İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF ISTANBUL MEDIPOL UNIVERSITY SCHOOL OF LAW

Cilt / Volume: 12
Sayı / Issue: 1
Bahar / Spring 2025
Genel Sayı / Number: 23

MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Künye / ***Masthead***
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 **e - ISSN:** 2687-6663 **DOI:** 10.46547/imuhfd
Cilt / ***Volume:*** 12 **Sayı** / ***Number:*** 1 **Bahar** / ***Spring*** 2025 **Genel Sayı:** 23

Sahibi / ***Owner***
İstanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. Bahadır Kürşat GÜNTÜRK

Bilimsel Yayın Koordinatörü / ***Scientific Publishing Coordinator***
Prof. Dr. Recep ÖZTÜRK

Editör / ***Editors in Chief***
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Türkiye
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / ***Deputy Editors***
Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI AKTAŞ
Türkiye
byigitbasi@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1112-3474
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rüveyda ÇELİK
Türkiye
ruveyda.gunduz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0802-3349
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Merve İLDAN
Türkiye
mildan@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7087-4323
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Dr. Erkam YILMAZ
Türkiye
erkamyilmaz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-1245-4985
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza Ceren SEVİNDİK
Türkiye
beyza.sevindik@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-4247-6037
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / ***Correspondance***
İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Yayına Hazırlayan / *Prepared for Publication by*
Bürin Yıldıztekin

Kapak / *Cover*
Levent Karabağlı - Medicomia Ajans

Grafik-Tasarım / *Graphic-Design*
Medicomia Ajans

Danışma Kurulu / *Advisory Board*
Prof. Dr. / Prof. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. M. Âkif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Seçkin Nazlı, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Başak Karaman, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Eryiğit, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.
The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German, and French.

Tarandığı Dizinler / *Indexing Services*

ULAKBİM TR DİZİN SOBIAD IOI JOURNALS MASTER LIST

Tarandığı Veri Tabanları / *Abstracting Services*

HEINONLINE IOI WORLD OF JOURNALS DergiPark AKADEMİK EBSCO Jurix

İÇİNDEKİLER / *TABLE OF CONTENTS*

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Ayşe Aslı ALÇIN
Türk Hukukunda İyi İdarenin Tesisinde Kamu Denetçiliği Kurumunun Rolü
The Role of the Ombudsman in Establishing Good Administration in Turkish Law *1*

Araştırma Makalesi / Research Article - Mesut AYDIN
21.01.2017 Tarih ve 6771 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliğiyle Öngörülen Yeni Hükümet Sisteminde Yönetimde İstikrar
Stability in Management in the New Government System Adopted by the Amendment Made to the Constitution by the Law No. 6771 Dated 21.01.2017 ..... *33*

Araştırma Makalesi / Research Article - A. Deniz BİLGEHAN
Siber Güvenlik Başkanlığının Düzenlenişine Dair Değerlendirme
An Assessment on the Establishment of the Cybersecurity Presidency *63*

Araştırma Makalesi / Research Article - Halil ÇİÇEKFİDAN
Hukuk Devletinde İnsan Hâkimin Rolünü Yeniden Düşünmek
Rethinking the Role of the Human Judge in the Rule of Law *89*

Araştırma Makalesi / Research Article - Ergün DİLAVEROĞLU
Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Disiplin Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi
Evaluation of Social Media Posts of Public Officials in Terms of Disciplinary Law *151*

Araştırma Makalesi / Research Article - Abdullah ERYİĞİT
Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος) Fikrinin Kökenleri ve Dönüşümü
Origins and Transformation of the Idea of Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος) *181*

Araştırma Makalesi / Research Article - Ahmet KILIÇ
Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Ana ve Babanın Tedip Hakkı
Parental Right to Discipline in the Context of the Crime of Intentional Injury *255*

Araştırma Makalesi / Research Article - Şenel SARSIKOĞLU
Bilişim Sistemlerinden Delil Elde Edilmesine Yönelik İşlemler (CMK m. 134) Hakkında Bir Değerlendirme
An Assessment of Procedures for Obtaining Evidence from Information Systems (CPC Art. 134) *283*

Araştırma Makalesi / Research Article - Sercan TOKDEMİR
Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen İntihara Yönlendirme Suçunun Tipikliği Kapsamında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Bazı Öneriler
Legal Problems Arising within the Scope of the Typicality of Directing Suicide Crime Regulated in the Turkish Penal Code and Some Suggestions Regarding These Problems *319*

Araştırma Makalesi / Research Article - Bahadır Ozan YAŞAR
CMK md. 102'deki Tutukluluk Süresine İlişkin Değerlendirme
Evaluation on the Detention Period in CMK Article 102 ..... *395*

Araştırma Makalesi / Research Article - Muhammed Furkan YILMAZ
Tek Bir İşletme Teşkil Eden Rüzgâr Enerji Santrallerinin Birden Farklı Belediyenin Alanına Girmesi Durumunda Düzenlenecek İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatında Yetki Sorunu
The Problem of Authority in the Opening and Work Permit Issuance in the Case of Wind Power Plants Constituting a Single Enterprise Located in the Area of Several Different Municipalities *413*

ÖZEL HUKUK / **PRIVATE LAW**

Araştırma Makalesi / Research Article - Yusuf AKMAN
Scrum Çalışma Modeli ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler
Scrum Work Model and Legal Relations Between the Parties *427*

Araştırma Makalesi / Research Article - Eda ATAMER-COŞKUNSU
Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Sözleşme ile Alacağın Devrinin Engellenmesinin Alacak Finansmanı (Faktoring ve Forfaiting) Açısından İrdelenmesi
Analysis of Contractual Prohibition of Assignment of Receivables in Comparative Law and Turkish Law within the Context of Receivables Financing (Factoring and Forfaiting) *455*

Araştırma Makalesi / Research Article - Kaan KARAMAN
Toplu Rehin
Collective Pledge *475*

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Türk Hukukunda İyi İdarenin Tesisinde Kamu Denetçiliği Kurumunun Rolü*

The Role of the Ombudsman in Establishing Good Administration in Turkish Law

Ayşe Aslı ALÇIN**

ÖZ

Bu çalışma, 21'inci yüzyılda uluslararası idare hukukunun üzerinde en çok yoğunlaşılan kavramlarından biri olan iyi idare kavramını konu edinmektedir. Tanım denemelerinin çoğunlukla bileşen ilkeleri üzerinden yapıldığı şemsiye bir kavram olan iyi idare, idari işlemin yapılış sürecinden, idari örgütün organizasyonuna; kamu hizmetlerinin sunuluş şeklinden kolluk faaliyetine kadar her alanda bireye bir talep imkânı sunarken, idareye de bir yükümlülük yüklemektedir. Bireyin idare karşısında konumunu güçlendirmeye, birey ile idare arasındaki ilişkide bireyin hak ve menfaatlerini korumaya ve bireye şeffaf ve öngörülebilir bir idare sunmaya yarayan bir kavramdır. İyi idare kavramının en üst seviyesi, hizmet sunma kabiliyeti en gelişmiş olan idaredir denilebilir.

Bu çalışmanın esas sorusu, idarenin bireye hizmet etme kabiliyetini geliştirmede yani iyi idareyi sağlamada ve bu yönde bir idari kültür tesisinde, varlık amacı en kısa haliyle idareyi (yargı dışı yoldan) denetlemek olan, bunu yaparken yalnızca hukukilik denetimi ile sınırlı kalma şartı olmayan Kamu Denetçiliği Kurumunun ne kadar etkili olabileceğidir. İyi idareyi ve iyi idarenin odakta olduğu bir idari kültürü sağlama gücü olup olmadığı sorusuna Kamu Denetçiliği Kurumunun hareket alanı ve hareket şekli üzerinden cevap aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: İyi idare, kamu denetçiliği, idari kültür, iyi yönetişim, idarenin denetimi.

ABSTRACT

This study focuses on the concept of good administration, one of the most focused concepts of international administrative law in the 21st century. Good administration, which is an umbrella concept where definition attempts are mostly made

* Makale gönderim tarihi: 12.03.2025. Makale kabul tarihi: 05.05.2025. Ayşe Aslı Alçın, "Türk Hukukunda İyi İdarenin Tesisinde Kamu Denetçiliği Kurumunun Rolü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 1-31, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.1

** Dr. Öğr. Üye., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, 0000-0003-4788-2234, ayseasliyucesoy@gmail.com

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

on the basis of its component principles, offers the individual the opportunity to make a demand in every field from the process of administrative action to the organization of the administration; from the way public services are provided to law enforcement activities, while imposing an obligation on the administration. It is a concept that serves to strengthen the position of the individual vis-à-vis the administration, to protect the rights and interests of the individual in the relationship between the individual and the administration, and to provide the individual with a transparent and predictable administration. It can be said that the highest level of the concept of good administration is the administration with the most developed ability to provide services.

The main question of this study is how effective the Ombudsman Institution can be in improving the ability of the administration to serve the individual, in other words, in ensuring good administration and in establishing an administrative culture in this direction, the Ombudsman Institution, whose purpose of existence is to audit the administration (extrajudicially) in the shortest form, and which does not have to be limited only to the legality audit while doing so. The question of whether the Ombudsman Institution has the power to ensure good administration and an administrative culture in which good administration is at the center is sought to be answered through the field of action and the way of action of the Ombudsman Institution.

Keywords: Good administration, ombudsman, administrative culture, good governance, control of the administration.

Giriş

Gündelik hayatın neredeyse her yerinde var olan, kamu yararı motivasyonuyla ve kamu gücü kullanarak sürekli şekilde bireyin hak ve/veya menfaatlerini etkileyecek eylem ve işlemlerde bulunan idarenin işleyiş süreci üzerinde bireyin herhangi bir dahli olabileceğine dair bir anlayış, geçtiğimiz yüzyılın ortalarına kadar gelişmemişti. İdarenin birey tarafından bu müdahale edilemez konumu ve işleyiş biçimi, 20'nci yüzyılın ikinci yarısında idari usule ilişkin tartışmalar ve buna ilişkin hukuk normlarının ortaya konmasıyla dönüşmeye başlamıştır. İdari usul kavramının ve kanunlarının ortaya çıkmasıyla beraber, bireyin idare karşısındaki konumunu güçlendirme, idari usulün demokratikleştirilmesi, idarenin hem etkin hem şeffaf ve hesap verilebilir kılınması gibi fikirler ile birlikte iyi yönetişim kavramı da siyaset bilimi ve kamu yönetimi gibi farklı disiplinlerin yanı sıra iyi idare adıyla idare hukukunun da konusu haline gelmiştir.

İyi idarenin üzerinde uzlaşılmış bir tanımı yoktur. Genellikle kapsadığı ilkeler yani iyi idarenin gerekleri üzerinden bir tanımlama yapılmaktadır. İyi idare birey - idare arasındaki ilişkide bireyin hak ve menfaatlerini korumaya ve bireye şeffaf ve öngörülebilir bir idare sunmaya yarayan bir kavramdır. Esasın-

da iyi idare, idarenin bireylere hizmet sunma becerisi ile ilgilidir. İyi idare bu maharetin gelişmesini sağlamaktadır. Birey yönünden ise iyi idare, bireye bir talep hakkı sunmaktadır. Bireye, idareye karşı iyi idarenin gereklerine uygun davranmaya yönelik bir talepte bulunma imkânı tanımaktadır.

İdarenin yargı dışı denetim yollarından biri olarak kurgulanan kamu denetçiliği mekanizmasının nihai varlık amacı da idarenin bireye hizmet etme kabiliyetini geliştirmek, bireyin iyi idare talebini idarenin sürekli olarak göz önünde bulundurması ve bu talebe cevap vermesini sağlamaktan ibarettir. İşte iyi idare ile Kamu Denetçiliği Kurumunun aynı çalışmada toplanmasının sebebi budur.

Çalışmada öncelikle iyi idare kavramının uluslararası düzeyde tarihsel gelişiminden söz edilecek, Türk hukukunda iyi idare kavramı ele alınacaktır. Ardından Türk hukukuna iyi idareyi gerçekleştirme aracı olarak Kamu Denetçiliği Kurumunun görev ve yetkileri ortaya konacak, bu çerçevede bir etkinlik değerlendirmesi yapılacaktır. Son olarak Kurumun idari kültür üzerindeki etkisi sorgulanacaktır.

I. İyi İdare Kavramı ve Türk Hukukunda İyi İdare

A. İyi İdare Kavramının Tarihsel Gelişimi: Yönetimden Yönetişime

İyi idarenin nasıl olması gerektiği sorusuna çok eski dönemlerden beri cevap aranmaktadır[1]. Zira iyi idare arayışı tarih boyunca var olmuştur. Fakat iyi idarenin politik bir mesele olmanın ötesine geçip hukuki bir kavrama dönüşmesi, birey-idare ilişkisini şekillendiren, insan hakları odaklı bir kavram olarak ele alınması pek çok farklı gelişmenin ve değişimin ürünüdür.

Öncelikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dönüşen hukuk devleti ve hukuki güvenlik anlayışı[2], refah devletinin yükselişi[3], refah devleti ile birlikte idarenin üstlendiği kapsamı ve çeşidi artan kamu hizmetleri, bu durumun idarenin düzenleme fonksiyonunu daha önce hiç olmadığı kadar etkin hale getirmesi, bununla bağlantılı olarak takdiri yetki tanınan hallerin artması ve

1 Coşkun Can Aktan, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2015, s. 51; Selman Karakul, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Cilt 2, Sayı 3, 2015, s. 64.

2 Jacques Chevallier (Terc. Ertuğrul Cenk Gürcan), *Hukuk Devleti*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 68; Zeliha Hacımuratlar, *İdari Usule Katılım*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2011, s. 13 vd.

3 Detaylı bilgi için bkz. Frank Nullmeier, Franz-Xaver Kaufmann, "Post-War Welfare State Development: The Golden Age", Ed. Daniel Béland, Kimberly J. Morgan, Herbert Obinger, Christopher Pierso, *The Oxford Handbook of the Welfare State*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2021.

büyüyen kamu hizmeti örgütlenmesi ile birlikte[4], birey – idare arasındaki ilişkinin yeniden kurgulanması gerekliliği ortaya çıkmış, bireyin idare karşısındaki konumunun güçlenmesi ihtiyacı doğmuştur[5]. Bu ihtiyacı karşılamak adına pek çok farklı çözüm fikri ortaya atılmıştır fakat bunlardan şüphesiz çalışma konumuz bağlamında en önemlisi, idarenin eylem ve işlemlerinde bağlı olacağı, yöntem ve usul kurallarının gerektiği fikridir[6]. İşte iyi idare anlayışı da bu dönüşümün bir yansımasıdır.

Öte yandan, yükselen katılımcı demokrasi anlayışıyla birlikte, idare hukuku öğretisinde, idari işlemin yapılış sürecine bireyin etkisini arttıracak, rolünü güçlendirecek farklı yöntemlerin tartışılmaya başlanması[7], bunun sonucunun bireyin idari işlemin tesisine çeşitli biçimlerde katılımının bir hak olarak tanınması şeklinde vücut bulması[8], iyi idare kavramına ulaşılan sürecin bir parçasıdır[9].

Esasında iyi idare (good administration) kavramı, daha çok kamu yönetimi alanında kullanılan, yeni bir yönetim modeli olarak sunulan[10] yönetişim/iyi yönetişim (good governance) kavramının[11] bir görünümüdür.

Yönetmek fiili önce (-ş) çatı eki eklenerek, eylemin birden fazla özne tarafından karşılıklı ve birlikte gerçekleştirileceğini ifade eder hale getirildikten sonra, yönetişim bu işteş fiilin isim versiyonu olmuştur. Zira yönetişim kavramı, (toplumun) yönetim biçimindeki bir değişikliğe vurgu yapmak için kullanılmaktadır[12]. Yönetişim kavramındaki vurgu, birden fazla aktörün yönetme eylemini karşılıklı ve birlikte gerçekleştirmesindedir. Bir başka deyişle birden fazla aktör yönetme eyleminin bir parçasıdır[13].

---

4 Hacımuratlar, s. 29.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Chevallier, *Hukuk Devleti*; Hacımuratlar, s. 18 vd.

6 Hacımuratlar, s. 18 vd.; Ülkü Azrak, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, s. 67.

7 Feiza Ağgül-Kırıcı, *Avrupa Örneğinden Hareketle İyi İdare*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 42.

8 Hacımuratlar, s. 32.

9 Ağgül-Kırıcı, s. 43, Hacımuratlar, s. 32.

10 Bkz. Birgül Ayman-Güler, "Yönetişim: Tüm İktidar Sermayeye", *Praksis*, Sayı 9, 2003, s. 95 vd.; Birgül Ayman-Güler, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Üzerine", *Devlette Reform Yazıları*, Paragraf Yayınları, Ankara, 2005, s. 88 vd.

11 Kavramın tarihsel arka planı için bakınız: Sonay Bayramoğlu, *Yönetişim Zihniyeti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

12 Selman Sacit Boz, Cihat Yurdaer, Yunus Eraslan, "İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019, s. 503; Selime Güzelsarı, "Neo-liberal Politikalar ve Yönetişim Modeli", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 36, Sayı 2, 2003, s. 19.

13 Murat Okçu, "Değişen Dünyayı Anlamak İçin Önemli Bir Kavram: Yönetişim", Ed. Fatma Neval Genç, *Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi*, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s. 3.

Yönetişim kavramının yaratıcısı ise Dünya Bankasıdır[14]. Kavram, 1989 yılında, Dünya Bankasının "Sahra Altı Afrika: Krizden Sürdürülebilir Büyümeye" (Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth) adlı raporunda[15] Afrika özelinde az gelişmiş ülkelerin kalkınma sorununa ilişkin olarak kullanılmıştır[16]. Raporda yönetişim, "bir ulusun işlerini yönetmek için siyasi gücün kullanılması"[17] anlamında kullanılmıştır. Aynı zamanda iyi yönetişimin, "etkin bir kamu hizmeti, güvenilir bir yargı sistemi ve halkına karşı hesap verebilir bir idare"yi[18] kapsadığı ifade edilmiştir[19]. Dolayısıyla iyi yönetişim, sürdürülebilir büyüme için bir araç olarak gündeme gelmiştir[20].

1992 tarihli "Yönetişim ve Kalkınma" adlı raporunda[21] ise Dünya Bankası, yönetişim kavramıyla neyi kastettiğini, hangi perspektifte ele aldığını daha somut şekilde ortaya koymuştur. Raporda, iyi yönetişim, sağlıklı ve sağlam bir kalkınmayı sağlayacak bir yönetim düzeni olarak ifade edilmiştir[22]. Dünya Bankasına göre bu düzenin ve bu düzenin sürdürülebilirliğinin, "Kamu Sektörü Yönetimi", "Kalkınma için Hukuki Çerçeve", "Hesap Verebilirlik ve Şeffaflık" ve "Bilgilendirme" olmak üzere 4 temel bileşeni vardır[23]. Nihayet 1994 tarihli "Yönetişim: Dünya Bankası'nın Deneyimi" adlı raporda, iyi yönetişim, "öngörülebilir, açık ve aydınlanmış politika oluşturma, yani şeffaf süreçler, mesleki etikle yoğrulmuş bir bürokrasi; eylemlerinden sorumlu bir yürütme organı ve kamusal meselelere katılan güçlü bir sivil toplum ve bunların hepsinin hukukun üstünlüğü çerçevesinde hareket etmesi" olarak özetlenmiştir[24].

---

14 Ayman Güler "Yönetişim: Tüm İktidar Sermayeye", s. 102; Mette Kjœr, Klavs Kinnerup, "Good Governance: How Does It Relate to Human Rights?", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, s. 4.

15 World Bank, *Sub-Saharan Africa*: *From Crisis to Sustainable Growth*, https://documents1.worldbank.org/curated/en/498241468742846138/pdf/multiopage.pdf (10.03.2025).

16 Friedl Weiss, Silke Steiner, "Transparency as an Element of Good Governance in the Practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison", *Fordham International Law Journal*, Cilt 30, Sayı 5, 2006, s. 1547.

17 "By governance is meant the exercise of political power to manage a nation's affairs." World Bank, *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth*, 1989, s. 60.

18 World Bank, *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth*, 1989, s. xii.

19 Linda C. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System, Democratic Accountability and Good Governance*, Springer, 2004, s. 63.

20 Asbjørn Eide, "Good Governance, Human Rights, and the Rights of Minorities and Indigenous Peoples", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, s. 47.

21 World Bank, "Governance and Development", 1992.

22 World Bank, "Governance and Development", 1992, s. 1.

23 Kjœr, Kinnerup, s. 6 vd.

24 World Bank, *Governance: The World Bank's Experience*, 1994, https://documents1.worldbank.org/curated/en/711471468765285964/text/multiopage.txt, viii., (10.03.2025).

OECD de çeşitli belge ve raporlarında Dünya Bankası tarafından somutlaştırılan şekliyle yönetişim kavramını benimsemiştir[25]. OECD ayrıca, "açık, demokratik ve hesap verebilir yönetişim sistemleri ve insan haklarına saygı ile sürdürülebilir ve katılımcı ekonomik ve sosyal kalkınmanın sağlanması arasında hayati bir bağlantı" olduğunu vurgulamıştır[26].

BM Kalkınma Programı (UNDP) ise, tıpkı Dünya Bankası ve OECD gibi, bir kalkınma örgütü olarak kendi perspektifinden iyi yönetişim ilkesini ele almış[27] ve iyi yönetişimi sürdürülebilir insani kalkınmayla ilişkilendirmiştir[28]. Program, kavramın ekonomik, siyasi ve idari olmak üzere üç ayağı olduğunu belirterek[29], kavramı şöyle açıklamıştır: "İyi yönetişim, diğer hususların yanı sıra, katılımcı, şeffaf ve hesap verebilirdir. Aynı zamanda etkili ve eşitlikçidir. Ve hukukun üstünlüğünü teşvik eder. İyi yönetişim, siyasi, sosyal ve ekonomik önceliklerin toplumda geniş bir mutabakata dayanmasını ve kalkınma kaynaklarının tahsisine ilişkin karar alma süreçlerinde en yoksul ve en kırılgan kesimlerin seslerinin duyulmasını sağlar."[30]

İyi yönetişime sosyal adalet ve dolaylı da olsa[31] insan hakları odağını ekleyen[32] UNDP'nin ardından, kavrama Avrupa Birliği düzeyinde nasıl yaklaşıldığına değinilecek olursa; Birliğin iyi yönetişimi, adil ve sürdürülebilir bir ekonomik ve sosyal kalkınmayı güvence altına almak amacıyla belirli bir ülkedeki kaynakların tamamının açık ve hesap verebilir bir şekilde yönetilmesi olarak tanımladığı anlaşılmaktadır[33]. Ayrıca iyi yönetişimin, politikacıların ve kurumların insan haklarına, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine saygı göstermesi anlamına geldiği belirtilmektedir[34].

Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu tarafından, AB'de köklü bir idari reform

25 OECD, *Participatory Development and Good Governance*, OECD Development Co-operation Guidelines Series, Paris, 1995, s. 14.

26 OCDE/GD(93)191, "Dac Orientations on Participatory Development and Good Governance", OECD, 1993, s. 8.

27 Reif, s. 77.

28 Reif, s. 69. karş. Ida Elisabeth Koch, "Good Governance and the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, s. 85, 86 ve 87.

29 UNDP, *Governance for Sustainable Human Development*, 1997, s. 3, https://digitallibrary.un.org/record/492551?v=pdf (10.03.2025).

30 UNDP, *Governance for Sustainable Human Development*, 1997, s. 3.

31 Koch, s. 86.

32 Bayramoğlu, s. 73.

33 Hans-Otto Sano, "Good Governance, Accountability and Human Rights", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, s. 129

34 Sano, s. 129.

ihtiyacını karşılamak amacıyla[35] 2001 yılında hazırlanan ve sonrasında Topluluğun yönetişim üzerine temel referans kaynağı haline gelen[36] idari reformlara ilişkin "Avrupa Yönetişimi Beyaz Kitabı"na[37] göre yönetişim, özellikle açıklık, katılım, hesap verebilirlik, etkililik ve tutarlılık açısından Avrupa düzeyinde yetkilerin kullanılma şeklini etkileyen kurallar, süreçler ve davranışlar anlamına gelir."[38] Anlaşılacağı üzere, Beyaz Kitapta iyi yönetişimin (ve söz konusu Beyaz Kitapta önerilen değişikliklerin) temelini beş ilke oluşturmaktadır. Bunlar; açıklık, katılımcılık, hesap verebilirlik, etkinlik ve tutarlılıktır[39].

Sonuç olarak denilebilir ki, kavramın yaratıcısı olan Dünya Bankasının iktisadi amaçla kullandığı, ilkeler ve davranışlardan oluşan, ulusal iktisadi kalkınmayı sağlayacak bir düzeni, süreci ve yöntemi ifade eden yönetişim kavramı; Dünya Bankasının ardından bu kavramı benimseyen, kendi faaliyet alanlarındaki "iyileştirmeler" için kilit kavram misyonu yükleyen ve dolayısıyla yönetişim mefhumunu kendi faaliyet alanlarına adapte eden uluslararası kuruluşların katkılarıyla yeni anlamlar kazanmıştır[40].

Bugün için yönetişim yalnızca iktisadi bir vurguya sahip değildir. Giderek insan hakları odaklı bir yönetim anlayışına karşılık gelmektedir. Kamu gücünün kullanıldığı her alanda, kamu gücü ile birey arasındaki ilişkiyi dönüştüren, bireylerin karar alma süreçlerinde beklentilerini dile getirebilecekleri, talepte bulunabilecekleri, süreçte etkin rol alacakları bir düzenin ifadesidir[41].

Bu demektir ki, aşağıda daha ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere, birey ile idare arasındaki ilişkiyi, bireyi güçlendirerek dönüştürmeye odaklanan iyi idare kavramı da iyi yönetişim kavramının idare hukukuna yansımasıdır[42]. İyi idare kavramının gelişim süreci aşağıdaki başlığın konusudur.

---

35 H. Kutay Kesim, Ali Petek, "Avrupa Komisyonunca Belirlenen İyi Yönetişimin İlkeleri Çerçevesinde Türk Kamu Reformunun Bir Eleştirisi", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 38, Sayı 4, 2005, s. 50.

36 İsmail Yeşil, *Kurumsal ve Maddi Boyutuyla Avrupa Birliğinde İyi Yönetişim İlkeleri ve İyi İdare Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 96.

37 Commission of the European Communities, *European Governance: A White Paper*, 2001, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/doc_01_10/DOC_01_10_EN.pdf (10.03.2025).

38 *European Governance: A White Paper*, s. 6, dn. 1.

39 *European Governance: A White Paper*, s. 8.

40 Ağgül-Kırıcı, s. 50.

41 Ağgül-Kırıcı, s. 65 ve 66.

42 Ağgül-Kırıcı, s. 66; G. Henk Addink, "Good Governance: Important in Practice, Theories and Definitions", *Halu Oleo Law Review*, Cilt 1, Sayı 1, 2017, s. 25.

B. İyi İdare Kavramı

İyi idare kavramının gelişim sürecinde, hukuki bir düzenlemenin konusu haline gelmesinin miladı, 1977 yılı olarak kabul edilebilir. Zira bu tarihte Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, refah devleti ile birlikte giderek artan kamu hizmetleri ve karmaşıklaşan kamu hizmeti örgütlenmesi karşısında bireyin idarenin eylem ve işlemlerine daha fazla muhatap olması sebebiyle, "İdari Makamların İşlemlerine Karşı Bireyin Korunmasına İlişkin (77)31 Sayılı Karar"[43] ortaya konulmuştur. Söz konusu metin ile ilk kez iyi idareye ilişkin bir düzenleme yapılmış ve iyi idare ilkeleri ilk kez uluslararası bir belgede yer almıştır. Bakanlar Komitesi, söz konusu tavsiye kararının amacını, Avrupa Konseyi üyeleri arasında daha büyük bir birlik sağlamak hedefinin yanı sıra, birey ile idare arasındaki ilişkilerde adil olanı sağlamak amacıyla, tüm üye devletlerde ortak bir koruma standardını teşvik etmek olarak ifade etmiştir. Söz konusu Tavsiye Kararında, gerçek ve tüzel kişilerin, idare karşısında hak ve menfaatlerini doğrudan etkileyen birel işlemler karşısında korunması amacıyla idari işlemlere rehberlik etmesi gereken ilkeler, dinlenilme hakkı (right to be heard), bilgiye erişim hakkı (access to information), hukuki yardım ve temsil (assistance and representation), gerekçe kuralı (statement of reasons), idari işleme karşı başvuru yollarının ve sürelerinin belirtilmesi (indication of remedies) olarak sıralanmıştır. Belgede, "bu ilkelerin uygulanmasında, iyi ve etkin idarenin gerekliliklerinin yanı sıra üçüncü kişilerin menfaati ve kamu yararı dikkate alınmalıdır." ifadesi yer almaktadır[44]. Cümledeki "iyi ve etkin idare" (good and efficient administration) ifadesiyle hem iyi idare hem de etkin idare vurgulanmıştır. Burada vurgu, belgede yer verilen idari usul ilkeleri uygulanırken, idare karşısında bireyi "koruma" amacıyla hareket edilirken, idarenin etkinliği, kamu yararı ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin unutulmaması gerekliliği üzerindedir. Cümlede dolaylı da olsa, idare karşısında bireye güvence sağlayan, bireyi güçlü kılan idari usul ilkeleri iyi idarenin gereklilikleri olarak ifade edilmiştir. Bu demektir ki metinde, iyi idarenin ne demek olduğu açıklanmamış olsa da neyi içerdiği ortaya konmuştur.

Avrupa Birliği düzeyinde ise iyi idareye ilişkin en somut ilk düzenleme 7 Aralık 2000 tarihli AB Temel Haklar Şartı'dır[45]. İyi idare hakkını, öznel usuli hakları

43 Council of Europe Committee of Ministers, *Resolution (77) 31 on The Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities*, 28 Eylül 1977, https://rm.coe.int/cmres-77-31-on-the-protection-of-the-individual/1680a43b6f (10.03.2025).

44 "In the implementation of these principles the requirements of good and efficient administration, as well as the interests of third parties and major public interests should be duly taken into account." *Resolution (77) 31 on The Protection of The Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities*, s. 1.

45 Official Journal of the European Communities, *Charter of Fundamental Rights of The European Union*, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (10.03.2025).

içerecek şekilde açıkça tanıyan ve koruma altına alan ilk Avrupa ve hatta uluslararası temel haklar şartı olan bu yenilikçi düzenleme[46], 2007 tarihli Lizbon Anlaşması'nın 2009'da yürürlüğe girmesine dek hukuki bağlayıcılığı olmayan bir belge olarak varlığını sürdürmüştür. Fakat bağlayıcılığı olmayan dönemde dahi, Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) kararlarında atıf yaptığı, AB hukukunun yorumlanmasında başvurduğu referans bir düzenleme olmuştur[47]. Fakat bu durum, ABAD'ın iyi idare kavramıyla, Temel Haklar Şartı sayesinde tanıştığı anlamına gelmemektedir. Çünkü ABAD, Temel Hakları Şartının kaleme alınışından çok daha öncesinden beri iyi idare ilkesine bir hukukun genel ilkesi olarak içtihatlarında yer veriyordu[48]. Nitekim iyi idare hakkının düzenlendiği 41'inci maddenin gerekçesinde, maddenin (iyi idare hakkının), kısmen "niteliği Birlik yargısının içtihatları ile ortaya konulan ve hukukun genel ilkesi olarak iyi idare ilkesini de kapsayan hukukun üstünlüğü ilkesine" ve kısmen de Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın belli maddelerine dayandığı açıkça belirtilmiştir[49]. Anlaşılacağı üzere iyi idare, Avrupa Birliği düzeyinde ilk olarak -bir hak olarak nitelendirilmiş olmasa bile hukukun genel ilkesi olarak- ABAD içtihatlarında ortaya çıkmıştır[50]. Temel Haklar Şartı ile de -şartın bağlayıcılık kazanmasının ardından-[51] bir temel hak mertebesine kavuşmuştur[52].

