimsoeth, s. 78.

¹⁶ Allen W. Wood, Kant, çev. Aliye Kovanlıkaya, Dost Yayınları, Ankara 2009, ss. 79-81; Heimsoeth, s. 83.

¹⁷ Kant, s. 590; (Türkçesi s. 308), [A642, B670].

¹⁸ Kant, s. 395; (Türkçesi s. 183), [B370].

¹⁹ Heimsoeth, s. 100; Kant, s. 606; (Türkçesi s. 318), [A671, B699].

²⁰ Kelsen, "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", ss. 390 vd.

koşul"u (*conditional-hypothetical*) kabul ettiği temel normu (*Grundnorm*), Kant'ın *a priori* önkoşullarına kıyasla tanımlar: "Bilişin aşkınsal-mantıksal ilkeleri (Kantçı anlamda) nasıl ki empirik yasalar değil de salt deneyimin koşullarıysa, temel norm da ne pozitif hukuk kuralı ne pozitif hukuk yasasıdır. Zira vazedilmemiştir, sadece mümkün tüm pozitif hukuk kurallarının bir koşulu olarak varsayılmıştır."²¹ Fakat Kelsen'in, pozitif hukuk bilgisinin aşkınsal-mantıksal bir koşulu olarak varsaydığı temel normun, yukarıda sözü edilen zihnin üç *a priori* örgütlenmesinden hangisine karşılık geldiğinin tespit edilmesi güçtür. Kelsen'in temel normun aşkınsallığını, uzam ve zaman gibi duyu formlarına, zihnin kategorilerine ya da anlama yetisinin ilkelerine,²² hatta "aklın düzenleyici idealarına" karşılık gelecek şekilde kullandığı ileri sürülebilir.²³ Bu tartışmaya girmeden, temel normun *a priori* karakterini, hukuki bilişin "aşkınsal-mantıksal bir koşulu" kabul ederek kısaca açıklayalım.

Paulson'a göre, Kelsen'in Kantçı "aşkınsal argümanı", "zihnin nesnesini yaratması" veya "yöntemin nesnesini belirlemesi" anlamına gelir. Kelsen'in başlıca iddiası, hukuk alemindeki her nesnenin bilgisinin "hukuki biliş marifetiyle mümkün" olduğudur.²⁴ Buna göre hukuki biliş, temel norm vasıtasıyla hem kendi nesnesini üretmekte (pozitif hukuk normları) hem bu nesnenin geçerliliğini varsaymaktadır.²⁵ O halde temel normun *a priori* karakteri, salt yazılı yasaları veya kavramları değil, deneyim alanında algılanabilir her neviden hukuk materyalini -yasa koyucunun eylemini, maddi olayları, hukuk olaylarını, bireylerin iradi tasarruflarını, mahkeme kararlarını, idari işlemleri vb.- birbirine bağlayan "aşkınsal bir öncül"dür.²⁶

²¹ Kelsen, s. 436.

²² Stanley L. Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", *Jurisprudence*, Vol. 10/2, 2019, (pp.188-221) s. 206, dipnot 84.

²³ Mario Garcia Berger, "A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm", *Ratio Juris*, Vol. 33/1, 2020, (pp. 35-48), s. 39; "Aklın düzenleyici ideaları" için bkz. Kant, s. 520; (Türkçesi s. 262), [A509, B537].

²⁴ Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", s. 206.

²⁵ Paulson'a göre Kant gölgesindeki Kelsen, hukuk normlarını, "ideal öğeler" (ideal entities) olarak tasarlamaktadır. Bu ideal alanda "şirketler, belediyeler ve ulus devlet" gibi hukuki kurumlar da hukuk normlarında ya da "isnat noktalarında" temsil edilmektedir. (Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", ss. 210-211).

²⁶ Stanley L. Paulson, "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm", içinde Kelsen Revisited, *New Essays on the Pure Theory of Law*, ed. L.D. Almedia/J. Gardner/L. Green, Hart Publishing, 2013, (pp. 43-61), s. 50.

Kelsen'in aşkınsal öncülü, kör düğümün başladığı ve hiçbir zaman çözülemediği bir noktadır.²⁷ Kelsen kör düğümü çözmeye teşebbüs dahi etmez, yüzünü Kant'a döner ve temel normun, zihnin *a priori* bir kategorisi (veya formu/ideası) olarak nesnel geçerliliğini varsayar. Nihayetinde Kant, olguların ve yasaların varlığını değil maddi olguların ve doğa yasalarının nesneliliğinin aşkınsallığını kanıtlamıştır.²⁸ Aynı şekilde Kelsen de temel normu, hukuk normlarının geçerliliğinin "ontolojik" temeli olmaktan ziyade, geçerliliği mümkün kılan aşkınsal bir koşul olarak argümanlaştırır.²⁹ Kant, deneyim nesnelere süjenin *a priori* "bilişsel olanaklarıyla" koşullandığını söylemişti. Bilişsel olanaklar insan zihninin "evrensel şemaları veya anlama kalıplarıdır."³⁰ Kelsen'in aşkınsal argümanı tam burada yerli yerine oturur; "hukuki bilişin kurucu bir boyutu"³¹ vardır; realitedeki pozitif hukuk normları zihnimizdeki *a priori* "şemalar veya anlama kalıplarıyla" -hukuki bilişin olanakları- koşullanır, koşullanan normları belirli bir zamanda ve belirli toplumdaki (uzam) "görüntü"lerin (Kant) "anamlı bir bütünü" olarak (*ein sinnvolles Ganzes/a meaningful whole*) (Kelsen) kavrarız. Bir diğer deyişle, realitedeki hukuk materyallerini (yasalar, içtihatlar, örf ve âdet, birey eylemleri, mahkeme kararları, idari işlemler, kolluk faaliyeti vb.) hukuk adıyla bilmenin ve sistematize etmenin mümkün koşulu zihnimizdeki *a priori* temel normdur.

²⁷ "Temel norm bilmece", Kelsen kuramının zayıf halkasıdır ve pek çok açıdan eleştirilmiştir. Kelsen'in ifade ettiği gibi temel norm bir varsayım ise eğer, bir hukuk normu kabul edilemez, dolayısıyla diğer hukuk normlarının geçerliliğinin temeli de olamaz. Diğer yandan, temel norm bir hukuk normu kabul edilecekse şayet, "meta-hukuk veya hukuk-dışı bir norm" olabilir ki bu durumda da temel norm "ahlaki bir norm" sayılır. (Riccardo Guastini, "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol. 29/3, 2016, (pp. 402-409), s. 405). Margaret Davies'e göre, "kuruluş ilkesi" olarak temel norm nihayetinde bir "kayaya çarpacaktır." Zira "kurallarımızın altında yatan, potansiyel olarak sonsuza kadar indirgenebilecek gerekçeler bir noktada durmalıdır, fakat bu, rasyonel bir kökene yahut hukukun içini dışından açıkça ayıran bir kökene ulaştığımız, tatmin olabildiğimiz bir yer değildir. Sadece oradadır, daha öte bir araştırmanın konusu olamayan bir varsayım ya da öncüldür." (Margaret Davies, "Derrida ve Hukuk: Hukuki Kurgular", Çev. Rabia Sağlam-Kasım Akbaş, Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları 2016, (pp. 727-749), s. 731).

²⁸ Paulson, "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm", s. 53.

²⁹ Berger, s. 44.

³⁰ Murat Baç, "Doğru Kavramının Nesneliliği Üzerine Kantçı Yaklaşımlar", içinde Anlam Kavramı Üzerine Yeni Denemeler, der. Siber Kibar/Selma Aydın Bayram/Ayhan Sol, Legal Yayınları, İstanbul 2010, (pp. 67-77), s. 69.

³¹ Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", ss. 206-207.

Temel norm, aslında zihindeki bir ‘anlam’ formudur (veya kategorisidir/ideasıdır). Kelsen’in hukukun normatifliğinin nirengi noktası “olan” ile “olması gereken” ayrımı da burada ortaya çıkar: “Fiilin anlamı olan norm ile normun yaratıcısı fiilin özdeş olmaması.”³² ‘Zihindeki anlam formu olarak norm’ ya da Kelsen’in ifadesiyle, “salt hukuki bilişin nesnesi olarak norm”, deney ve gözlemlerle bilinebilir/kanıtlanabilir somut hukuk nesnelere (pozitif hukuk yasası ve maddi olay) dünyasına ait değildir.³³ Fakat ilginç bir şekilde, zihnimizdeki temel normun (hukuki bilişin kurucu boyutu), başka bir dünyaya ait somut nesnelere ‘hukuk hâline getirme’ özelliği vardır. Kantçı aşkınsallığın etkisinin devreye girdiği yer de burasıdır. Zihindeki anlam formu olarak temel norm “koşulu”, fenomenler dünyasına ait her neviden hukuk materyali etrafında normatif bir anlam ağı örür: Resmî gazetede yayımlanan yasa, belirli bir toplumdaki gözlemlenebilir örf ve âdet, senato kararı, şirket iflası, kolluğun kimlik sorma eylemi, bireyin davranışı hukuki bilişin nesnesiymiş gibi idrak edilir. İşte verili pozitif hukuku ‘birlik ve bütünlük’ içinde bilmenin zihnimizdeki *a priori* “anlama kalıpları” dolayısıyla mümkün olmasını (hukukun aşkınsallığını), Kelsen’in diline ‘hukukun normatifliği’ şeklinde çeviriyoruz.

Kelsen hukuki bilişin kurucu boyutunu öne çıkarırken, Kant terminolojisine sadakatle bağlıdır. Temel norm, bu açıdan, “pozitif hukukun bilinişine” dair aşkınsal-mantıksal bir metottur ve tek bir amacı vardır: İlk yasa koyucunun eylemine ve dolayısıyla bu ilk eyleme dayanan hukuk sisteminin tüm diğer eylemlerine “olması gereken” anlamı yüklemek; normatif-olmayan “maddi olayları” normatifleştirerek hukuk sistemine dahil etmek.³⁴ Bu aşamada temel normun epistemolojik bir işlevi olduğu da söylenebilir.³⁵ Berger’in deyişiyle, temel normun epistemolojik işlevi, Kant’ın “düzenleyici ilkeleri”ne benzer bir rol üst-

³² Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı Nedir”, çev. Kasım Akbaş, Hukuk Kuramı, C. 5, S. 3, Eylül-Aralık 2018, (pp. 99-107), s. 102.

³³ Alexy’ye göre, “hukuki bilişin nesnesi olarak yasa” norm demektir. Norm, “anlamdır” ve “anlam-bağlamıyla norm”, fenomenler dünyasının gerçeği değil “ideal dünyanın bir gerçeğidir.” (Robert Alexy, “Hans Kelsen’s Concept of the ‘Ought’”, Jurisprudence, Vol. 4/2, 2013, (pp. 235-245), s. 235).

³⁴ Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016, s. 71.

³⁵ Torben Spaak, “A Challenge to Bix’s Interpretation of Kelsen and Hart’s Views On the Normativity of Law”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, (pp. 75-82), ss. 78-79.

lenir: Temel norm, hukuk düzenini “anamlı normlar bütünü” olarak sistematize etmeyi mümkün kılan aklın “ideal” bir “enstrümandır.”³⁶

Temel normun “ideal” işlevi üzerinde biraz daha duralım. Kelsen, temel normun iki işlevinden söz eder: “Tarihi açıdan verili hukuk materyalini tanımak”, yanı sıra bu hukuk materyalini “anamlı bir bütün” olarak “kavramak.”³⁷ Temel normun işlevleri sayesinde, verili hukuk materyallerini ve hukuk adıyla üretilen normları, kendi içinde tutarlı bir sistemin parçalarıymış gibi düşünürüz. Kelsen hukukun mantıki bütünlüğünü, materyallerinin “rasyonel bir yoruma” elverişli olmalarıyla açıklar.³⁸ Öyleyse hukuki biliş, hukuk normlarının -çelişmezlik ilkesi gereğince- birbiriyle çatışmadığını, hukukun bütünlüklü bir sistem olarak ortaya çıktığını; çıkması gerektiğini da varsayar. Başka bir ifadeyle, hukuki bilişin *a priori* temel norm varsayımı, “çelişkiden arınmış” (*non-contradictory order*) normatif bir hukuk sistemini de inşa etmektedir. Maddi olayların ve eylemlerin pozitif hukuk düzenine dahil edildiği böylesine anlamlı bir normatif yapıyı bilmek, açıktır ki “saf bir pozitivizm”le mümkün olamaz. Kelsen, bu nedenle, “eleştirel pozitivizm”i benimser. Eleştirel pozitivizmin esası, çatışmayan normlardan müteşekkil bir pozitif hukuk düzeni varsayımdır.³⁹ Bu bağlamda eleştirelilik, ‘bin bir hukuk materyalinden tutarlı bir birlik oluşturma ilkesine bağlı kalarak akıl yürütebilmek’ şeklinde kodlanabilir.

Temel normun *a priori* karakteri ve işlevi, bundan sonraki başlıklarda şu argümanları temellendirmektedir: (1) Temel normun aşkınsallığı, hukuki muhakemeyi, doğa olaylarını veya sosyal olguları nedensellik yasasıyla betimleyen empirik çıkarımdan farklılaştırır. (2) Hukuki muhakeme, Kant’ın aşkınsal çıkarımından da farklıdır. Zira hukuki muhakeme, temel normun aşkınsal-mantıksal yapısı ve işlevi nedeniyle normatiftir. Muhakemenin normatifliği, ‘olması gereken

³⁶ Berger, ss. 44-45.

³⁷ Kelsen, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, s. 437. (It is the fuction of the basic norm not only recognize a historically given material as a law, but also to comprehend it as a meaningful whole”).

³⁸ Kelsen, s. 402.

³⁹ Kelsen, doğal hukuk kuramı ile hukuki pozitivizmi karşılaştırırken, bu karşıtlığa referansla bir dizi kavramı eleştirel pozitivizmin esaslı unsuru olarak tanıtır. Eleştirel pozitivizm, her şeyden önce, pozitif hukuku “barış düzeni” olarak kabul eder. Temel norm, bu barış düzeninin “mantıki ideası” ve “sistemin çelişmez birliğinin” varsayımsal koşuludur. (Kelsen, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, ss. 437; 439-442).

bir anlamın yaratılması'nı deyimler. (3) Normatif hukuki muhakeme 'olması gereken anlamı' isnat kategorisiyle kurar. (4) Buna göre normatif isnat, somut olay ile pozitif hukuk normunun "anamlı bir bütün" oluşturacak bir muhtevayla bağdaştırılmasıdır. Bundan sonraki başlıklarda, Kant'ın aşkınsal çıkarımı ile hukukun normatifliği karşılaştırılarak sözü edilen *sui generis* unsurların (normatiflik ve isnat) hukuki muhakemedeki yeri belirginleştirilmektedir.

3. Hukuki Muhakemenin Aşkınısallığı

Kant, adı geçen kitabının "Aşkınısal Analitik" bölümünün "Aşkınısal Çıkarım" başlıklı kısmında, hukukçulardan (jurists) söz eder. Kant, süjelerin algılarına göre değişebilir 'olan'ın, "zorunlu *a priori* kavramlardan" aşkınsal çıkarımla nesnellik kazanacağı iddiasını, 'hukuk yasası' (*iuris*)⁴⁰ ve 'maddi olay' (*fact*) ayrımından bahsederek gerekçelendirir.⁴¹ Kant, hukukçuluğun olmazsa olmazı bu ayrımı örnekleştirerek, insan bilişinin deneyimden çıkarsayamayacağı kavramların, duyular dünyasındaki nesnelere ilişkisinin nasıl kurulacağını kanıtlamayı hedeflemektedir. İddiası şudur ki deneyimle kanıtlanamayan kavramların/kategorilerin nesnelere *a priori* ilişkisi vardır. *A priori* ilişkiye, olguyu ilgilendiren empirik kanıtlamadan farklı olarak, "aşkınsal çıkarım" adını verir. Aşkınısal çıkarımla Kant, duyuların *a priori* formu olarak uzam ve zamanın, anlama yetisinin kavramları olarak da kategorilerin nesnel geçerliliğini kanıtlamaya girişir.⁴²

Kant'a göre hukukçu aktörler, somut bir davada neyin "vaka" (*fact*) neyin "yasa" (*iuris*) olduğunu bilerek akıl yürütür. Sözgelimi yargıç, "*quid iuris*" (hukuken tanınmış hak ve yetkiler) ile "*quid facti*"nin (maddi gerçek; hukuki olaylar ve bireylerin davranışları) iki ayrı dünyaya aitliğinin bilincindedir.⁴³ Kant'ın amacı hukuki akıl yürütmenin denklemini kurmak değil elbette; Kant, *iuris*'in, "vakalar her ne olursa olsun", "kavramları kullanma yetimizle" ilişkisini göstermeye çalışmaktadır.⁴⁴

⁴⁰ Latince *ius*, yasal yükümlülük, genel hukuk sistemi veya hukuk devletinde bireylere tanınmış haklar ve ödevler gibi geniş bir bağlamda kullanılmaktadır.

⁴¹ Kant, s. 225; (Türkçesi s. 84), [A94, B126].

⁴² Kant, s. 220; (Türkçesi s. 81), [B118, A 86].

⁴³ Kant, s. 219; (Türkçesi s. 81), [A 84].

⁴⁴ Kavram, "farklı temsilleri bir ortak temsil altında bir araya getirme kuralıdır". Wood, s. 74, 83.

Fact ile *iuris* arasındaki ayırım esastır, fakat yukarıda bahsedildiği gibi, bilişin nesnesi normların deneyim alanındaki somut nesnelere *a priori* ilişkilerini akıldan çıkarmamak koşuluyla. Şimdi yanıt aramız gereken soru şudur: Zihnimizdeki anlam formu (veya kategorisi/ideası) olarak normların nesnel geçerliliğini nasıl kanıtlarız? Kant'ın aşkınsal çıkarımından biliyoruz ki hukuki bilişin nesnesi *iuris*'in veya normların genel ve zorunlu geçerliliği, empirik olgularla kanıtlanamaz. Kant'ın ifadesiyle, "talih" ve "yazgı" gibi kavramlar da "hak" kavramı gibi deneyim yoluyla edinilmiş değildir. Öyle olsaydı, bu kavramlar ya da normlar, olguyla ilgili olur ve empirik çıkarımla kanıtlanabilirdi. Hâlbuki hukuki bilişin nesnesi normların, sözgelimi; 'işverenin haklı nedenle fesih hakkı'na ilişkin normun nesnel geçerliliği, (1) 'işveren X'in, işçi Y'yi hırsızlık fiili nedeniyle işten çıkarmasına' ilişkin "maddi olay"ın veya (2) normun kendisini vazededen "eylemin" realitesine (Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu) istinaden kanıtlanamaz. Kant'ın aşkınsal çıkarımı bize, hukuki bilişin nesnelere (*iuris*) 'geçerliliğinin', deneyim alanında ilişkili oldukları somut nesnelere; *fact*'lerin 'gerçekliğinden' çıkarsanamayacağını gösterir.

Hukuki muhakemeyi empirik çıkarımdan ayırt eden yegâne ölçüt, olması gereken anlamın (normatifliğin) aşkınsallığıdır. Bilişin nesnesi normların duyular dünyasındaki somut nesnelere -pozitif hukuk yasaları ve maddi olaylar- *a priori* ilişkisinden söz etmiştik. Normatif muhakeme, hukuki bilişin nesnesi *iuris*'in ("anlam" olarak norm) realitedeki *iuris* (vazedilmiş yasa olarak hukuk normları) ve *fact*'lerle (maddi olay) *a priori* ilişkisini deyimler.⁴⁵ "Aşkınsallık" bilişteki nesnelere (normlar) realitedeki nesnelere (pozitif hukuk yasaları ve maddi olaylar) zorunlu olarak birbirine bağlayan muhakemenin bir niteliğidir ki Kelsen terminolojisinde bunun karşılığı "normatif isnattır."⁴⁶ Normatif

⁴⁵ Pavlakos'a göre Kelsen, *fact*'i iki anlamda kullanmaktadır: İlki, doğal fenomenlerdir. Doğal fenomenler, "kasıtlı eylem" bağlamında ortaya çıkar. Sözgelimi "iradi fiiller ve bu fiillerin ifadeleri" doğal olgulardır. İkincisi, sosyal olgulardır. Sosyal olgular "resmi görevlilerin yaptıkları ve söyledikleridir." (George Pavlakos, "Kelsenian Imputation and the Explanation of Legal Norms", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, (pp. 47-55), s. 49, dipnot 4).