Şartın 41'inci maddesi herkese (every person)[53], tarafsız, adil ve hızlı idare hakkı, dinlenilme hakkı, (kişinin) işlerinin hızlı bir şekilde ele alınması hakkı, (kişinin) dosyasına erişim hakkı, gerekçeli (idari) karar hakkı, topluluk tarafın-

46 Herwig Hofmann, Bucura Mihaescu, "The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case", *European Constitutional Law Review*, Cilt 9, Sayı 1, 2013, s. 85 ve 86.

47 Yeşil s. 140 vd.

48 Klara Ka´nska, "Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights", *European Law Journal*, Cilt 10, Sayı 3, s. 304.

49 Explanations relating to the *Charter of Fundamental Rights*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01) (10.03.2025); Paul Craig, "Article 41: The Right to Good Administration", *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary,* Ed. Steve J. Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, 2. Bası, Beck Hart Nomos, 2021, s. 1126.

50 Margrét Vala Kristjánsdóttir, "Good Administration as a Fundamental Right", *Icelandic Review of Politics and Administration,* Cilt 9, Sayı 1, 2013, s. 240; Hofmann, Mihaescu, s. 86.

51 Şartın bağlayıcılık kazanması, Lizbon Anlaşması ile mümkün olmuştur. Bu anlaşmanın 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, AB Temel Haklar Şartı kurucu anlaşmalarla aynı hukuki basamağa yükselmiştir. AB hukuk düzeninin birincil kaynaklarından biri konumuna gelmiştir. Yeşil, s. 78 vd.

52 Kristjánsdóttir, s. 242.

53 İyi idare hakkının düzenlendiği 41'inci madde, Şartın "Vatandaşlık Hakları" adlı 5'inci bölümünde yer almıştır. Fakat madde metninde "vatandaş" terimi yerine "herkes" (every person) ifadesinin kullanılması bilinçli bir tercihtir. Bir başka deyişle, AB Temel Haklar Şartında iyi idare hakkı yalnız AB vatandaşları veya mukimlerine değil, bütün gerçek ve tüzel kişilere tanınmıştır. Ka´nska, s. 308; Ayrıca üye devletlerin bu hakkın yükümlüsü olup olmadığına dair tartışmalar için bkz. Yeşil, s. 154 vd.

dan verilen zararın tazmin edilmesi hakkı, antlaşmaların dillerinden birinde kurumlara yazma ve aynı dilde cevap alma hakkı tanımaktadır[54]. Bu çerçevede, Temel Haklar Şartı'nın iyi idareyi, anılan hak ve yükümlülükleri kapsayan bir üst kategori olarak gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Temel Haklar Şartında yer alan söz konusu hak ve yükümlülükler, 2001 tarihli[55] "Avrupa Doğru/İyi İdari Davranış Yasasında (European Code of Good Administrative Behaviour)" detaylandırılmıştır. Yasal olarak bağlayıcı gücü olmayan bu düzenleme ile amaçlanan, iyi idare hakkının somutlaştırılması ve AB Ombudsmanının perspektifinden[56] bu hakkın pratikte ne anlama geldiğinin daha ayrıntılı olarak ortaya konulmasıdır[57]. Böylelikle vatandaş odaklı bir Avrupa idari kültürünü teşvik etmek hedeflenmiştir. Düzenlemenin 2015 yılında güncellenmiş olan son şeklinde[58], ilkeler, haklar ve davranış kuralları şöyle sıralanmıştır: kanunilik ilkesi, ayrımcılık yasağı, ölçülülük ilkesi, yetkinin kötüye kullanılması yasağı, idarenin bağımsız olma ve tarafsız davranma yükümlülüğü, nesnellik, haklı beklentiye saygı ve idari süreçle ilgili bilgilendirme yükümlülüğü, idarenin adil davranma yükümlülüğü, idarenin nazik davranma yükümlülüğü, idarenin antlaşmaların dillerinden birinde yazılana aynı dilde cevap verme yükümlülüğü, idarenin başvurulara karşılık ilgili personeli de gösteren bir alındı belgesi verme yükümlülüğü, yetkisiz birime yapılan başvurunun yetkili birime iletilmesi yükümlülüğü, dinlenilme ve beyanda bulunma hakkı, idarenin makul süre içinde karar alma yükümlülüğü, kararların gerekçelerini belirtme yükümlülüğü, karara karşı başvuru yollarının belirtilmesi yükümlülüğü, kararın ilgiliye tebliğ edilmesi zorunluluğu, kişisel verilerin korunması hakkı, bilgi edinme hakkı, belgelere erişim hakkı, idarenin kayıt tutma yükümlülüğü, Ombudsmana şikayette bulunma hakkı.

---

54 *Charter of Fundamental Rights of The European Union*, Article 41: Right to good administration "1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union. 2. This right includes: the right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken; the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy; the obligation of the administration to give reasons for its decisions. 3. Every person has the right to have the Community make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States. 4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language."

55 Avrupa Parlamentosu tarafından 06. 09. 2001 tarihinde kabul edilmiştir. https://www.cvce.eu/obj/the_european_code_of_good_administrative_behaviour_6_september_2001-en-1b633730-1555-4b88-ac05-b868ae5cc6ac.html (10.03.2025).

56 Ağgül-Kırıcı, s. 132 vd.

57 The European Ombudsman, *The European Code of Good Administrative Behaviour*, s. 3, https://www.statewatch.org/media/documents/news/2002/mar/ombcode.pdf (10.03.2025).

58 The European Ombudsman, *The European Code of Good Administrative Behaviour*, https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510 (10.03.2025).

İyi idare kavramına dair, daha doğru bir ifadeyle iyi idarenin bir hak olarak Avrupa idare hukukuna dahil olma sürecine ilişkin yer vereceğimiz son uluslararası düzenleme ise 2007 tarihli "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere İyi İdare Konusunda CM/Rec(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı" (Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration)[59] olacaktır.

Söz konusu Tavsiye Kararında öncelikle iyi idarenin iyi yönetişimin bir görünümü olduğu belirtilmiştir. Avrupa Konseyinin iyi idareyi, iyi yönetişimin idare hukuku yönüne bakan alt kavramı olarak konumlandırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Kararda, iyi idarenin "kamu hizmetlerinin toplumun temel ihtiyaçlarını karşılaması gerektiği" anlamına geldiği ifade edilmiştir. Ayrıca iyi idarenin sağlanabilmesi için, mevzuatın uygun ve tutarlı, açık, kolay anlaşılır ve erişilebilir olması gerektiği fakat bunun yeterli olmayacağı, aynı zamanda idarenin organizasyon kabiliyeti ve nitelikli yönetiminin/işleyişinin olması gerektiği, etkin, verimli ve kamunun ihtiyaçlarına uygun hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu şekilde hareket ederken, idarenin faaliyetlerinden etkilenenlerin hak ve menfaatleriyle, toplumun genelinin, özellikle zayıf veya savunmasız olanların menfaatleri arasında bir denge kurması gerektiği vurgulanmıştır[60]. Ayrıca iyi idarenin sağlanabilmesi için, idarenin nicelik ve nitelik açısından yeterli kamu görevlisine sahip olması gerektiği ifade edilmiştir.

Avrupa Konseyine göre, idare karşısında kişilere tanınmış mevcut hakların, iyi idare hakkıyla bütünleştirilmesi ve iyi idare hakkının gerekliliklerinin genel bir yasal araçla güçlendirilebilmesi gerekmektedir. Konsey, üye devletlere hukuk devleti ilkeleri ve demokrasi çerçevesinde, bütün bu kapsamıyla iyi idareyi, ge-

---

59 *Recommendation CM/Rec(2007)7* of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, 20 Haziran 2007, https://rm.coe.int/16807096b9 (10.03.2025).

60 Metinin orijinal hâli şöyledir: "Considering that good administration in many situations involves striking an appropriate balance between the rights and interests of those directly affected by state action on the one hand, and the protection of the interests of the community at large, in particular those of the weak or vulnerable, on the other, and recognising that procedures intended to protect the interests of individuals in their relations with the state should in certain circumstances protect the interests of others or the wider community".
Her ne kadar Türk hukuk literatüründe söz konusu ifade "iyi idarenin pek çok durumda, devletin faaliyetlerinden doğrudan etkilenenlerin, özellikle zayıf ve hassas olanların hak ve çıkarları ile toplumun çıkarları arasında uygun bir denge kurulması gerektiğini göz önünde bulundurarak (...)" şeklinde Türkçeye çevrilmiş olsa da, biz "pek çok durumda iyi idarenin, bir yandan devletin/idarenin faaliyetlerinden doğrudan etkilenenlerin hak ve menfaatleri ile toplumun genelinin, özellikle de zayıf veya savunmasız olanların menfaatlerinin korunması arasında uygun bir denge kurmayı içerdiğini göz önünde bulundurarak, (...)" şeklinde çevrilmesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Karş. Onur Karahanoğulları (Terc. Onur Karahanoğulları), "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007)7 sayılı Tavsiye Kararı", *Danıştay Dergisi*, Cilt 37, Sayı 116, 2007, s. 3; Ağgül-Kırıcı, s. 77.

liştirmeyi tavsiye etmiştir. Bu doğrultuda üye devletlerin hedefler saptamasını, bu hedeflerin takibini yapmasını, hedef doğrultusunda hareket edilmesini, en iyi sonuçları elde edebilecek en iyi araçları bulmanın teşvik edilmesini, denetim mekanizması işletmesini önermiştir. Ayrıca Konsey, iyi idare hakkının, söz konusu Tavsiye Kararına ekli Model Kanunda belirtilen standartlar uygun şekilde benimsenerek ve bunların idare tarafından etkili şekilde uygulanması sağlanarak üye devletler tarafından geliştirilebileceğini söylemektedir.

Ekli Model Kanun, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde iyi idare hakkının gerekleri olan ilkeler yer almaktadır. Bunlar düzenlenme sırasıyla; kanunilik, eşitlik, tarafsızlık, ölçülülük, hukuki kesinlik, makul süre içinde harekete geçme, katılım, özel hayatın gizliliğine saygı ve şeffaflıktır.

İkinci bölüm ise genel olarak idari işlemin tesis sürecine ilişkindir. Burada yer alan ilkeler; dinlenilme hakkı, düzenleyici olmayan idari işlemlere katılım, karara karşı başvuru yollarının ve süresinin belirtilmesi yükümlülüğü, gerekçeli idari karar hakkı, kararın ilgiliye bildirim yükümlülüğüdür. Son olarak üçüncü bölümde, idari işleme karşı yargısal ve zorunlu veya ihtiyari idari başvurular ile idarenin hukuka aykırı eylem veya işlemlerinden zarar gören kişinin tazmin hakkı düzenlenmiştir.

Sonuç olarak yukarıda yer verilen tüm düzenlemelerden hareketle denilebilir ki; Avrupa'da iyi idare, idari işlem karşısında bireyin korunmasına yarayacak idari usul ilkelerini kapsayan bir üst ilke olarak ortaya çıkmış fakat gelişim sürecinde, hem "modern devletin temel değerlerinden biri"[61] olarak konumlanmış, hem de başlı başına bir insan hakkı mertebesine yükselmiştir. Fakat dahil edildiği hak kategorisi, içinde kanunilik, ayrımcılık yasağı, dinlenilme, bilgi edinme, şeffaflık, katılım gibi bir dizi hakkın yer aldığı ve bu haklarla birlikte anlam ifade eden, bir üst kategoridir. Nitekim yaygın olarak kabul gören bir görüşe göre, "iyi idare kavramı, kendi içinde yalnızca nesnel bir ilke olan ve bileşen ilkeleri aracılığıyla belirli öznel haklar tanıyan bir şemsiye ilkedir."[62]

Esasında bu üst kategori, bir bütün olarak idare ile ilgilidir. İdari örgütün organizasyonundan kamu hizmetlerinin sunuluş şekline, idari işlemin yapılış sürecinden kolluk faaliyetine kadar her alanda iyi idare hakkı ve bu hakkın altında konumlanan, iyi idarenin gereği olarak görülen pek çok hak, birey tarafından talep edilebilir ve bu bireyin idare karşısında konumunu güçlendirir.

---

61 "O halde denilebilir ki her iki örgütün temel değerleri olmak bakımından ortak bir zemine işaret eden hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarına dördüncü bir temel değer eklenmiştir. O da iyi idaredir." Ağgül-Kırıcı, s. 144; "The concepts of the rule of law, democracy, and good governance are the cornerstones of the modern state." Henk Addink, *Good Governance Concept and Context*, Oxford, 2019, s. 3.

62 Hofmann and Mihaescu, s. 90; Nikos Vogiatzis, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, Palgrave Macmillan London, 2018, s. 39.

İdarenin keyfi işlem ve eylemlerine karşı bireyi koruyan, bireyin kendisine güven duyacağı idareyi inşa eden, dolayısıyla birey ile idare arasında etkin bir iş birliği sağlayan[63] iyi idare kavramının bireye tanıdığı hakların idare tarafındaki görünümü yükümlülüktür. Bir başka deyişle iyi idare, bireye tanınan haklar ile idarenin kamu yararı motivasyonuyla geniş anlamda kamu hizmeti faaliyetini yerine getirirken bireyin söz konusu haklarını korumaya ilişkin sorumluluğu arasındaki dengenin korunduğu idaredir[64].

C. Türk Hukukunda İyi İdare

Bir kavram olarak iyi idare, Türk hukukunda anayasal düzeyde korumaya sahip değildir. Bir hak ya da hukukun genel bir ilkesi olarak ele alındığı yasal bir düzenleme de mevcut değildir. Fakat iyi idarenin gerekleri olan hak ve yükümlülüklerle, ilke ve kurallarla ilişkilendirilebilecek hükümler Anayasa'da mevcuttur.

Örneğin Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2'nci madde iyi idare ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır. Zira iyi idarenin gereği olarak ifade edilen pek çok alt ilke hukuk devleti ilkesinden türemiştir. Aynı şekilde eşitlik ilkesini, pozitif ayrımcılığı ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 10'uncu madde, temel hak ve özgürlüklerin (maddede belirtilen diğer gereklerle birlikte) ölçülülük ilkesine uygun olarak yalnızca kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen 13'üncü madde, özel hayatın gizliliğini ve kişisel verilerin korunması hakkını düzenleyen 20'nci madde, kanuni idare ilkesini düzenleyen 123'üncü madde, "devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." düzenlemesinin yer aldığı 40'ncı maddenin 2'nci fıkrası, dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvuru hakkının düzenlendiği 74'üncü madde de aynı şekilde iyi idare hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

Bu düzenlemelerin haricinde, anayasa koyucunun ifadesiyle, "idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla" kurulan Devlet Denetleme Kurulunun düzenlendiği 108'inci madde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu ve kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu düzenleyen 125'inci madde, kamu görevlilerine, "anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma" ödevini yükleyen "129'uncu madde de iyi idare hakkına hizmet etmektedir.

---

63 Yu Keping, "Governance and Good Governance: A New Framework for Political Analysis", *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, Sayı 11, 2018, s. 6.

64 Abdullah Yılmaz, Duru Şahyar Akdemir, "'İyi İdare Hakkı' Bağlamında İçişleri Bakanlığı 'Açık Kapı Uygulaması' Üzerine Notlar", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, 2019, s. 24.

Bir kavram olarak iyi idare hakkının doğrudan Anayasada düzenlenmesi, hakkın koruma kalkanı açısından şüphesiz ki arzu edilendir. Fakat iyi idare hakkının gerekleri olan hak, yükümlülük, ilke ve kuralların Anayasada yer alması, iyi idare hakkı kavramının, içeriğinin ve kapsamının yasal bir düzenlemenin konusu olması da beklenen faydayı sağlayacaktır. Fakat ne yazık ki Türk hukukunda odağında iyi idare hakkının yer aldığı bir yasa mevcut değildir. İyi idare kavramının yansımaları; Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu gibi çeşitli kanunlarda görülmektedir. İyi idarenin gerekliliklerine ise mevzuatta yalnızca "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"te açıkça yer verilmiştir. Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde "*kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar*" denilerek, ilkeleri (sınırlı sayıda olmayacak şekilde) belirtmekle yetinilmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın iyi idare konusu nasıl ele aldığına da ayrıca değinmek gerekir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Avrupa Birliğinde iyi idare, AB Temel Haklar Şartında bir hak olarak nitelendirilmeden önce, ABAD içtihatlarında hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmekteydi. Türk hukukunda henüz anayasal ya da yasal düzlemde ele alınmamış olan iyi idare hakkına yargı organlarının bakışı, kavramın gelişim seyri açısından bu nedenle önemlidir.

AYM kararlarına bakıldığında, yüksek mahkemenin iyi idare kavramından ziyade iyi yönetişim veya iyi yönetim kavramını kullanmayı tercih ettiği görülmektedir. Meseleye değindiği kararlarında, "*idarenin iyi yönetişim ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğünün olduğu Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında ifade edilmiştir*"[65] kalıbını yahut "*idarenin iyi yönetim ilkesine*

65 Bkz. Şehmus Altuğrul, B. No: 2017/38317, 13/01/2021, § 54; Özcan Bayrak B. No: 2019/14060, 03/11/2022, § 56; D.K. Başvurusu, B. No: 2019/32695, 10/05/2023, § 28; Nurullah Kıratlı, B. No: 2019/372, 03/05/2023, § 32; Osman Akba, B. No: 2019/3436, 03/05/2023, § 31; Yunus Yıldırım ve Diğerleri, B. No: 2018/35325, 12/07/2023, § 35, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (10.03.2025).

uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır."[66] ifadesini kullanmaktadır. Yüksek mahkeme, iyi yönetişim kavramına daha çok ölçülülük, tutarlılık ve hızlılık ilkesi bağlamında başvurmaktadır[67]. İlgili kararların çoğunda, idarenin ölçülülük ilkesi bağlamında iyi yönetişim/iyi yönetim ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğünden söz etmektedir[68]. İyi yönetişim ilkesinin "*kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda kamu otoritelerinin uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini*" gerektirdiğini belirtmektedir[69]. Bu doğrultuda AYM, iyi yönetişim ilkesinin bir gereği olarak, "*idarelerin kendi hatalarının sonuçlarını gidermeleri ve bireylere yüklememeleri*" gerektiğini vurgulamaktadır[70].

Danıştay'ın kararları incelendiğinde ise, mahkemenin iyi idare/iyi yönetim/iyi yönetişim kavramlarını doğrudan ve açıkça bir hukuki değerlendirme ölçütü olarak kullanmaya başladığı tarihin çok eski olmadığı görülmektedir. İyi

66 Bkz. Veli Çelebi, B. No: 2016/5785, 11/09/2019, § 39; Abdullah Tantaş ve Diğerleri, B. No: 2018/2739, 15/12/2021, § 59; Ahmet Recai Kural, B. No: 2017/14702, 01/07/2020, § 55; Bülent Sinan Kaya, B. No: 2016/1854, 28/05/2019, § 53; Ümmü Çakır, B. No: 2015/18918, 28/11/2018, § 48; Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192, 07/11/2019, § 46; Fatih Aydın, B. No: 2018/18936, 21/04/2021, § 54; Nurcan Öztok, B. No: 2015/13201, 21/03/2019, § 50; Emine Dilek Onaran ve Diğerleri, B. No: 2017/19987, 12/02/2020, § 68; https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (15.03.2025).

67 Bkz. Şehmus Altuğrul, B. No: 2017/38317, 13/01/2021, § 54; Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 03/04/2014, § 68; Ekrem Sevim, B. No: 2018/10489, 10/05/2022, § 37; Ayten Yeğenoğlu, B. No: 2015/1685, 23/05/2018, § 44, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (10.03.2025).

68 Leyla Uğurlu, B. No: 2019/21264, 16/05/2024, § 20; Doğan Depişgen, B. No: 2016/12233, 11/03/2020, § 61; Ali Erşah Aydın ve Diğerleri, B. No:2019/11980, 29/06/2022, § 51; Cafer Sezgin ve Diğerleri, B. No: 2018/20720, 07/04/2021, § 45; Veli Çelebi, B. No: 2016/5785, 11/09/2019, § 39; Abdullah Tantaş ve Diğerleri, B. No: 2018/2739, 15/12/2021, § 59; Ahmet Recai Kural, B. No: 2017/14702, 01/07/2020, § 55; Bülent Sinan Kaya, B. No: 2016/1854, 28/05/2019, § 53; Ümmü Çakır, B. No: 2015/18918, 28/11/2018, § 48; Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192, 07/11/2019, § 46; Fatih Aydın, B. No: 2018/18936, 21/04/2021, § 54; Nurcan Öztok, B. No: 2015/13201, 21/03/2019, § 50; Emine Dilek Onaran ve Diğerleri, B. No: 2017/19987, 12/02/2020, § 68, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (15.03.2025).

69 Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 03/04/2014, § 68; Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.[GK], B. No: 2015/6728, 01/02/2018, § 100; Ekrem Sevim, B. No: 2018/10489, 10/05/2022, § 37; Ayten Yeğenoğlu, B. No: 2015/1685, 23/05/2018, § 44; Şehmus Altuğrul, B. No: 2017/38317, 13/01/2021, § 54, Cafer Sezgin ve Diğerleri, B. No: 2018/20720, 07/04/2021, § 45; Abdullah Tantaş ve Diğerleri, B. No: 2018/2739, 15/12/2021 § 59; Ahmet Recai Kural, B. No: 2017/14702, 01/07/2020, § 55; Emine Dilek Onaran ve Diğerleri, B. No: 2017/19987, 12/02/2020, § 68; https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (10.03.2025).

70 Leyla Uğurlu, B. No: 2019/21264, 16/05/2024, § 20; Fatih Aydın, B. No: 2018/18936, 21/04/2021, § 54; Vedat Oğuz, B. No:2018/35120, 15/09/2021, § 53; Ali Erşah Aydın ve Diğerleri, B. No: 2019/11980, 29/06/2022, § 51; Ekrem Sevim, B. No: 2018/10489, 10/05/2022, § 37; Veli Çelebi, B. No: 2016/5785, 11/09/2019, § 39; Abdullah Tantaş ve Diğerleri, B. No: 2018/2739, 15/12/2021, § 59; Ahmet Recai Kural, B. No: 2017/14702, 01/07/2020, § 55; Bülent Sinan Kaya, B. No: 2016/1854, 28/05/2019, § 53; Ümmü Çakır, B. No: 2015/18918, 28/11/2018, § 48; Muzaffer Peker, B. No: 2016/7192, 07/11/2019, § 46; Fatih Aydın, B. No: 2018/18936, 21/04/2021, § 54; Nurcan Öztok, B. No: 2015/13201, 21/03/2019, § 50; Emine Dilek Onaran ve Diğerleri, B. No: 2017/19987, 12/02/2020, § 68, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (10.03.2025).

yönetim kavramına açıkça yer verdiği -tespit edebildiğimiz- ilk karar 2019 tarihlidir[71]. Bu kararında Yüksek Mahkeme, "*denetim faaliyetlerinde objektifliğin ve* öngörülebilirliğin sağlanması açısından Kurum'un kendi faaliyetlerine sınırlama getirmesine herhangi bir engel bulunmadığı gibi, bu durum iyi yönetim ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir" ifadesi ile söz konusu ilkenin varlığına işaret etmiş ve iyi yönetim ilkesi kapsamında idarenin, kendisine tanınan yetkilerin kullanım koşulları ve sınırlarını belirleyebileceğini söylemiştir[72].

Doğrudan ve açıkça iyi yönetim/iyi yönetişim/iyi idare kavramlarını kullanmaya başlamadan önceki dönemde ise Danıştay, bu hakkın gereği olan ilkelere hukuki değerlendirmesinde yer vermekteydi. Elbette bunun sebebi iyi idare hakkının gereği olan alt ilke, hak ve kuralların pek çoğunun aynı zamanda bir idare hukuku ilkesi olmasıdır. Son yıllarda ise Danıştay'ın öncelikle, iyi idarenin AYM tarafından ele alınış şeklini benimsediği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, söz konusu ilke uyarınca idarenin eylem ve işlemlerinde uygun zamanı ve yöntemi tespit etmesi ve her daim tutarlı davranması gerektiğini vurgulamaktadır[73].

---

71 Bu tarihin birkaç yıl öncesinde Yargıtay'ın da "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere İyi İdare Konusunda CM/Rec(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı'nı zikrederek iyi idare kavramına yer verdiği kararları mevcuttur. Daha doğru bir ifadeyle, söz konusu kararlarında uyuşmazlığın çözümünde doğrudan ve açıkça iyi idare kavramına başvurmuştur. Hız limitinin aşıldığı gerekçesiyle davacı sürücülere verilen idari para cezalarının sulh ceza mahkemeleri tarafından iptal edilmesinin ardından, bu uyuşmazlıklar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına bozma istemiyle Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Yargıtay, söz konusu uyuşmazlıkları "(*...) hukuk devletinin bir erki olan idarenin görevi, öncelikle bireylerin kuralları ihlal etmesini bekleyip cezalandırma yoluna gitmesi değil, kurallara uygun davranma düzeyini ve alışkanlığını geliştirmek olmalıdır. Bu husus "iyi idare ilkelerinin" de bir gereğidir. Keza idarenin (Yürütmenin) iyi idare ilkeleriyle bağlı olması da hukuk devletinin bir gereğidir."* diyerek iyi idare ilkesine başvurmak suretiyle çözmüştür. Bkz. Yargıtay 7. CD, E. 2014/2954 K. 2014/14281 T. 08/07/2014; Yargıtay 19. CD, E. 2015/4955 K. 2015/3029 T. 18/06/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/9568 K. 2015/9230 T. 24/12/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/10701 K. 2016/326 T. 14/01/2016; Yargıtay 19. CD, E. 2015/2691 K. 2015/1828 T. 21/05/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/2704 K. 2015/1524 T. 14/05/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/7694 K. 2015/9494 T. 29/12/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/2622 K. 2015/1506 T. 14/05/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/4941 K. 2015/3034 T. 18/06/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/4962 K. 2015/3030 T. 18/06/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/4950 K. 2015/3033 T. 18/06/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/4964 K. 2015/3032 T. 18/06/2015; Yargıtay 19. CD, E. 2015/4959 K. 2015/3031 T. 18/06/2015, https://www.lexpera.com.tr/ (15.03.2025).

72 D13D, E.2015/1473 K.2019/703 T. 07/03/2019.

73 D13D, E.2019/29 K.2022/2328 T. 26/05/2022; D13D, E.2020/2438 K.2020/3081 T. 11/11/2020; "*iyi yönetişim ilkesi uyarınca idarenin tutarlı davranma yükümlülüğü de göz önüne alındığında, aynı hukuki statüde olan davacıya eşitlik ilkesine aykırı olarak farklı miktarda idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında bu yönüyle hukuka uygunluk bulunmamaktadır*." D13D, E. 2019/434 K. 2024/95 T. 11/01/2024; "Öte *yandan, Vergi Usul Kanunu'nun 123. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olarak davacıya bir cevap verilmemesi, iyi yönetişim ilkesi gereği uygun zamanda ve uygun yöntemle hareket etmesi gereken idarenin bu yükümlülüğüne de aykırılık oluşturmaktadır*." DVDDK, E. 2020/1171 K. 2022/77 T. 09/02/2022.

Öte yandan Danıştay, iyi idare hakkının hak arama özgürlüğüyle yakın ilişkisine dikkat çekmektedir[74]. Konuya ilişkin kararlarında, idarenin başvuruları hızlı sonuçlandırmasının ve başvuru usullerini kolaylaştırmasının iyi idare hakkının gereği olduğunu ifade etmekte[75]; tarafsızlık[76], adillik ve objektiflik[77], hızlı ve düzenlilik[78], başvuru sahibine yol gösterme yükümlülüğü[79] şeklindeki iyi idarenin gereklerini de iyi idare kavramı ile birlikte açıkça zikrederek hüküm tesis etme yoluna gitmektedir.

II. Türk Hukukunda İyi İdareyi Gerçekleştirme Aracı Olarak Kamu Denetçiliği Kurumu

A. Kamu Denetçiliği Kurumunun İdarenin Denetimi Görevinin Kapsamı

Kamu Denetçiliği Kurumu, kanun koyucunun ifadesiyle, "kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması" olarak, "idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak"[80] amacıyla kurulmuştur. Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" ise Kurumun söz konusu faaliyeti "iyi yönetim ilkelerini gözeterek"[81] yerine getireceğini be-

74 D6D, E. 2020/2651 K. 2022/6944 T. 13/06/2022; D6D, E. 2020/8562 K. 2022/3248 T. 17/03/2022; D6D E. 2019/18208 K. 2022/6510 T. 01/06/2022; D6D, E. 2019/18036 K. 2023/4952 T. 22/05/2023; D6D, E. 2019/15223 K. 2021/12008 T. 02/11/2021; D6D, E. 2020/6959 K. 2022/3728 T. 29/03/2022.

75 D6D, E. 2019/1325 K. 2022/7758 T. 19/09/2022; D6D, E. 2018/2921 K. 2022/2913 T. 10/03/2022; D6D, E. 2020/8106 K. 2023/6745 T. 21/09/2023; D6D, E. 2019/18036 K. 2023/4952 T. 22/05/2023; D6D, E. 2019/18309 K. 2022/2169 T. 24/02/2022; D6D, E.2019/12990 K. 2022/7728 T. 19/09/2022; D6D, E. 2021/4870 K. 2023/4830 T. 18/05/2023.

76 "İyi yönetişim ilkelerine göre, idarenin tarafsız hareket etme mükellefiyetinin bir yansıması da disiplin hukukundaki tarafsızlıktır." DİDDK, E. 2024/9 K. 2024/20 T. 05/06/2024.

77 D13D, E. 2019/2749 K. 2023/3242 T. 21/06/2023

78 D6D, E. 2020/4753 K. 2024/3263 T. 23/05/2024; D6D, E. 2020/5353 K. 2024/2730 T. 07/05/2024; D6D, E. 2020/6445 K. 2024/2516 T. 29/04/2024; D6D, E. 2023/8609 K. 2024/2367 T. 18/04/2024; D6D, E. 2020/5004 K. 2024/1644 T. 07/03/2024; D6D, E. 2020/2934 K. 2024/1344 T. 28/02/2024.

79 D6D, E. 2020/4753 K. 2024/3263 T. 23/05/2024; D6D, E. 2020/5353 K. 2024/2730 T. 07/05/2024; D6D, E. 2020/6445 K. 2024/2516 T. 29/04/2024; D6D, E. 2023/8609 K. 2024/2367 T. 18/04/2024; D6D, E. 2020/5004 K. 2024/1644 T.07/03/2024; D6D, E. 2020/2934 K. 2024/1344 T. 28/02/2024.

80 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (RG. 29.06.2012-28338) madde 1.

81 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, (RG.28.03.2013-28601 mükerrer) madde 1.

lirtmiştir. Dolayısıyla Kamu Denetçiliği Kurumu, yalnızca idarenin eylem ve işlemlerini değil aynı zamanda doğrudan bir işleme ya da eyleme dönüşmeyen tutum ve davranışlarını, yalnızca hukuka uygunluk yönünden değil, aynı zamanda insan hakları odaklı bir perspektiften, hakkaniyete ve iyi idarenin gereklerine uygunluk yönünden tetkik etme ve idareye konuya ilişkin tavsiyede bulunma görevine sahiptir. Bağımsız ve tarafsız bir idari otorite şeklinde konumlanan[82] Kamu Denetçiliği Kurumu, bu görevini yerine getirirken kural olarak[83], konuya ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilme[84], bilirkişi görevlendirebilme ve tanık dinleyebilme[85] imkânı bulunmaktadır[86]. Bu demektir ki, Kamu Denetçiliği Kurumuna idareyi, daha doğru bir ifadeyle idare ile birey arasındaki ilişkiyi bireyi etkin kılacak şekilde dönüştürme işlevi yüklenmiştir. Kararlarının idareye öneri niteliğinde olması, kendi inisiyatifi ile değil yalnızca başvuru halinde harekete geçebiliyor olması şüphesiz kusursuz bir denetim kurgusu değildir. Nitekim bu mesele bir sonraki başlık altında daha ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Fakat Kurumun, her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlaması ve bunu Türkiye Büyük

82 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde 12: "(1) Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Baş denetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.
(2) Baş denetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadır."