⁴⁶ Paulson & Paulson, "Sunuş", s. 183; Peter Langford and Ian Bryan, "Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation", *Ratio Juris*, Vol. 26/1, March 2013, (pp. 85-110).

hukuki muhakemenin Kantçı aşkınsal çıkarımla özdeşliğini savunmuyorum elbette. İddiam, normatif muhakemenin, tam da bu Kantçı aşkınsallıktan mülhem *a priori* temel norm varsayımı nedeniyle, salt fenomenlerin bilgisine, örneğin maddi olayların gerçekliğine indirgenemeyeceğidir. Yargıçların normatif isnatla çıkarsadıkları 'olması gereken anlam', hukuki bilişin nesnesiyle anlamlı bir bütün oluşturmaktadır. Aksi her durum, "maddi olayları nedenler ve sonuçlar şeklindeki maddi olaylarla bağlantılandıran"⁴⁷ bir doğa yasasını ve olayını gerektelendirmek anlamına gelir ki hukuki muhakeme açısından bu, bir mantık hatasıdır.⁴⁸ İkinci bölümde, yargıcın 'olması gereken anlamı' empirik olgulara indirgeyerek nedensellik kategorisiyle muhakeme etmesinin hukuki geçersizliği tartışılacaktır.

4. Normatif İsnat

Kelsen, "Nedensellik ve İsnadiyet" (*Causality and Imputation*-1950) makalesinde, *Saf Hukuk Kuramı*'nda temellendirdiği bir dizi ayrımı yeniden gözden geçirir. Nedensellik doğa bilimlerine, isnat normatif sosyal bilimlere ait bir biliş kategorisi veya bilimsel araştırma ilkesidir. Hukukun normatifliği, norm (önerme) ile olay (gerçeklik) arasında nedensellik ilişkisine dayanmayan, farklı bir tür ilişkisellik kurmaktır. Farklı tür ilişkiselliğe Kelsen'in "normatif isnat" adını verdiğiinden yukarıda söz edildi. Kelsen, hukuki bilişin uzam ve zamandaki somut nesnelere bilişi ile doğa bilimlerinin nesnelere bilişi arasındaki ayrımı isnat kategorisiyle açıklar.

Doğa bilimlerinin iki maddi olay arasında nedensellik ilişkisi kurarak (empirik çıkarım) yargıda bulunduğunu biliyoruz. Örneğin bir bilim insanının ifade ettiği, 'su belirli koşullar altında 100 derece ısıyla kaynar' betimsel önermesi ya da 'suyun belirli koşullar altında 100 derece ısıyla kaynadığına' ilişkin doğa yasası, 'suyun kaynaması' ile 'ısının derecesi' arasındaki bağıntıyı nedensellik kategorisiyle kurmaktadır. Hâliyle doğa biliminin önermelerine ve yasalarına dair bildiğimiz doğrular, zincirleme neden-sonuç dizgeleridir. Peki, sosyal bilimlerde değişen nedir? Kelsen'e göre bazı sosyal bilim disiplinlerinin araştırma konularına bakıldığında, değişen pek bir şey yoktur. Sosyoloji, psi-

⁴⁷ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 10.

⁴⁸ Doğallık safsatası (naturalistic fallacy): Olanı olması gerektiği gibi düşünmek.

koloji, tarih, etnoloji bilimlerinin araştırma nesnesi beşerî davranıştır ve bu disiplinler beşerî davranışı nasılsa öyle; tıpkı “doğanın bir parçası” gibi inceler.⁴⁹ Beşerî davranışı konu edinen sosyal bilim disiplinleri nedensellik kategorisine bağlıdır: “Bireyleri doğal dünyadaki psikolojik veya fiziksel nesnelere” gibi tasavvur eder ve “ideal” bir bakış açısıyla değil de “empirik gözlemle” açıklar.⁵⁰ Fakat insan davranışı, neden-sonuç ilişkisinin dışında, normatif sosyal bilimlerin de araştırma konusudur. Kelsen’e göre “etik”, “teoloji”, “hukuk” normatif sosyal bilimlerdir ve insan davranışlarını değerler düzeninde değerlendirmektedir.⁵¹ Normatif sosyal bilimler, verili bir toplumdaki insan davranışının ve ilişkilerinin fiilen “nasıl ortaya çıktığını” değil “nasıl ortaya çıkması gerektiğini” soruşturmaktadır.⁵² Peki, normatif hukuk biliminin isnat kategorisi nedir?

Delacroix’nın tümcesiyle açıklayalım: Nasıl ki nedensellik kategorisi doğal fenomenlere dair bilgimizi belirliyorsa, aynı şekilde isnat kategorisi de hukuki önermelere dair bilgimizi belirlemektedir.⁵³ Hukuk önermeleri, doğa bilimlerinin ve beşerî davranışı nedensellik dizgesiyle açıklayan sosyal bilimlerin, “X’in Y fiili H’dir”; ‘su 100 dere-

⁴⁹ Hans Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, çev. Zeki Hafızoğulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, (pp. 219-234), s. 230. Kelsen’in, Ehrlich’in hukuk sosyolojisi bilimine yönelik eleştirileri için bkz. Altan Heper, Serbest Hukuk Akımı, Sosyal Bir Olgular Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul Mart 2016, s. 108, (özellikle bkz. ss. 102-122).

⁵⁰ Langford/Bryan, s. 88.

⁵¹ Bix’e göre Kelsen, her normatif sistemin varsayılan bir “temel normu” olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla her normatif sistem, diğer normatif sistemden bağımsız ve kendi kendine yeten bir düzendir. Kendine has temel normuyla normatif bir sistem olan hukuk, dini ve ahlaki normatif sistemlerden farklıdır. Ne var ki yasa koyucu, diğer normatif sistemlerden etkilenebilir ve bu sistemlere ait normları hukuk normuna dönüştürebilir. Burada Bix’in altını çizdiği husus, Kelsen’in “olan” ile “olması gereken” ayrımıdır: Normatif hukuk sisteminin “mantıksal yapısı”, yasa koyucunun yürürlüğe koyduğu hukuk normlarının “empirik/tarihi/nedensellik” koşullarından ayrı tutulmalıdır. (Bix, s. 28).

⁵² Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, s. 225.

⁵³ Sylvie Delacroix, “Understanding Normativity”, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus), Vol. 37, 2019, (pp. 17-28), s. 23. Bu açıdan bakıldığında isnat, temel normun hukuk nesnelere bilmeyi mümkün kılan aşkınsal a priori kategorisiyle benzer bir işlevi üstlenir. Pavlakos’a göre isnat, zorunlu olarak varsayıldığı içindir ki a priori bir ilkedir ve hukuk normlarına ilişkin bilgimizin, “alt derecedeki olgulara ilişkin bilgimizden nasıl türeyebileceğini” kavramamızı sağlayan bir “köprü” işlevi görmektedir. (Pavlakos, s. 54). (Ayrıca bkz. Svan Relac, “Kelsen’s Doctrine of Imputation”, Pravnik, Law & Society Review, Vol. 55/107, 2021, (pp. 168-199), s. 181 vd).

ce ısıyla kaynar' (doğa yasası)- 'Türkiye'de sürücüler yaya geçidinde durmaz' (sosyal olgu) şeklindeki önermelerinden tümüyle farklıdır. "Olması gereken" anlam hukuki önermenin kipini ve geçerlilik koşullarını tamamen değiştirir: 'X'in Y fiili H olmalıdır.' (Başkasının malını alan cezalandırılmalıdır, cezalandırılması gerekir'/isnat kategorisi/normatif yasa). İsnat kategorisi, hukuk materyallerini "olması gereken" anlamla birbirine bağladığından, hukuki önermenin nesnel geçerlilik koşulları realitedeki maddi olaylardan veya bireyin eylemlerinden etkilenmez. Kelsen'in örneğiyle: İnsan öldüren kişinin müebbet hapis cezasına çarptırılmasını öngören hipotetik bir pozitif yasanın 'koşulu' suç, 'sonucu' cezadır. Önermedeki 'insan öldürme' hukuki koşul, yaptırım hukuki sonuçtur. İsnat, X'in hukuka aykırı eyleminin sonucunun (ceza), hukuki koşula (normun öngördüğü insan öldürme suçuna) bağlanmasıdır. X, normda öngörülen fiili hiç gerçekleştirmemiş yahut X'e normda öngörülen ceza verilememiş olsa dahi, hukuki sonuç ile koşulun "olması gereken" anlamı her daim geçerli kalır:⁵⁴ "İnsan öldüren kişi müebbet hapis cezasına çarptırılmadır."

Kelsen'in normatif isnat kategorisini hukuki muhakeme açısından düşündüğümüzde, yargıç, hukuk normunda koşullanan realitedeki maddi olayları (X'in Y fiili) ve verili pozitif hukuk normlarını (X'in Y fiilinin H karşılığı) birbiriyle örtüştürecek demektir. Fakat normatif isnat, görüldüğü kadar basit değildir: Somut olayın genel normun altına yazılması isnatla muhakeme etmek değil ezberden hareket etmektir. Nitekim normatif isnat, alelade bir tasım oluşturma ediminin ötesine geçen, yaratıcı bir süreçtir. Yaratıcıdır, zira yargıcın "kurucu" hukuki bilişini aktive etmektedir. Kelsen'in ifadesiyle yargıç, "sübutuna karar verdiği maddi olay ile uygulayacağı yasayı bir araya getirdiği anda, bilişi hukuki hâle gelir; yani maddi olayı hırsızlık veya dolandırıcılık olarak yorumladığında bilişi hukuki biliş olur." Yargıcın kurucu hukuki bilişinin, temel normun yukarıda sözü edilen iki işleviyle birlikte

⁵⁴ Kelsen'in isnadı, yargıçların akıl yürütme edimi açısından argümanlaştırmadığını, temel norm gibi hukuk bilimine münhasır a priori bir kavram olarak kullandığını hatırlatalım: "İsnat düşüncesi (idea), hukuka aykırılığın müeyyideyle özel bağlantısı olarak, bir kimsenin davranışından kanunen sorumlu olup olmadığı hakkındaki hükümde; hukuk bilimine ait hükümde saklıdır." (Kelsen, "Nedenlilik ve İsnadiyet", s. 221).

düşünülmesi gerektiğini ileri sürüyorum.⁵⁵ Normatif isnatla yargıç, “verili hukuk materyalini” “tanınmalı” ve “anamlı bir bütün olarak” “kavramalıdır.” Bir başka deyişle, “anlama kalıbı” olarak *iuris* veya temel norm, yargıcın muhakemesini olması gereken anlama yönlendirir. Olması gereken anlam, “pozitif hukukun tüm verilerini temsil eden” normlar arasında aşkınsal-mantıksal bir bağlantının kurulmasıyla ortaya çıkar. Dolayısıyla yargıcın hukuki bilişi, normatif isnatla vazedeceği ‘tekil hukuk normunun,’⁵⁶ diğer pozitif hukuk normlarıyla “çelişmemesi” gerektiğini de bilmelidir.

Hukuki muhakemenin *sui generis* tanımlayıcı öğelerini temel normun işlevleriyle yeniden formüle edelim. (1) İsnat: Realitedeki vaka ile verili hukuk normunun “olması gereken” bir anlamla birbirine bağlanmasıdır. (2) Normatiflik: Hukuk normları somut olaya isnat edilirken, verili pozitif hukuk “anamlı bir bütün” olarak kavranmalı, dahası isnat sonucunda ortaya çıkan tekil norm da “sistemin çelişmez birliği”ni varsaymalıdır.⁵⁷

Aşağıdaki Genel Kurul kararını normatif akıl yürüt(eme)menin bir örneği olarak irdeliyorum. İkinci bölüm, normatif olması gereken hukuki muhakemenin “olgusal gerçekliğe” (*facticity*) nasıl indirgendliğini ortaya seriyor. Nitekim birinci bölüm tam da bu nedensellik kategorisiyle akıl yürütme eğiliminin hukukun normatifliğine (Kelsen) ve aşkınsallığına (Kant) aykırılığını kanıtlamak için yazıldı: Yargıç, salt maddi olgulara referansla (nedensellik kategorisi/empirik çıkarım) ve

⁵⁵ Temel norm, “normatif hukuk düzeninin normları arasında geçerlilik ilişkisi kurarak ve bu düzene ait tüm normların geçerliliğinin temeli olarak, norm yaratıcı ve birleştirici bir gücü sabit hale getirir.” (Paul Gragl, “In Defence of Kelsenian Monism: Countering Hart and Raz”, *Jurisprudence*, Vol. 8/2, 2007, (pp. 287-318), ss. 294-295).

⁵⁶ Kelsen’e göre, yargıç veya mahkeme nesnel geçerliliği haiz genel bir hukuk normu (hukuk yasası) üretmez: “Bir yargıç tarafından dile getirilen ‘yargı’, artık yargıcın uyguladığı norm olmak dışında, kelimenin mantıksal anlamıyla bir yargı değildir. Bunun yerine, bu ‘yargı’ somut olaydaki geçerliliği ile sınırlanmış ve ‘yasa’ olarak adlandırılan genel normdan bağımsızlaşmış bir norm – bireysel bir normdur.” (Hans Kelsen, “Norm ve Değer”, Çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı*, C. 2., S. 5, Eylül-Ekim 2015, (ss. 20-24), s. 22).

⁵⁷ Kelsen açısından bir yargı kararı veya yargıç yorumu, genel normun çizdiği çerçevede dahilinde kalınarak verilir. Yargıç yorumu, genel normun (hukuk yasası) dışına çıkmayan, fakat genel normdan çıkarılabilecek pek çok tekil normdan biridir. Bu demektir ki yargıcın, ‘genel norm+somut olay=tekil norm’ üretme sürecinde geniş bir takdir yetkisi vardır. Başka bir deyişle, bir hukuk normunun farklı yorumu her daim mümkündür. (Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, ss. 95-100).

pozitif hukuk normlarının bütünsel anlamını göz ardı ederek kararını gerekçelendiremez! Realiteki maddi olayın pozitif hukuk normunu ilgilendiren objektif anlama bağlantısı, verili normlarla “anamlı bir bütün” oluşturacak ve çelişmeyecek, “olması gereken” bir anlamın aranmasıdır. Böyle bir anlam arayışı, normatif akıl yürütmenin nesnel geçerlilik veya geçersizlik, hatta hukuki doğruluk veya yanlışlık koşullarını gösterecektir.

II. YARGI KARARININ NORMATİF ANALİZİ

1. Davanın Isnat Edilmesi

Genel Kurul’un nihai hüküm verdiği davanın konusu, 18.05.1995-15.09.2010 tarihleri arasında temizlikçi ve evrak görevlisi olarak çalışan davacı kadının iş sözleşmesinin haksız feshedildiği gerekçesiyle işçilik alacağına talep edilmesidir.⁵⁸ Davacı işçi, iş sözleşmesinin haksız feshedildiği iddiasıyla kıdem tazminatı hakkını talep ederken, işveren iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği iddiasıyla işçinin kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğünün olmadığını ileri sürmektedir. Tarafların “kıdem tazminatı” konusundaki uyuşmazlıklarının çözümüne, “haklı nedenle fesih” kavramının hukuk normunda nasıl düzenlendiğinin tespitiyle başlanır. 4857 sayılı İş Kanunu (İK) m. 25’in başlığı, “işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı”dır ve hangi durumlarda “haklı fesih” kavramının, işverenin kullanabileceği bir hak kategorisi sayılacağını tanımlar: “(...) işveren, aşağıda yazılı hâllerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.” İşverenin “haklı fesih hakkı”, hukuk normunun “koşul”udur. Genel Kurul kararında görüldüğü üzere, hukuki olay -işverenin feshinin haklı nedeni- İK m. 25/II-e bendine isnat edilir: “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” Şayet işverenin feshi haklı nedene dayanıyorsa (hukuk normuna isnat) hukuki “sonuç” doğacaktır. Buradaki hukuki sonuç, işverenin haklı nedenden ötürü, hukuk normlarında öngörülen iş sözleşmesinden doğan hukuki yükümlülüklerinden imtina edebilmesidir. İşçinin kıdem tazminatının ödenmemesi de imtina

⁵⁸ Hukuk Genel Kurulu, 07.02.2018, E. 2015/1591, K. 2018/185.

edilebilecek hukuki yükümlülüklerden biridir. İşveren, sözleşmeden doğan hukuki yükümlülüğünü, “haklı nedenle fesih” koşulları gerçekleştiğinde yerine getirmek zorunda değildir. Dolayısıyla normun hukuki sonucu, kıdem tazminatının ödenmemesidir.

Hukuk normunun koşulunun (işverenin haklı fesih hakkı) ve hukuki sonucun (işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden muafiyeti) doğabilmesi, ikinci bir koşul-sonuç isnadının muhakemeye dahil edilmesini gerektirir. Birinci isnadın hukuki sonucu, ikinci isna-da; işçinin işveren nezdinde haklı neden yaratmasına bağlıdır. Öyle ki ikinci isnat, birinci isnadın hem hukuki deliline hem gerekçesine dönüşecektir. İK m. 25/II-e bendine göre, işverenin fesih hakkının yenilik doğurucu sonuçları, sözleşmenin diğer tarafı olan işçinin söz, fiil ve davranışlarına göre belirlenir; “işçinin (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” Fakat bu ikinci isnat, ilk isnat kadar basit değildir. İşçinin “somut olay”daki davranışının kanundaki “ahlak ve iyi niyet kurallarına” uygun olmadığı saptanmalıdır. Burada normatif muhakemenin yönü tamamen değişir. Birinci isnat, kavram-norm örtüşmesi ve norm-olay bağlantısıdır. Gelgelelim ikinci isnat, -ki asıl muhakeme budur- normatif anlam ağına mutlaka “somut olay”ı (maddi gerçek; normatif-olmayan bir olay/eylem) dahil etmelidir. İşçinin davranışı öyle olmalıdır ki “haklı fesih” kavramının karşılık bulunduğu şu hukuk normuyla örtüşsün: “(...) hırsızlık yapmak (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan (...)” İsnatları alt alta yazalım:

Birinci isnat

- a) Hukuk kavramı-hukuk normu: “İşverenin haklı nedenle fesih hakkı”- “(...) işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.” (İK m. 25)
- b) Hukuk olayı-hukuk normu: İşverenin iş sözleşmesini tazminatsız feshetmesi- “İşçinin, (...) hırsızlık yapmak (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” (İK m. 25/II-e)
- c) Hukuki koşul-hukuki sonuç: İşverenin iş sözleşmesini feshi haklı nedene dayanıyorsa- *işveren işçiye kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden muaf tutulur.*

İkinci İsnat

- a) Somut olay-hukuk normu: İşçinin, (“ahlak ve iyi niyet kurallarına”; “doğruluk ve bağlılığa” uygun olmayan) ‘münferit eylemi’- “İşçinin, (...) hırsızlık yapmak (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” (İK m. 25/II-e)
- b) Hukuki koşul-hukuki sonuç: İşçi, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışta bulunursa- *işveren işçiye kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden muaf tutulur.*

2. Normatif Muhakemenin Çöküşü

Dikkat edilirse, buraya kadar tek bir şeyden söz edilmedi; “somut olay.” İkinci isnadın geçerliliğinin mümkün tek koşulu, realitedeki somut olayın; işçinin münferit eyleminin bilinmesidir. İşçi, hangi fiiliyle doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışı gerçekleştirmiş sayılacaktır? Kelsen’e göre, maddi olaylar ve birey davranışları da pozitif hukuk sisteminin normatif anlamına dahildi. İşte ikinci isnat bize, işçinin eylemini hukuk normuna, “olması gereken” bir halatla bağlama yetkisi verir.⁵⁹ Peki somut bir olaya; bireyin iradi eylemine, olması gereken anlam nasıl yüklenebilir? Temel normun iki işlevi, sorunun yanıtıdır: Hukuki muhakeme, somut olayı pozitif hukuk normlarıyla tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde anlamlandırmalıdır. Ancak bu yolla, somut olay normatif anlam kazanır.