83 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde 18/2: "Devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Ancak, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler Başdenetçi veya görevlendireceği denetçi tarafından yerinde incelenebilir."

84 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde 18/1: "Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur. Bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında Başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci soruşturma açar."

85 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, madde 19: "(1) İnceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak Başdenetçi veya denetçiler bilirkişi görevlendirebilir. (2) 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklı kalmak üzere, bilirkişi olarak görevlendirilen kamu görevlilerine her inceleme ve araştırma konusu için (1.000), diğer kişilere her inceleme ve araştırma konusu için (2.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere görevlendirmeyi yapanın kararı ile bilirkişi ücreti ödenir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. (3) İnceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak Başdenetçi, denetçiler veya uzmanlar tanık ya da ilgili kişileri dinleyebilir."

86 Bu imkânların yanında Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 22'nci maddesine göre Kurumun yerinde inceleme yapabilme yetkisi de mevcuttur. m.22/4: "Şikâyet konusunun insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere, kadın ve çocuk haklarına ilişkin olması halinde yerinde inceleme ve araştırma yapılabilir. Kamuyu ilgilendiren genel konulara yönelik şikâyetlerde ise, şikâyetçi veya şikâyet edilen idarenin talebi üzerine yerinde inceleme ve araştırma yapılabilir. İlgili idare ve yetkililer bunun için gerekli her türlü kolaylığı sağlamakla yükümlüdür."

Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyona sunması, Komisyonun bu raporu kendi kanaat ve görüşlerini ekleyerek özet bir rapor halinde Genel Kurula takdim etmesi, ayrıca Kurumun raporunun Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulması, idarenin işlem, eylem, tutum ve davranışlarını geniş bir düzlemde tartışmaya açması bakımından oldukça önemlidir.

Kurum; hukuka, hakkaniyete, insan haklarına ve iyi idarenin gereklerine uygunluk yönünden yaptığı değerlendirmeyi meclis ve kamuoyu ile paylaşarak, esasında idarenin geniş anlamda iyi idareye dönüşümünü teşvik etmektedir.

Öte yandan Kurumun yaptığı idari denetim görevini önemli kılan, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin önlenmesi maksadının öncesinde ve ötesinde iyi idare hakkının gözetilmesi, iyi idarenin gerekleri olan ilke, hak ve kuralların denetimde her daim göz önünde bulundurulması ve böylelikle bir bütün olarak iyi idare hakkının Türk hukuk kültürüne yerleşmesine ve geleneksel birey-idare ilişkisinin dönüşmesine katkı sağlayabilme imkânıdır.

Daha açık bir ifadeyle, kanaatimizce Kamu Denetçiliği Kurumunun birincil varlık nedeni idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak değildir. Elbette amaçlarından biri idareyi hukuk sınırları içinde tutmaktır fakat Kurumunun birincil varlık nedeni, iyi idareye ulaşmaktır.

Kamu denetçiliği mekanizmasını idarenin muhatap olduğu diğer yargı dışı denetim yollarından ayıran, bireyi etkileyen, eylem ve işlemler de dahil olmak üzere her türlü idari tutum ve davranışın, insan hakları odağında, iyi idarenin gerekleri yönünden incelenmesi, böylelikle birey idare ilişkisinde rollerin güncellenmesi suretiyle oluşan yeni dengenin gözetilmesidir.

B. Kararlarının Niteliği ve Sahip Olduğu Yetkiler Karşısında Kamu Denetçiliği Kurumunun Etkinliği

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Karar Türleri" başlıklı 31'inci maddesine göre, "kurum, şikâyet başvurusuna ilişkin inceleme ve araştırma sonucunda tavsiye kararı, ret kararı veya karar verilmesine yer olmadığına dair karar verir."

Kurumun, söz konusu şikâyeti haklı görmesi halinde verdiği "tedbir alınması", "zararın tazmini", "uygulamanın düzeltilmesi" gibi kararlarının niteliği "tavsiye"dir[87]. Tavsiye kararlarının bağlayıcı olmadığı izahtan varestedir. Ka-

87 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik madde 32: "(1) İnceleme ve araştırma sonucunda şikâyetin yerinde olduğu kanaatine varılması hâlinde tavsiye kararı verilir. Kararda idare hakkında aşağıdaki tavsiyelerden bir veya birkaçına yer verilir:

rara uymayan idarenin hukuki bir yaptırıma muhatap kılınmaması elbette iyi idareyi gerçekleştirme aracı olan Kamu Denetçiliği Kurumunun işlevselliğini sorgulatmaktadır. Fakat kamu denetçiliğinin farklı ülkelerdeki örneklerine bakıldığında esasında bu kurgunun Türkiye'ye özgü olmadığı görülmektedir. Örneğin, modern anlamında ombudsmanlık kavramının yaratıcısı ve ilk uygulayıcısı olan İsveç'te de kurumun kararları tavsiye niteliğindedir.

Elbette idarenin yargı kararları ile kendini bağlı görmesi ve yargı kararlarını gecikmeksizin uygulaması hususunda dahi zorluk yaşanan, bu bakımından idarenin hukuk kültürü konusunda katetmesi gereken yolun uzunluğunun dikkate alınması gereken ülkemizde; kararların tavsiye formunda olmasına dair, aynı yöndeki diğer ülke uygulamalarını örnek gösterip "Türk hukukunda da olması gereken budur" demek çok zordur. Başka bir ifadeyle, Kamu Denetçiliği Kurumunun varlık amacını başka ülke uygulamalarında tavsiye niteliğindeki kararlarıyla yerine getirebiliyor olması, Türk hukuku açısından da bu formülün işleyeceği anlamına ne yazık ki gelmemektedir. Doktrinde bu soruna çözüm olarak, yani tavsiye niteliğindeki kararlarına idareyi uymaya zorlamak amacıyla, tıpkı İsveç'te olduğu gibi kamu görevlisine disiplin soruşturması açmak veya tıpkı Fransa'da olduğu gibi, Kurumun kararın muhatabı olan idareden ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin hükümlerini işletmesini istemek yetkisine sahip kılınması gerektiği ifade edilmektedir[88]. Fakat ilgili kamu görevlisine disiplin yaptırımı uygulanması, bir bütün olarak idarenin kötü idare uygulamasından sorumlu tutulması ve idareye iyi idare uygulamalarıyla donatılmış bir idari kültürün yerleşebilmesi için yeterli değildir. İlgili kamu görevlisine disiplin yaptırımı uygulanması idareye doğru ve yerinde davranışı telkin etmeye yetmeyecektir. Kaldı ki, ilgili kamu görevlisine disiplin yaptırımı, söz konusu kötü idari uygulama doğrudan bir kamu görevlisine isnat edilebiliyorsa ve davranışı bir disiplin suçu teşkil ediyorsa ancak o zaman uygulanabilir. Bu durumda dahi söz konusu kötü uygulamanın sorumlusu olarak bir kamu

---

a) Hatalı davranıldığının kabulü.
b) Zararın tazmini.
c) İşlem yapılması veya eylemde bulunulması.
ç) Mevzuat değişikliğinin yapılması.
d) İşlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi.
e) Uygulamanın düzeltilmesi.
f) Uzlaşmaya gidilmesi.
g) Tedbir alınması.
(2) Kurum, birinci fıkrada yer alan tavsiyeler dışında başka bir tavsiye kararı da verebilir.
(3) İlgili merci, tavsiye doğrultusunda tesis ettiği işlemi, aldığı önlemi veya tavsiye edilen çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kuruma bildirir."

88 Mutlu Kağıtçıoğlu "Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, 2018, s. 498.

görevlisinin "seçilmesi" bir bütün olarak idarenin ve idari organizasyonun diğer parçalarının kendi davranışını sorgulamasına engel olacaktır.

Bununla birlikte, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in tavsiye kararını düzenleyen 32'nci maddesinin kaleme alınışında, Kurumun, kararına konu olan olaya ilişkin ilgili idareye, bünyesindeki kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması başlatması yönünde bir tavsiye kararı vermesine engel bir husus yoktur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ombudsmanı ilgili kamu görevlisine karşı disiplin soruşturması açma veya kararın muhatabı olan idareden ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin hükümlerini işletmesini isteme yetkisine sahip olan İsveç ve Fransa'da bu imkân, verilen tavsiye kararının uygulanmamasının hukuki çaresi olarak kurgulanmamıştır. İdarenin denetimi sırasında kamu görevlisinin disiplin suçu oluşturabilecek eylem veya işlemleri ile karşılaşılırsa izlenecek olan bir yol olarak düzenlenmiştir[89]. Dahası İsveç Ombudsmanının bu yetkileri uygulamada nadiren kullandığı aktarılmaktadır[90].

O halde ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin hükümlerini işletmek/işletilmesini istemek yetkilerine sahip olan ülkelerde, ombudsmanın işlevselliği söz konusu yetkiden ileri gelmemektedir. Daha açık bir ifadeyle, bu ülkelerde kararları bağlayıcı olmayan, idarenin bir işlemini iptal etme yetkisine sahip olmayan, yaptığı inceleme esnasında bir disiplin suçu ile karşılaştığı takdirde buna ilişkin harekete geçebilme imkanına sahip olup da bu imkânı nadiren kullanmalarına rağmen işlevsel bir ombudsmanlık kurumundan bahsedilebiliyor olmasının sebebini başka bir yerde aramak gerekmektedir.

Öte yandan, ombudsmanlık kurumunun iyi idareyi sağlama aracı olarak görülebilmesi için kararlarının bağlayıcı olması gerekir demek, kurumun dinamiklerine aykırıdır. Nihayetinde ombudsmanlık kurumunun özünde bağlayıcı karar alma yetkisi zaten yoktur[91]. Tekrara düşmek pahasına bir kez daha ifade etmek gerekirse, ombudsman, idarenin iyi idarenin gereklerine ve bir bütün olarak iyi idare hakkına uygun davranıp davranmadığını denetleme, böylelikle bireyle idare arasındaki ilişkide bireyin güçlendiği yeni bir denge mekanizmasını tesis etme ve sürekli kılma gayesiyle hareket eder. Bu misyonu yerine getirirken, idareyi dönüştürebilmek ve dizginleyebilmek için, idare üzerinde

89 Muhammed Şahin, *Dünyada Ombudsmanlık ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu*, İKSAD, 2021, s. 83.

90 Ibid.

91 Selçuk Gişi, "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2017, s. 11 vd.; Tufan Erhürman, "Ombudsman", *Amme* İdaresi *Dergisi*, Cilt 31, Sayı 3, 1998, s. 89; Ömer Demir, "Kızıl Kraliçe Etkisi Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, 2021, s. 26.

bir otorite sahibi olabilmek için elindeki hukuki enstrüman bağlayıcı karar alma (ya da bağlayıcı bir etki yaratabilmek için kamu görevlilerini disiplin hükümleri ile korkutma) yetkisi değildir. Elindeki enstrüman, denetime konu olan idarenin uygulamaları hakkında meclise sunduğu yıllık raporlar ve her türlü kitle iletişim aracı yoluyla toplumla sürekli temas halinde bulunabilme, toplumu kamuya açık raporlar yoluyla sürekli bilgilendirme imkânıdır[92]. Böylelikle idare üzerindeki kamuoyu denetimini etkili/canlı/sürekli kılma gücüne sahiptir. Ombudsmanın hukuken bağlayıcılığı olmayan kararlarının idare üzerindeki tesiri bu yöntemle mümkün olmaktadır[93]. Ombudsmanın toplum üzerindeki etkisi, idare tarafında dönüştürücü bir otorite/güç olarak kendini gösterecektir.

Bu demektir ki, ilgili kanun uyarınca[94] Kurumun her yıl faaliyet ve önerilerine ilişkin bir rapor hazırlaması, bunu Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyona sunması, Komisyonun bu yıllık raporu kendi kanaat ve görüşlerini ekleyerek özet bir rapor halinde TBMM Genel Kuruluna takdim etmesi, yıllık raporun Resmî Gazetede yayımlanarak kamuoyuyla paylaşılması ve yıllık raporu beklemek zorunda olmadan Kurumun her zaman kamuoyuna açıklama yapabilme yetkisinin olması, idare üzerinde tesir yaratacak enstrümanların varlığını göstermektedir. Dolayısıyla Kurum, söz konusu imkânlarla toplum üzerinde konuya ilişkin bir kanaat ve duyarlılık oluşturabilme yeteneğine sahiptir.

Öte yandan, Kamu Denetçiliği Kurumunun iyi idareyi gerçekleştirmeye aracılık edebilmesine bir engel olarak kanaatimizce eleştirilmesi gereken husus, kararlarının bağlayıcı olmamasından ziyade, inceleme sürecini kendi başına başlatma imkânının olmamasıdır. Hem şikâyet üzerine hem de resen hareket geçme şeklinde bir işleyişte oluşacak iş yükünün Kurumun verimini düşüreceği ve bunun da toplum nezdinde Kuruma duyulan güveni zedeleyeceği gerekçesiyle[95] bu

92 Tufan Erhürman, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1-4, 2000, s. 159.

93 Erhürman, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?", s. 159; Demir, s. 28.

94 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (RG. 29.06.2012-28338) madde 22: "(1) Kurum, her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlayarak Komisyona sunar. Komisyon, bu raporu araverme ve tatil dönemleri hariç olmak üzere iki ay içinde görüşüp kendi kanaat ve görüşlerini de içerecek şekilde özetleyerek Genel Kurula sunulmak üzere hazırladığı raporu Başkanlığa gönderir. Komisyonun raporu Genel Kurulda ivedilikle görüşülür. (2) Kurumun yıllık raporu, ayrıca Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulur. (3) Kurum; açıklanmasında fayda gördüğü hususları yıllık raporu beklemeksizin her zaman kamuoyuna duyurabilir."

95 "Anayasa Komisyonunun raporunda görüşmeler sırasında teklif edilen ancak komisyonun teklif ettiği nihaî raporda yer almayan, ombudsmana "re'sen harekete geçme yetkisi verilmesi" ko-

şekilde kurgulanan işleyiş süreci, Kurumun bizzat kendisi tarafından da -defa-atle- bir eksiklik olarak dile getirilmektedir[96].

C. Kamu Denetçiliği Kurumunun İdari Kültür Üzerindeki Etkisi

Kamu Denetçiliği Kurumunun verdiği tavsiye kararlarına ilgili idarelerin uyum oranlarına ve bu oranların yıldan yıla yükselen grafiğine bakıldığında, Kurumun giderek etkisini artıran bir otorite olarak konumlandığını ve bu sayede iyi idareye ilişkin bir idari kültürün oluşmaya başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim uyum oranları kurumun faaliyete başladığını günden bu yana -10 yıl gibi kısa bir sürede- yüzde 20'lerden yüzde 80'lere dek çıkmıştır[97].

Kurumun kendi ifadesiyle "kurumumuzun tanınırlığı ve bilinirliğinin artması ile birlikte kurumumuza yapılan nitelikli başvuru sayısı da artmıştır. Nitelikli başvuru sayısındaki bu artış verilen tavsiye kararlarına da yansıyarak tavsiye karar sayılarımızı artırmıştır." Söz konusu tavsiye kararlarına idarelerin uyum oranındaki artışın nedeni de aynı şekilde ifade edilebilir. Zira hem idare hem de kamuoyu nezdinde Kamu Denetçiliği Kurumunun varlık amacı ve faaliyet alanının bilinirliğinin giderek artması, keza bu bilinirliğin artması için organize edilen kurumsal toplantı ve organizasyonlar, halk buluşmaları, çalıştaylar, çeşitli sivil toplum örgütleri, yerel yönetimler, kamu kurumları ile iş birlikleri söz konusu yükselişin nedenleri arasındadır. Ayrıca kurumu ve bireyin (kurumun görev alanına ilişkin) sahip olduğu hakları tanıtma amacıyla kitle iletişim

---

nusunun tasarıda ve Kanunda olmayışının sebebini şöyle açıklayabiliriz: Biz 16 yıl önceki ilk çalışmalarımıza ombudsman için "re'sen harekete geçme"yi koymuştuk, hattâ ombudsmana anayasaya aykırı bulduğu bir kanun aleyhine Anayasa Mahkemesinde dava açma yetkisini vermeyi bile düşünmüştük. Ama sonra vazgeçtik; çünkü, başlangıçta 75 milyonluk ülkede birdenbire belki de beklenenden çok fazla şikâyet başvurusu ile karşılaşacak olan ombudsman bu şikâyetleri inceleyeyim derken, bu iş yükü içinde re'sen görüp de incelemeye başlaması gereken, idareye tavsiyede bulunması gereken hukuka veya ihtiyaca aykırı işlem, eylem, tutum ve davranışları gözden kaçırabilirdi, toplumsal sorunlara yetişemeyebilirdi. Böylece toplumun gözünde beklentilere cevap vermeyen bir müessese durumuna düşebilir, halkı hayal kırıklığına uğratabilirdi. Yani daha başlangıçta; Kurumun başarısı tartışmaya başlanabilirdi. Şikâyetçi başvuru süresini geçirirse; ombudsmanın – toplumun çoğunluğunu ilgilendiren çok önemli bir konu ise- re'sen harekete geçebileceği şeklinde bir düzenleme getirmiştik, sonradan, işlerinin çoğalacağı endişesiyle vazgeçtik." Zehra Odyakmaz, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 14, s. 34.

96 Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, *2013 Yıllık Raporu*, s. 205; Kamu Denetçiliği Kurumu, *2014 Yıllık Raporu*, s. 308; Kamu Denetçiliği Kurumu, *2015 Yıllık Raporu*, s. 113 ve 212; Kamu Denetçiliği Kurumu, *2016 Yıllık Raporu*, ss. 315-320. Kamu Denetçiliği Kurumu, *2023 Yıllık Raporu*, s. 50, https://www.ombudsman.gov.tr/yayinlarimiz/yillikrapor (10.03.2025).

97 "Kurumumuz tavsiye kararlarına uyum oranı 2013 yılında yüzde 20'lerde iken; 2017 yılında yüzde 65'e, 2018 yılında yüzde 70'e, 2019 yılında yüzde 75'e, 2020 yılında yüzde 76,38'e yükselmiş, 2021 yılında bu oran yüzde 79,50'ye ulaşmış, 2022 yılında yüzde 80,01 olarak gerçekleşmiştir. 2023 yılında ise uyum oranı yüzde 77,51 olmuştur." *2023 Yıllık Raporu*, s. 16.

araçlarının aktif kullanımı, basınla ilişkilerin güçlendirilmesi de uyum oranındaki artışın nedenleri olarak sayılabilir. Böylelikle Kurum, arkasına aldığı kamuoyu desteği ile birlikte idare üzerinde iyi idare ilkelerine "uyum sağlama" baskısı yaratabilmiştir.

Tüm bunların yanında, 2017 yılında Kurum bünyesinde kurulan, görevlerinden biri kurumca verilen tavsiye, gönderme, dostane çözüm kararlarının etkin takibinin yapılması olan "Araştırma, Takip ve Değerlendirme Bürosu" da söz konusu istatistiklerin yükselmesinde ve idarelerin Kurumun kararlarına olumlu yaklaşımında bir neden olarak görülebilir[98].

Özellikle vurgulanması gereken bir diğer neden ise, karara uymayan idarenin, bu iradesini TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyonda gerekçeleriyle birlikte açıklama zorunluluğudur[99]. Zira karara uymama gerekçelerini milletvekilleri huzurunda dile getirme mecburiyeti, idare nezdinde meclis baskısını ve aslında Kamu Denetçiliği Kurumunun tesirini artırmaktadır.

Nihayetinde Kamu Denetçiliği Kurumu, sahip olduğu imkânlarla, vereceği tavsiye ve dostane çözüm kararlarıyla idare üzerinde iyi idare anlayışına uygun tutum ve davranışlardan oluşan bir idari kültürün şekillenmesine katkı sağlamaktadır. İyi idare hakkının ve iyi idare hakkının gerektirdiği bütün hak, ilke ve kuralların yaygınlaşıp kurumsallaşmasını sağlayarak idari kültürü dönüştürmektedir[100]. Zira Kurum kararlarının etkisi yalnızca mevcut sorun üzerinde değildir.

---

98 "Bu Büroya Kurumumuzca verilen tavsiye, gönderme, dostane çözüm kararlarının etkin takibinin yapılması, yıllık rapor çalışmalarının yürütülmesi ile şikâyet başvurularına ilişkin genel/özel istatistiklerinin oluşturulması ve buna ilişkin bilgi taleplerinin karşılanması görevleri verilmiştir. Bilindiği üzere 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, tavsiye kararı verilen idarelerin bu karar üzerine tesis edilecek işlemi otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesi yükümlülüğü öngörülmektedir. Bu yükümlülük tavsiye kararlarının metinlerinde de ayrıca belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülüğün kimi zaman yerine getirilmediği gözlemlenmektedir. Araştırma Takip ve Değerlendirme Bürosu da bu noktada tavsiye kararı verilen idarelerle iletişime geçmekte ve söz konusu yükümlülüğü idarelere bir kez daha hatırlatmaktadır. Ayrıca; idarelerle yapılan görüşmelerde Kurumumuzun tavsiye kararlarının mahiyeti ve idarelere yükümlülüklerinin hatırlatılması yanında, Kurumumuz hakkında ve ilgili idareye düşen sorumluluklar hususunda yeterince bilgi sahibi olmayan idarelere öncelikle Kurumumuzun işlevi, hangi durumlarda tavsiye kararı verildiği ve tavsiye kararı üzerine yapılacak bildirimin kapsamı hususunda bilgilendirme yapılmaktadır. Bunun yanı sıra idarelere tavsiye kararının içeriği ve tereddüt oluşması halinde hukuki açıklamalar yapılmak suretiyle idare yetkilileri bilgilendirilmektedir. *2023 Yıllık Raporu*, s. 617.

99 *2023 Yıllık Raporu*, s. 618.

100 Ramazan Şengül, Cihan Necmi Günal, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Türkiye'de İdari Kültürün Şekillenmesine Etkisi", *Ombudsman Akademik*, Cilt 9, Sayı 17, 2023, s. 76.

Kamu Denetçiliği Kurumu idare ile birey arasındaki uyuşmazlıkta idarenin işlem, eylem, tutum ya da davranışının insan hakları odağında iyi idarenin gereklerine aykırı olduğunu tespit ettiğinde, aslında bu ve bunun gibi bir hareketin "kötü yönetim" anlamına geldiğini ortaya koymaktadır. Ve bu kötü yönetimin iyi idareye uygun davranışlara dönüşmesi için idareyi çeşitli vasıtalarla "ikna" etmeye çalışmaktadır. Bu sebeple Kurumun iyi idare anlayışına uygun bir idari kültürün oluşturulmasında sahip olduğu konum önemlidir. Eğer idarede yerleşik olan değerlerin yani idari kültürün iyi idare anlayışına uygun şekilde şekillenmesi/dönüştürülmesi hedefleniyorsa, bu süreçte Kamu Denetçiliği Kurumunun payı büyük olacaktır.

Şöyle ki, idarede kabul gören ve o doğrultuda hareket edilen, ya da toplum tarafından idarenin o doğrultuda hareket edileceğine inanılan değerler, alışkanlıklar, uygulamalar, eğilimler, yaklaşımlar, tutum ve davranışlar idari kültür olarak tanımlanacak olursa[101], söz konusu idari kültürü iyi idare anlayışına ve onu besleyen alt ilke ve kurallara uygun şekilde dönüştürebilmek, birey-idare ilişkisinin birey odaklı dönüşümüne de hizmet edecektir. Kamu Denetçiliği Kurumu, esasında tam da bu amaca yönelmelidir. Daha doğru bir ifadeyle söz konusu misyon, Kamu Denetçiliği Kurumunu önemli ve eşsiz yapandır. Kamu Denetçiliği, idari kültürün iyi idare yönünde şekillenmesine katkı sağladığı, idareyi iyi idareye yönlendirebildiği, idari kültürün birey-idare ilişkisinin dönüşümüne ket vuran sorunlu yanlarını törpüleyebildiği oranda değer ve önem sahibi olacaktır. Kurum, idareleri ve sahip olduğu idari kültürü, iyi idare anlayışına uygun şekilde düzeltip iyileştirebilme gücü sayesinde değerlidir. Ve bunu gerçekleştirebildiği oranda eşsizdir.

Kamu Denetçiliği Kurumunu özgün ve önemli kılan, idarelerin özellikle tutum ve davranışlarını bağımsız ve tarafsız bir idari otorite olarak değerlendirebilmesi, konuya ilişkin görüş ve önerilerini idareye bildirerek onu "doğru, iyi ve adil olana" yönlendirebilmesi, sahip olduğu ikna araçlarını kullanarak yalnız o olaya ilişkin değil, sonraki benzer durumlarda da idarenin tutum ve davranışının "doğru, iyi ve adil" yönde olmasını sağlayabilmesidir. İdarenin, yargı organının dahi denetleyemediği hareket alanına, bir başka deyişle yerindelik alanına dokunabilen ve hatta o dokunulmaz alandaki iradesini, idareyi zorlayıcı bir enstrümana sahip olmaksızın yalnızca ikna (ve Meclise raporlama ve izaha davet yoluyla baskı) araçlarıyla dönüştürebilen/şekillendirebilen bir misyona sahip olması Kamu Denetçiliği Kurumunu özgün ve etkili yapandır.

Kurumun, tüm gerekliliklerıyle birlikte bir bütün olarak iyi idare odağında, idareyi ve idari kültürü dönüştürme misyonunu, kararlar üzerinden somut-

101 İdari kültür tanımları için bkz. Şengül, Günal, s. 65 vd.

laştıracak olursak, öncelikle makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin Kurumun tavsiye kararlarına en sık konu olan iyi idare ilkeleri olduğu saptamasını yapmak gerekmektedir.

Örneğin belediye tarafından ilgilinin rızası dışında takılan ön ödemeli akıllı sayacın, yine rızası alınmaksızın eski sayaç ile değiştirilip söz konusu değişiklik için ilgiliden tahsil edilen tutarın iadesi talebiyle yapılan başvuruda Kurum, belediyenin kartlı sayaç kullanımının zorunlu tutulması şeklindeki uygulamasının konuya ilişkin yargı içtihatları doğrultusunda hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş ve söz konusu bedelin başvurucuya iade edilmesi gerektiğini tavsiye etmiştir. Ayrıca, ilgili kişinin idareye dilekçe yoluyla yaptığı başvuruya, idarenin verdiği cevabın *"sadece belli bir belgeden ibaret olduğu ve bu yönüyle konuya ilişkin ayrıntılı bilgiyi ihtiva etmediği"*ni belirtmiş ve dolayısıyla iyi idare ilkelerinden "kararın gerekçeli olması" ilkesine uyulmadığını tespit etmiştir[102].

Bir başka kararında, başvurucunun emlak vergisi indiriminden faydalanma talebiyle yaptığı başvuruyu 6 ayı aşkın süre sonunda vergi indirimi talebinin reddi şeklinde yanıtlayan idarenin, söz konusu işlemi hukuka ve hakkaniyete aykırılık teşkil etmese bile, söz konusu yanıt süresinin haklı bir gerekçesinin olmadığı tespitinde bulunmuştur. Bu doğrultuda idarenin makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi ilkelerine uygun davranmadığı sonucuna ulaşılmıştır[103].

Bir diğerinde ise; başvurduğu pozisyon için idare tarafından yapılan mülakat esnasında, kamera kaydı tutulmadığı, sınava dair soru ve cevapların kayıt altına alınmadığı, komisyon üyelerince takdir edilen notların gerekçesiyle ortaya konmadığı ve sınav öncesi aşağılayıcı muamelede bulunulduğu gerekçesiyle sınavın iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan başvuruda, ilgili idarenin söz konusu işleminin hukuka aykırı olduğu tespitinde bulunmuştur. Zira Kurum, ilgili idarenin sözlü sınavlar sonucunda tesis edilen işlemlerin yargı denetimini mümkün kılacak, ilgilinin başarısız olarak değerlendirilmesine etki eden hususları ortaya koyacak şekilde sınavda sorulacak soruların ve cevapların önceden hazırlanması, her adaya sorulan soruların ve verilen cevapların kayda alınması ve adayların verdiği yanıtlara hangi komisyon üyesince, hangi notun takdir edildiğinin gerekçeleriyle tutanakta ayrı ayrı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kurum, ilgili idare bu gerekliliği yerine getirmediğinden, söz konusu sözlü sınavın hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Kararda ayrıca idarenin bu tutumunun "kararların gerekçeli olması", "şeffaflık" ve "hesap verilebi-

102 KDK, B. No: 2023/7511 T. 08/11/2023 https://kararlar.ombudsman.gov.tr/ (10.03.2025).
103 KDK, B. No: 2023/18990 T. 03/05/2024 https://kararlar.ombudsman.gov.tr/ (10.03.2025).

lirlik" ilkelerine aykırılık teşkil ettiği kanaatine ulaşılmıştır[104].

Son olarak yer vermek istediğimiz bir kararında Kurum, Türk vatandaşlığından çıkmak amacıyla İç İşleri Bakanlığına yaptığı başvuru, 2 yıla yakın süredir sonuçlanmamış olan bireyin, söz konusu başvurusunun sonuçlandırılması talebine dair inceleme ve değerlendirmede bulunmuştur. İç İşleri Bakanlığı konuya ilişkin, "*arşiv araştırmasında herhangi bir sürenin* öngörülmediği, *diğer kurumlardan, kişi ile ilgili nihai değerlendirmeye esas bilgi geldiğinde ancak karar verilebileceği, her kişinin özel durumunun farklılık arz ettiği, farklı kurumlardan farklı yazışma yapmayı gerektirdiği, dolayısı ile sürenin* aşılabildiği, (...) değerlendirme *sürecinin halen devam ettiği*" bilgisini paylaşmıştır. Mevzuatta da Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına dair iş ve işlemlere ilişkin sürecin ne kadar sürede sonuçlandırılacağına dair bir kural yer almadığı tespit edilmiştir. Buna rağmen Kurum isabetli olarak, idarenin ilgili kişi açısından "makul sürede karar verme", "hesap verilebilirlik", "şeffaflık", ve "kararların gerekçeli olması" ilkelerine uygun davranmadığı sonucuna varmıştır[105].

Yukarıda birkaçına örnek verdiğimiz, iyi idare ilkelere aykırılık gerekçesiyle verilen tavsiye kararlarının birkaç bine ulaşan sayısına bakıldığında söz konusu ilkelerin iyi idare ilkeleri arasında idarenin uymakta en çok direnç gösterdiği ilkeler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Söz konusu ilkelerde, eşitlik, ayrımcılığın önlenmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi idare ilkelerinde var olan anayasal ve/veya yasal bir dokunulmazlık zemininin olmaması elbette bu dirençte etkilidir. Fakat Kamu Denetçiliği Kurumunun dönüştürücü etkisi de esas olarak, idarenin uymakta direnç gösterebileceği, buna dair önünde anayasal/yasal bir zorunluluk görmediği bu türden ilkelerde ortaya çıkacaktır. Çünkü bu türden ilkelere idarenin uyum göstermesini başardığı oranda etkili ve etkin bir kamu denetçiliğinden bahsedilebilecektir. Kurumun idareyi istikrarlı, sistemli ve tutarlı şekilde, bu yönde davranmaya yönelik telkini bu direnci kıracak ve idareyi dönüştürücü etkisi tam da bu anlama gelecektir.

Esasında Kamu Denetçiliği Kurumunun söz konusu ilkelere uygun davranması hususunda idareye verdiği tavsiye kararlarından sonra, idarenin eylem, işlem, tutum ve davranışlarını bu yönde düzeltip düzeltmediğine dair erişilebilir verilerin varlığı, Kurumun etkisini daha iyi ortaya koyacaktır. Bir başka deyişle idarelerin, Kurumun kararına konu olan vakaya ilişkin uyum oranlarının yükselen ve yüzde 80'lere dayanan grafiği elbette Kurumun etkisini göstermektedir; fakat etkililik değerlendirmesinde uyum oranı verisi tek başına yeterli değildir. Tam manasıyla bir etkililikten söz edebilmek için, idarelerin iyi idare

104 KDK, B. No: 2024/166 T. 14/06/2024 https://kararlar.ombudsman.gov.tr/ (10.03.2025).
105 KDK, B. No: 2024/5977 T. 07/11/2024 https://kararlar.ombudsman.gov.tr/ (10.03.2025).

hakkını ve iyi idarenin gereklerini özümseyip, kurum kültürünün bir parçası haline getirmiş olmaları, bundan sonraki tutum ve davranışlarında bu doğrultuda tutarlı bir davranış sergilemeleri gerekir. Bu yönde bir dönüşümün başlayıp başlamadığını takip edebilmek için de Kamu Denetçiliği Kurumunun buna ilişkin bir takip sistemine sahip olması lazımdır[106]. Söz konusu takip sistemi sayesinde hem kurumun etkililik değerlendirmesi daha gerçekçi yapılabilecek hem de etki sağlaması için yeni yöntemler geliştirilebilecektir.

Sonuç

İyi idareyi gerçekleştirme aracı olarak Kamu Denetçiliği Kurumu; sahip olduğu enstrümanlarla, idarenin eylem, işlem, tutum ve davranışlarını hem hukuka uygunluk yönünden hem de insan hakları odaklı bir perspektiften, hakkaniyete ve iyi idarenin gereklerine uygunluk yönünden incelemektedir. Dahası söz konusu incelemeyi TBMM ve kamuoyu ile paylaşan, böylelikle idarenin yerindelik alanını Meclisin ve kamuoyunun onayına sunan özgün konumuyla Kurum, idare ile birey arasındaki ilişkiyi bireyi etkin kılacak şekilde dönüştürme işlevini üstlenmiştir.

Üstlendiği söz konusu işlev, aynı zamanda iyi idare hakkının ve iyi idare hakkının gerektirdiği bütün hak, ilke ve kuralların yaygınlaşıp kurumsallaşmasına ve böylelikle iyi idare anlayışına uygun tutum ve davranışlardan oluşan bir idari kültürün oluşumuna hizmet etmektedir.

Kurumun işlevini ve bu işlevin aracılık ettiği söz konusu misyonunu gerçekleştirebilmesinin önünde, inceleme sürecini kendi başına başlatma imkânının olmaması bir eksiklik olarak dile getirilebilir. Fakat bu husus göz ardı edilirse, idarenin ve sahip oldukları idari kültürün iyi idare yönünde şekillenmesine sağlayabileceği katkı, kurumu eşsiz kılmaya yetmektedir. Zira yargı dışı denetim otoriteleri arasında, idarenin yalnızca eylem ve işlemlerini değil, tutum ve davranışlarını da "doğru, iyi ve adil olana" yönlendirmek, yerindelik alanına dokunabilmek, buna ilişkin sahip olduğu ikna ve baskı araçlarını kullanarak yalnız o olaya ilişkin değil, sonraki benzer durumlarda da tutum ve davranışların bu yönde şekillenmesi sağlamak yönünden Kurumun bir benzeri yoktur.

Ancak teorideki bu etkinin, pratikteki yansımasını görebilmek için, Kamu Denetçiliği Kurumunun söz konusu ilkelere uygun davranması hususunda idareye verdiği tavsiye kararlarından sonra, idarenin eylem, işlem, tutum ve davranışlarını bu yönde düzeltip düzeltmediğine dair bir geri bildirim mekanizmasının kurulması ve buna ilişkin verilerin düzenli olarak tutulup kategorize edildiği bir sistemin oluşturulması gerekmektedir.

106 Aynı yönde bkz. Ağgül-Kırıcı, s. 254.

KAYNAKLAR

- Addink, Henk, *Good Governance Concept and Context*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- Addink, Henk, "Good Governance: Important in Practice, Theories and Definitions", *Halu Oleo Law Review*, Cilt 1, Sayı 1, 2017, ss. 1-32.
- Ağgül-Kırıcı, Feiza, *Avrupa Örneğinden Hareketle İyi İdare*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Aktan, Coşkun Can, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2015, ss. 50-60.
- Ayman-Güler, Birgül, "Yönetişim: Tüm İktidar Sermayeye", *Praksis*, Sayı 9, 2003, ss. 93-116.
- Ayman-Güler, Birgül, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Üzerine", *Devlette Reform Yazıları*, Paragraf Yayınları, Ankara, 2005, ss. 75-127.
- Azrak, Ülkü, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 33, Sayı 1-2, 1967, ss. 66-82.
- Bayramoğlu, Sonay, *Yönetişim Zihniyeti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- Boz, Selman Sacit; Yurdaer, Cihat; Eraslan, Yunus, "İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019, ss. 497-532.
- Chevallier, Jacques (Terc. Ertuğrul Cenk Gürcan), *Hukuk Devleti*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- Craig, Paul, "Article 41: The Right to Good Administration", Ed. Steve J. Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, Angela Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2. Bası, Beck Hart Nomos, 2021, ss. 1125-1151.
- Demir, Ömer, "Kızıl Kraliçe Etkisi Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu", *Ombudsman Akademik*, Cilt 7, Sayı 14, 2021, ss. 13-32.
- Eide, Asbjørn, "Good Governance, Human Rights, and the Rights of Minorities and Indigenous Peoples", Ed. Hans-Otto Sano, Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, ss. 47-71.
- Erhürman, Tufan, "Ombudsman", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 3, 1998, ss. 87-102.
- Erhürman, Tufan, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1-4, 2000, ss. 155-180.
- Gişi, Selçuk, "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2017, ss. 1-42.
- Güzelsarı, Selime, "Neo-liberal Politikalar ve Yönetişim Modeli", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 36, Sayı 2, 2003, ss. 17-34.
- Hacımuratlar, Zeliha, *İdari Usule Katılım*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2011.
- Hofmann, Herwig; Mihaescu, Bucura, "The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case", *European Constitutional Law Review*, Cilt 9, Sayı 1, 2013, ss. 73-101.

- Ka´nska, Klara, "Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights", *European Law Journal*, Cilt 10, Sayı 3, ss. 296-326.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, "Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, 2018, ss. 457-512.
- Karahanoğulları, Onur (Terc. Onur Karahanoğulları), "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007)7 sayılı Tavsiye Kararı", *Danıştay Dergisi*, Cilt 37, Sayı 116, 2007, ss. 1-10.
- Karakul, Selman, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Cilt 2, Sayı 3, 2015, ss. 61-105.
- Keping, Yu, "Governance and Good Governance: A New Framework for Political Analysis", *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, Sayı 11, 2018, ss. 1-8.
- Kesim, H. Kutay; Petek, Ali, "Avrupa Komisyonunca Belirlenen İyi Yönetişimin İlkeleri Çerçevesinde Türk Kamu Reformunun Bir Eleştirisi", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 38, Sayı 4, 2005, ss. 39-58.
- Kjœr, Mette; Kinnerup, Klavs, "Good Governance: How Does It Relate to Human Rights?", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, ss. 1-18.
- Koch, Ida Elisabeth, "Good Governance and the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, ss. 73-94.
- Kristjánsdóttir, Margrét Vala, "Good Administration as a Fundamental Right", *Icelandic Review of Politics and Administration*, Cilt 9, Sayı 1, 2013, ss. 237-255.
- Nullmeier, Frank; Kaufmann, Franz-Xaver, "Post-War Welfare State Development: The Golden AGE", Ed. Daniel Béland, Kimberly J. Morgan, Herbert Obinger, Christopher Pierso, *The Oxford Handbook of the Welfare State*, 2. Bası, 2021, ss. 93-111.
- Odyakmaz, Zehra, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 14, ss. 1-85.
- Okçu, Murat, "Değişen Dünyayı Anlamak İçin Önemli Bir Kavram: Yönetişim", Ed. Fatma Neval Genç, *Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi*, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, ss. 1-25.
- Reif, Linda C., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Springer, 2004.
- Sano, Hans-Otto, "Good Governance, Accountability and Human Rights", Ed. Hans-Otto Sano and Guðmundur Alfredsson, *Human Rights and Good Governance*, Brill Nijhoff, 2002, ss. 123-146.
- Şahin, Muhammed, *Dünyada Ombudsmanlık ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu*, İKSAD, 2021.
- Şengül, Ramazan; Günal, Cihan Necmi, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Türkiye'de İdari Kültürün Şekillenmesine Etkisi" *Ombudsman Akademik Dergisi*, Cilt 9, Sayı 17, 2023, ss. 63-78.
- Vogiatzis, Nikos, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, Palgrave Macmillan London, 2018.
- Weiss, Friedl; Steiner, Silke, "Transparency as an Element of Good Governance in the Practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison", *Fordham International Law Journal*, Cilt 30, Sayı 5, 2006, ss. 1545-1586.

• Yeşil, İsmail, *Kurumsal ve Maddi Boyutuyla Avrupa Birliğinde İyi Yönetişim İlkeleri ve İyi İdare Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

• Yılmaz, Abdullah; Şahyar Akdemir, Duru, "'İyi İdare Hakkı' Bağlamında İçişleri Bakanlığı 'Açık Kapı Uygulaması' Üzerine Notlar", *Ombudsman Akademik Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, 2019, ss. 17-38.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

21.01.2017 Tarih ve 6771 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliğiyle Öngörülen Yeni Hükümet Sisteminde Yönetimde İstikrar*

Stability in Management in the New Government System Adopted by the Amendment Made to the Constitution by the Law No. 6771 Dated 21.01.2017

Mesut AYDIN**

ÖZ

1982 Anayasasında 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle hükümet sisteminde köklü bir değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklikle ikili (düalist) yürütme yapısından tekçi (monist) yürütme yapısına geçilerek, yürütmenin başındaki Cumhurbaşkanın doğrudan halk tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Anayasa değişiklik teklifinin genel gerekçesinde, mevcut hükümet sisteminin bir türlü istikrar üretemediği, 1983'ten bu yana 33 yılda 21 hükümetin kurulduğu ve bu hükümetlerin ortalama ömrünün yaklaşık bir buçuk yıl sürdüğü, siyasi hayatın istikrara kavuşturulması ve tartışmasız istikrar üreten bir sistemin benimsenmesinin öneminin açık olduğu ifade edilmektedir. Gerekçede vurgulanan istikrar ile yönetimde istikrarın kastedildiği görülmektedir. Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması (AYm. 106/2) ve seçimlerin yenilenmesi kararının alınması hallerinde (AYm. 116/1-2) yönetimde istikrarın bozulması ihtimali bulunmaktadır. Yeni sistemde yönetimde istikrarın sağlanabilmesinin için seçimlerin yenilenmesine yönelik bir kararın alınmaması önem taşımaktadır. Bunun için yasama ile yürütmenin uyumu gerekmektedir. Bu çalışmada, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminin yönetimde istikrar üzerindeki etkisi üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: 2017 Anayasa değişikliği, hükümet sistemleri, yönetimde istikrar, seçimlerin yenilenmesi, cumhurbaşkanlığı makamının boşalması.

---

* Makale gönderim tarihi: 13.11.2024. Makale kabul tarihi: 17.04.2025. Mesut Aydın, "21.01.2017 Tarih ve 6771 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliğiyle Öngörülen Yeni Hükümet Sisteminde Yönetimde İstikrar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss.33-61, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.2

** Prof. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, 0000-0002-7224-3090, mesutaydin@kku.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

With the amendment made in the 1982 Constitution with the Law No. 6771 dated 21.01.2017, a radical change was made in the government system. With the amendment in question, the transition from the dual (dualist) executive structure to the monist executive structure was adopted, and the principle of direct election of the President at the head of the executive by the people was adopted. In the general justification of the constitutional amendment proposal, it is stated that the current government system cannot produce stability, that 21 governments have been established in 33 years since 1983 and that the average lifespan of these governments is about one and a half years, and that the importance of stabilizing political life and adopting a system that produces undisputed stability is clear. It is seen that the stability emphasized in the justification refers to stability in the administration. There is a possibility of deterioration of stability in the administration in cases where the office of the President becomes vacant for any reason (Article 106/2) and the decision to renew the elections is taken (Article 116/1-2). It is important not to take a decision to renew the elections to ensure stability in the administration in the new system. For this, the harmony of the legislature and the executive is required. In this study, the effect of the government system envisaged by the 2017 Constitutional amendment on stability in the administration is examined.

Keywords: 2017 Constitutional amendment, government systems, stability of government, renew the elections, the presidential office becomes vacant.

Giriş

Demokrasi Abraham Lincoln'ün ifadesi ile *"halk*ın, halk tarafından *halk için yönetimi"*[1] şeklinde tanımlandığında, demokratik yönetimlerin kaynağında halkın iradesinin bulunduğu görülür. Demokraside yönetimin halka dayanması zorunlu olduğu gibi, sistemin işleyişinin de demokratik kurallara uygun olması gerekir.

Demokratik rejimlerde halkın yönetime katılması seçimler aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Başka bir deyişle, halk seçimler aracılığıyla belli süreliğine iktidarı kullanma ve ülkeyi yönetme konusunda siyasal iktidarı yetkilendirilmektedir. Bu durum, bir yandan seçimlerin düzenli aralıklara tekrarlanmasına yönelik demokratik ilkenin korunmasını sağlarken, diğer yandan da iktidarın bir sonraki seçimlere kadar görevinde kalabilmesini sağlamak suretiyle yönetimde istikrarı güvence altına almaktadır.

Demokratik ülkelerde hükümetlerin iktidarda kalma süresi yönetimde istikrarın ölçüsünü ortaya koyar. Kısa süreli hükümetler elbette yönetimde istikrar-

1 Bkz. Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi,* 12. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 244; Arend Lijphart (Terc. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran), *Çağdaş Demokrasiler Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1984, s. 11.

sızlığa neden olur. Bu nedenle, yönetimde istikrarın sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesinde hükümetlerin iktidarda kalma süreleri belirleyici olur. Seçimlerden hemen sonra kurulan hükümetler bir sonraki seçime kadar iktidarlarını sürdürebildikleri takdirde ideal anlamda istikrar sağlanmış sayılır.

Hükümetlerin iktidar konusu hükümet sistemlerine göre farklılık gösterir. Başkanlık hükümeti sistemi ile parlamenter hükümet sistemi karşılaştırıldığında, başkanlık hükümeti sisteminde başkanın yasama tarafından görevden alınamaması nedeniyle yönetimde istikrar görülürken, parlamenter hükümet sisteminde yasamanın güvenini kaybeden hükümetler düşürülebildiğinden yönetimde istikrar bozulabilmektedir. Özellikle de *"sağlam bir çoğunluk koalisyonundan yoksun, çok-partili parlâmentolarda kabinelerin sık sık düşürülmesi ihtimali kuvvetlidir."*[2]

1982 Anayasasının ilk şeklinde, yürütmenin ikili yapıda olduğu ve bakanlar kurulunun Meclise karşı siyasal sorumluluğunun bulunduğu parlamenter bir hükümet sistemi öngörülmüşken, bu sistem 2007 ve 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra terkedilmiştir. Şöyle ki, 31.05.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla[3] Anayasada yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi esası benimsenirken, bakanlar kurulunun yapısına dokunulmamıştır. 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla[4] Anayasada yapılan değişiklikle de ikili yürütme yapısı terk edilerek, tekçi bir yürütme yapısı öngörülmüş ve yürütmenin başının halkın doğrudan seçtiği Cumhurbaşkanı olması esası kabul edilmiştir. 2017 Anayasa değişiklik teklifinin genel gerekçesinde[5], mevcut hükümet sisteminin bir türlü istikrar üretemediği, 1983'ten bu yana 33 yılda 21 hükümetin kurulduğu ve bu hükümetlerin ortalama ömrünün yaklaşık bir buçuk yıl sürdüğü, siyasi hayatın istikrara kavuşturulması ve tartışmasız istikrar üreten bir sistemin benimsenmesinin öneminin açık olduğu, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) dengelerinin hükümeti kurma ve düşürmeden etkili olduğu bir sistem yerine, yasamanın ve yürütmenin ayrı ayrı ve doğrudan millet tarafından seçildiği bir sistemin benimsenmesinin ülkemizin şartları ve ihtiyaçlarına daha uygun olduğunun anlaşıldığı, seçim ve sistemin bizatihi istikrar üretmesi gerektiği ve istikrarı konjonktürün dalgalanmalarına bırakmanın doğru olmadığı ifade edilmiştir. Gerekçede, mevcut hükümet sisteminin istikrar üretemediği ve istikrar üreten bir sistemin benimsenmesinin önemi-

2 Lijphart, s. 68.

3 RG. 16.06.2007-26554.

4 RG. 11.02.2017-29976.

5 *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c031/tbmm26031053ss0447.pdf (12.11.2024), s. 11.

nin açık olduğunun açıkça belirtilmesi nedeniyle, yeni hükümet sisteminin yönetimde istikrara katkısının incelenmesi gerekmektedir. Öte yandan, yeni hükümet sistemin hükümet istikrarına yaptığı katkının ortaya konulması, 2017 yılında hükümet sisteminde yapılan Anayasa değişikliğinin amacına ulaşıp ulaşamadığını göstermesi bakımından da önem taşımaktadır.

Bu çalışmada, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminin yönetimde istikrara etkisi incelenmektedir. Burada, hükümet sisteminin niteliği ile yönetimde istikrarı etkileyen konular ele alınmaktadır. Ayrıca, yeni hükümet sisteminde yönetimde istikrar kapsamında yasama ve yürütme arasında karşılaşılabilecek bazı sorunlara da yer verilmektedir.

I. 1982 Anayasasında Hükümet Sistemi

A. Genel Olarak

Hükümet sistemlerinin tasnifinde yasama ve yürütme kuvvetlerinin karşılıklı ilişkileri temel alınmaktadır. Yasama ve yürütme kuvvetleri yasama ya da yürütme organlarından birinde toplanmışsa kuvvetler birliği sistemi, yasama ve yürütme kuvvetleri birbirinden ayrılarak farklı kuvvetlerin elindeyse kuvvetler ayrılığı sistemi söz konusu olur. Demokratik ülkelerde genelde kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri söz konusudur. Kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemlerini ise, *"başkanlık* hükümet sistemi*", "parlamenter hükümet sistemi" ve "yarı başkanlık/yarı parlamenter hükümet sistemi"* şeklinde ifade etmek mümkündür[6].

1982 Anayasasının ilk şeklinde öngörülen hükümet sistemi parlamenter hükümet sistemine uygundur[7]. Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı yasamadan kaynaklanır ve yasamaya karşı sorumludur[8]. Danışma Meclisi Anayasa Tasarısında parlamenter hükümet sisteminin esas alındığı *"yürütme yetkisi ve görevi"* başlıklı 8. maddenin gerekçesinde *"...parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur..."* şeklinde ifade

6 Hükümet sistemleri için sınıflandırma konusunda bkz. Erdal Onar, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", *Başkanlık Sistemi,* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 71 vd.

7 Bkz. Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası,* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 166; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku,* 20. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 318, 319 ve 320, (Türk Anayasa); Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş,* 15. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s. 232; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku,* 3. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 761 ve 762, (Türk Anayasa).

8 Parlamenter hükümet sistemi konusunda bkz. Leon D. Epstein, "Parliamentary Government", Ed. David L. Sills, *International Encyclopedia of the Social Sciences,* Cilt 11, The Macmillan Company and The Free Press, 1968, s. 419.

edilmektedir[9]. Bu sistemde, Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçilirken, Başbakan Cumhurbaşkanı tarafından Meclis üyeleri arasından atanmaktaydı. Yürütme organının ikili yapıda olması, Cumhurbaşkanının yürütme organının sorumsuz, başbakan ve bakanlar kurulunun ise yürütmenin sorumlu kanadında yer alması parlamenter sisteme ait özellikleridir. Ancak, Anayasada sembolik yetkilere sahip bir Cumhurbaşkanı yerine güçlü bir Cumhurbaşkanı öngörülmüştür[10]. Bunun hükümet sistemini parlamenter hükümet sisteminden çıkaracak bir nitelik taşımadığını ifade etmek gerekir[11].

2007 yılında 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin tamamlanmasından sonra yapılan 11. Cumhurbaşkanlığı seçiminde siyasal bir kriz yaşanmıştır. Mecliste Cumhurbaşkanının seçiminde toplantı yetersayısına yönelik bir tartışma yaşanmış ve bu tartışmadan sonra yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin birinci oylamanın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi de söz konusu başvuruyu kabul ederek, Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin birinci oylamayı iptal etmiştir[12]. Bu karar-

9 Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi:1/463; M. G. Konseyi:1/397),* https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf (12.11.2024), s. 4.

10 Tanör, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının yetkilerinin artırıldığını, bu durumun parlamentonun yetkilerinin azaltılması sonucu gerçekleştiğini özellikle de Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerini halkoyuna sunmak (AYm. 104/a,175), Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek (AYm. 105/b) gibi yeni yetkilerinin bunun kanıtı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 116; Özbudun, 1982 Anayasasının kurduğu hükümet sisteminin, Cumhurbaşkanının rolünün klasik parlamentarizme oranla hayli daha etkin olmasına karşılık, temelde parlamenter rejim özelliklerini koruduğunu, bu sistemi parlamenter rejim ile başkanlık sistemi arasında karma bir rejim olarak nitelemenin abartmalı olacağını, belki bu rejime Fransız literatüründen esinlenilerek zayıflatılmış parlamentarizm adının verilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 320.

11 Benzer yönde bkz. Süheyl Batum, "Siyasal Rejimler ve Türkiye'deki Arayışlar", *Uluslararası* Anayasa *Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001),* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 352 ve 353.

12 TBMM'nin 27.4.2007 gün ve 96. Birleşiminde, 11. Cumhurbaşkanı seçimiyle ilgili birinci oylamaya geçilmeden önce, Cumhurbaşkanı seçiminde uygulanması gereken toplantı yetersayısının Anayasanın 96. maddesinde öngörülen toplantı yetersayısı olduğu Meclis tarafından kararlaştırılmış ve Cumhurbaşkanlığı seçimi için ilk oylama yapılmıştır. Bunun üzerine Cumhuriyet Halk Partisi, "*Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 121. maddesinin birinci fıkrasındaki Anayasanın 102'inci maddesi hükümlere göre" ibaresini eylemli olarak değiştiren Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının, bu karara dayalı uygulamanın ve bu uygulamanın ayrılmaz parçası olan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimine ilişkin 27.4.2007 günlü ilk oylamanın Anayasa'nın 96. ve 102. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar bu uygulama ile oluşan içtüzük hükmünün yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi"* ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruyu kabul ederek dava konusu TBMM kararını Anayasaya aykırı bulmuştur. Kararda, *"...Toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, bu çoğunluğun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran eylemli İçtüzük değişikliği niteliğindeki dava*

dan sonra Meclisin toplantı yetersayısı ve Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin değişiklikleri de içeren bir Anayasa değişiklik teklifi Meclis Başkanlığına verilmiş[13] ve bu teklif 31.05.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla kabul edilerek halkoyuna sunulmuştur. 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylamasında ise, Anayasa değişikliği kabul edilmiştir[14]. 2007 Anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir. Ancak, Cumhurbaşkanının yetkilerinde bir değişikliğe gidilmemiştir. Başka bir deyişle, 2007 Anayasa değişikliği sonucunda, Cumhurbaşkanını halkın seçmesi dışında Anayasada iktidar paylaşımına ilişkin düzenlemelere dokunulmamıştır[15]. O halde, 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanına tanıdığı yetkilere, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi de eklendiğinde hükümet sisteminin yarı-başkanlık sistemine yaklaştığı söylenilebilir[16]. 2014 yılında 11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin sona ermesiyle yeni Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmiştir. Doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla da Cumhurbaşkanının sistem içindeki ağırlığı artmıştır. Bu durum, bazı sorunları da beraberinde getirmiştir[17]. 2017 yılında ise, yürütmenin sadece Cumhurbaşkanından oluştuğu ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevlerin yeniden düzenlendiği değişiklikleri de içeren bir Anayasa değişiklik teklifi Meclis Başkanlığına verilmiştir[18]. Bu teklif 21.01.2017

---

konusu TBMM Kararı Anayasa'nın 102. maddesine aykırıdır. İptali gerekir…" denilmektedir. Bkz. AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, 1.5.2007, RG. 27.06.2007-26565.

13 *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/1015),* https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c156/tbmm22156102ss1409.pdf (12.11.2024).

14 YSK, K.N. 873, RG. 31.10.2007-26686.

15 Bkz. Şule Özsoy-Boyunsuz, *Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği,* 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 298.

16 Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 319; Gözler, 28.08.2014 tarihinde halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının göreve başlamasından sonra hükümet sistemi teorik olarak yarı başkanlık sistemi şeklinde nitelenebilirse de sistemin bütün yetkilerinin Cumhurbaşkanında toplandığı fiili bir başkanlık sistemi olduğunu gözlemlemenin gerekeceğini belirtmektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa*, s. 763.

17 Bu dönemde Cumhurbaşkanının hükümet işlerine müdahalesi gündeme gelmiştir. 04.05.2016 tarihinde Başbakan Ahmet Davutoğlu Cumhurbaşkanı ile görüştükten sonra başbakanlıktan çekilme kararı almış ve görevinden çekilirken *"dört yıllık sürenin daha kısa sürmesi inanın benim tercihim değildir, zaruretin neticesidir"* şeklinde açıklama yapmıştır. Bkz. Cumhuriyet Gazetesi, https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/davutoglu-erdogani-yalanlayip-gitti-tercih-degil-zaruret-528176 (12.11.2024); Gözler, bu durumu Başbakanın Anayasanın öngördüğü şekilde TBMM'ye karşı değil, Anayasanın öngörmediği şekilde Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğunun göstergesi olduğunu ve Türkiye'nin fiili olarak başkanlık sistemine geçtiğini ifade etmiştir. Bkz. Kemal Gözler, *1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme*, https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf (12.11.2024).

18 2017 Anayasa değişiklik teklifinin gerekçesinde, *"1961'den günümüze uzanan çizgide, parlamentonun seçtiği sembolik yetkileri olan "bürokrat" cumhurbaşkanından, milletin doğrudan*

tarih ve 6771 sayılı Kanunla kabul edilerek halkoyuna sunulmuştur. 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylamasında ise, Anayasa değişikliği kabul edilmiştir[19].

B. 21.01.2017 tarih ve 6771 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği ile Öngörülen Hükümet Sistemi

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişiklikle hükümet sisteminde köklü bir değişiklik yapılmıştır. Buna göre, ikili yürütme yapısından tekçi bir yürütme yapısına geçilmiştir. Başka bir deyişle, yürütmenin başının Cumhurbaşkanı olduğu ve doğrudan halk tarafından seçildiği bir hükümet sistemi öngörülmüştür. Yeni sistemde, başbakanlık kaldırılmış ve bakanlar kurulu da Cumhurbaşkanına karşı sorumlu kılınmıştır. Böylece, yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanına verilmiştir (AYm. 8). Burada, öngörülen yeni hükümet sisteminde sistemin odağında Cumhurbaşkanı yer almaktadır[20]. Nitekim, Anayasanın ilk şeklinde başbakan ve bakanlar kurulu için öngörülen yetki ve görevler Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bakanların statüsü de değiştirilmiştir. Anayasaya göre (m. 104/8), Cumhurbaşkanı bakanları atama ve görevlerine son verme yetkisine sahiptir. Bu durum, yürütmenin tekçi bir yapıya sahip olmasının bir sonucudur denilebilir. Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanı tek başına yürütmeyi oluşturduğundan kendisine yardımcı olması için Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar atanmaktadır.

2017 Anayasa değişikliğiyle yasama ve yürütme organlarının yetki ve görevleri yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklikler yürütme lehine yorumlanabilir. Çünkü, yapılan Anayasa değişikliğinden sonra, yasama organının parlamenter sistemde olduğu gibi, yürütme üzerinde etkili bir denetimi söz konusu değildir. Anayasada (m. 98/1), TBMM'nin yazılı soru, genel görüşme, Meclis araştırması ve Meclis soruşturması yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanacağı belirtilmiştir. Anayasanın ilk şeklinde öngörülen sözlü soru ile gensoruya yer verilmemiştir. Sonuç olarak, Meclisin bakanlar kurulunu denetlemesi ve gerektiğinde düşürebilmesinden söz edilemez. Ayrıca, Cumhurbaşkanının Meclise karşı siyasal sorumluluğu konusuyla ilgili olarak şu söylenilebilir. 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı bakımından Meclise karşı bir siyasal sorumluluk mekanizma-

---

seçtiği geniş yetkileri bulunan "siyasetçi" cumhurbaşkanı profiline geçiş yaşanmıştır. Hükümet sistemini bütüncül bir yaklaşımla ele almayı engelleyen sosyal ve siyasi şartlar ve gelişmeler, sonuçta bir sistem karmaşasına yol açmıştır. Sistemin işleyişinde sorunlar doğurması kaçınılmaz olan bu karmaşanın aşılması hükümet sisteminde esaslı bir anayasa değişikliği zaruretini ortaya çıkarmıştır" denilmektedir. Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, s. 10 ve 11.

19 YSK, K.N. 663, RG. 27.04.2017-30050 (Mükerrer).

20 Bkz. Zafer Gören, *Anayasa Hukuku,* 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 196.

sının öngörülmediği görülmektedir[21]. Ancak, *"bu değişiklikle getirilen karşılıklı fesih ya da seçimleri yenileme yönteminin Cumhurbaşkanı yönünden bir nevi siyasal sorumluluk mekanizması teşkil edip etmediği tartışılabilir."*[22]

2017 Anayasa değişikliğiyle öngörülen hükümet sistemi ile demokratik ülkelerdeki kuvvetler ayrılığına dayanan diğer hükümet sistemleri karşılaştırıldığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, hükümet sistemi başkanlık hükümeti sistemiyle aynı özelliklere sahip değildir. Burada söz konusu sistemin başkanlık hükümeti sisteminden esinlenilerek hazırlandığı söylenilebilir[23]. Nitekim, yürütme organının tekli bir yapıya sahip olması, yürütmenin doğrudan halk tarafından seçilmesi gibi özellikler başkanlık hükümeti sistemine benzemektedir[24]. Bu özelliklere aynı kişinin hem yasamada hem de yürütmede görev alamaması da eklenilebilir. Ancak, TBMM'nin ve Cumhurbaşkanının kendi seçimlerini yenilemek şartıyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilme yetkisi (AYm. 116/1-2)[25], hükümet sisteminin başkanlık sisteminden çok önemli bir farkını göstermektedir[26]. Çünkü, başkanlık hükümeti sisteminde yasama ve yürütme organları organik ve fonksiyonel bakımdan ayrı tutulduklarından

---

21 Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 310; Gözler ise, *"teorik olarak TBMM'nin seçimleri yenileyebilmesi, Cumhurbaşkanının TBMM'ye karşı sorumlu olduğunu göstermez. Teoride bu böyle olsa da, teknik olarak, TBMM'nin Cumhurbaşkanının görevine son vermesi durumu, bir siyasî sorumluluk mekanizması olarak görülebilir…Kanımızca Türkiye'de, 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası Cumhurbaşkanının siyasal sorumluluğu tartışması, içinden tutarlı bir şekilde çıkılabilecek bir tartışma değildir. İdeali ABD'de olduğu gibi TBMM'nin Cumhurbaşkanın görevine son verememesidir"* demektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa*, s. 857.

22 Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 310.

23 Bazı yazarlar, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminin siyaset bilimi ve anayasa hukuku teorisi açısından bir başkanlık sistemi olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku,* 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 177; Buna karşılık, diğer başka yazarlar 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminin tam bir başkanlık hükümeti sistemi olmadığını belirtmektedir. Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 321; Kemal Gözler, *Elveda Anayasa, 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler,* Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 14, 15 ve 16, (*Elveda Anayasa);* İbrahim Kaboğlu, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", *Ankara Barosu Dergisi,* Sayı 4, 2016, s. 43.

24 Başkanlık sistemi ile ilgili bkz. Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi,* Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 27 vd.