2.1. İlk Derece Mahkemesi

Şimdi somut olayın ayrıntılarına geçebiliriz. Somut olay, en yalın hâliyle, işçinin işverene ait çikolata kutusunu almasıdır. İşçinin eylemi, iki delille ispatlanmıştır. Nihayetinde realitede meydana gelen bir “olay” (X’in Y fiili), salt empirik çıkarımla kanıtlanabilir. İlk derece mahkemesinin iş yeri keşfiyle delillendirdiği ilk gerçek, çikolata kutusunun bulunduğu ‘yer’ bilgisi ve ‘boş ya da doluluğuna’ ilişkin şüphe-dir: “(..) Özel kullanıma ait olmayan, herkesin izinsiz olarak rahatlıkla girip çıktığı, elektrik süpürgesi, kablo, poşet vb. malzemelerin konulduğu yere bırakılan, dolu veya boş olduğu dahi şüpheli bir çikolata

⁵⁹ Alexy, “olması gereken” anlamın yetkilendirme ve yükümlülük kiplerini içerdiğini ileri sürer. Tartışma için bkz. Alexy, ss. 241-245.

kutusunu, kendi beyanına göre, dikiş kutusu yapmak amacıyla alan (...)” İkinci gerçeği delillendiren, iş yerindeki kamera görüntüleridir. Buna göre, çikolata kutusunun işçi tarafından alındığı da bir gerçektir. İşveren, “haklı nedeni” kamera görüntülerine ve sonrasında işçinin itirafına dayandırarak, ilk isnattaki hukuki sonucun doğmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, “dolu veya boş olduğu şüpheli” çikolata kutusunun, herkesin ortak kullanımına açık bir yerden alınması olayının, hukuk normunda öngörülen koşulla örtüşmediği (İK m. 25/II), dolayısıyla işçinin kıdem tazminatının verilmeden işten çıkarılmasının “ölçülülük ve hakkaniyet” kurallarına aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle davalı işverenin talebini reddeder.

Böylece mahkeme, ikinci isnadın kavramlarını somut olayla bağdaştırmak yerine (işçinin çikolata kutusunu alması doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan bir davranış mıdır?), somut olay ile hukuk normunun örtüştüğünü örtük bir şekilde varsayar. Bununla da kalmaz, ilk isnadın koşul (haklı fesih) ve sonucunun (tazminatsız işten çıkarma) ölçsüzlüğünü ve hakkaniyetsizliğini gerekçe göstererek, işçi lehine hukuki bir yargıda bulunur. İkinci isnattan birinci isnada düz bir çizgide geriye dönmesi beklenen muhakeme, hakkaniyet ve ölçülülük kavramlarına başvurduğu anda raydan çıkar. Düz yoldan sapan muhakemenin herhangi bir gerekçesi yok ne yazık ki. Mahkemenin somut olayla hukuk normu örtüşmesini enine boyuna irdelemeden, ikinci isnadı zımnen doğru varsayması (işçinin eylemi “hırsızlık” olabilir, “doğruluk ve bağlılığa” uygun olmayan bir davranış olabilir, fakat bu bir yana bırakılırsa, işçinin tazminatsız işten çıkarılması kesinlikle ölçsüz ve hakkaniyetsizdir’), geriye dönük muhakeme zincirinde devasa bir boşluk bırakılması anlamına gelir. Temeli sağlam atılmayan normatif bir muhakeme kolaylıkla çöker: Yargıtay ve Genel Kurul muhakemedeki boşluğu pek tabii görür ve örtük varsayımdan, hukuki bir silah icat ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozar. İşçinin davranışının hukuk normunda öngörülen kavramlarla (İK m. 25/II-e) neden örtüşmediğini temellendirmeden, birinci isnattaki hukuki sonucun hakkaniyetsizliğini ve ölçsüzlüğünü gerekçe gösteren bir muhakeme, ‘olmaması gereken’ bir akıl yürütmenin güzide örneğidir.

2.2. Yargıtay

Normatif muhakeme zinciri, varsayıma değil çıkarıma dayanır. Yargıtay aşamasında, işçinin lehine görünen ilk derece mahkemesinin argümanları, işverenin avantajına dönüştürülür. Yargıtay, elini taşın altına koymaya yanaşmaz; ilk derece mahkemesinin somut olayla hukuk normunu örtüştüren örtük varsayımını gerekçelendirmez. Aksine, örtük varsayımı doğru kabul eder. Hakkaniyet ve ölçülülük kavramlarına bulaşmadan, birinci isnadın hukuken doğruluğuna hükmederek kararı bozar:

Delil durumuna göre, davacının vestiyerde bulunan çikolata kutusunu aldığı sabittir. Vestiyer bölümünün herkesin girip çıkabileceği bir yer olması sonucu değiştirecek mahiyette değildir. İşçi, temizlik işini yerine getirdiğinden, işyerinde kimsenin olmadığı zamanlarda, mesainin başlamasından önce ve bitişinden sonra görev yapmaktadır. Günün bu bölümlerinde işyerindeki tüm evrak ve belgeler, eşyalar ve işin niteliğine göre işyerindeki tüm malzemeler işçiye emanet edilmiş durumdadır. İşçiden işverene ait tüm bu eşyaları muhafaza ederek temizlik işini ifa etmesi beklenmektedir. Davacının kimsenin bulunmadığı bir sırada başkasına ait çikolata kutusunu alarak kendine mâl etmesi, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış niteliğindedir. İş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmaktadır. Kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hatalı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

2.3. Hukuk Genel Kurulu

İlk derecesi mahkemesi kararında direnince dava Genel Kurul'un önündedir artık. Genel Kurul, muhakemedeki boşluğu, sıra dışı bir analogi yöntemine başvurarak doldurmakla kalmaz, salt 'olan'a referansla; normatif-olmayan maddi olayı (işçinin çikolata kutusunu alması) gerekçelendirmenin tek 'hukuki' dayanağı hâline getirerek, yeni bir norm da yaratır: İşçinin fiili hırsızlıktır, işten tazminatsız çıkarılması gayet doğaldır! Genel Kurul'un muhakemesinin başından sonuna kadar yanlış; hukuken geçersiz olduğunu ileri sürüyorum. Muhakemenin geçersizliğinin birbiriyle bağlantılı üç nedeni var: (1) İkinci isnattaki somut olay-hukuk normu örtüşmesinin bir ceza yargılaması telakki edilmesi ve hukuki çıkarsamanın salt empirik olguya indirgenmesi (işçinin fiiline; maddi gerçeğe), (2) somut olayın ayrıntılarının

muhakeme dışına itilmesi, (3) yargı içtihatları ve öğretinin “iş güvencesi ilkelerinin” genel geçerliliği haiz pozitif hukuk normu kabul edilmesi gerekirken,⁶⁰ bu ilkesel normlarla çelişen bir karar verilmesi.⁶¹

Genel Kurul, ikinci isnattaki boşluğu, Ceza Kanunu normlarını zımnen uygulayarak; normu işverence delillendirilen işçi eylemine indirgeyerek doldurur. Şöyle ki kamera kayıtlarını, olay günü tutulan tutanakta adı geçen tanık beyanlarını ve işçinin itirafını argümanlaştırarak, fiilin ve failin kastının adını “hırsızlık” koyar. Önce çikolata kutusunun alınması fiilini (X’in Y fiili) TCK m. 141’deki hırsızlık normuna (X’in Y fiili H olmalıdır) zımnen isnat ederek bir çıkarsamada bulunur. Ardından ilk derece mahkemesinin gerekçesini kendi meşrebince çürütmeye girişir. Çürütme, ikinci isnattaki boşluk nedeniyle, çok basittir: Deliller sabittir; realitedeki olgu ve fail ilişkilendirmesinde herhangi bir aksaklık yoktur, öyleyse suç sübuta ermiştir! Genel Kurul, hukukun yardımcı kaynaklarına atıf yaparak (içtihatlar ve öğreti) geniş bir takdir alanı açar kendine:

⁶⁰ Kelsen’in normatif geçerlilik kuralı basitçe şudur: Bir norm geçerliliğini bir başka normdan alır. “İş güvencesi ilkelerinin” bir norm olarak geçerli olması bir başka norm tarafından düzenlenmelerine, tanınmalarına veya öngörülmelerine bağlıdır. Diğer bir deyişle ilkelerin, pozitif bir hukuki dayanakları olmalıdır ki geçerli olsunlar. Türkiye pozitif hukuk düzeninde “iş güvencesi ilkeleri”, hukuki geçerliliği olan, dolayısıyla yargıçları de facto bağlayan normlardır. Zira Anayasal normlar şöyle dursun, Medeni Kanun m. 1/2 ve m. 4 (“Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır” / “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir”) normları bu ilkelere hukuki dayanaklarıdır. Bu hukuki dayanakları iş hukukuna bağlayan geçerlilik zinciri, MK m. 5’teki göndermedir: “Bu Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” Şunu da belirtelim: Yargıç hukuki geçerliliği ve de facto bağlayıcılığı olan “iş güvencesi ilkelerini” uygulamalıdır. Ancak ilkesel normların bağlayıcılığı fiili olduğundan (yani emredici normlar olmadıklarından), yargıç takdir yetkisini bu ilkelere isnatla kullanmayabilir de. Bu durumda, “iş güvencesi ilkelerinin” somut olay bağlamında neden geçersiz bir hukuk normu ‘olması gerektiği’ muhakeme edilmelidir. Oysa Genel Kurul, bunu muhakeme etmeye dahi tenezzül etmemiştir!

⁶¹ Sözelimi öğretiye göre, “menfaatlerin tartılması ilkesi”, iş sözleşmesinin işçinin davranışları nedeniyle feshinde özellikle dikkate alınır. Yani somut olayın (işçi davranışı) hangi norma isnat edileceği değerlendirilirken, “işçinin kıdem, işçinin olumsuz davranışının ağırlığı, sonuçları, affedilebilmesi de göz önünde bulundurulur.” (Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Seda Özgül Ekiz, “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 96, S. 5, 2022, pp. 120-153).

Sadakat borcu, iş ilişkisinin karşılıklı borç doğuran kişisel bir ilişki olmasının doğal bir sonucudur. Sadakat borcunu ihlal eden işçi davranışlarının neler olabileceğinin önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması mümkün değildir. Her ne kadar işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını ortaya atması gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermekte ise de hükümde belirtilen doğruluk ve bağlılığa uymayan bazı hâller örnek olarak sayılmış ve benzeri fiillerin de borcun ihlalini oluşturacağı kabul edilmiştir. Bu durumda, işçinin hangi eyleminin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış kabul edilmesi gerektiği hususunda hâkim, iş ve çalışma hayatının gerekleri ile toplumsal ilişki ve gelenekleri göz önüne alarak somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varmalıdır. Usul hukuku ilkelerine göre normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmez. Buna karşın normal durumun aksini ileri süren taraf bunu ispatlamalıdır. O hâlde iş sözleşmesinin derhal feshinde ispat yükü iş ilişkisinin normal biçimde devam ettiğini iddia eden tarafa değil, istisnai durumu, yani karşı tarafın haklı bir fesih nedeni yarattığını, iş ilişkisini devamı çekilmez bir hâle getirdiğini ileri süren tarafa düşer.

Genel Kurul'un akıl yürütmedeki cambazlığı bundan sonra başlar. İşveren "istisnai durumu" şüpheye yer bırakmayacak delillerle -kamera görüntüleri ve tutanak- ispatladığına göre, X'in Y fiili gerçekleşmiştir. Genel Kurul'a göre, Y fiilinin H normuyla örtüştüğü, apaçık bir hukuki gerçektir (*trivial truth*); çikolata kutusu alındığına göre, somut olayın teferruatlarının ve diğer hukuk normlarının ehemmiyeti yoktur: Kutunun boş ya da dolu olması, maddi değeri veya işçinin 15 yıllık kıdemi realitenin özünü değiştirmez. Dikkat edilirse, "usul hukuku ilkelerine" atıfla Genel Kurul, "normal ve mutad olmayan durumun" ispat külfetini işverene yükler. Başka bir deyişle, ilk isnattaki hukuki sonucun doğabilmesi -işverenin hakkını kullanabilmesi-, ikinci isnattaki hayatın olağan akışına aykırı somut olay iddiasının -işçinin çikolata kutusunu alması- işverence delillendirilmesi şartına bağlıdır. Mutad olmayan somut olay delillendirildiğinde, işverenin tazminatsız işten çıkarma hakkı doğacaktır. Hukuk normundaki belirsizlik (İK m. 25/II-e) nedeniyle Genel Kurul, yargıca ikinci isnat noktasında geniş bir takdir hakkı tanındığının altını çizer. "İşçinin hangi eyleminin doğru-

luk ve bağlılığa uymayan davranış kabul edilmesi gerektiği hususunun” takdiri, işverenin somut olayı delillendirmesi koşuluna sıkı sıkı bağlıdır. Yani işveren normal ve mutad olmayan somut olayı ispatladığı ölçüde, ikinci isnat hiçbir akıl yürütmeye gerek kalmaksızın, kendiliğinden temellendirilmiş olacaktır. Böylelikle Genel Kurul, takdir yetkisini, işverenin sunduğu delillerin ‘inkâr edilemez realitesini’ (maddi olay) tasdik etmekten yana kullanarak, verili pozitif hukuk normlarıyla (“iş güvencesi ilkeleri”) bağdaşmayan yeni bir norm yaratır: İşçinin çikolata kutusunu bulunduğu yerden aldığı işverenin sunduğu delillerle sabitse, işçinin bu münferit fiili H normunda yazılı hırsızlık; doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan bir davranıştır!

Genel Kurul’un ikinci isnattaki ivedi yavanlığının nedeni, pozitif hukuk sistemini “anamlı bir bütün” olarak kavramamasıdır. Genel Kurul, yargı içtihatları ve öğreti marifetiyle ilkesel norm niteliği kazanan “iş güvencesi ilkelerini”, İK m. 25 veya TCK m. 141 hükmü gibi geçerli bir norm olarak tanısaydı, muhakeme verili hukuk normlarıyla çelişmeyecekti. Genel Kurul, olması gereken anlam arayışını salt maddi olayın realitesine indirgemiş ve verili pozitif hukuk normlarının anlamını tek boyutlu takdir etmiştir. Tam da bu indirgeme ve tek boyutlu takdir, hukuki muhakemeyi normatif olmaktan çıkarır ve geçersizleştirir. Şöyle söyleyelim: Aslında Genel Kurul, hukuki yargısının sözde geçerliliğini, normatif isnatla değil de beşerî davranışı “doğa olayı” gibi betimleyen sosyal bilimlerin veya doğa bilimlerinin empirik çıkarımına benzer bir akıl yürütmeye kanıtlamıştır: ‘Gökyüzünde gri bulutlar olduğu delille sabittir, o halde yağmur yağması gayet doğaldır’ olgusal önermesi ile ‘işçinin çikolata kutusunu aldığı delillerle sabittir, o halde işverenin işçiyi tazminatsız işten çıkarması hukuken doğrudur’ yargısı arasında akıl yürütme açısından hiçbir fark yoktur. Normatif muhakeme veya olması gereken anlam, salt olgular arasında neden-sonuç ilişkisi kurularak inşa edilemez. Genel Kurul’un sözde normatif muhakemesi, olguları nedensellik kategorisiyle birbirine bağlayıp hukuken adlandırmaktan ibarettir. Aynı adlandırma işini doğa bilimleri veya sosyal bilimler de rahatlıkla yapabiliirdi. Kelsen’in deyişiyle, “böyle bir bilişin nesnesi fiilen hukukun kendisi değil, doğadaki paralel bir fenomendir.”⁶²

⁶² Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, ss. 10-11.

3. Somut Olayın “Olması Gereken” Analizi

Somut olayı anlatmaya devam edelim. Somut olayın ayrıntılarına bakıldığında, muhakemenin seyrini değiştirebilecek pek çok delil bulunabilir. Zira işverenin normal ve mutata olmayan somut olayı ispatı, kendi aleyhine başka olguları da delillerle sabit kılmıştır. Örneğin, çikolata kutusu Kurban Bayramından üç dört gün önce işverene (şirket sorumlusu şef M.G.) hediye olarak gelmiştir. “07.09.2010 tarihinde Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünün girişindeki vestiyerin rafında bulunan çikolata paketinin kaybolduğu”, beş gün sonra, 13.09.2010 tarihli olay tutanağında yazılıdır. Tutanağı iki kişi imzalamıştır. Koruma Şefi ve İnsan Kaynakları Şube Müdür Vekili H. İbrahim Güneş. Her ikisi de işverenin tanığıdır. Boşluk bırakmadan, ‘doğru’ bir hukuki akıl yürütülecekse, tam burada can alıcı soruların sorulması elzemdir: Çikolata kutusu neden vestiyerdeydi? İşveren M.G., vestiyerdeki bir çikolata kutusunun peşine neden düşmüştür? Bu sorulara verilecek yanıtlar, normal ve mutata olmayan somut olayın ispatını gerekçe göstererek, birinci isnadın hukuki sonucuna sıçrayan Genel Kurul’un ‘nedensellik’ zincirini geçersiz hâle getirecektir.

İnsan Kaynakları Vekilinin ifadesine göre: Firma sorumlusu M.G. (muhtemelen tutanağın tutulduğu 13.09.2010 tarihinde, yani çikolata kutusunun bulunduğu yerden alınmasından beş gün sonra), yanına gelmiş ve “firmadan kendisine hediye olarak gelen çikolatanın vestiyerden kaybolduğunu” söylemiş, “bunun üzerine güvenlik kamera kayıtları incelenmiş” ve paketi davacının aldığı görülmüş, davacıya sorulmuş, “davacı önce durumu kabul etmemiş” ancak kayıtlardan bahsettiklerinde “bir kere almış bulunduğunu” belirtmiştir. Koruma Şefinin başkasından duyduğunu aktaran ifadesine göre, “şirket sorumlusu imza föylerini vestiyere bırakırken çikolata kutusunu belirtilen yere” koymuştur. İlk derece mahkemesinden Genel Kurul’a kadar tüm yargıçlar, Koruma Şefinin kulaktan duyma tanıklığını didiklemeden doğruluk nişanesiyle taçlandırır. O halde yukarıdaki sorulara yargıçların, “toplantı salonunun karşısında bulunan”, “toplantı olduğunda katılımcıların eşyalarının, diğer günlerde imza föylerinin konulduğu” vestiyere, “şirket sorumlusu” M.G.’nin, 07.09.2010 tarihinde imza föylerini bırakırken, çikolata kutusunu da bıraktığını veya unuttuğunu varsaymak dışında, verebilecekleri başka yanıtları yoktur. Koruma Şefinin ‘tarifli’ beyanı dışında, çikolata kutusunun neden vestiyere ko-

nulduğunu açıklığa kavuşturacak elimizde başka bir veri bulunmuyor. Dolayısıyla vestiyerdeki çikolata kutusunun, işveren M.G.'nin kendisine ayırdığı ve vestiyerde bıraktığı çikolata kutusu olup olmadığını bilmiyoruz. Dahası, çikolata kutusunun firma çalışanlarına dağıtıldıktan sonra veya dağıtılması amacıyla vestiyere konulup konulmadığını da bilmiyoruz. Hâliyle işçiyi tazminatsız işten çıkarma hakkını kullanan, kullanmakla kalmayıp haklı sebebi delillendiren işverenin “objektif iyi niyet” (“dürüst davranma”, MK m. 2) koşullarına uygun davranıp davranmadığı da bu aşamada karanlıkta kalıyor. Ne ilk derece mahkemesi ne Yargıtay ne de Genel Kurul, işverenin dürüstlüğünden zerre kuşkulananmamıştır. Asıl olan iyi niyetin varsayılmasıysa şayet (“iyi niyet”, MK m. 3), aynı varsayımın işçi eylemi için de geçerli olması beklenirdi. Öyle ya, aksi halde, işverenin ‘haklı sebebi yaratmak’ kasıtlı çikolata kutusunu oraya bıraktığı da düşünülebilir. Kamera görüntülerinde, işveren M.G.'nin elinde imza föyü ve çikolata kutusuyla vestiyere girdiği sabit midir? Öte yandan Genel Kurul, işverenin neden beş gün sonra peşine düşeceği bir çikolata kutusunu vestiyerde bıraktığını/unuttuğunu sormak yerine, hiçbir delil göstermeden, ilk derece mahkemesinin takdirinin yanlışlığında ısrar eder:

Mahkemece direnme gerekçesinde çikolata kutusunun konulduğu yerin toz içinde, atıl, kullanılmayan eşyaların konulduğu bir yer olduğu, çikolata gibi gıda maddesi bulunan dolu bir paketin buraya bırakılmasının normal ve beklenen bir davranış olmadığı, ayrıca çikolata kutusunun iş yerine ait, davacının kendisine teslim edilmiş ve sorumluluk alanına giren bir eşya olmadığından bahsedilmiş ise de, tüm tanık beyanları ve dosya kapsamından çikolata paketinin dolu olduğu anlaşılacakla paketin tam dolu ya da içinde az çok çikolata olması arasında da bir fark bulunmamaktadır. Nitekim davacı tanığı ‘içinde birkaç tane çikolata bulunan’ paketten bahsetmiş, davacı asil de ‘paketi boş olduğunu düşünerek aldığı’ beyan etmiştir. Mahkemenin kabulünün aksine, boş bir çikolata kutusunun çöp kutusu yerine belirtilen yere bırakılması normal ve beklenen bir davranış niteliğinde olmadığı gibi şirket sorumlusunun boş bir çikolata paketi nedeniyle olayın araştırılmasını ve dahi bu nedenle kamera kayıtlarının incelenmesini istemesi de genel hayat tecrübelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Muhakemenin absürtlüğü burada zirveye ulaşır: Hayatın olağan akışına aykırı kabul edilen davranış işçinin vestiyerdeki boş veya dolu

olduğu şüpheli çikolata kutusunu alması, hayatın olağan akışına uygun bulunan davranış işverenin çikolata kutusunu vestiyerde bırakması/unutması ve beş gün sonra boş veya dolu olduğu şüpheli bir çikolata kutusunun peşine düşmesidir!