25 Madde 116: "(*Değişik: 21/1/2017-6771/11 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.*
Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.
Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.
Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder.
Bu şekilde seçilen Meclis ve Cumhurbaşkanının görev süreleri de beş yıldır."

26 Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 321; Gözler, *Elveda Anayasa,* s. 14, 15 ve 16.

birbirlerinden türemez ve karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerine son veremezler[27]. Ayrıca, başkanlık sisteminin klasik uygulamasının olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde[28], kuvvetlerin birbirlerini dengeleyip frenlediği, yargının bağımsızlığının kabul edildiği ve hukuksal açıdan yasamanın en büyük güç olduğu görülmektedir[29]. İkinci olarak, yeni hükümet sistemi parlamenter hükümet sistemiyle de aynı özelliklere sahip değildir. Her ne kadar yeni sistemde yasama ve yürütmenin seçimleri yenileme kararı alabilme yetkileri öngörülse de yürütme organı tekli bir yapıya sahiptir ve bakanlar kurulu da Meclise karşı siyasal olarak sorumlu değildir. Üçüncü olarak, yeni hükümet sistemi yarı başkanlık hükümet sistemi olarak da nitelenemez. Yarı başkanlık hükümet sisteminde, yürütme organının cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulundan oluşan ikili bir yapısı bulunmakta, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı yanında yasama organı karşısında siyasal sorumluluğu bulunan bir hükümet görev yapmaktadır. Kısacası, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi başkanlık sistemine ait bir özellikken, seçimlerin yenilenmesi kararının alınması parlamenter sisteme ait bir özelliktir. Kanaatimizce, yeni hükümet sistemi başkanlık ve parlamenter hükümet sisteminin bazı özelliklerini içinde barındıran kendine özgü bir hükümet sistemi şeklinde değerlendirilebilir. Bu sistem ilk zamanlar *"Türk tipi başkanlık sistemi"* daha sonra ise, *"Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi"* şeklinde ifade edilmiştir."[30]

II. 2017 Anayasa Değişikliğiyle Öngörülen Yeni Hükümet Sisteminde Yönetimde İstikrar ve Yönetimde İstikrarı Etkileyen Konular

A. Genel Olarak

İstikrar sözlükte, *"1. (isim) Aynı kararda olma, aynı biçimde sürme, bir düzende devam etme; stabilizasyon, 2. (isim) Yerleşmiş olma, oturmuş olma, sabit duruma gelme; stabilizasyon, 3. (isim, ekonomi) Ödemeler dengesinde, istihdamda düzen; stabilizasyon, 4. (isim) kararlılık"*[31] şeklinde ifade edilmektedir. Burada, istikrar ifadesiyle *"aynı kararda olma"*, *"bir düzende devam etme"* ve *"kararlılık"* kastedilmektedir.

---

27 Gören, s. 197.

28 Başkanlık hükümeti sistemi klasik biçimi ile ABD'de uygulanmaktadır. Latin Amerika'daki bazı ülkeler ABD başkanlık sisteminden esinlenerek anayasalarında kurumsal düzenlemeler yapmalarına karşılık, bu ülkelerde başkanlık sisteminin sürekliliği sağlanamamıştır. Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku,* 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 529.

29 Turhan, s. 36.

30 Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 321; Bazı yazarlar bu sistemi "Türk tipi Cumhurbaşkanlığı Modeli" şeklinde de isimlendirmiştir. Bkz. Burhan Kuzu, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi Yeni Sistem Cumhurbaşkanlığı Modelimiz,* Babıali Kültür Yayıncılığı, İstanbul, 2017, s. 214.

31 Türk Dil Kurumu, https://sozluk.gov.tr/ (12.11.2024).

Anayasanın 67/6. maddesinde *"y*önetimde i*stikrar"* ibaresine yer verilmekte ve *"Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir"* denilmektedir.

Parlamenter sistem çerçevesinde yönetimde istikrarı hükümet istikrarı/sürekliliği şeklinde ifade etmek mümkündür[32]. Anayasa Mahkemesi ise, yönetimde istikrar ilkesini *"... "Yönetimde istikrar ilkesi" ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtacak yöntemler olarak algılanmaktadır ..."*[33] şeklinde değerlendirmektedir. Burada, yönetimde istikrar ilkesi ile yürütme organının güçlü olması arasında bir ilişki kurulmaktadır. Elbette, yönetimde istikrarın koşulu yürütmenin güçlü olmasından geçmektedir.

Yönetimde istikrar/istikrarsızlık açısından hükümetin görevde kaldığı sürenin dikkate alınması gerekir. Başka bir deyişle, seçimden hemen sonra kurulan hükümetlerin uzun bir süre görevinde kalması yönetimde istikrar için önem taşımaktadır. Bunun bir seçim dönemine çıkması hükümet istikrarında ideale ulaşıldığını gösterir. 2017 Anayasa değişiklik teklifinin genel gerekçesinde, mevcut hükümet sisteminin bir türlü istikrar üretemediği[34] belirtilerek, 1982 Anayasasının ilk şeklinde öngörülen parlamenter hükümet sistemine yönelik olumsuz bir bakış açısı ortaya konulmaktadır. Ancak, 1982 Anayasası döneminde (yeni hükümet sisteminin yürürlüğe girmesinden önce), Anavatan Partisi (1983-1991) sekiz yıl ve Adalet ve Kalkınma Partisi (2002-2018) on altı yıl iktidarda kalmıştır. Dolayısıyla tek-parti hükümetlerinin görevde bulunduğu dönemde hükümet istikrarından söz edilebilir[35]. Bu dönemde, söz konusu hükümetlerin arkasında tek parti çoğunluğunun oluşturduğu güçlü bir Meclis desteği bulunmaktadır. Burada, parlamenter sistemin genelde istikrarsız hükümetlere yol açacağı görüşünün her zaman geçerli olmadığını belirtmek gerekir[36]. Öte yandan, iki partili parlamenter rejimlerde sağlam tek parti çoğunluğu

32 Bkz. Yavuz Sabuncu, "Seçim Sistemi/Adalet ve İstikrar", *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001),* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 518.

33 AYM, E. 1995/54, K. 1995/59, 18/11/1995, RG. 21.11.1995-22470 (Mükerrer), s. 46.

34 Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, s. 11.

35 Konu ile ilgili bkz. Ergun Özbudun, *Güçlendirilmiş Parlamenter Rejim*, https://www.perspektif.online/guclendirilmis-parlamenter-rejim/ (12.11.2024).

36 1950-1980 yılları arasında Batı Avrupa, ABD ve Latin Amerika'daki ülkelerde demokratik yönetim dönemiyle ilgili yapılan bir araştırmada, parlamenter sistemlerde bakanların geri dönüş oranının başkanlık hükümeti sistemine göre üç kat daha yüksek olduğu ve parlamenter sistemde bir bakanın görevde kalma ortalama süresinin başkanlık demokrasilerinden iki kat uzun olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Alfred Stepan, Cindy Skach, "Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective", Ed. Juan J. Linz, Arturo Valenzuela, *The Failure of Presidential Democracy,* Cilt 1, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s. 127.

tarafından desteklenen hükümetlerin istikrarlı olduğu görülmektedir[37].

Demokratik rejimlerde hükümetlerin kurulamaması ya da sık sık hükümetlerin değişmesi siyasal bir krize dönüşebilir. Krizin derinleşmesi ise, otoriter rejimlere yol açabilir. Bu nedenle, demokratik rejimlerde serbest seçimlerden sonra kurulan hükümetlerin istikrarlı olması önem taşımaktadır. Elbette hükümetlerin kısa sürede bozulması yönetimde istikrarı etkiler. Başka bir deyişle, hükümetin kurulamadığı siyasal bir ortamda, kuvvetlerin uyumundan ve sistemde istikrardan söz edilemeyeceği gibi, hükümet krizinin derinleşmesi sonucunda otoriter bir rejim de gündeme gelebilir. Başkanlık hükümet sisteminde başkan yasamanın güvenine dayanmadığından yasama organı tarafından düşürülemez. Parlamenter hükümet sisteminde ise, hükümetin görevinde kalabilmesi için yasamanın güveni gereklidir. Yasamanın güvenini kaybeden hükümetler görevde kalamaz. Nitekim, parlamenter sistemin zayıf yönünün hükümetlerin yasama tarafından düşürülebilme tehlikesiyle karşı karşıya olmasıdır denilebilir. Bu nedenle, parlamenter sistemde hükümetlerin kolayca düşürülmesini engellemek ve sürekliliğini sağlamak için çeşitli hukuki araçlara başvurulabilmektedir[38]. Böylece, hükümetlere güç ve istikrar kazandırılmak istenilmektedir.

2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresini tamamlaması yönetimde istikrarın sağlanmasında önem taşımaktadır. Buna karşılık, bakanların görevde kaldığı sürelerin istikrar açısından bir önemi bulunmamaktadır. Kaldı ki bakanlar açısından beş yıllık bir süre görevde kalma güvencesi de bulunmamaktadır. Öte yandan, kabinede yer alan bakanların görevinde kaldıkları süreler dikkate alınırsa, yönetimde istikrarla ilgili farklı bir sonuç da ortaya çıkabilir[39]. Sonuç olarak, yeni hükümet sisteminde yürütme organının başında Cumhurbaşkanı olması nedeniyle yönetimde istikrar açısından Cumhurbaşkanının iktidarda kaldığı sürenin dikkate alınması gerekir.

Yeni hükümet sisteminin yönetimde istikrar ilkesine ne ölçüde katkı sağladığının belirlenebilmesi için yönetimde istikrarı etkileyen konular üzerinde durul-

37 Bkz. Ergun Özbudun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi,* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 110.

38 Konu ile ilgili bkz. Lijphart, s. 68 ve 69.

39 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra kabinede bakanlık görevine atananların bazılarının istifa ettiği, bazılarının ise görevlerine son verildiği görülmüştür. Bu bağlamda, Hazine ve Maliye Bakanlarının (RG. 10.11.2020-31300; RG. 02.12.2021-31677), Milli Eğitim Bakanının (RG. 06.08.2021-31560), Adalet Bakanının (RG. 29.01.2022-31734), Tarım ve Orman Bakanının (RG. 04.03.2022-31768) görevlerinden istifası Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmiştir. Ulaştırma ve Altyapı Bakanı (RG. 28.03.2020-31082) ile Ticaret Bakanının (RG. 21.04.2021-31461 (Mükerrer) görevlerine ise, Cumhurbaşkanı tarafından son verilmiştir.

ması gerekmektedir. Bu bağlamda, Cumhurbaşkanının seçilmesi ve hükümeti kurması, Cumhurbaşkanı ve TBMM ilişkileri, TBMM'nin yürütme üzerinde bilgi edinme ve denetimi, Cumhurbaşkanının görevinin sona ermesi ve seçim sisteminin incelenmesi önem taşımaktadır.

B. Cumhurbaşkanının Seçilmesi ve Hükümeti Kurması

Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Anayasada Cumhurbaşkanı olabilmek için bazı şartlar aranmaktadır. Anayasaya göre (m. 101/1), *"Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir"* Öte yandan, Cumhurbaşkanlığına aday olabilmek için *"aday gösterilmek"* gerekir. Buna göre, *"Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüzbin seçmen aday gösterebilir"* (AYm. 101/3). Burada, Cumhurbaşkanlığına aday gösterilmek için siyasi partilerin desteği ya da seçmenler düzeyinde halkın desteğinin alınmasının zorunlu olduğu görülmektedir.

Cumhurbaşkanı iki turlu çoğunluk sistemine göre seçilmektedir. Anayasada (AYm. 101/5) *"Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir"* denilmektedir. Bu düzenlemeyle Cumhurbaşkanının seçimi kolaylaştırılmıştır. Çünkü, ilk oylamada adaylardan biri geçerli oyların salt çoğunluğunu alamazsa, ikinci oylamaya en çok oyu alan iki adayın katılması ve geçerli oyların çoğunluğunu alan adayın Cumhurbaşkanı seçilmesi öngörülmektedir.

Anayasaya göre (m. 8), Cumhurbaşkanı yürütme yetkisi ve görevine sahiptir. Bu durumda, yürütme organı tek kişiden oluşmakta ve hükümet Cumhurbaşkanının iradesi ile kurulmaktadır. Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçildiğinden, Cumhurbaşkanının seçimiyle yürütme oluşmaktadır. Anayasaya göre (m. 103), seçilen Cumhurbaşkanı Mecliste ant içerek görevine başlamaktadır. Cumhurbaşkanı bakanları ve Cumhurbaşkanı yardımcısını atamak suretiyle de kabinesini kurmaktadır. Burada, yürütmenin görevine başlaması konusunda yasamanın onayı gerekmemektedir. Böylece, yürütme seçilir seçilmez görevine başlamaktadır. Başkanlık sisteminde de başkanın seçilmesiyle yürütme görevine başlamaktadır.

2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminde seçimlerden hemen sonra seçilen Cumhurbaşkanının görevine başlamasıyla hükümetin ku-

rulması önemli bir kazanç olup[40], yürütmenin istikrarına katkı yapmaktadır. Burada, 1982 Anayasasında parlamenter sistemin uygulandığı dönem içinde gerek Cumhurbaşkanının seçiminde[41] gerekse koalisyon hükümetlerinin kurulma aşamasında[42] karşılaşılan bazı sorunların yeni hükümet sisteminde söz konusu olmayacağı söylenilebilir.

C. Cumhurbaşkanı ve TBMM İlişkileri

Yasama ve yürütme ilişkileri hükümet istikrarını yakından ilgilendirmektedir. 2017 Anayasa değişikliğinden sonra öngörülen yeni hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanı bazı yetkilerini kullanırken Meclisin onayı gerekmekte ve bu durum zorunlu olarak yasama ile yürütme arasında bir uyumu gerektirmektedir. Başka bir deyişle, TBMM'nin onayını gerektiren konularda, Cumhurbaşkanı ile Meclisin çatışması yönetimde istikrarı bozabilir.

Anayasada yer verilen Cumhurbaşkanının temel görev ve yetkileri şöyle sayılabilir: Yürütmenin başı olmak, bakanlar, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve üst kademe yöneticileri atamak ve görevden almak, Hakimler ve Savcılar Kuruluna ve Anayasa Mahkemesine üye seçmek, kanunları yayımlamak, Anayasa değişikliklerini halkoyuna sunmak, kararname çıkarmak, olağanüstü hâl ilan etmek ve bütçeyi hazırlamak. Burada söz konusu görev ve yetkilerin yönetimde istikrar ile ilişkisine bakılması gerekir.

Cumhurbaşkanı yürütmenin başıdır. Bu nedenle yürütme organı Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilmektedir. Daha önce başbakan ve bakanlar kuruluna tanınan yetki ve görevler 2017 Anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasada (Geçici m. 21/g) *"Kanunlar ve diğer mevzuat ile*

---

40 Aynı yönde bkz. Kuzu, s. 198.

41 2007 yılında Cumhurbaşkanının seçiminde yaşanan siyasal kriz nedeniyle milletvekili genel seçimleri yenilenmiş ve TBMM'nin toplantı yetersayısı ile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine yönelik değişiklikleri de içeren bir Anayasa değişikliği yapılmıştır. 22.07.2007 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçim sonuçlarına göre, Adalet ve Kalkınma Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Milliyetçi Hareket Partisi ve bağımsız adaylar milletvekilliği kazanmıştır (YSK, K.N. 739, RG. 30.07.2007-26598). Seçimlerden sonra yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminde ise, toplantı yetersayısı için aranan Meclis üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğu aşılmış ve Meclisin 28.08.2007 tarih ve 6. birleşiminde Türkiye Cumhuriyetinin 11. Cumhurbaşkanı olarak Kayseri Milletvekili Abdullah Gül seçilmiştir. Bkz. Meclis Karar No: 898, 28.08.2007, RG. 28.08.2007-26627 (Mükerrer).

42 Ülkemizde koalisyon hükümetleri dönemlerinde başbakanın kim olacağı konusu önem kazanmıştır. Bu dönemlerde, dönüşümlü başbakanlık esası hükümetin kuruluşunu sağlamak için başvurulan bir yöntem olmuştur. Bu bağlamda, Anavatan Partisi ile Doğru Yol Partisi arasında kurulan koalisyon hükümeti ile Refah Partisi ile Doğru Yol Partisi arasında kurulan koalisyon hükümetinde dönüşümlü başbakanlık esası benimsenmiştir. Bkz. *Doğru Yol Partisi ile Anavatan Partisi Arasında İmzalanan Ortak Hükümet Protokolü ve Ekleri,* 03.03.1996, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1996, s. 1; *Refah Partisi ile Doğruyol Partisi Koalisyon Hükümeti Protokolü,* 28.06.1996, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1996, s. 15.

Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapılıncaya kadar Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır" denilmektedir. Bu durumda, Cumhurbaşkanının yürütme alanında sahip olduğu yetkilerini kullanırken Meclis ile bir anlaşmazlığa düşmesi beklenemez. Dolayısıyla yönetimde istikrarın bundan etkilenmeyeceği söylenilebilir.

Cumhurbaşkanı, üst kademe yöneticilerini, bakanları ve Cumhurbaşkanı yardımcısını atama ve görevden alma yetkisine sahiptir (AYm.106/4; 104/8-9). Bu durum, Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakanlar ve üst kademe yöneticilerinin Cumhurbaşkanına tabi olacaklarını göstermektedir. Anayasada Cumhurbaşkanı yardımcılarının halkın oyu ile belirlenmesi usulü öngörülmemiştir. ABD'de uygulanan başkanlık sisteminde ise, başkan yardımcısı halkın karşısına çıkmakta ve başkan ile birlikte halkın oyu ile seçilmektedir[43]. Cumhurbaşkanının bakan atama ve görevden alabilmesi konusunda da Meclisin bir onay yetkisi bulunmamaktadır[44]. Benzer bir durum üst kademe yöneticilerinin atanma ve görevden alınması konusunda da söz konudur. Bazı yazarlar, ABD'de başkanın atamalarının Kongrenin onayına tabi olmasının başkanı güçsüz hale getirdiğini, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen sistemde ise, Cumhurbaşkanı ile Meclisin yetkilerini çatışmaya yol açmayacak şekilde ayrıştırıldığını belirtmektedir[45]. Burada, Cumhurbaşkanı tek başına yapacağı atama işlemleriyle ilgili yetkilerini kullanmada TBMM ile herhangi bir sorun yaşamayacağından siyasal bir krizin çıkması beklenmemelidir.

Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine ve Hakimler ve Savcılar Kuruluna üye seçme yetkilerinde de TBMM'nin bir onayı aranmamaktadır (AYm. 146/3, 159/3). Burada, Cumhurbaşkanının söz konusu atamaları Meclisin onayını almadan tek başına yapabilmesi nedeniyle Cumhurbaşkanı ile Meclisin anlaşmazlığa düşme ihtimalinden söz edilemez.

Kanunların kabulü konusunda ise, TBMM tarafından kabul edilen kanunlar Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanır. Anayasaya göre (m. 89), TBMM tarafından kabul edilen kanunların on beş gün içinde yayınlanması gerekir. Cumhurbaşkanı aynı sürede kanunun TBMM'de bir kez daha görüşülmesini isteyebilir. Geri gönderilen kanunun yürürlüğe girebilmesi için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul edilmesi gerekir. Burada, kanunların kabulü konusunda Cumhurbaşkanı ile Meclis arasında çıkabilecek bir ça-

43 Bkz. Gözler, *Elveda Anayasa,* s. 58.

44 Başkanlık hükümeti sistemini benimseyen bazı ülkelerde başkanın bakan atama ve görevden alma yetkisine bazı sınırlar getirilebilmektedir. Bkz. Selin Esen, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi,* Sayı 4, 2016, s. 54 ve 55.

45 Atar, s. 179.

tışmanın yönetimin istikrarına nasıl bir etkide bulunacağı sorusu sorulabilir. Cumhurbaşkanının geri gönderdiği kanunun kabul edilebilmesi için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu gerekmektedir. 2017 Anayasa değişikliğinden önce bu tür bir çoğunluk aranmıyordu. Bu durumda, güçleştirici bir vetodan söz edilebilir[46]. Ancak, geri gönderilen kanun Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu ile aynen kabul edilirse, Cumhurbaşkanının bu kanunu yayınlaması gerekmektedir. Burada, Cumhurbaşkanına başkanlık sistemini uygulayan ABD'de olduğu gibi bir veto yetkisi tanınmamıştır. ABD'de başkanın veto ettiği kanunlar her iki Mecliste de üçte ikilik bir çoğunluğun oyu ile tekrar kabul edilebilmektedir (Madde 1, Bölüm 7). Başka bir deyişle, veto edilen kanunların tekrar kabul edilebilmesi için her iki Mecliste de üçte ikilik çoğunluğun oyu gerektiğinden Başkan, Kongre karşısında güçlendirilmektedir. 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminde ise, Cumhurbaşkanının geri gönderdiği kanunların kabul edilmesi için nitelikli bir çoğunluğun oyu aranmamaktadır. Ancak, Cumhurbaşkanın karşı olduğu bir kanunun Meclis tarafından kabul edilmesi siyasal bir krize yol açabilir.

Kanunların kabulünde olduğu gibi, Anayasada değişikliklerinde de Cumhurbaşkanına tanınmış yetkiler söz konusudur. Şöyle ki, Meclisin kabul ettiği Anayasa değişiklikleri hakkında, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğini Meclise geri gönderme, onaylama ve halkoyuna sunma yetkileri bulunmaktadır. Anayasa değişiklikleri konusunda Cumhurbaşkanının bir kez geri gönderme yetkisinin bulunması Meclisin Anayasada yapmak istediği değişikliği sadece geciktirebilir. Çünkü, Cumhurbaşkanınca geri gönderilen Anayasa değişikliğinin tekrar kabulü için TBMM'de daha yüksek sayıda bir çoğunluğun oyu aranmamaktadır[47]. Anayasa değişikliklerinin halkoylamasına sunulması konusunda ise, zorunlu ve isteğe bağlı bir halkoylaması söz konusudur (AYm. 175/4-5). İlk olarak, Meclis üye tamsayısının üçte ikisinden az ve beşte üçünden fazla oyla kabul edilen Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi için zorunlu halkoylamasına gidilmesi gereklidir. İkinci olarak, Meclis üye tamsayısının üçte ikilik bir çoğunluğu ile kabul edilen bir Anayasa değişikliği halkoyuna sunulmaz ise Resmî Gazetede yayımlanır. Buna karşılık, Cumhurbaşkanı gerekli görürse, Meclis üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu da halkoyuna sunabilir. Bu usul ihtiyaridir. Meclis tarafından kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin gerek zorunlu gerekse ihtiyari olarak halkoyuna sunulması durumunda, halkoyu ile sorun çözülecektir.

46 Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 292.

47 Konuyla ilgili AYM kararı için bkz. AYM, E. 2007/72 K. 2007/68, 05.07.2007, RG. 07.08.2007-26606.

Ancak, Cumhurbaşkanın karşı olduğu bir Anayasa değişikliğinin Meclis tarafından kabul edilmesi siyasal bir krize yol açabilir. Ayrıca, Meclis üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğunun seçimlerin yenilenmesi kararı da alabilecek bir çoğunluk olduğunu belirtmek gerekir. Burada, Meclis üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğu ile kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanı tarafından ihtiyari olarak halkoylamasına götürülmesi durumunda, Meclis tarafından da seçimlerin yenilenmesi kararı alınabileceğini ve bu durumda yönetimin istikrarının bozulabileceğini belirtmek gerekir. Bu nedenle, Meclis üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğu ile kabul edilen bir Anayasa değişikliğiyle ilgili olarak, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğini onaylama yoluna gitmesi güçlü bir olasılıktır. Şayet, Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliğini onaylamıyorsa bunun yapılan değişikliğin içeriğine ilişkin güçlü bir Anayasaya aykırılık itirazından kaynaklandığı söylenilebilir.

Cumhurbaşkanı doğrudan Anayasadan aldığı yetkiyle kararname çıkarabilir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılması söz konusudur. 2017 Anayasa değişikliğinden önce Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sınırlı bir alanda sadece Cumhurbaşkanlığı Sekreterliği ile ilgili olarak çıkarabilmekteydi (AYm. 107). 2017 Anayasa değişikliğinden sonra ise, yürütme organının doğrudan Anayasadan aldığı yetkiyle asli düzenleme yetkisi genişlemiştir denilebilir[48]. Olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Meclise sunulmamaktadır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili Anayasada (m. 104/17) bir sınır öngörülmektedir. Buna göre,

"...Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."

Bu durumda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasındaki bir çatışmada kanun belirleyici olacaktır. Öte yandan, Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanı doğrudan Anayasadan aldığı yetkiyle kararname çıkarabilir. Anayasada (m. 119/6-7),

"Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde

48 Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 251.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar" denilmektedir. Maddede, olağanüstü dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Meclis tarafından görüşüleceği ve karara bağlanacağı öngörülmektedir. Yasama ve yürütme arasındaki bir çatışmada ise, olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Meclis tarafından reddedilme ihtimali güçlü bir olasılıktır. Bu durum, olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile alınmak istenen tedbirleri engelleyebilecektir. Sonuç olarak, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dolayısıyla yasama ile yürütme arasında çıkabilecek bir çatışmanın yönetimde istikrarı bozabileceği söylenilebilir.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilir. Ancak, Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen olağanüstü halin Meclis tarafından onaylanması gerekir (AYm. 119/1-2). Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanının Meclisin karşı olduğu bir olağanüstü hali ilan etmemesi gerekir. Çünkü, Meclis çoğunluğu Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen olağanüstü hali onaylamayabilir (AYm. 119/3). Cumhurbaşkanının ilan ettiği olağanüstü halin TBMM tarafından onaylanmaması ise, Meclisin Cumhurbaşkanına karşı bir güvensizliği olarak yorumlanabilir. Bu durumda, seçimlerin yenilenmesi kararı alınarak, Cumhurbaşkanı ile Meclis arasındaki olası bir çatışma sonlandırılabilir. Seçimlerin yenilenmesine ilişkin bir karar alınması durumunda ise, yönetimde istikrar bozulabilir.

Bütçe konusunda ise, bütçe kanun teklifi Cumhurbaşkanı tarafından Meclise sunulur ve Meclis tarafından karara bağlanır. Anayasada (m. 161/3) *"Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, malî yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Bütçe teklifi Bütçe Komisyonunda görüşülür. Komisyonun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin Genel Kurulda görüşülür ve malî yılbaşına kadar karara bağlanır"* denilmektedir. Burada, yürütme organı tarafından sunulan bütçenin Meclis tarafından görüşülmesi ve karara bağlanması düzenlenmektedir. Bütçe kanun teklifinin onaylanması yasama ile yürütmenin uzlaşmasını gerektirir. Cumhurbaşkanı tarafından sunulan bütçenin Meclis tarafından reddi ise, yasamanın yürütme organına karşı güvensizliğinin bir göstergesidir[49]. Ancak, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen sistemde bütçenin reddinin yürütme üzerinde önemli bir etkisi yoktur. Anayasada bütçenin kabul edilmemesinden dolayı yürütmeye karşı herhangi bir sorumluluk öngörülmemiştir. Anayasaya göre (m. 161/4), bütçe kanunu süresinde yürürlüğe konulamazsa, geçici bütçe kanunu çıkarılacak, geçici bütçe kanunu

49 Parlamenter ve başkanlık hükümet sistemlerinde bütçenin reddedilmesi ya da zamanında kabul edilmemesi sistemin kilitlenmesine yol açabilecek ciddi bir durumdur. Bu tür bir durumda, parlamenter hükümet sisteminde başbakanın, başkanlık hükümet sisteminde ise, başkanın istifa etmesi ya da yasama organı ile uzlaşması gerekmektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa*, s. 701.

da çıkarılamazsa, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanacaktır. Burada, temsili rejimlerde görülen yasama organının bütçeyi reddederek yürütme organını güç duruma düşürebilme imkânı etkisizleştirilmektedir[50]. Bu durumda, bütçe üzerinden yönetimde bir istikrarsızlığın görülmesi mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanının Meclis çoğunluğunun desteğine sahip olmadığı durumlarda yasama ile yürütme arasında bir çatışmanın çıkma ihtimali bulunmaktadır. Özellikle de Cumhurbaşkanının TBMM'nin onayına ihtiyaç duyduğu konularda (olağanüstü halin onaylanması, olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Meclis tarafından görüşülmesi ve karara bağlanması gibi), Meclisin onay vermemesi sistemin kilitlenmesine yol açabilir. Bu tür bir durumda, sorunun çözümü için seçimlerinin yenilenmesi kararının alınması mümkündür. Ancak, bu durum yönetimde istikrarı bozabilir.

D. TBMM'nin Yürütme Üzerinde Bilgi Edinme ve Denetimi

2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminde yasamanın yürütme üzerindeki denetimi için bazı yollar kabul edilmiştir. Anayasada (m. 98), "*Meclis araştırması", "genel görüşme", "Meclis soruşturması"* ve *"yazılı soru"* yollarıyla TBMM'nin bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanacağı düzenlenmiştir. Bu denetim yolları maddede şöyle tanımlanmıştır. Buna göre, *"Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemeden ibarettir". "Genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesidir".* "*Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir".*

TBMM'nin *"Meclis araştırması", "genel görüşme"* ve *"yazılı soru"* gibi yollarla yürütme üzerinde etkili bir denetim gerçekleştirmesi oldukça güçtür[51]. Meclisin diğer bir denetim yolu olan *"Meclis soruşturması"* ise, cezai bir nitelik taşımaktadır. Anayasaya göre, "*Meclis soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında 106 ncı maddenin beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir"* (AYm. 98/4). Bu denetim yolu ile yürütme üzerinde etkili bir denetim yapılabileceği düşünülebilirse de Anayasada öngörülen çoğunluklar nedeniyle bu yolun işlemesi zordur[52]. Çünkü, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında Meclis

50 Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 322. Bazı yazarlar, bütçenin Meclis tarafından kabul edilmemesinin ülkeyi felç etme ihtimalinden dolayı Cumhurbaşkanına geçici bütçe yapma imkânı verildiğini belirtmektedir. Bkz. Kuzu, s. 211.

51 Aynı yönde bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 322; Gören, s. 196 ve 197.

52 Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 322.

soruşturması açılması için Meclis üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyu ve Yüce Divana sevk kararının alınması için üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyu gerekmektedir (AYm. 106/5,7). Anayasanın ilk şeklinde (m. 100/3) başbakan ve bakanlar hakkında Yüce Divana sevk kararı alınabilmesi için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu öngörülmekteydi. Burada, Meclis soruşturmasının etkili bir denetim yolu olabilmesi için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunun yeterli olması yönünde bir düzenlemenin yapılması düşünülebilir. Öte yandan, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların Yüce Divana gönderildiği bir siyasal ortamda, seçimlerin yenilenmesine yönelik bir karar da alınabilir. Çünkü, Yüce Divana sevk için gerekenden daha az bir çoğunluk olan Meclis üye tamsayısının beşte üçlük çoğunluğunun oyu ile seçimlerin yenilenmesi kararı alınabilmektedir. Seçimlerin yenilenmesi kararı alındığında ise, yönetimde istikrar bundan etkilenecektir.

E. Cumhurbaşkanının Görevinin Sona Ermesi

2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı tek başına hükümeti kurmaktadır. Bu durumda, Cumhurbaşkanının görevinin sona ermesi aynı zamanda hükümetin de sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Başka bir deyişle, beş yıllık görev süresi tamamlanmadan Cumhurbaşkanın görevinin sona ermesi yönetimde istikrarı etkilemektedir.

Anayasaya göre (m. 101/2, 106/2, 116/1-2), Cumhurbaşkanının görev süresi şu hallerde sona erer: Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresini tamamlaması, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması ve Cumhurbaşkanı veya TBMM tarafından Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar verilmesi.

Cumhurbaşkanının görevini sona erdiren nedenler arasında sayılan Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresini tamamlaması olağan bir sona erme yoludur. Çünkü, Anayasaya göre beş yıllık süre sonunda yeni seçimlerin yapılması zorunludur. Ayrıca, düzenli aralıklarla seçimlerin yapılması demokrasinin önemli bir ilkesidir.

"Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması" ibaresi Anayasanın 106/2. maddesinde yer almıştır. Ancak, Anayasada Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına ilişkin nedenler açıkça sayılmamıştır. Burada, istifa, ölüm, Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm olma ve görevi yapmaya engel diğer nedenler makamın boşalması kapsamında ifade edilebilir[53]. Söz konusu nedenler gerçekleşip Cumhurbaşkanı görevine devam edemediğinde Cumhurbaşkanlığı makamı boşalmış kabul edilerek Cumhurbaşkanlığı seçiminin

53 Bkz. Gözler, *Türk Anayasa*, s. 807, 808 ve 809.

yapılması gerekir[54]. Bu durum, yönetimde istikrarı yakından ilgilendirmektedir. Çünkü, Cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığı tarihte genel seçime bir yıl veya daha az kalmışsa TBMM seçimi de Cumhurbaşkanı seçimi ile birlikte yenilenerek beş yıllık süreden önce seçimlerin yapılması gerekecektir (AYm. 106/2). Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığı tarihte genel seçime bir yıldan fazla kalmışsa, seçilen Cumhurbaşkanı TBMM seçim tarihine kadar görevine devam edecektir (AYm. 106/2). Bu durumda, sadece Cumhurbaşkanlığı seçimi yapılacağından TBMM'de çoğunluğa sahip siyasal partiye mensup bir Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde, Meclis ile Cumhurbaşkanının uyumu gündeme gelecektir. Ancak burada, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması haliyle sıkça karşılaşılma ihtimalinin zayıf olduğunu belirtmek gerekir. İlk olarak, ülkemizde Cumhurbaşkanının görevinden istifasına yönelik bir örneğe rastlanılmamaktadır. İkinci olarak, ölüm ile Cumhurbaşkanlığı görevinin sona ermesi konusunda, sadece 8. Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ın ölümü nedeniyle Cumhurbaşkanlığı seçimi yapılmıştır. Üçüncü olarak, Cumhurbaşkanı hakkında Yüce Divana sevk kararının alınabilmesi için Anayasada öngörülen çoğunluk (Meclis üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğu) oldukça yüksektir. Dördüncü olarak, Cumhurbaşkanının görevini yapmaya engel diğer nedenlerle (ör. sağlık durumu) makamın boşalması da sık rastlanılmayan bir durumdur. Nitekim, 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde konu ile ilgili bir örneğe rastlanılmamaktadır. 1961 Anayasası döneminde ise, 4. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in sağlık durumu nedeniyle Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinin gerçekleştiğine TBMM tarafından karar verilmiştir[55]. Kısacası, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinin siyasal hayatta gerçekleşme ihtimalinin düşük olduğu söylenilebilir. Ancak, Anayasada Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde seçimlerin yapılacağının öngörülmesi nedeniyle

54 Madde 106/2: *"Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, kırkbeş gün içinde Cumhurbaşkanı seçimi yapılır. Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır. Genel seçime bir yıl veya daha az kalmışsa Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimi de Cumhurbaşkanı seçimi ile birlikte yenilenir. Genel seçime bir yıldan fazla kalmışsa seçilen Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi seçim tarihine kadar görevine devam eder. Kalan süreyi tamamlayan Cumhurbaşkanı açısından bu süre dönemden sayılmaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerinin yapılacağı tarihte her iki seçim birlikte yapılır."*

55 TBMM tarafından 4. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'le ilgili alınan kararda, "*Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in sağlık durumu hakkında Başbakanlığın 26/3/1966 gün 540 saydı yazısı ve ona ek müşterek Sağlık Kurulu tarafından verilmiş bulunan 26/3/1966 gün ve 2030/66 sayılı rapora göre Anayasanın 100 ve 101 inci maddelerinde ifadesini bulan Cumhurbaşkanlığı Makamının boşalması halinin tekevvün etmiş olduğu ve bu sebeple yeni Cumhurbaşkanı* seçiminin yapılması hususu T*.B.M.M. Birleşik Toplantısının 28/3/1966 günlü 5 inci Birleşiminde kararlaştırılmıştır"* denilmektedir. Bkz. TBMM Birleşik Toplantı Kararı, Karar No: 114, 28.03.1966, RG. 29.03.1966-12263.

yönetimde istikrar bundan etkilenebilir. Burada, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması durumunda, yönetimde istikrarın korunması için, Cumhurbaşkanı yardımcısının genel seçimlere kadar Cumhurbaşkanlığını yürütmesi düşünülebilir. Bu tür bir usulün kabul edilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı yardımcısının da halkın karşısına çıkması ve halkın oyu ile belirlenmesi demokratik meşruluk açısından önem taşımaktadır.

Cumhurbaşkanının görevini sona erdiren nedenlerden biri olan seçimlerin yenilenmesi ise, yönetimde istikrarı çok yakından ilgilendirmektedir. Anayasaya göre (m. 116/1-2), Cumhurbaşkanı veya TBMM tarafından Cumhurbaşkanlığı ile TBMM seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanının görevi de sona ermektedir. Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının görevinde kalabilmesi ve Anayasada öngörülen beş yıllık süreyi tamamlayabilmesi için Meclis ile Cumhurbaşkanının uyum içinde çalışması gerekir. Anayasada yürütme organı ile yasama organı arasında çıkabilecek siyasal bir krizde, krizin çözümü için seçimlerin yenilenmesi öngörülmektedir. Bu durum, Anayasa değişiklik teklifinin genel gerekçesinde,

"...Bu anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminin kurgulanırken, Cumhurbaşkanlığı ve parlamento seçimlerinin eş zamanlı olarak yapılması ve sistemde bir tıkanmanın ortaya çıkması halinde parlamento ve başkanlık seçimlerinin birlikte yenilenmesine imkan verilmektedir. Anayasa değişikliği teklifiyle sunulan model, Türkiye'nin sistem tecrübesi ve dünya hükümet sistemi pratikleri gözetilerek geliştirilmiş rasyonel bir modeldir"[56]

denilmektedir. Burada, seçimler yenilenmek suretiyle, yasama ile yürütme arasındaki siyasal krizin sonlandırılması amaçlanmaktadır. Ancak, yasama ile yürütme arasında bir tıkanma olması halinde çözüm için öngörülen seçimlerin yenilenmesi konusunda bazı sorunlar vardır. Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı tek başına seçimleri yenileyebilirken, Meclis tarafından seçimlerin yenilenebilmesi için Meclis üye tamsayısının beşte üçlük çoğunluğu gereklidir. Burada, Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmek için öngörülen karar yetersayısı oldukça yüksektir. Bu durum, Cumhurbaşkanı ile Meclis arasındaki olası bir siyasal krizin derinleşmesine ve çözülememesine yol açabilir. Özelikle de Mecliste salt çoğunluğa sahip ancak seçimlerin yenilenmesi kararı almak için öngörülen çoğunluğa sahip olamayan bir Meclis çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının çatışması halinde.

2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen yeni hükümet sistemi bazı yönlerden başkanlık hükümeti sistemine benzese de ABD'de uygulanan başkanlık sisteminde Kongre başkanlık seçimlerinin yenilenmesine ilişkin karar alamaz. Başka

56 *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, s. 11.

bir deyişle, ABD'de Kongrenin başkanı görevinden alması suçlandırma (impeachment) usulü dışında söz konusu değildir[57]. Bu durum, yönetime istikrar kazandırmaktadır. Öte yandan, ABD'de siyasal partilerin disiplinsiz yapıya sahip olmaları başkanlık sisteminin işlemesine katkı sağlar[58]. ABD'de ülkenin siyasal yaşamına egemen iki siyasal partinin ideolojileri birbirine benzediğinden, Başkan Kongrede kendi siyasal partisi çoğunluktaysa bu çoğunluğun, kendi siyasal partisi çoğunlukta değilse, her iki siyasal partinin Kongre üyelerinin karma çoğunluğunun oylarından yararlanabilmektedir[59]. Kısacası, ABD'de *"Başkan hükümet politikasını saptarken karma ve değişken çoğunluklara dayanabileceği gibi, Kongre'yle arasında bir uyuşmazlık çıktığında doğrudan kamuoyuna hitap etmektedir."*[60] Buna karşılık, ülkemiz siyasetinde bu durumun gerçekleşmesinin zor olduğu düşünülmektedir. Anayasa değişikliği yapılırken milletvekili seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı gün ve birlikte yapılması öngörülerek, Cumhurbaşkanının kendi siyasal partisinin aynı zamanda yasama organında da çoğunluğa sahip olabileceği varsayımından hareket edilmiştir[61]. Böylece, yönetimde istikrarın sağlanabileceği ve Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresini sorunsuz bir şekilde tamamlayacağı düşünülmüştür. Ancak, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının kendi siyasal partisinin Meclis çoğunluğunu elde edememe ihtimali de vardır. Yeni hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanının kendi siyasal partisinin Mecliste çoğunluğu sağlayamaması halinde, Meclisteki diğer siyasal partilerin desteği önemlidir. Bu durumun koalisyonların oluşumunu teşvik edeceği söylenilebilir[62].

---

57 Lijphart, s. 63.

58 Turhan, s. 39.

59 Turhan, s. 39.

60 Turhan, s. 39.

61 Eş zamanlı seçimlerin seçmenleri başkanlık ve yasama organı adaylarını aynı ekibin üyeleri olarak görerek, buna göre oy kullanmaya teşvik ettiği konusunda bkz. David J. Samuels, Matthew S. Shugart, *Presidents, Parties, and Prime Ministers, How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, Cambridge University Press, 2010, s. 129; Aynı gün yapılan seçimde o günkü toplumsal eğilimin yasama ve yürütmede büyük olasılıkla aynı eğilimde olacağı dikkate alındığında, yasamanın fiilen yürütmenin kontrolüne girebileceği ve bu örneklerin Latin Amerika'daki başkancı sistemlerde sıkça rastlanılan bir olgu olduğu konusunda bkz. İlyas Doğan, "Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi", Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, *Dört Kıtada Başkanlık Sistemi (Ülke Örnekleriyle Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları ve Demokrasi),* Astana Yayınları, Ankara, 2017, s. 25.

62 Tönör ve Yüzbaşıoğlu'na göre, *"Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin farklı çoğunluklara dayandığı hallerde ise, bu sistemden beklenenin aksine, koalisyonlar, pazarlıklar, tıkanmalar gündeme gelecek ve giderek istikrarsızlık baş gösterebilecektir."* Bkz. Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,* 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 450.

F. Seçim Sistemi

Yönetimde istikrar ile uygulanan seçim sistemi arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Gerçekten, uygulanan seçim sistemi Meclis yapısını doğrudan etkilemektedir. Anayasada belli bir seçim sistemi öngörülmemiş ve *"Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir"* (m. 67/6) hükmüne yer verilerek, yasa koyucudan temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak bir seçim sistemini uygulamaya koyması istenilmiştir. Ancak, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştırmak oldukça zordur. Temsilde adalete ağırlık verilmesi yönetimde istikrarı, yönetimde istikrara ağırlık verilmesi ise, temsilde adaleti ortadan kaldırabilir.

Cumhurbaşkanlığı seçiminde iki turlu bir çoğunluk sistemi öngörülmüştür (AYm. 101/5). 2017 Anayasa değişikliğiyle (m. 77) Cumhurbaşkanlığı ile Milletvekili genel seçimlerinin aynı gün ve birlikte yapılması esası benimsenmiştir. Aynı gün ve birlikte yapılan seçimlerde Cumhurbaşkanının partisinin Mecliste çoğunluğu sağlama ihtimali söz konusu olabilir. Ancak, aynı gün ve birlikte yapılan seçimlerle Cumhurbaşkanın partisinin Meclis çoğunluğunu sağlaması güçlü bir ihtimal de olsa[63], bu durum her zaman gerçekleşmeyebilir. Nitekim, 2017 Anayasa değişikliğinden sonra 24.6.2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı seçimi ile birlikte yapılan Milletvekili Genel Seçimlerinde, ilk turda Cumhurbaşkanı seçilmiş, ancak Cumhurbaşkanının partisi Meclis çoğunluğunu elde edememiştir[64].

Anayasaya göre, Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk oylamasında Cumhurbaşkanı seçilemezse, bu durumda sadece Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci oylaması yapılacak ve Meclis seçimleri yenilenmeyecektir (AYm. 101/5). Nitekim, 2023 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminde, Cumhurbaşkanlığı seçimi ikinci oylamaya kalmış[65] ve Cumhurbaşkanının partisinin Mecliste çoğunluğu sağlayamadığı görülmüştür[66]. İkinci oylamada, Cumhurbaşkanı seçilerek görevine başlamıştır[67]. Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı seçiminde geçerli oyların çoğunluğunun oyunu alma şartının getirilmesi, Cumhurbaşkanı adaylarının seçimlerden önce diğer partilerle ortaklık kurmasını teşvik etmektedir denilebilir.

Cumhurbaşkanlığı seçimine partili olmayan bir adayın katılması ve seçilmesi de söz konusu olabilir. Ancak, bu mümkün olsa da partili bir Cumhurbaşkanının

63 Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 322.

64 YSK, K.N. 952, RG. 04.07.2018-30468 (Mükerrer); YSK, K.N. 953, RG. 04.07.2018-30468 (Mükerrer).

65 YSK, K.N. 2023/1091, RG. 19.05.2023-32195 (Mükerrer).

66 YSK, K.N. 2023/1255, RG. 30.05.2023-32206 (Mükerrer).

67 YSK, K.N. 2023/1269, RG. 01.06.2023-32208 (Mükerrer).

seçilme ihtimali daha yüksektir. Nitekim, 2018 ve 2023 Cumhurbaşkanlığı seçimini partili bir Cumhurbaşkanı adayı kazanmıştır. Burada, Cumhurbaşkanlığı seçimine bağımsız aday olarak katılarak seçilen bir Cumhurbaşkanının Anayasada öngörülen beş yıllık süreyi sorunsuz bir şekilde tamamlayıp tamamlayamayacağı konusu üzerinde düşünmek gerekir. Konuyla ilgili şöyle bir değerlendirme yapılabilir. Seçimlerde bağımsız olarak aday olan ve seçilen bir Cumhurbaşkanının arkasında siyasal parti desteği yoktur. Anayasaya göre (m. 101/3), yüz bin seçmenin oyuyla bir kişinin Cumhurbaşkanı adayı olması ve seçilebilmesi mümkündür. Bağımsız bir adayın Cumhurbaşkanı seçilmesi halinde, Cumhurbaşkanı ile Meclis arasında yaşanabilecek siyasal bir krizin seçimlerin yenilenmesine yol açabileceği söylenilebilir. Çünkü, arkasında siyasal parti desteği bulunmayan bir Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresini tamamlaması oldukça zor görünmektedir. Bunun yönetimde istikrara olumsuz bir etkisi olacaktır.

Ülkemizde milletvekili genel seçimlerinde nispi temsil sistemi geçerli olup, ülke genelinde yüzde yedilik bir baraj uygulanmaktadır (2839 Sayılı Kanun m. 33-34). Söz konusu seçim barajı küçük partilerin Meclise girmelerinin önlemek bakımından düşünülen yöntemlerden biridir. Başka bir deyişle, Meclise küçük partilerin girmelerini önleyici seçim barajlarının getirilmesi büyük partilerin öne çıkmasını sağlamaktadır. Ülkemizde uygulanan yüzde yedilik seçim barajı oldukça yüksektir ve küçük siyasal partileri sistemin dışına itmektedir. Burada, temsilde adaletin sağlanması için seçim barajının batılı demokratik ülkelerde uygulanan seviyelere düşürülmesi söz konusu olabilir. Ancak, ülkemizde seçim barajının indirilmesi yerine seçimlerde siyasal partilerin ittifak yapmalarına yönelik bir düzenleme kabul edilmiştir. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa 13.03.2018 tarih ve 7102 sayılı Kanunla 12/A maddesi[68] eklenerek seçimlerde siyasal partilerin seçim ittifakı yapabilmesi sağlanmıştır.

68 Madde 12/A: *"(Ek: 13/3/2018-7102/15 md.) Seçimlere katılma yeterliliği taşıyan siyasi partiler, ittifak yaparak seçime katılabilir. İttifak yapan siyasi partiler, kendi aday listelerini verir. İttifak yaparak seçime katılma kararı alan siyasi partiler, seçimin başlangıç tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde, genel başkanların imzalarını ihtiva eden ittifak protokolünü Yüksek Seçim Kuruluna teslim eder. Aday listelerinin teslim edilmesi için belirlenen tarihten iki gün öncesine kadar, aynı usulle ittifak protokolünde değişiklik yapılabilir.*

İttifak protokolünde; siyasi partilerce belirlenmesi halinde, ittifak unvanı ve kanunlara aykırı olmayan diğer hususlar yer alır.

Siyasi partiler, aday listelerinin teslim edilmesi için belirlenen tarihten üç gün öncesine kadar, Yüksek Seçim Kuruluna bildirimde bulunmak suretiyle ittifaktan vazgeçebilir. Bu durum, Yüksek Seçim Kurulunca aynı ittifak içerisindeki diğer siyasi partilere derhal bildirilir. Vazgeçme halinde, ittifak diğer partiler arasında devam eder. İttifaktan vazgeçmenin bildirilmesini takip eden gün saat 17.00'ye kadar, ittifak içerisindeki diğer siyasi partiler ittifak protokolünü değiştirebilir veya ittifaktan vazgeçebilir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile seçim ittifakına ilişkin diğer hususlar Yüksek Seçim Kurulunca belirlenir."

Ayrıca, 2839 sayılı Kanunda (m. 33/1), *"Seçim ittifakı yapılması halinde, yüzde yedilik barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli oyların toplamı esas alınır ve bu siyasi partiler için ayrıca baraj hesaplaması yapılmaz"* denilmektedir. Böylece, küçük siyasal partilerin yüzde yedilik ulusal seçim barajını geçebilmeleri sağlanmıştır. Bu düzenleme temsilde adalet ilkesi açısından olumludur. Ancak, bunun yönetimde istikrara katkısı üzerinde düşünülmesi gerekir. Burada, seçim ittifakı yapan siyasal partilerin seçimlerden sonra da Mecliste bu ittifakı devam ettirmeleri halinde yönetimde istikrarın korunabileceğinden söz edilebilir. Nitekim, 2018 ve 2023 milletvekili genel seçimlerinden sonra Cumhur ittifakının devam etmesinin yönetimde istikrar açısından önemli olduğu söylenilebilir. Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının arkasında güçlü bir Meclis desteği bulunmazsa, Meclis ile Cumhurbaşkanı arasında bir çatışmanın çıkması güçlü bir ihtimaldir. 2018 ve 2023 milletvekili genel seçimlerinden sonra Cumhur ittifakında yer alan partilerden Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisinin Cumhur ittifakını devam ettirmesi nedeniyle Cumhurbaşkanı Meclis çoğunluğunun desteğine sahip olmuştur. Aksi halde, Meclis ile Cumhurbaşkanı arasında bir çatışma yaşanabilirdi. Burada, Meclis ile Cumhurbaşkanı arasında yaşanabilecek olası çatışma alanlarını şöyle ifade etmek mümkündür. İlk olarak, Anayasaya göre (m. 104/17) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanacağından, kanun aracılığıyla Cumhurbaşkanının hareket alanı daraltılabilir. İkinci olarak, Meclis onayının gerektiği konularda, Meclis bu onayı vermekten kaçınabilir. Bu bağlamda, olağanüstü hâl ilanının onaylanması (AYm. 119/2) ve olağanüstü hâl sırasında çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin onaylanması (AYm. 119/6) gibi konularda siyasal krizler çıkabilir. Bunun çözümü için seçimlerin yenilenmesi düşünülebilir. Ancak, seçimlerin yenilenmesi kararının alınması durumunda, vaktinden önce Cumhurbaşkanlığı seçimleri yapılacağından, yönetimde istikrar bozulabilir.

Sonuç

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişiklikle hükümet sisteminde önemli bir değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklikle tekçi yürütme yapısı benimsenmiş ve yürütmenin başının halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı olması esası kabul edilmiştir. Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yer verilmişse de, bunlar Cumhurbaşkanına bağlı olarak görev yapmaktadır. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü başkanlık sistemine, Cumhurbaşkanının ve Meclisin kendi seçimlerini yenilemek kaydıyla seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmeleri parlamenter

sisteme özgü özelliklerdir. Bu durumda, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen hükümet sisteminin başkanlık ve parlamenter hükümet sisteminin bazı özelliklerini içinde barındıran kendine özgü bir hükümet sistemi olduğu söylenilebilir.

Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresini tamamlanması yönetimde istikrar bakımından önem taşımaktadır. Anayasaya göre, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması ve seçimlerin yenilenmesi kararının alınması hallerinde Cumhurbaşkanının görevi de sona erdiğinden yönetimde istikrar bozulmaktadır. Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması haline siyasal hayatta çok sık rastlanılmamaktadır. Buna karşılık, Cumhurbaşkanının ya da TBMM'nin seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmesi her zaman mümkündür. Bu durum, hükümet istikrarını ilgilendirmektedir. Özellikle de Cumhurbaşkanının kendi partisinin TBMM çoğunluğuna sahip olamadığı bir durumda, seçimlerin yenilenmesi kararının alınması söz konusu olabilir. Seçimlerin yenilenmesi kararının alınabilmesi için Anayasada herhangi bir neden öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanı tek başına, TBMM ise üye tamsayısının beşte üçlük çoğunluğu ile seçimlerin yenilenmesi kararı alabilir.

Yeni hükümet sisteminde, milletvekili seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı gün ve birlikte yapılması esası benimsenerek (AYm. 77/1), Cumhurbaşkanının Meclis çoğunluğunun desteğine sahip olması amaçlanmıştır. Böylece, yönetimde istikrara katkı sağlanmak istenilmiştir. Ancak, aynı gün ve birlikte yapılan seçimlerde Cumhurbaşkanı ve Meclis çoğunluğunun aynı partiden olması güçlü bir ihtimal de[69] olsa, bu durum her zaman gerçekleşmeyebilir. Nitekim, 24.06.2018 ve 14.05.2023 tarihinde Cumhurbaşkanlığı seçimi ile birlikte yapılan milletvekili genel seçimlerinde Cumhurbaşkanının partisinin Meclis çoğunluğunu elde edemediği görülmüştür. Bu durum, aynı gün ve birlikte yapılan seçimlerin yönetimde istikrara katkısının sınırlı olduğunu göstermektedir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda (m.12/A) siyasal partilerin seçim ittifakı yapabilmesi düzenlenmiştir. Seçim ittifaklarının yönetimde istikrara katkısının olabilmesi için bu ittifakların seçimden sonra da devam etmesi gerekir. Bu bağlamda, 24.06.2018 tarihinde[70] ve 14.05.2023 tarihinde[71] yapılan milletvekili genel seçimlerinde siyasal partiler ittifak yaparak seçime katılmış

69 Bkz. Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 322.

70 Milliyet Gazetesi, *Cumhur İttifakı Protokolünün tam metni*, 04.05.2018, https://www.milliyet.com.tr/siyaset/cumhur-ittifaki-protokolu-nun-tam-metni-2662293 (12.11.2024).

71 Anadolu Ajansı, https://www.aa.com.tr/tr/gundem/secimde-13-siyasi-parti-tek-basina-digerleri-ittifak-catisinda-yarisacak/2868155 (12.11.2024).

ve Cumhur ittifakı kazandığı sandalyelerle Meclis çoğunluğuna sahip olmuştur[72]. 2018 ve 2023 milletvekili genel seçimlerinden sonra Adalet ve Kalkınma Partisi ile Milliyetçi Hareket Partisinin Cumhur ittifakını devam ettirmeleriyle de yönetimde istikrar sağlanabilmiştir.

Sonuç olarak, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının Meclis çoğunluğunun desteğine sahip olması halinde yönetimde istikrar açısından bir sorun gözükmezken, aksi durumda yönetimde istikrarın bozulma ihtimali bulunmaktadır. Bu durum, yeni hükümet sisteminin gözden geçirilmesi gerektiğini göstermektedir. Burada, ilk olarak, ABD'de uygulanan başkanlık sisteminde olduğu gibi, yasamanın ve yürütmenin karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerine son verememesini sağlayacak anayasal düzenlemeler düşünülebilir. Ancak, bu yönde bir düzenleme yapılması halinde, yasama ve yürütme arasında olası bir çatışmada uygulanacak çözüm yöntemleri de açıkça öngörülmelidir. Aksi halde, sistem kilitlenebilir. İkinci olarak, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde Cumhurbaşkanı yardımcısının genel seçimlere kadar Cumhurbaşkanlığını yürütmesine yönelik bir düzenlemenin yapılması yönetimde istikrara katkı sağlayabilir. Bu tür bir düzenleme öngörülür ise, Cumhurbaşkanı yardımcısının, seçimlerde halkın karşısına çıkarak seçilmesi demokratik meşruluğun sağlanması açısından önem taşımaktadır.

72 2018 Milletvekili Genel Seçimlerinde Cumhur İttifakı (Adalet ve Kalkınma Partisi 295 milletvekili, Milliyetçi Hareket Partisi 49 milletvekili) toplam 344 milletvekilliği kazanmıştır. Bkz. YSK, K.N. 952, RG. 04.07.2018-30468 (Mükerrer); YSK, K.N. 953, RG. 04.07.2018-30468 (Mükerrer); 2023 Milletvekili Genel Seçimlerinde Cumhur İttifakı (Adalet ve Kalkınma Partisi 268 milletvekili, Milliyetçi Hareket Partisi 50 milletvekili, Yeniden Refah Partisi 5 milletvekili) toplam 323 milletvekilliği kazanmıştır. Bkz. YSK, K.N. 2023/1255, RG. 30.05.2023-32206 (Mükerrer).

KAYNAKLAR

- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku,* 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Batum, Süheyl, "Siyasal Rejimler ve Türkiye'deki Arayışlar", *Uluslararası* Anayasa *Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001),* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, ss. 349-359.
- Doğan, İlyas, "Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi", Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, *Dört Kıtada Başkanlık Sistemi (Ülke Örnekleriyle Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları ve Demokrasi),* Astana Yayınları, Ankara, 2017, ss. 16-45.
- Epstein, D. Leon, "Parliamentary Government", Ed. David L. Sills, *International Encyclopedia of the Social Sciences,* Cilt 11, The Macmillan Company and The Free Press, 1968, ss. 419-425.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi,* 12. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- Esen, Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi,* Sayı 4, 2016, ss. 45-73.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku,* 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku,* 3. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- Gözler, Kemal, *Elveda Anayasa, 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler,* Ekin Yayınları, Bursa, 2017.
- Gözler, Kemal, *1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme,* https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf (12.11.2024).
- Kaboğlu, İbrahim, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)", *Ankara Barosu Dergisi,* Sayı 4, 2016, ss. 37-44.
- Kuzu, Burhan, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi Yeni Sistem Cumhurbaşkanlığı Modelimiz,* Babıali Kültür Yayıncılığı, İstanbul, 2017.
- Lijphart, Arend (Terc. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran), *Çağdaş Demokrasiler Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1984.
- Onar, Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?", *Başkanlık Sistemi,* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, ss. 71-104.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku,* 20. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Özbudun, Ergun, "Güçlendirilmiş Parlamenter Rejim", https://www.perspektif.online/guclendirilmis-parlamenter-rejim/ (12.11.2024).
- Özbudun, Ergun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi,* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, ss. 105-111.
- Özsoy-Boyunsuz, Şule, *Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği,* 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş,* 15. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Sabuncu, Yavuz, "Seçim Sistemi/Adalet ve İstikrar", *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı (9-13 Ocak 2001),* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, ss. 517-526.
- Samuels, J. David; Shugart, S. Matthew, *Presidents, Parties, and Prime Ministers, How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior,* Cambridge University Press, 2010.

- Stepan, Alfred; Skach, Cindy, "Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective", Ed. Juan J. Linz; Arturo Valenzuela, *The Failure of Presidential Democracy,* Cilt 1, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, ss. 119-136.
- Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,* 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku,* 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- Turhan, Mehmet, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası,* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.
- Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi,* Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

Diğer Kaynaklar

- Anadolu Ajansı, https://www.aa.com.tr/tr/gundem/secimde-13-siyasi-parti-tek-basina-digerleri-ittifak-catisinda-yarisacak/2868155 (12.11.2024).
- Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm (12.11.2024).
- Anayasa Mahkemesi, https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/ (12.11.2024).
- Cumhuriyet Gazetesi, https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/davutoglu-erdogani-yalanlayip-gitti-tercih-degil-zaruret-528176 (12.11.2024).
- *Doğru Yol Partisi ile Anavatan Partisi Arasında İmzalanan Ortak Hükümet Protokolü ve Ekleri,* 03.03.1996, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1996.
- Mevzuat Bilgi Sistemi, mevzuat.gov.tr (12.11.2024).
- Milliyet Gazetesi, *Cumhur İttifakı Protokolünün tam metni*, 04.05.2018, https://www.milliyet.com.tr/siyaset/cumhur-ittifaki-protokolu-nun-tam-metni-2662293 (12.11.2024).
- *Refah Partisi ile Doğruyol Partisi Koalisyon Hükümeti Protokolü,* 28.06.1996, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1996.
- Resmî Gazete, http://www.resmigazete.gov.tr (12.11.2024).
- Türk Dil Kurumu, https://sozluk.gov.tr/ (12.11.2024).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www.tbmm.gov.tr (12.11.2024).
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri,* 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Siber Güvenlik Başkanlığının Düzenlenişine Dair Değerlendirme*

An Assessment on the Establishment of the Cybersecurity Presidency

A. Deniz BİLGEHAN**

ÖZ

Son yıllarda hızlanan teknolojik gelişmeler, Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatında yeni idare ya da idari birimlerin kurulmasını gerektirmiştir. Siber Güvenlik Başkanlığı bu kapsamda yakın zamanda bir kamu tüzel kişiliği olarak idari teşkilata dahil olmuştur. Başkanlığın idare hukukuna getirdiği tek yenilik faaliyet alanıyla ilgili olmayıp düzenleniş biçimi de başlı başına önem arz etmektedir. Zira 2017 Anayasa değişikliğinden bu yana kamu tüzel kişileri, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular dahil olmak üzere büyük ölçüde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmektedir. Siber Güvenlik Başkanlığı ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmakla beraber adeta eleştiriler dikkate alınmışçasına kanunla düzenlenmesi öngörülen konular bakımından büyük ölçüde kanunla düzenlenmiştir. Siber Güvenlik Başkanlığının, 2017 Anayasa değişikliğinden sonra kamu tüzel kişilerinin kuruluşunda genellikle izlenen yoldan farklı olarak, büyük ölçüde kanunla düzenlenmesi, kanun koyucu ve yürütmenin doktrindeki eleştirileri gerçekten dikkate alıp almadığı sorusunu akla getirmiştir. Bu sorunun cevabını bulmak üzere makalede Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri ile personeliyle ilgili hususların düzenlenişi değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme göstermiştir ki, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların büyük ölçüde kanunla düzenlenmiş olması, Anayasa'daki hükümlerin amaçlarına ulaşmak için yeterli olamamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siber güvenlik, idari teşkilat, hukuki belirlilik, idarenin kanuniliği, kamu personeli.

ABSTRACT

Recent technological advancements have necessitated the establishment of new public administrations within the administrative organization of the Republic of

* Makale gönderim tarihi: 14.04.2025. Makale kabul tarihi: 03.05.2025. A. Deniz Bilgehan, "Siber Güvenlik Başkanlığının Düzenlenişine Dair Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 63-88, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.3

** Kamu Hukuku Doktoru, 0000-0003-3737-5909, adbilgehan@outlook.com

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

Turkey. The Cyber Security Presidency has recently been incorporated into the administrative organization as a public legal entity. The novelty brought by the Presidency to administrative law is not only related to its field of activity but also to its organizational structure. Since the 2017 constitutional amendment, public legal entities have largely been regulated by the Presidential Decree (CBK), including matters that the Constitution stipulates should be regulated by law. However, the Cyber Security Presidency, although established by a CBK, is largely regulated by law in areas where legal regulation is anticipated. This difference raises questions about whether the legislative and executive branches truly consider criticisms in the organization of the Cyber Security Presidency. To answer this question, the article evaluates the regulation of the Presidency's duties, powers, and personnel. This evaluation shows that despite many constitutional provisions being regulated by law, they are insufficient to achieve the purposes intended by the Constitution.

Keywords: Cyber security, administrative organization, legal certainty, legality of administration, public personnel.

Giriş

Son yıllarda hızlanan teknolojik gelişmeler, idari teşkilatta yeni idare veya idari birimler kurulmasını gerektirmiş, Siber Güvenlik Başkanlığı da bu kapsamda kurulmuştur[1]. Siber Güvenlik Başkanlığı, 8 Ocak 2025 tarihinde yayımlanan 177 sayılı Siber Güvenlik Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle[2] Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatındaki yerini almıştır[3]. Siber Güvenlik Başkanlığını idare hukuku açısından yeni kılabilecek bir diğer husus ise düzenleniş biçimi olmuştur.

Türk idare hukukunda, 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte yürütme güçlendirilmiş[4], idari teşkilatın düzenlenmesinde Cumhurbaş-

1 Türk hukukunda siber güvenliğin geçirdiği sürece dair bkz. Hasan Alpay Karasoy, Pelin Babaoğlu, "Türkiye'de Siber Güvenlik: Yasal ve Kurumsal Altyapı", *Yasama Dergisi*, Sayı 44, Temmuz-Aralık 2021.

2 177 sayılı Siber Güvenlik Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete (RG) 08.01.2025-32776.

3 177 sayılı CBK m. 3: "*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve ilgili diğer mevzuatla verilen görev ve yetkileri yerine getirmek üzere Cumhurbaşkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Siber Güvenlik Başkanlığı kurulmuştur.*"

4 Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2017, s. 18, (Cumhurbaşkanlığı); Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2025, s. 411; Halit Eyüp Özdemir, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 266; Seda Dunbay, "Yürütmenin Büyümesi Sorunsalı Karşısında Liberal Demokrasilerin Geleceğine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", Ed. Zülfiye Yılmaz, *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Kadın Hukukçuların Armağanı: Kamu Hukukunun Temel Sorunları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarına Bir Katkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 125.

kanlığı kararnamelerinin (CBK) sıklıkla kullanılması yoluna gidilmiştir. Bu düzenlemeler, Anayasa[5] m. 123/3'te[6] yer alan kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabilmesi imkanını da aşarak Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen alanları da kapsayabilmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM), genellikle, söz konusu CBK hükümlerini Anayasa m. 123/3 kapsamında değerlendirse[7] de bu durum doktrinde eleştirilere yol açmıştır[8]. Zira Anayasa m. 7 yasama yetkisinin devredilmezliğini öngörmektedir ve Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların CBK ile düzenlenmesi, yasama yetkisinin devredilmezliğiyle bağdaşmamaktadır.

Gerçekten AYM'nin de yukarıda aktardığımız görüşünün yanı sıra, CBK ile düzenlenmesinin mümkün olduğunu belirttiği konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade eden kararı da bulunmaktadır[9]. Siber Güvenlik Başkanlığı, uzun zamandır devam eden bu tartışmalara yeni bir boyut getirecek biçimde düzenlenmiştir.

Siber Güvenlik Başkanlığı, 2025 yılının başında 177 sayılı CBK ile kurulmuş olsa da görev ve yetkileri ile personeliyle ilgili hususların önemli bölümü 2025 yılının ortasında yürürlüğe giren 7545 sayılı Kanun'la[10] düzenlenmiştir. Ayrıca 7545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra kamu hizme-

---

5 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 2709 sayılı Kanun, RG. 09.11.1982-17863 (Mükerrer).

6 Anayasa m. 123/3: "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*"

7 AYM, E.2020/46, K.2023/149, 13/09/2023, RG. 17.11.2023-32372, § 13: "Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiş, üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı hükme bağlanmıştır. Anılan fıkrada yer alan "...kurulur." ibaresinin CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğinin CBK ile düzenlenmesini de içerdiği anlaşılmaktadır. Zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki koşullara bağlı olmak kaydıyla kamu tüzel kişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısı gibi unsurların CBK'yla düzenlenemeyeceğinin kabulü, kamu tüzel kişiliğinin CBK'yla kurulmasını mümkün hâle getiren anayasal hükmü işlevsiz, dolayısıyla anlamsız kılabilecektir". Aynı yönde bkz. AYM, E. 2019/105, K. 2020/30, 12/06/2020, RG. 20.08.2020-31219, § 45.

8 Fatma Didem, Sevgili Gençay, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi", Ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 272; Ayhan Tekinsoy, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi", Ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 410; Dilşad Çiğdem Sever, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da 'Parthenogenesis' Olmak", Ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 353, (Teşkilatlanma).

9 AYM, E. 2019/31, K. 2020/5, 23/01/2020, RG. 13.05.2020-31126, § 11.

10 7547 sayılı Siber Güvenlik Kanunu, RG. 19.03.2025-32846.

tinin siber alana taşınmasına dair asli görevleri üstlenmiş olan, bünyesinde Siber Güvenlik Başkanlığı adında birim bulunduran ve tüm görev ve yetkileri CBK ile düzenlenen Dijital Dönüşüm Ofisi kapatılmıştır[11]. Başka bir deyişle, Anayasa m. 123/3'ün sağladığı imkanla kamu tüzel kişiliği CBK ile kurulmuş, bugüne dek tartışma konusu olduğu hâlde teşkilatlanmalarda kanunla düzenlenmeyen pek çok alan da Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşunda kanunla düzenlenmiştir.

Tüm bu gelişmeler akla şu soruyu getirmiştir: Siber Güvenlik Başkanlığının düzenleniş biçimi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin uygulanmaya başlamasıyla ortaya çıkan değişikliklerle ilgili eleştirilerin Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatında dikkate alındığının bir göstergesi midir? Bu sorunun cevabı, idarenin teşkilatlanmasında CBK ile düzenlenmesi tartışma konusu olan hususların Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşundaki düzenlenme biçimlerinin değerlendirilmesiyle bulunabilecektir. Tartışma konusu olan hususları ise iki ana başlıkta değerlendirmek mümkündür. Bunlar; görev ve yetkilerin düzenlenişi (I) ile personelle ilgili hususların düzenlenişidir (II).

I. Görev ve Yetkilerin Düzenlenişi Açısından Değerlendirme

Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri hem 177 sayılı CBK'nin 4. maddesinde hem de 7545 sayılı Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Zamansal olarak 7545 sayılı Kanun, 177 sayılı CBK'den daha sonra yürürlüğe girmiştir.

Daha önce yürürlüğe giren 177 sayılı CBK'deki görev ve yetkilerin daha genel ifadelere sahip olduğu ve "görev ve yetki" bahsinin tek bir maddede düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu 4. maddeye göre, Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri özetle şunlardır: siber güvenlik alanında politika, eylem planları, bilinçlendirme ve proje gerçekleştirmek, siber güvenlik zafiyetlerinin tespit edilmesine yönelik çalışmak, yatırımların yönlendirileceği alanları belirlemek, teşvikler hakkında görüş bildirmek, acil durum hâlleri için planlar oluşturarak operasyon merkezleri kurmak ve mevzuatla verilen diğer görevleri yapmak. Bunların yanında, 7545 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra 183 sayılı CBK ile 177 sayılı CBK'nin görev ve yetkileri arasına kamunun dijital dönüşümün ve yapay zekâ uygulamalarının sağlanması da eklenmiştir[12].

---

11 183 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 28.03.2025-32885. Aynı düzenlemede, Cumhurbaşkanlığına bağlı Finans ve İnsan Kaynakları Ofisleri de kapatılmıştır.

12 183 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 23, RG. 28.03.2025-32855.

Siber Güvenlik Başkanlığının, 7545 sayılı Kanun'da düzenlenen görevleri ise şöyle özetlenebilir: İlgili mevzuatta yer alan görevleri yapmak[13], siber güvenlik alanında faaliyet gösterenlerin uyması gereken usul ve esasları düzenlemek[14], kritik altyapıları belirlemek[15] ve bunlarla ilgili tedbirleri almak[16], siber saldırıları tespit etmek[17], siber olaylara müdahale ekiplerini kurmak ve denetlemek[18], kamu hizmetinin siber güvenliği için gerekli altyapıyı kurmak[19], siber güvenlik alanındaki hizmetlerin sertifikasyon işlemlerini yürütmek[20], siber güvenlik denetimini gerçekleştirmek ve denetim sonucuna göre yaptırım uygulamak[21], denetim yapacak kuruluşların niteliklerini belirlemek ve onları görevlendirmek[22]. Başkanlığın anılan Kanun'da düzenlenen yetkileri ise kısaca şunlardır: İlgili mevzuatta yer alan yetkileri kullanmak[23], siber saldırılara karşı gerekli tedbirleri almak ve bu kapsamda toplanan verileri Başkanlığın bilişim sistemine aktarmak[24], siber olay müdahale desteği sağlamak[25], bilişim sistemlerindeki log kayıtlarını bünyesinde toplamak ve paylaşmak[26], denetim için bağımsız denetçiler yetkilendirmek[27].

Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerinin düzenlenişini incelediğimizde, değerlendirmenin iki başlık altında yapılabileceğini tespit ettik[28]. Bunlar; görev ve yetkilerin hukuki belirlilik ilkesine uygun düzenlenmesi (A) ile veri paylaşımının kanunla düzenlenmesi gereğidir (B).

13 7545 sayılı Kanun m. 5/1/a.
14 7545 sayılı Kanun m. 5/1/e.
15 7545 sayılı Kanun m. 5/1/c.
16 7545 sayılı Kanun m. 5/1/ç.
17 7545 sayılı Kanun m. 5/1/b.
18 7545 sayılı Kanun m. 5/1/d.
19 7545 sayılı Kanun m. 5/1/f.
20 7545 sayılı Kanun m. 5/1/ğ.
21 7545 sayılı Kanun m. 5/1/h.
22 7545 sayılı Kanun m. 5/1/ı.
23 7545 sayılı Kanun m. 6/1/a.
24 7545 sayılı Kanun m. 6/1/b.
25 7545 sayılı Kanun m. 6/1/c.
26 7545 sayılı Kanun m. 6/1/d.
27 7545 sayılı Kanun m. 6/1/ı.
28 Belirtmek gerekir ki, Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerinin içeriğiyle ilgili olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından da değerlendirilmesi gereken pek çok husus bulunmaktadır. Çalışmamızda Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşunun düzenlenmesi değerlendirildiğinden bu hususlara değinilmemiştir. Bu konuyla ilgili çalışma için bkz. İfade Özgürlüğü Derneği, *Siber Güvenlik Kanunu Teklifi: Tehlikenin Farkında Mısınız?*, 16.01.2025, https://ifade.org.tr/siber-guvenlik-kanunu-teklifi-tehlikenin-farkinda-misiniz/ (15.02.2025).

A. Görev ve Yetkilerin Hukuki Belirlilik İlkesine Uygun Düzenlenmesi

İdari teşkilatın Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle de düzenlenmeye başlanmasından sonra eleştiri konusu olan sorunlardan biri görev ve yetkilerin hukuki belirliliğe aykırı biçimde düzenlenmesidir[29]. Hukuki belirlilik AYM içtihadında şöyle açıklanmaktadır[30]: "*Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de belirlilik ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir. Anılan ilkenin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK'lar bakımından da geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır*.".

Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere idarenin görev ve yetkilerini düzenleyen kanun ve CBK hükümleri, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olmalıdır. Siber Güvenlik Başkanlığını düzenleyen kanun ve CBK hükümlerini incelerken hukuki belirlilik açısından sorun teşkil edebilecek iki husus tespit ettik. Bunlardan ilki, görev ve yetkilerin hem kanun hem de CBK ile düzenlenmiş olmasıyla ilgilidir (1). İkincisi ise idareye siber güvenlik alanında verilen düzenleme yetkilerinin bir kısmının hukuki belirliliği sağlayacak biçimde açık ve uygulanabilir olamamasıdır (2).

1. Görev ve Yetkilerin Hem Kanun Hem de CBK ile Düzenlenmiş Olması

Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri incelendiğinde, 7545 sayılı Kanun'da yer alan görev ve yetkilerin çok daha ayrıntılı olduğu görülmektedir. Öte yandan anılan Kanun'da ve CBK'de sayılan görev ve yetkilerin birbirlerini dışladığı da söylenemez. Aksine 177 sayılı CBK'de yer alan görev ve yetkiler, 7545 sayılı Kanun'da yer alan görev ve yetkileri kapsayabilecek ifadelere sahiptir. Aynı konunun hem CBK hem de kanunda düzenlenmiş olması, Anayasa m. 104/17'nin 4., 5. ve 6. cümlelerini akla getirmektedir: "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*"

---

29 Sever, *Teşkilatlanma*, s. 380.

30 AYM, E. 2023/61, K. 2024/10, 18/01/2024, RG. 26.03.2024-3250,1 § 22; AYM, E. 2022/113, K. 2023/112, 22/06/2023, RG. 29.09.2023-32324, § 29; AYM, E. 2018/149, K. 2022/163, 29/12/2022, RG. 03.08.2023-32268, § 26; AYM, E. 2019/96, K. 2022/17, 24/02/2022, RG. 26.05.2022-31847, § 47; AYM, E. 2018/134, K. 2021/13, 03/03/2021, RG. 16.06.2021-31513, § 38; AYM, E. 2018/125, K. 2020/4, 22/01/2020, RG. 13.05.2020-31126, § 28.

İlk olarak Anayasa m. 104/17'nin 4. cümlesi açısından, 7545 sayılı Kanun, 177 sayılı CBK'den daha sonra yürürlüğe girdiğinden bu kısımda tartışma gerekli olmamakla beraber anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 177 sayılı CBK'de değişiklik yapılması hususu da sonraki başlıkta değerlendirilmektedir.

Anayasa m. 104/17'nin 5. cümlesi açısından ise mevcut durumda, 177 sayılı CBK ile 7545 sayılı Kanun'da düzenlenen görev ve yetkiler arasında birbiriyle açıkça farklı olan hükümlerin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Farklılıktan ziyade 177 sayılı CBK'de yer alan görev ve yetkilerin bir kısmı, 7545 sayılı Kanun'da yer alan görev ve yetkilerin "giriş cümlesi" olabilecek ifadeler taşımaktadır. Örneğin, 177 sayılı CBK m. 4/1/g'de yer alan "*siber güvenlik zafiyetlerinin tespit edilmesi amacıyla çalışmalar yürütme*" görevi, 7545 sayılı Kanun'da m. 5/1/b'de bulunan "*Kritik altyapılar ve bilişim sistemlerinin siber dayanıklılığının artırılmasına, siber saldırılara karşı korunmasına, gerçekleştirilen siber saldırıların tespitine, muhtemel saldırıların önlenmesine ve etkilerinin azaltılmasına veya ortadan kaldırılmasına yönelik faaliyet yürütmek, bu kapsamda zafiyet ve sızma testleri ile varlıklara yönelik risk analizleri yapmak veya yaptırmak, siber tehditlerle mücadele etmek, siber tehdit istihbaratı elde etmek, oluşturmak ve paylaşmak, zararlı yazılım inceleme faaliyetleri yürütmek*" görevlerinin genel kapsamını belirten bir ifade olarak anlaşılabilir. Benzer yönde örnekleri sıralamak mümkündür[31].

Bunların yanı sıra 7545 sayılı Kanun ve 177 sayılı CBK'de birbirleriyle tamamen örtüşmese dahi çelişmeyen çeşitli görev ve yetkiler bulunmaktadır. Örneğin, 177 sayılı CBK, 7545 sayılı Kanun'da açıkça bulunmayan bir görev olarak siber güvenlik alanında eğitim yürütmeyi de içermektedir[32]. Öte yandan, 7545 sayılı Kanun'da tanımlanan bir görevin farklı bir biçimde yapılmasının 177 sayılı CBK'de öngörülmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Örnek vermek gerekirse, 7545 sayılı Kanun'da Siber Olaylara Müdahale Ekiplerini kurmaktan bahsedilirken 177 sayılı

---

31 177 sayılı m. 4/1/a'da yer alan "*Siber güvenliğin sağlanması amacıyla politika, strateji ve hedefleri belirlemek, eylem planları hazırlamak, mevzuat çalışmalarını yürütmek, ilgili faaliyetlerin koordinasyonunu sağlamak, bunların etkin şekilde uygulanmasını takip etmek*" ile 7545 sayılı Kanun m. 5/1/e "*Siber güvenlik alanında faaliyet gösterenlerin uyması gereken usul ve esasları düzenlemek*" ve m. 5/1/g'de bulunan "*Siber güvenlik alanına ilişkin standartları hazırlamak, diğer kişi veya kuruluşlarca hazırlanan standartları tetkik etmek, bunlar hakkında mütalaa vermek, uygun bulduğu takdirde standart olarak kabul etmek, bunları yayımlamak ve uygulanmalarını takip etmek*" görevleri.

177 sayılı CBK m. 4/1/h'de yer alan "*Siber güvenlik acil durum ve kriz yönetim planları oluşturmak, bu planlar çerçevesinde ortak operasyon merkezleri kurmak*" görevi ile 7545 sayılı Kanun m. 5/1/d'de bulunan "*SOME'ler kurmak, kurdurmak ve denetlemek, SOME'lerin olgunluk seviyelerinin belirlenmesi ve artırılması için çalışmalar yapmak, siber güvenlik tatbikatları gerçekleştirerek SOME'lerin siber olay müdahale kabiliyetlerini ölçmek, diğer ülkelerin siber olaylara müdahale ekipleriyle koordinasyon kurmak, her türlü siber müdahale aracının ve milli çözümlerin üretilmesi*" görevleri.

32 177 sayılı CBK m. 4/1/b.

Kanun'da başka herhangi bir operasyon birimi kurulması gibi bir görev verilmemiştir. Bu bakımdan Anayasa m. 104/17'nin 5. cümlesi açısından 177 sayılı CBK ve 7545 sayılı Kanun'da şu an için birbirinden farklı öngörülen görev ve yetkilerin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumun bulunması hâlinde de Anayasa m. 104/17'nin 5. cümlesi gereğince 7545 sayılı Kanun'da düzenlenen görev ve yetkilerin dikkate alınması gerektiği açıktır. Ancak Anayasa'da farklı hükümler bulunma ihtimaline dair açık hüküm bulunsa dahi aynı konuda hem kanun hem de CBK ile düzenlemenin var olmasının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Nitekim Anayasa m. 104/17'nin 6. cümlesi de bunu desteklemektedir.

Anayasa m. 104/17'nin 6. cümlesi Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hâle geleceğini öngörmektedir. Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri 177 sayılı CBK ile düzenlenmişken, aynı konuyu içeren 7545 sayılı Kanun daha sonra yürürlüğe girmiştir. Anayasa m. 104/17'nin 6. cümlesinin lafzi yorumu, 177 sayılı CBK'de Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerini düzenleyen m. 4'ün hükümsüz hâle gelmesini gerektirir[33]. Öte yandan, uygulamada durumun bu şekilde ilerlemediği görülmektedir.

Zira 7545 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra 183 sayılı CBK ile 177 sayılı CBK'nin görev ve yetkileri düzenleyen hükmüne şu bent eklenmiştir[34]: "*Kamunun dijital dönüşümüne ve kamuda yapay zekâ uygulamalarına öncülük etmek, Dijital Türkiye (e-devlet) hizmetlerinin sunumuna aracılık etmek, bu alanlarda kurumlar arası işbirliğini artırmak ve koordinasyonu sağlamak.*" Bu hâlde, Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri, açık ve ayrıntılı bir şekilde kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Siber Güvenlik Başkanlığına yeni bir görev tevdi edilmiş olmaktadır. Bu yeni görevin CBK ile tevdi edilmesi, mevcut soruların yanına Anayasa m.

33 Bir ihtimal olarak, yasa koyucu Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerini, tek bir konu olarak görmeyip her bir görev ve yetkisini ayrı ayrı birer konu olarak kabul ederek bunlardan kanun ile düzenlenmiş olanlarının CBK ile düzenlenemeyeceğini, burada yer almayan bir görev ve yetkinin ise CBK ile düzenlenebileceğini düşünmüş olabilir. Fakat siber güvenlik alanında görev ve yetkiler, birbirinden böyle kolay ayrılabilecek nitelikte değildir. Kaldı ki 177 sayılı CBK'de yer alan görev ve yetkiler de çok genel kapsamlı olup 7545 sayılı Kanun'daki görev ve yetkilerle örtüşen ifadeler içermektedir.

34 183 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 23, RG. 28.03.2025-32855.

104/17'nin 4. cümlesi[35] açısından doğabilecek sorunu da eklemiştir[36].

Bunların yanı sıra 177 sayılı CBK'yi dışlamamayı amaçlarcasına 7545 sayılı Kanun'da Siber Güvenlik Başkanlığının ilgili mevzuatla verilen görev ve yetkileri de yerine getireceğini düzenlemiş olması da değerlendirilmelidir. Zira, hem 7547 sayılı Kanun hem de 177 sayılı CBK, Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerine ilgili mevzuatta yer alan diğer görevleri de dahil etmiştir[37]. Bu yolla 177 sayılı CBK ve 7545 sayılı Kanun'un birbirlerine atıf yapmalarının sağlanması düşünülmüş olabilir. Fakat yukarıda bahsettiğimiz Anayasa m. 104/17'nin açık hükümleri karşısında aynı konunun CBK ve kanun ile düzenlenmesinin bu yolla sağlanması mümkün değildir. Zira Anayasa, normlar hiye-

---

35 Anayasa m. 104/17'nin 4. cümlesi çerçevesinde yapılacak incelemeye dair şu açıklamalara yer vermiştir: "*Buna göre öncelikle CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır*." (AYM, E. 2019/31, K. 2020/5, 23/01/2020, RG. 13.05.2020-31126, § 12).

36 Kanaatimizce söz konusu ekleme, Bakanlığın görev ve yetkilerinin kapsamı açısından da belirsizliğe yol açan sonuçlar doğurabilecektir. Bunun nedeni, 177 sayılı CBK'ye sonradan eklenen yeni görevin Siber Güvenlik Başkanlığının uzmanlık alanından uzak oluşudur. Siber güvenlik ile dijital dönüşümün sağlanması ve yapay zekâ uygulamalarının kullanılması birbirinden farklı konulardır. "*Siber güvenlik, ağa bağlı bilgi sistemlerini kazara ve kasıtlı tehditlere karşı korumak için dikkate alınması gereken çok çeşitli teknik, organizasyonel ve yönetişim konularını kapsar. Şifreleme, güvenlik duvarları, anti-virüs yazılımları ve benzeri teknik güvenlik araçlarının ötesine geçmektedir*." (Michael Veale, Ian Brown, "Cybersecurity", *Internet Policy Review*, Cilt 9, Sayı 4, 2020, s. 2). Dijital dönüşüm, "*dijital teknolojilerin kullanımı ve geliştirilmesi yoluyla ekonomik ve sosyal refahın artırılmasına yönelik insan, iş süreçleri ve teknoloji unsurlarında gerçekleştirilen bütüncül dönüşümü ifade eder*." (48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 24.10.2019-30928). "*Bir YZ sistemi, açık veya örtük hedefler için, aldığı girdiden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktıların nasıl üretileceğini çıkaran makine tabanlı bir sistemdir. Farklı yapay zekâ sistemleri yerleştirilmelerinden sonra özerklik ve uyarlanabilirliklerine göre çeşitlenir*." (Luca Bertuzzi, *OECD Updates Definition of Artificial Intelligence 'to Inform EU's AI Act'*, euractiv, 09.11.2023, https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/oecd-updates-definition-of-artificial-intelligence-to-inform-eus-ai-act/ (01.02.2025)). Nitekim 7545 sayılı Kanun da siber güvenlikteki meseleler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Siber Güvenlik Başkanlığının, siber güvenliğe dair meselelerin tartışıldığı komisyon görüşmelerinin ardından ortaya çıkan Kanun'un yürürlüğe girmesinin akabinde siber güvenlikten farklı bir konuyla görevlendirilmesi idarenin teşkilatlanması ve faaliyetlerini yerine getirmesi sırasında belirsizliğe yol açmaya müsait bir hususdur.

37 Siber Güvenlik Başkanlığının 7545 sayılı Kanun'daki görevlerini düzenleyen 5. maddesi "*İlgili mevzuatta yer alan görevleri yapmak*" bendiyle, yetkilerini düzenleyen 6. maddesi de "*İlgili mevzuatta yer alan yetkileri kullanmak*" bendiyle başlamaktadır. Benzer şekilde 177 sayılı CBK m. 4 "*Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmak.*" bendiyle tamamlanmaktadır.

rarşisi gereğince kanun ve CBK'nin üstündedir[38].

Anayasa m. 104/17'de yer alan düzenlemelere rağmen Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerinin hem CBK hem de kanunda bunca soru işareti oluşturacak biçimde düzenlenmesi, hukuki belirlilik ilkesiyle örtüşememektedir.

2. İdareye Verilen Düzenleme Yetkilerinin Değerlendirilmesi

Siber Güvenlik Başkanlığının yetkilerini düzenleyen 7545 sayılı Kanun m. 6'nın son fıkrası şöyledir: "*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir*". Bu hükmün, idarenin düzenleme yetkisine dair çerçeveyi hukuka uygun olarak çizip çizmediği hususu, 6. maddenin bir kısmını yukarıda özetlediğimiz içeriğinin niteliğiyle ilgilidir.

İlk olarak kanun koyucunun, bu alandaki önceki düzenlemelere kıyasla daha kapsamlı bir çerçeve çizdiği görülmektedir. Daha önce siber güvenlik alanında kısıtlı da olsa düzenlemeler bulunmakta olup bunlar 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu[39] m. 60'ta[40] ve 1 sayılı CBK'de[41] Dijital Dönüşüm Ofisi

---

38 Ayrıca belirtmek gerekir ki, "ilgili mevzuat", kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin altında bulunan pek çok düzenlemeyi kapsamaktadır. Siber güvenlik gibi devasa bir alana tekabül eden hizmetin düzenlenmesinde, "ilgili mevzuat"a atıf yapılması idarenin görev ve yetkilerinin kapsamında belirsizliğe neden olabilecek bir başka hususdur.

39 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, RG. 10.11.2008-27050 (Mükerrer). Anılan düzenlemeler, 17/8/2016 tarih ve 29804 sayılı RG'de yayımlanan 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 5809 sayılı Kanun m. 60'a eklenmiş olup şu şekildedir:
"*(10) Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır.*
(11) Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Başbakanlıkça belirlenir.".

40 Türkiye'nin Dijital İdare Raporunda siber güvenliğin bu kanunla düzenlendiği belirtilmiştir (European Commission, *Digital Public Administration Factsheet 2022 Türkiye*, 02.08.2022, https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/DPA_Factsheets_2022_T%C3%BCrkiye_vFinal_0.pdf (02.03.2025), s. 26).

41 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 10.07.2018-30474. 1 sayılı CBK'nin mülga m. 527/B/ç hükmüne göre Siber Güvenlik Dairesi Başkanlığının görevleri şu şekildeydi:
"*1) Cumhurbaşkanınca belirlenen politikalar kapsamında kamu kurumları ve kritik altyapılara yönelik siber güvenlik stratejileri geliştirmek.*
2) Ulusal siber güvenlik ve bilgi güvenliğini destekleyici projeler geliştirmek.
3) Siber güvenlik ile ilgili politika, strateji ve eylem planlarının ülke çapında etkin şekilde uygulanmasına yönelik gelişmeleri takip etmek.

bünyesindeki Siber Güvenlik Dairesi Başkanlığının görev ve yetkileri arasında sayılmaktaydı[42]. Dijital Dönüşüm Ofisi bünyesindeki Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri büyük ölçüde yeni kurulan Siber Güvenlik Başkanlığının 177 sayılı CBK'de sayılan görev ve yetkileriyle örtüşmektedir. Bu hükümler, siber güvenlik alanında "*çalışmalar yapmak, projeler yürütmek*" gibi muğlak ifadelerle düzenlendiğinden net bir çerçeve çizmekten uzaktır.

Siber güvenliği düzenlediği belirtilen diğer hüküm olan 5809 sayılı Kanun m. 60/11 ise: "*Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır.*" şeklindeydi. Bu hükmün içeriğinde siber güvenlikle ilgili belirli saldırı ve açıklara karşı belirli tedbir türleri yer almamaktaydı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun tedbirleri her olay özelinde takdir yetkisini kullanarak alması söz konusuydu. Buna karşın 7545 sayılı Kanun m. 6 ise siber güvenliğe dair meseleler olan sertifikasyon, siber olaylara müdahale, log kayıtlarını izleme gibi hususları ayrıntılı olarak içermektedir. Ayrıca 7545 sayılı Kanun'da "Denetim" başlıklı m. 8 ile "Cezai Hükümler ve İdari Para Cezalarının Uygulanması" başlıklı Beşinci Bölüm yer almakta olup uygulanacak yaptırımlar bu hükümlerde açıklanmaktadır. Bu bakımdan söz konusu düzenlemeler "*siber güvenliğin, siber saldırının ve alınacak tedbirlerin neler olduğuna dair çerçeve çizen bir kanunla düzenlenmesinin, bu saldırıların önlenmesi bakımından daha isabetli olacağına*"[43] dair görüşleri destekleyen yöndedir. Öyleyse önceki hükümlere kıyasla yapılan incelemeye göre 7545 sayılı Kanun m. 6'da Cumhurbaşkanına verilen yönetmelik çıkarma yetkisi çerçevesinin kapsamlı olarak belirlenmesi için önemli adımlar atıldığı anlaşılmaktadır.

---

4) Kritik altyapıların belirlenmesine yönelik çalışmalar yapmak.
5) Siber güvenlikle ilgili hükümlerin tamamından veya bir kısmından istisna tutulacak kurum ve kuruluşlar konusunda ilgili kurumlara önerilerde bulunmak.
6) Kamu, özel sektör ve üniversiteler arasındaki işbirliğinin artırılması suretiyle ulusal siber güvenlik ekosisteminin oluşturulmasına katkı sağlamak.
7) Özel sektörün kapasitesinin kritik alanlara yönlendirilmesi ve mükerrer yatırımların önlenmesi için öncelikli siber güvenlik alanlarını belirlemek.
8) Kritik altyapılar başta olmak üzere her alanda, yerli ve milli siber güvenlik ürünlerinin geliştirilmesine ve bu çözümlerin kullanımının kamuda yaygınlaştırılmasına yönelik çalışmalar yapmak.
9) Kritik teknoloji ve bilgi varlıklarını korumak amacıyla önleyici ve koruyucu faaliyetler konusunda çalışmalar yürütmek.
10) Kamu kurumlarında ve kritik altyapı işleten kuruluşlarda bilgi güvenliği yönetim sisteminin kurulup işletilmesi, teknik standartlar ile usul ve esasların belirlenmesi, uygulamanın izlenmesi ve yönlendirilmesi konularında çalışmalar yürütmek.
11) Başkan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.".

42 Bunlar, 7545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ilga edilmiştir.

43 A. Deniz Bilgehan, *Siber Alanda Sunulan Kamu Hizmetinde Erişilebilirlik İlkesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2025, s. 270.

Diğer yandan, 7545 sayılı Kanun m. 6'nın bu çerçeveyi, keyfiliği tamamen önleyecek biçimde çizdiği sonucuna varmak mümkün olmamaktadır. Bu iddiayı ileri sürmemizin en önemli nedenlerinden birini oluşturan m. 6/1/b'nin ilk cümlesi şöyledir: "*Bu Kanun kapsamındakilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırıların kaynağına karşı caydırıcılık sağlanması için gerekli tedbiri alır veya aldırır.*". Anılan Kanun'da denetim ve yaptırımı düzenleyen ayrı hükümler olmasına rağmen Siber Güvenlik Başkanlığına tıpkı yukarıda eleştirdiğimiz 5809 sayılı Kanun m. 60/11 hükmünde olduğu gibi belirsiz olan "*gerekli tedbir*" alma ve aldırma yetkisi verilmiştir. Maddenin devamında Cumhurbaşkanına verilen yönetmelik çıkarma yetkisi, m. 6'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi için verildiğinden bu belirsiz "*gerekli tedbir*"lerin de yönetmelikle düzenleneceği sonucuna varılmaktadır. Hukuki belirlilik açısından daha da sakıncalı olabilecek bir ihtimal ise söz konusu "*gerekli tedbir*"lerin yönetmelikle de ortaya konmayıp her olay özelinde Siber Güvenlik Başkanlığı tarafından takdir edilmesidir.