Aynı firmada çalışan davacı işçinin kayınvalidesi, davacı tanıdığı sıfatıyla karanlıkta kalan birkaç hususu aydınlatır: “Kurban Bayramından üç dört gün önce müdürlerine hediye çikolata geldiğini, bunların birkaçını da kendisinin dağıttığını, şefleri M.G.’nin bir kutuyu da kendine ayırdığını, davacının da temizlik yaparken vestiyerde bulunan çikolata kutusunu boş zannederek dikiş kutusu olarak kullanmak üzere aldığını (...)” Genel Kurul’un, görmediği veya sorgulamadığı bazı somut gerçekleri bir araya getirerek yeniden ifade edelim: İşverene veya işyerine bayram nedeniyle gelen çikolatalardan bazıları dağıtılmış, birini de işveren kendine ayırmıştır. İşverenin kendine ayırdığı çikolata kutusu odasında değildir. İşveren imza föyünü vestiyere bırakırken kendine ayırdığı çikolata kutusunu da aynı yere bırakmış yahut aynı yerde unutmuştur. Hayatın olağan akışına uygun gibi görünen bu basit realite, Genel Kurul’un, “hırsızlık” isnadını delik deşik etmeye yeter de artar. Zira vestiyerdeki çikolata kutusunun, maliki veya zilyedinin işveren olabileceğine yahut işçiye emanet edildiğine ilişkin mutlak bir kanaate varmak mümkün değildir. Aynı şekilde, çikolata kutusunun ambalajının açılmamış veya paketin tamamen dolu olduğu da şüphelidir. Bir malın mülkiyetinin veya zilyetliğinin kime ait olduğu belirlenemiyorsa veya şüpheliyse, işçi de “başkasının malını bulunduğu yerden kullanmak maksadıyla” (Kıyasen, TCK m. 141) veya Genel Kurul’un ifadesiyle, “başkasına ait olan bir malı” almış olmaz. Diğer yandan, çikolata kutusu, iş yerinin malı da kabul edilemez; nihayetinde bayram hediyesidir, diğer çikolatalar gibi çalışanlara dağıtılabilir. Ezcümle, çikolata kutusu kimsenin malı olamayacak, tersinden söyleyelim, herkesin malı olacak kadar ortadadır. Temizlik işçisinin, başkasına ait olmayan, yarı boş bir çikolata kutusunu alması, hırsızlık kasnını da şüpheli hale getirir. Realitenin bu versiyonuna rağmen Genel Kurul, işverenin delillendirdiği maddi olayı (işçinin çikolata kutusunu alması), önce dar bir kapsüle sıkıştırarak hukuki olay kıvamına getirir (işçinin davranışı), ardından maddi olayı muhakeme etmek yerine takdir eder: Çikolata kutusu doludur, işverene ait değilse bile işyerine aittir! Somut olayın detayları görmezden gelindiğinde, işçinin eylemi

de doğru hukuk kavramıyla adlandırılmaz elbette. “Olgu”, tüm veriler dikkate alındığında, şöyle de yorumlanabilir: ⁶³ ‘Temizlik işçisi davacı, çalışanlara dağıtıldığından içinde üç dört tane kalan, bu nedenle vestiyere bırakılan çikolata kutusunu “boş ve atılacak paket olduğunu düşünerek”, çöpe atmak yerine dikiş kutusu yapma amacıyla.’

4. Normatif Muhakemenin Yükselişi

Peki somut olayla hukuk normu arasında “olması gereken” bir anlam ağı nasıl örülebilir; yargıç normatif isnatla geçerli bir hukuki muhakemeyi nasıl temellendirebilir? Genel Kurul’un kararını, ölçülülük ilkesine aykırı bulan karşı oy gerekçesini irdeleyerek başlayalım. İkinci isnattaki boşluğun örtük bir varsayımla doldurulduğunu söylemiştik. Karşı görüşteki yargıç da ilk derece mahkemesi gibi, ölçülülük ilkesine başvurur: Birinci isnadın hukuki sonucunun -işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğduğundan kıdem tazminatı verme yükümlülüğü ortadan kalkar- ölçüsüzlüğü savını ileri sürer.

4.1. “Olması Gereken” Muhakeme

Fakat karşı oy gerekçesinde yargıç, önemli bir değişkene işaret ederek muhakemenin kurallarını topyekûn değiştirir: İkinci isnat geçersiz bir hukuki muhakemeye dayanmaktadır; hukuk kavramı ve normu yanlıştır. Hukuk normu; İK m. 25 değil m. 18, hukuk kavramı; “haklı nedenle fesih” değil “geçerli nedenle fesih” olmalıdır. Somut olayla örtüşmesi gereken hukuk kavramı ve normu “geçerli nedenle fesih” olursa, işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanabilecektir. Karşı görüşteki yargıç açıklamaya devam eder: İK m. 25 (haklı nedenle fesih) ile m. 18 (geçerli nedenle fesih) arasındaki fark, somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir. Somut olay, “iş sözleşmesinin devamını imkânsız kılıyorsa” işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı, “iş sözleşmesini devam edilemeyecek bir duruma getirmişse” işverenin geçerli nedenle fesih hakkı doğar; “sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisi sarsılmışsa” geçerli nedenden, “sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisi çökmüşse” haklı nedenden bahsedilir.

⁶³ Yorumun buradaki anlamı, yargıçların takdir yetkilerini hakkaniyetle; “somut olayın özelliklerine” ve “iş güvencesi ilkelerine” göre kullanmasıdır.

Karşı oy gerekçesi, Genel Kurul'un hukuki çıkarımını alternatif bir akıl yürütmeye geçersiz kıldığıının farkında değildir elbette, "olması gereken" muhakeme çizgisinde ilerlemeye devam eder:

İK m.18'de feshin geçerli nedene dayandırılması mevcut olup, madde metninde geçerli neden kavramı tanımlanmamış ve hangi hâllerin geçerli neden olacağı tahdidi de olsa sayılmamıştır. Maddede 'geçerli sebeple fesih için işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklı bir sebep olmasından' bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere işçinin davranışları da işveren için geçerli fesih nedeni olabilecektir. Ancak bu davranışları, İK m. 25'te öngörülen haklı nedenle derhal fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, işin normal yürüyüşünü ve iş yerindeki uyumu olumsuz etkileyen işçi davranışları olarak anlamak gerekmektedir.

Böylesine "rasyonel yoruma elverişli" bir hukuki muhakemenin neticeye varması beklenirken, yargıç birden dümeni kırar ve ölçülülük ilkesine geri döner! İşçinin davranışı (çikolata kutusunu alması) ile hukuki sonucun (kıdem tazminatından mahrumiyet) orantısızlığını Anayasa m. 13, AİHS, Yargıtayın emsal kararları ve iş güvencesi ilkelelerine atıfla gerekçelendirdikten sonra şu sonuca varır: "Güven ilişkisini çökertmeyen bazı işçi davranışlarının haklı neden olarak değerlendirilmesi ve bu nedenle işveren tarafından tazminatsız fesih yoluna gidilecek olması, işçi açısından ağır bir sonuç olacaktır."

Karşı görüşteki yargıç, aklın yolunu terk etmeyip, normatif hukuki muhakemesinin arkasında durmuş olsaydı, bugün Genel Kurul'un akıl almaz tekil normu, emsal karar olmayacaktı.⁶⁴ Karşı görüşteki yargıçın yapması gereken, sadece ve yalnızca somut olayı, teferruatlarıyla birlikte, hukuk normuna isnat etmektir:

Üçüncü İsnat

a) Hukuk kavramı-hukuk normu: "Geçerli nedenle fesih"- "işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (İK m. 18)

⁶⁴ Genel Kurul'un "otantik" yorumunun, benzer davalarda geleceğe etkili "geçerli" bir emsal karar kabul edilmesinin önünde hukuken herhangi bir engel yok. Makalede bu tür 'dahili teknik geçerlilik' argümanları tartışma dışında bırakılmıştır. (Bkz. dipnot 1).

b) Somut olay-hukuk normu: İşçinin, Kurban Bayramından önce işverene hediye gelen ve çoğunlukla çalışanlara dağıtılan çikolata paketlerinden, şirket sorumlusunun kendisine ayırdığı iddia edilen, boş veya doluluğu şüpheli, vestiyere kimin tarafından hangi amaçla bırakıldığı belirsiz birini, dikiş kutusu yapma amacıyla alması- işçinin somut olaydaki “davranışı” işverenin, iş sözleşmesinin devamını sekteye uğratabileceği derecede “güvenini sarsan” “geçerli bir sebep” midir? (İK m. 18, Yargı içtihatları, öğreti, örf ve âdet)

4.2. “Olmaması Gereken” Muhakemenin Defosu

Karşı görüşteki yargıç, hukuk normunda geçerli sebepler yazmadığından, belirsizliğin takdir yetkisiyle giderilmesi gerektiğine işaret eder. Hatta kanundaki (genel norm) belirsizliğin, yargı içtihatlarına, öğretiye ya da örf ve âdet kurallarına istinaden nasıl ortadan kaldırılacağına açıklar. Gelgelelim akıl yürütme, dönüp dolaşıp aynı yere varır; “işçinin davranışının sözleşmenin devamını çekilmez kılan” “geçerli bir sebep” olup olmadığı, m. 25’in hukuki sonucunun “ağırlığına” göre değerlendirilir: “Yargıtay’ın ilgili Dairelerince de işveren tarafından haklı nedenle fesih iddiasına dayalı bir çok davada, işçinin eylemi ile yaptırım arasındaki orantı incelenmiş ve neticede işçinin çalışma süresi göz önüne alınarak yaptırımın ölçülü olmadığı, ağır bir sonuç olacağı, en azından feshin geçerli nedenle yapıldığının kabulü ile işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.”⁶⁵

Karşı görüşteki yargıç, sözünü ettiği yargı içtihatlarını önerme formunda muhakemesine dahil edebilseydi, yetkin bir hukuki yargıya

⁶⁵ Karşı görüşteki yargıçın atf yaptığı Yargıtay’ın emsal kararlarına bakılırsa, m. 25 ve m. 18’in belirsizliği, içtihatlarla ve öğretiyle çoktan ortadan kaldırılmış, muhakemenin ratio decidendi’si kabul edilebilecek genel bir anlam ağı zaten inşa edilmiştir. Yargıçlar ne tür somut olaylarda hangi hukuk normuna/kavramına (m. 25 mi yoksa m. 18 mi) başvuracaklarını bilmektedir. Yüksek mahkeme kararları ve öğreti “geçerli neden” ile “haklı neden” arasındaki ayrımı somutlaştırarak temellendirmiştir. Hangi somut olayların işveren açısından “sözleşmenin devamını imkânsız bir hâle getireceğine” (m. 25) ya da hangi koşulların “sözleşmeyi devam edilemeyecek bir duruma getireceğine” (m. 18) ilişkin yargıçın takdir yetkisini yönlendirecek hukuki argümanlar mevcuttur. Yani dürüstlük kuralı, hakkaniyet gibi Medeni Kanun normlarının ve iş güvencesi ilkelerinin iş hukukuna özgü somut bir davada ne ifade etmesi gerektiği yerleşik anlam ağında bulunabilmektedir. İşte Genel Kurul’un yarattığı tekil norm, mevcut bu yerleşik anlam ağına aykırıdır.

ulaşılabilir. Oysa karşı görüş, Genel Kurul'un yargısının (m. 25'in), "ölçsüz", "orantısız", "ağır" sonuçlarını gerekçe göstererek bir başka hukuk normunun (m. 18'in) somut olayla örtüşebileceğini ima etmekle yetinir. Görünen o ki ilk derece mahkemesi gibi karşı görüş de adaletin tehlikeli sularında yüzmeye teşnedir. Öyle ya, somut olay-hukuk normu (m. 18) örtüşmesi muhakeme edilmediği sürece, yaptırımın ağırlığından (m. 25) dem vurmamak, hukuki muhakemenin adaletsizliğe referansla inşa edildiğini gösterir. Genel Kurul'un absürtlüğü aşikâr kararının göze adaletsiz görünmesinin nedeni, somut olayın yanlış bir hukuk normuyla örtüştürülmesidir. Diğer bir deyişle, daha baştan hukuki muhakeme normatiflik hüviyetinden yoksundur. Doğru hukuk normunu somut olaya isnat etmeden, somut olaya isnat edilen yanlış hukuk normunun adaletsiz (orantısız/hakkaniyetsiz) sonuçlar doğuracağını argüman hâline getirerek, adaletsizliğin önüne geçilebileceğini varsayamazsınız.

Sonuçta karşı görüşteki yargıcın muhakemesi normatiftir, fakat kusursuz değildir. Doğal olarak, biri geçersiz diğeri defolu iki muhakemeden bir normatif doğru çıkarma işi, pozitif hukuk bilimiyle uğraşan hukukçulara kalmıştır!

SONUÇ

Kelsen'in normatif isnat kuramı, somut olay ile hukuk normu arasında olması gereken bir bağlantı kurmaktır. Hukuki muhakeme empirik olgulardan nedensellik kategorisiyle çıkarsanmaz; olgu, normun ne anlamını belirleyen bir merci ne geçerlilik standardıdır. Geçerli bir hukuki muhakeme olgunun etrafında üç yüz altmış derece dönmelidir dönmesine, fakat dahası da vardır; yargıcın tek seferlik norm yaratma seyrinin pusulası ve haritası pozitif normlar olmalıdır. O yüzden normatif isnat yaratıcı bir süreçtir. Yargıcın hukuki bilişi deneyim alanındaki nesnelere (somut olay ve hukuk normu) öyle bir anlam ağıyla örer ki pozitif hukuk sistemiyle çelişmeyen yeni bir tekil norm inşa edilir. Oysa Genel Kurul, yargı içtihatları ve öğretisi tarafından geliştirilen ilkesel normla tutarsız; dolayısıyla pozitif hukuk sisteminin "anamlı" bir parçası olmayan "geçersiz" tekil bir norm yaratmıştır.

Genel Kurul'un yanlış düşünce kalıbını anlamak hukukçular açısından pek de zor olmasa gerek. Çıkarımın bu denli yalın ve indir-

gemeci olmasını, Genel Kurul'un "bilmezliğinin" (ilkesel normlar ve somut olayın ayrıntıları) nerede işveren lehine hüküm vereceğini bilecek kadar uyanık ve temkinli olmasıyla açıklayabiliriz. Yanlışı başka türlü analiz etmek, örneğin Genel Kurul'un somut olayı 'yüzeysel değerlendirdiğini' ve hukuk normunu 'lafzen yorumladığını' savlamak, hukukçuların anlama yetilerini hafife almak değilse, hukuki bilişlerini yok saymak anlamına gelir.

Kaynakça

Kitaplar

- Dengiz Hüseyin, "Türkçe Kelsen Bibliyografisi" içinde Hans Kelsen'in Temel Norm Kuramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Gözler Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- Guyer P./Wood A., "Introduction", içinde Critique of Pure Reason, Cambridge University Press, 1998.
- Gülgeç Yahya Berkol, Normativite ve Pozitivizm, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Heper Altan, Serbest Hukuk Akımı, Sosyal Bir Olgusu Olarak Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul Mart 2016.
- Heimsoeth Heinz, Kant'ın Felsefesi, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012.
- Kant Immanuel, Critique of Pure Reason, translated and edited Paul Guyer/Allen W. Wood, Cambridge University Press, 1998.
- Kant Immanuel, Arı Usun Eleştirisi (1781/1787), çev. Aziz Yardımlı, Idea Yayınları, İstanbul 2008.
- Kelsen Hans, "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", içinde General Theory of Law and State, trans. Wolfgang Herbert Kraus, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2006.
- Kelsen Hans, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016.
- Uzun Ertuğrul, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Yayınları, İstanbul Ekim 2016.
- Wood Allen W., Kant, çev. Aliye Kovanlıkaya, Dost Yayınları, Ankara 2009.

Makaleler

- Aral Vecdi, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, 513-552.
- Alexy Robert, "Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'", *Jurisprudence*, Vol. 4/2, 2013, 235-245.

- Baç Murat, "Doğru Kavramının Nesnelliği Üzerine Kantçı Yaklaşımlar", içinde Anlam Kavramı Üzerine Yeni Denemeler, der. Siber Kibar/Selma Aydın Bayram/Ayhan Sol, Legal Yayınları, İstanbul 2010, 67-77.
- Berger Mario Garcia, "A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm", *Ratio Juris*, Vol. 33/1, 2020, 35-48.
- Bix Brian H., "Kelsen, Hart, and Legal Normativity", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 34, 2018, 25-42.
- Davies Margaret, "Derrida ve Hukuk: Hukuki Kurgular", Çev. Rabia Sağlam-Kasım Akbaş, Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016, 727-749.
- Delacroix Sylvie, "Understanding Normativity", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 17-28.
- Ekiz Seda Özgül, "İş Sözleşmesinin İçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 96, S. 5, 2022, 120-153.
- Gragl Paul, "In Defence of Kelsenian Monism: Countering Hart and Raz", *Jurisprudence*, Vol. 8/2, 2007, 287-318.
- Guastini Riccardo, "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol. 29/3, 2016, 402-409.
- Kelsen Hans, "Saf Hukuk Kuramı Nedir", Çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı*, C. 5, S. 3, Eylül-Aralık 2018, 99-107.
- Kelsen Hans, "Nedensellik ve İsnadiyet", çev. Zeki Hafızoğulları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, 219-234.
- Kelsen Hans, "Norm ve Değer", çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı*, C. 2., S. 5, Eylül-Ekim 2015, 20-24.
- Langford Peter/Bryan Ian, "Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation", *Ratio Juris*, Vol. 26/1, March 2013, 85-110.
- Paulson Bonnie Litschewski/Paulson Stanley L., "Sunuş, Kelsen'in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine" içinde Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Hans Kelsen, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016.
- Paulson Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12/3, 1992, 311-332.
- Paulson Stanley L., "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", *The Modern Law Review*, Vol. 59, November 1996, 797-812.
- Paulson Stanley L., "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", *Jurisprudence*, Vol. 10/2, 2019, 188-221.
- Paulson Stanley L., "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm", içinde Kelsen Revisited, New Essays on the Pure Theory of Law, ed. L.D. Almedia/J. Gardner/L. Green, Hart Publishing, 2013, 43-61.
- Pavlakos George, "Kelsenian Imputation and the Explanation of Legal Norms", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 47-55.
- Redondo Maria Cristina, "Legal Normativity as a Moral Property", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 57-68.
- Relac Svan, "Kelsen's Doctrine of Imputation", *Pravnik, Law & Society Review*, Vol. 55/107, 2021, 168-199.

Spaak Torben, "A Challenge to Bix's Interpretation of Kelsen and Hart's Views On the Normativity of Law", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 75-82.

Theodor W. Adorno, "Aşkınsallık Kavramı Üzerine", Çev. Mine Haydaroglu, *Cogito, Sonsuzluğun Sınırında: Immanuel Kant*, S. 41-42, 2005, 56-85.

Turhan Mehmet, "Hans Kelsen'in 'Normatif Alternatifler Kuramının Gözden Geçirilmesi'", *Anayasa Yargısı*, C. 37, S. 1, 2020, 1-32.

Mahkeme Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.02.2018, E. 2015/1591, K. 2018/185.