Bir diğer husus, Siber Güvenlik Başkanlığına "*kamu kurum ve kuruluşları ile kritik altyapıların bilişim sistemlerinde kullanılacak ve siber güvenliğe etkisi olan yazılım, donanım, ürün ve hizmetlere dair kriterler ile Başkanlığa yapılacak bildirimlere ilişkin usul ve esasları*" belirleme yetkisinin verilmesiyle ilgilidir[44]. Bu hükümde tarif edilen usul ve esaslar ile aynı yöndeki düzenlemeler, Dijital Dönüşüm Ofisinin İnternet sitesinde 2020 yılında yayımlanan Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberinde[45] yer almaktadır. Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberinin hazırlanması için Dijital Dönüşüm Ofisine yetki 2019/12 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi[46] ile verilmişti. Oysa Dijital Dönüşüm Ofisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 1 sayılı CBK'de bu yetkiyi veren açık bir hüküm yoktu. Bu nedenle idarelerin uyacağı siber güvenlik kriterlerinin belirleneceğine dair Siber Güvenlik Başkanlığına kanunla yetki verilmiş olması önemli bir adımdır. İdarelerin kamu hizmetini siber alanda sunarken dikkate almaları gereken siber güvenlik kriterleri hem hizmetin sunulabilmesi hem de sunum sırasında temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi için hayati önem taşımaktadır. Bu bakımdan siber güvenlik kriterlerine dair yetki veren düzenlemelerin boşluk bırakmayacak biçimde kanunla kaleme alınması elzemdir.

İdareye verilen düzenleme yetkisiyle ilgili olarak dikkat çeken son husus, hem 7545 sayılı Kanun'da hem de 177 sayılı CBK'de farklı idarelere yönetmelik çı-

44 7545 sayılı Kanun m. 6/1/h.

45 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberi*, Temmuz 2020, https://cbddo.gov.tr/bgrehber

46 Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri ile İlgili 2019/12 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, RG. 06.07.2019-30823.

karma yetkisi verilmiş olmasıdır. Yukarıda 7545 sayılı Kanun'da Cumhurbaşkanına verilen yönetmelik çıkarma yetkisinden bahsedilmişti. Bunun yanı sıra 177 sayılı CBK'nin Siber Güvenlik Başkanlığının hizmet birimlerinin sayıldığı 7. maddesinin 2. fıkrasında, "*Başkanlığın hizmet birimlerinin görev ve yetkilerinin Başkanlığın faaliyet alanına uygun olarak Başkanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği*" ifade edilmiştir. Başkanlığın hizmet birimlerinin görev ve yetkileri arasında, 7545 sayılı Kanun m. 6'da sayılan ve uygulama usul ve esasları Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği belirtilen yetkiler de vardır. Bu hâlde akla ilk gelen Anayasa m. 104/17'de yer alan "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*" kuralıdır. Bu kural karşısında 7545 sayılı Kanun m. 6 kapsamındaki yetkilerin uygulama usul ve esaslarının Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği açıktır. Öte yandan Siber Güvenlik Başkanlığının 7545 sayılı Kanun'un farklı maddelerinde ve 177 sayılı CBK'de tanımlanan çeşitli görev ve yetkileri de bulunmaktadır ve bunların 7545 sayılı Kanun m. 6'da yer alan yetkilerden keskin biçimde ayrılması içerikleri dikkate alındığında çok zordur[47]. Böyle bir durumda belirsizliğin yaşanmaması için Siber Güvenlik Başkanlığına verilen yönetmelik çıkarma yetkisinin, Başkanlığın bünyesindeki birimlerin görev dağılımları gibi iç işleyişiyle ilgili idari hususları kapsadığının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

B. Veri Paylaşımının Kanunla Düzenlenmesi Gereği

Veri paylaşımıyla ilgili olarak 7545 sayılı Kanun'da yukarıda belirtilen görev ve yetkilerin yanı sıra anılan Kanun kapsamındaki tüm kurum ve kuruluşların görev ve sorumlulukları arasında "*Başkanlığın görev ve faaliyetleri kapsamında talep ettiği her türlü veri, bilgi, belge, donanım, yazılım ve diğer her türlü katkıyı öncelikle ve zamanında Başkanlığa iletmek*" sayılmıştır[48]. Buna benzer bir hüküm, 14 sayılı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde[49] yer almakta olup AYM kararına[50] konu olmuştur. Söz konusu hükme göre İletişim Başkanlığı, "*görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkilidir.*"[51]

---

47 Bkz. "1.Görev ve Yetkilerin Hem Kanun Hem de CBK ile Düzenlenmiş Olması" başlıklı bölümde yer alan örnekler.

48 7545 sayılı Kanun m. 7/1/a.

49 14 sayılı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 24.07.2018-30488.

50 AYM, E. 2018/134, K. 2021/13, 03/03/2021, RG. 16.06.2021-31513.

51 14 sayılı CBK m. 17/2.

AYM, 2021 yılında yaptığı değerlendirmede, İletişim Başkanlığının gerekli gördüğü bilgileri isteyebileceğini öngören düzenlemeyi, bu hususun kişisel verilerin korunmasıyla ilgisi olmadığını belirterek Anayasa m. 20 kapsamında değerlendirmemiştir[52]. Kuralın konu bakımından yetki yönünden incelemesini yalnızca Anayasa m. 104/17 çerçevesinde yapmış, İletişim Başkanlığının doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlı olması nedeniyle Anayasa m. 106/11 uyarınca görev ve yetkilerinin CBK ile düzenlenebileceğini, söz konusu kuralın da bu kapsamda olduğunu ifade etmiştir[53]. İçerik bakımından yaptığı incelemede ise yalnızca Anayasa m. 2 çerçevesinde hukuki belirlilik kapsamında değerlendirmelerde bulunmuş, gerekli görülen bilgilerin istenmesinin amacının ve sınırının açıkça belirlendiğini ifade ederek kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Öte yandan bu değerlendirmeler ve vardığı sonuçlar AYM'nin beş üyesi tarafından reddedilmiştir. Ayrıca karar doktrinde AYM'nin iptal etmediği bu kuralın temel hak ve özgürlüklerin belirsiz şekilde sınırlandırılmasına neden olduğu[54], kişisel verileri ilgilendirmemesinin mümkün olmadığı ve kişisel verilerin korunması hakkını güvenceye alan Anayasa m. 20 uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir[55].

Gerçekten de idarenin talep edebileceği "*her türlü veri, bilgi*" şeklinde ifade edilen verilerin sınırının belirlenebilir olması mümkün olmayıp bu veriler kişisel verilerden ayrı düşünülemez. Bu nedenle hem temel hak ve özgürlükleri ilgilendirmesi bakımından Anayasa m. 13 hem de kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceğini özel olarak belirten Anayasa m. 20 gereğince böylesi hükümlerin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Siber Güvenlik Başkanlığının bilgi toplama yetkisi de bu gerekliliklere uygun olarak 177 sayılı CBK'de değil, 7545 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Her ne kadar 7545 sayılı Kanun'un ilgili madde gerekçesinde konuyla ilgili bir ayrıntıya yer verilmemiş[56] olsa da yasa koyucu ve yürütmenin söz konusu tespitleri dikkate aldığı sonucuna varılabilir.

Bununla beraber, 177 sayılı CBK'ye sonradan eklenen hüküm, veri paylaşımının düzenlenmesiyle ilgili hususların hâlen gözden kaçırılabildiğine de işaret

52 AYM, E. 2018/134, K. 2021/13, 03.03.2021, § 20-25.

53 AYM, E. 2018/134, K. 2021/13, 03.03.2021, § 26-31.

54 Işıl Kurnaz, "Dijital Disiplin Toplumundan Dijital Gözetim Toplumuna Doğru Anayasa Mahkemesi'nin Bir Katkısı mı? Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı'nın Yetkisine Dair 14 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasallık Denetimine Dair Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 10, Sayı 20, 2021, s. 502.

55 Çağla Tansuğ, *İdari Faaliyetlerde İşlenen Kişisel Verilerin İdare Tarafından Korunması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 43, 44 ve 45.

56 "Siber Güvenlik Kanunu Teklifi (2/2860) ve Milli Savunma Komisyonu Raporu", § 7545 (2025).

etmektedir. Dijital Dönüşüm Ofisinin kapatılmasıyla[57] birlikte, Ofisin önemli görev ve yetkilerinden bir kısmı[58] Siber Güvenlik Başkanlığına aktarılmıştır. Bu kapsamda 177 sayılı CBK m. 4'e, "*Kamunun dijital dönüşümüne ve kamuda yapay zekâ uygulamalarına öncülük etmek, Dijital Türkiye (e-devlet) hizmetlerinin sunumuna aracılık etmek, bu alanlarda kurumlar arası işbirliğini artırmak ve koordinasyonu sağlamak*" Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkisi olarak eklenmiştir[59]. Kapatılan Dijital Dönüşüm Ofisinin pek çok sayıda görev ve yetkisi vardı[60] ve bunlar 177 sayılı CBK'ye eklenenden çok daha fazlaydı. Bu nedenle, yakın zamanda 177 sayılı CBK'ye önceden Dijital Dönüşüm Ofisine ait olan başka görev ve yetkilerin de eklenmesi mümkün görünmektedir. Ancak söz konusu görev ve yetkilerin, kişisel veri paylaşımıyla yakın ilişkide olduğu göz ardı edilerek Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi isabetli değildir.

Zira, kamunun dijital dönüşümü, idari teşkilatın pek çok faaliyetinin siber alanda da yürütülmesi anlamına gelmektedir. Bu taşınmaya aracılık etmek ve kurumlar arasında iş birliğini sağlamak, siber alanda veri paylaşımı olmaksızın gerçekleştirilemez. Ayrıca mevcuttaki E-devlet hizmetlerinin sunumuyla ilgili görev ve yetki de tanımlanmıştır. E-devlet hizmetleri, 67 milyondan[61] fazla kişinin kişisel verisini içinde barındırmaktadır. Bu bakımdan kişisel verilerle ilgisinin bulunmadığı da iddia edilemez. Anonimleştirilerek kullanılsa dahi mevzu bahis olan kişisel verilerdir ve bu nedenle kişisel verilerin işlenmesi hâllerinin kanunla düzenlenmesi gereğini özel olarak düzenleyen Anayasa m. 20 uyarınca ilgili yetkiler kanunla düzenlenmelidir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa m. 13 ve m. 104/17 gereğince de kişisel verilerin korunması hakkını sınırlama ihtimali olan bu görev ve yetkiler kanunda yer almalıdır.

Sonuç olarak veri paylaşımının düzenlenişi açısından eleştirilerin ilk etapta dikkate alındığı izlenimi uyanmakta ve 7545 sayılı Kanun m. 7/1/a'da yer verilen düzenlemenin olası hukuki sorunları engelleyebileceği değerlendirilmektedir. Ancak Dijital Dönüşüm Ofisinin kapatılmasıyla yapılan değişiklik veri paylaşımıyla ilgili tüm hususların kanunla düzenlenmesi gereğinin henüz

---

57 183 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 28.03.2025-32855.

58 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 24.10.2019-30928.

59 183 sayılı CBK m. 23.

60 Dijital Dönüşüm Ofisinin görev ve yetkileri, 48 sayılı CBK m. 9 ile 1 sayılı CBK'ye eklenmişti.

61 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Anasayfa*, https://cbddo.gov.tr/ (14.03.2025).

yerine getirilmediğini göstermektedir. Başka bir deyişle, açıkça "bilgi, veri ve belge toplama" gibi ifadeleri içeren görev ve yetkiler kanunla düzenlenmiş; veri paylaşımı olmaksızın yerine getirilmesi mümkün olmayan görev ve yetkiler bu açık ifadeleri içermediklerinden olsa gerek kanunla düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun ve yürütmenin, veri paylaşımının kanunda düzenlenmesi gereğini fark ettiğini görmekle birlikte artık dijital çağda olduğumuz hatırlanarak içinde "veri" geçmeyen görev ve yetkilerin de veriyle ve sıklıkla kişisel verilerle doğrudan ilgisi olacağının dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

II. Personelle İlgili Hususların Düzenlenişi Bakımından Değerlendirme

Kamu personeliyle ilgili hususların 2017 Anayasa değişikliğinden sonraki düzenlenişi, doktrinde "*türbülans zamanları*"[62] şeklinde nitelendirildiği de görülen bir sürece girmiştir. Bu bakımdan Siber Güvenlik Başkanlığının personeliyle ilgili düzenlemelerin söz edilen türbülanstan çıkışı sağlayıp sağlamadığı incelenmeye değerdir.

Siber Güvenlik Başkanlığında görev alacak olan personelle ilgili hususların düzenlenişi, Anayasa'da bu konunun kanunla düzenlenmesini öngören iki hükmün kapsamı bakımından değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sırasıyla Anayasa m. 128 (A) ve Anayasa m. 70 (B) bakımından yapılmaktadır.

A. Anayasa m. 128 Bakımından Değerlendirme

Anayasa'da "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlığı altında yer alan "Genel ilkeler" başlıklı m. 128/2'ye göre "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" Anayasa Mahkemesi, bu hüküm kapsamındaki hususları, yerleşik içtihadına[63] atıf yoluyla münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular arasında saymıştır[64].

Siber Güvenlik Başkanlığındaki personelle ilgili düzenlemeler ise hem 177 sayılı CBK'de hem de 7545 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Bu kapsamda 177 sayılı CBK'de Siber Güvenlik Başkanlığının kadro ihdası, 7545 sayılı Kanun'da sözleşmeli personel istihdamı ile tüm personelin yükümlülükleri düzenlenmektedir. Kadro ihdasına anılan CBK'de kısaca yer verilmesi, sözleşmeli personel istihdamı ile personel yükümlülüklerinin ise anılan Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmesi, ilk ba-

62 Mutlu Kağıtçıoğlu, "Türk Kamu Personel Rejiminin Durumu: Türbülans Zamanları", *Prof. Dr. Saim Üstündağ Anısına Seçme Yazılar*, Dora, 2024.

63 AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, 28/12/2017, RG. 15/2/2018-30333. AYM, bu kararını, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngördüğü diğer konuları ortaya koyduğu içtihadıyla birlikte "*yerleşik içtihat*" olarak nitelemektedir (AYM, E. 2019/31, K. 2020/5, 23/01/2020, § 11).

64 AYM, E. 2019/31, K. 2020/5, 23/01/2020, § 11.

kışta Anayasa m. 128/2'ye büyük ölçüde riayet edildiği izlenimini uyandırmaktadır.

Gerçekten de AYM yakın tarihli kararında[65] dahi, personel istihdamını kadro ihdasından ayrı tutmayarak CBK ile düzenlenebileceğini ortaya koymuşken Siber Güvenlik Başkanlığının personel istihdamının kanunda yer alması dikkat çekicidir. AYM, 2023 yılında Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumunun (TENMAK) kadro ihdası ve personel istihdamını düzenleyen CBK[66] hükümlerini değerlendirirken geçmiş içtihadına[67] da atıfla şu ifadelere yer vermiştir[68]: "*Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası veya iptali, başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Personel istihdamı da kadro ihdasının doğal bir sonucu olduğundan idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin bir parçasını teşkil etmektedir.*" AYM, bu yaklaşımının tutarlı bir sonucu olarak kadro ihdası ve personel istihdamını Anayasa m. 123/3 kapsamında kabul etmekte ve CBK ile düzenlenmesini hukuka uygun olarak değerlendirmektedir[69]. Öte yandan anılan kararda AYM'nin beş üyesi bu değerlendirmeye katılmamış, kuralın konu bakımından yetki açısından Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmışlardır. Nitekim doktrinde de 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ardından yapılan çalışmalarda, Anayasa m. 128'in kanunla düzenleme gereğine dair açık hükmü karşısında Anayasa'daki CBK ile düzenlemeye dair diğer hükümlere dayanılarak kamu personelinin istihdamının düzenlenmesinin isabetli olmadığı açıklanmıştır[70].

Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşunda ise personel istihdamını düzenleyen hükümler, 7545 sayılı Kanun'da "Personele İlişkin Hükümler" başlığında ayrı bir bölüm olarak yer almaktadır[71]. Bu bölümde, sözleşmeli personelin istihdamı ile tüm personelin hak ve yükümlülükleri ile özlük işlerine yer verilmiştir. Bölüm'ün önemli bir kısmında personelin yükümlülüklerine yer ayrıl-

---

65 AYM, E. 2020/46, K. 2023/149, 13/09/2023, § 122.

66 57 Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 28.03.2020-31082.

67 AYM, E. 1965/32, K. 1966/3, 04/02/1966, RG. 08.06.1966-12317; E. 2018/119, K. 2020/25, 11/6/2020, § 18; E. 2020/8, K. 2021/25, 31/03/2021, § 17.

68 AYM, E. 2020/46, K. 2023/149, 13/09/2023, § 122 ve 123.

69 Benzer yönde bkz. AYM, E. 2019/31, K. 2020/5, 23/01/2020, § 33. AYM, E. 2018/123, K. 2022/138, 09/11/2022, RG. 05.04.2023-32154, § 58.

70 Nur Kaman, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı,* Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 88, (Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri); Oya Boyar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve 'Executive Orders': Karşılaştırmalı Gözlemler", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı,* Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 26.

71 7545 sayılı Kanun m. 10-13.

mıştır. Bu yükümlülükler yalnızca sözleşmeli personeli değil, tüm personeli kapsamaktadır. Başka bir deyişle, sözleşmeli personelin istihdamı ile tüm personelin yükümlülüklerinin düzenlenmesi bakımından Anayasa m. 128 dikkate alınarak kanunla düzenleme yapıldığı sonucuna varılabilir.

Diğer yandan, kadro ihdası 177 sayılı CBK'de düzenlenmiştir. Anılan CBK'nin "Kadro ihdası" başlıklı 11. maddesi, Siber Güvenlik Başkanlığında bulunacak olan kadro listesine atıf yaparak bu listenin 2 sayılı CBK'ye[72] eklendiğini belirtmektedir. AYM, kadro ihdasının Anayasa m. 123/3 ile Anayasa m. 106/11 hükümleri çerçevesinde teşkilat yapısıyla ilgili bir husus olduğunu belirtmekte ve CBK ile düzenlenmesinin hukuka uygun olduğu yönünde kararlar vermektedir[73]. Siber Güvenlik Başkanlığının kadro ihdası da AYM içtihadı doğrultusunda CBK ile düzenlenmiştir. Ancak AYM'nin söz konusu kararlarındaki karşı oylarda yer alan tespitlerin Anayasa m. 128 gereğince dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Katıldığımız bu tespitleri kısaca özetleyecek olursak, kadro ihdası yalnızca Anayasa m. 123/3'ü değil, m. 128'i de ilgilendirmektedir[74]. Ayrıca kadro ihdası, Anayasa m. 35 ve m. 13 gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen mülkiyet hakkı ve Anayasa m. 161 gereğince yine kanunla düzenlenmesi gereken bütçe hakkıyla yakından ilişkilidir[75].

Gerçekten de bir kamu kurumunda yalnızca kadro ismi sayılıp başka hiçbir hususa yer verilmese de bu listenin oluşturulmasının ilgili görevleri ifa edebileceklerin Anayasa m. 128'de sayılan *"nitelikleri", "atanmaları", "görev ve yetkileri", "hakları ve yükümlülükleri", "aylık ve ödenekleri"* ile *"diğer özlük işleri*"nden ayrı düşünülmesi güç olmaktadır. "Kadro ihdası" teriminin Türkçe anlamına bakılacak olursa, kadro "*bir kamu kuruluşunun, bir işletmenin, denetim veya yönlendirme işlerini gerçekleştirenler ve bunların taşıdığı ödev, yetki ve sorumlulukların hepsi*", ihdas "*ortaya çıkarma, meydana getirme, kurma*" anlamlarını taşımaktadırlar[76]. Bu hâlde kadro ihdası, kamu görevlile-

72 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi RG. 10.07.2018-30474.

73 AYM, E. 2022/68, K. 2024/26, 01/02/2024, RG. 19.04.2024-32522, § 8; AYM, E. 2021/44, K. 2024/172, 17/10/2024, RG. 30.04.2025-32886, § 99; AYM, E. 2020/46, K. 2023/149, 13/09/2023, § 122.

74 AYM, E. 2021/44, K. 2024/172, 17/10/2024, Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oyu. Dilşad Çiğdem Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 287.

75 AYM, E. 2021/44, K. 2024/172, 17/10/2024, Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu, Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oyu. AYM, E. 2020/46, K. 2023/149, 13/09/2023, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, Engin Yıldırım'ın karşı oyu. AYM, E. 2018/119, K. 2020/25, 11/06/2020, Engin Yıldırım'ın karşı oyu. AYM, E. 2020/8, K. 2021/25, 31/03/2021, Engin Yıldırım'ın karşı oyu.

76 Türk Dil Kurumu, sozluk.gov.tr

rinin ve onların görev ve sorumluluklarının kurulması anlamına gelmektedir. Nitekim AYM'nin de belirttiği gibi "*Hizmetin gerektirdiği görevler için kadrolar tesbit olunur*."[77] Örneğin Siber Güvenlik Başkanlığında bir görevli olarak bilişim uzmanının bulunup bulunmaması ve kaç adet bulunması gerektiği, Başkanlıktaki faaliyeti yürütebilecek personelin niteliklerinin belirlenmesiyle ilgilidir.

Kadro ihdasının mülkiyet hakkını ilgilendirmesinin nedeni ise aylık ve ödenekleri doğrudan etkileyen bir konu olmasıdır[78]. Üstelik kadro ihdas edilirken kadronun derecesi ve ünvanının belirlenebilmesi, ihdasın özlük haklarıyla ve mülkiyet hakkıyla bağlantısını güçlendirmektedir[79]. Nitekim AYM'nin de kadro ünvanının aylık ve ödenekler ile diğer özlük haklarını ifade ettiğini belirten kararları bulunmaktadır[80].

Yine personelin aylık ve ödenekleri, idare tarafından yapılan ödemeleri ilgilendirdiğinden bütçe hakkıyla ilintilidir. Bütçe hakkı kapsamındaki hususlar da Anayasa m. 161 gereğince kanunla düzenlenmelidir[81]. Nitekim Siber Güvenlik Başkanlığının, kadro ihdası dışında, bütçesiyle ilgili hususlar da 7545 sayılı Kanun'un Dördüncü Bölümü'nde düzenlenmiştir[82]. Kadro ihdasının bütçe hakkından ayrı tutularak CBK ile düzenlenmesine yönelik eleştiriler, göz ardı edilebilecek durumda değildir. Zira bu hususların CBK ile düzenlenmesi vası-

77 AYM, E. 1965/32, K. 1966/3, 04/02/1966, RG. 08.06.1966-12317, sahife: 2.

78 AYM, E. 2018/119, K. 2020/25, 11/06/2020, Zühtü Arslan'ın karşı oyu, Engin Yıldırım'ın karşı oyu.

79 AYM, E. 2018/119, K. 2020/25, 11/06/2020, Engin Yıldırım'ın karşı oyu.

80 AYM, E. 2002/35, K. 2007/95, 12/12/2007, RG. 22.01.2008-26764. Benzer bir karar için bkz. E. 2005/139, K. 2007/33, 22/03/2007, RG. 15.12.2007-26731.

81 Ayrıca Anayasa Mahkemesi, yerleşik içtihadına (E. 2016/180, K. 2018/4, 18/01/2018) atıf yoluyla bütçeyi münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında saymıştır (AYM, E. 2019/31, K. 2020/5, 23/01/2020, § 11).

82 Özellikle bir hüküm AYM içtihadının dikkate alındığını göstermektedir. Bu hüküm, 7545 sayılı Kanun'da Siber Güvenlik Başkanlığının 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Özel Bütçeli Diğer İdareler" bölümüne eklenmesini öngören m. 19'dur. AYM, CBK'leri ilk kez değerlendirmeye başladığı kararlarından olan 2018/155 esas sayılı kararında, idarenin 5018 sayılı Kanun'a CBK ile eklenip eklenemeyeceği hususunda değerlendirmelerde bulunmuştur (AYM, E. 2018/155, K. 2020/27, 11/06/2020). Karara konu olan husus, Devlet Arşivleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı ve Strateji ve Bütçe Başkanlığının 5018 sayılı Kanun'a CBK ile eklenmiş olmasıdır. AYM, bu karardaki değerlendirmesini de yalnızca Anayasa m. 104/17 çerçevesinde yapmıştır. Öncelikle Anayasa m. 104/17'nin birinci cümlesi gereğince yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılamayacağını belirtmiştir. Karara konu kural ise bir kanun metninde değişiklik yapmaktadır ve kanun değişikliği TBMM'nin görev ve yetkileri arasında olan yasama yetkisine ilişkin konular arasında olduğundan CBK ile düzenlenemez. AYM, bu gerekçelerle 5018 sayılı Kanun'u CBK ile değiştiren kuralı oybirliğiyle iptal etmiştir. Bu açıdan Siber Güvenlik Başkanlığının 5018 sayılı Kanun'a eklenmesini öngören hükmün kanunla düzenlenmesi AYM kararının dikkate alındığını göstermektedir.

tasıyla, yasamanın bir denetim aracı olan bütçe hakkının işlevsiz kalabileceği ve bu şekilde yasama işlevinin de etkisizleştirilebileceği ifade edilmektedir[83]. AYM'nin geçmiş içtihadında da kadro ihdasının "bütçe rejimiyle" ilgili olduğu ve bu nedenle Anayasa m. 128 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir[84].

Tüm bu nedenlerden ötürü, Siber Güvenlik Başkanlığının düzenlenişinde personel istihdamı gibi kadro ihdası konusunda da Anayasa m. 128'in dikkate alınarak kanunla düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz. Siber güvenlik alanındaki kadroların da 7545 sayılı Kanun'da yer alan görev ve yetkileri yerine getirebilecek nitelik ve nicelikte olması gerekir. Bu bakımdan 7545 sayılı Kanun'da Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkilerini ayrıntılı biçimde ele alan ve diğer idarelerden personel görevlendirilmesine dair hükümler koyan kanun koyucunun Siber Güvenlik Başkanlığında olması gereken kadroları belirlemesi kamu hizmetinin gereğince yürütülmesi için elzemdir.

Ayrıca Anayasa m. 128'in kadro ihdasından ayrı tutulduğu ileri sürülse dahi sonraki başlıkta açıkladığımız üzere Anayasa m. 70 gereğince kadro ihdası kanunla düzenlenmelidir.

B. Anayasa m. 70 Bakımından Değerlendirme

Anayasa'da "Kamu hizmetlerine girme hakkı" başlığı altında bulunan "Hizmete girme" başlıklı m. 70'e göre, "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*". Bu hüküm Anayasa'da "Siyasi Haklar ve Ödevler" Bölümü'nde yer almaktadır. Anayasa m. 104/17'de ifade edildiği üzere siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Bu nedenle Anayasa m. 70 kapsamındaki hususlar kanunla düzenlenmelidir.

Anayasa m. 70 kapsamındaki hususlar, kamu hizmetine girme hakkına her vatandaşın sahip olmasını ve bu alımların liyakat ilkesi[85] çerçevesinde tarafsız

---

83 Ebru Yavuz-Yayla, "Yeni Siyasal Rejimin Alameti Farikası Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Anayasa Mahkemesi", Ed. Osman Korkut Kanadoğlu, Merve Duysak, Ahmet Mert Duygun, Güray Türker, *Anayasa Mahkemesinin Temel Kararları Cilt I*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 27; Ekrem Ali Akartürk, Tevfik Sönmez Küçük, *Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 43.

84 AYM, E. 1987/21, K. 1988/25, 28/06/1988, RG. 08.01.1989-20043.

85 Liyakat ilkesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 3'te sayılan üç temel ilkeden biridir. Bu hükümde yer alan tanıma göre liyakat: "*Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.*". Liyakat kamu personeli alımlarında kayırmacılığın engellenmesini sağlar (Kübra İmran Diler, *Kamu Personel Hukukunda Liyakat İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2018, s. 181; Meltem Koç, *Cumhurbaşkanı'nın Düzenleme Yetkisi Açısından*

olarak yapılmasını güvenceye alan düzenlemelerdir. Anayasa m. 70 gereğince tüm kamu personelinin istihdamının liyakat ilkesi çerçevesinde yürütülmesi anayasal bir zorunluluktur[86]. Bu bakımdan personelle ilgili olarak liyakat ilkesini güvenceye alan hususların da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Siber Güvenlik Başkanlığında yürütülecek kamu hizmetini yerine getirenler bakımından da bu gerekliliğin dikkate alınması önem taşımaktadır. Nitekim kamu hizmetini sunan kişilerin liyakat ilkesi doğrultusunda seçilmesi doğrudan kamu hizmetinin kalitesini etkilemektedir[87].

Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşunda bu gerekliliğin dikkate alınmasında, yukarıda bahsettiğimiz diğer hususlarda olduğu gibi önemli adımlar atıldığı ancak kanunla düzenlenme gereklerinin tamamının dikkate alınmadığı görülmektedir. Öncelikle atılan önemli adımları ortaya koyacak olursak daha önce aynı görev ve yetkileri üstlenmiş olan Dijital Dönüşüm Ofisinin personeline dair düzenlemeleri hatırlamak gerekir.

Dijital Dönüşüm Ofisinin personeliyle ilgili hususlar büyük ölçüde 1 sayılı CBK'de düzenlenmekteydi. 5523 sayılı Cumhurbaşkanlığına Bağlı Ofislere İlişkin Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun[88]'un varlığına rağmen Cumhurbaşkanlığı Ofislerindeki personelin sorumluluğu, istihdamı, görevlendirilmesi, kadroları gibi önemli hususlar 1 sayılı CBK'de düzenlendiğinden Dijital Dönüşüm Ofisinin personeli de burada yer alan düzenlemelere tabiydi[89]. Nitekim kapatılmasının ardından Dijital Dönüşüm Ofisi personelinin "görevlerinin sona ereceği" hükmü yine 1 sayılı CBK'ye eklenmiştir[90]. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin başkanları 3 sayılı CBK'nin I sayılı Cetveli'nde yer almaktadır. Bu kapsamda Dijital Dönüşüm Ofisi başkanının görev süresi, atandığı tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresiyle sınırlıydı. Bunun yanı sıra yöneticiler, Dijital Dönüşüm Ofisi kamu tüzel kişiliğine sahip olmasına rağmen Cumhurbaşkanı ve sıralı yöneticiler tarafından verilecek emir ve talimatları yerine getirmekten sorumluydu[91].

Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanma Usul ve Esasları, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2022, s. 117).

86 Kaman, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, s. 94.

87 Nur Kaman, "Kamu Personeli", Ed. Nur Kaman, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 420, (Personel).

88 5523 sayılı Cumhurbaşkanlığına Bağlı Ofislere İlişkin Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun, RG. 04.07.2006-26218.

89 1 sayılı CBK m. 528 ilâ 533.

90 1 sayılı CBK "Kapatılan ofislere ilişkin işlemler" başlıklı Geçici Madde 1. Öte yandan Dijital Dönüşüm Ofisinde çalışmış personelin Siber Güvenlik Başkanlığında görevlendirilme imkânı 7545 sayılı Geçici Madde 1'de düzenlenmiştir.

91 1 sayılı CBK m. 533.

Dijital Dönüşüm Ofisinin personelini etkileyen düzenlemeler, Anayasa m. 70'in gerektirdiği liyakat ilkesinin sağlanması bakımından pek çok sorunu doğurabilecek nitelikteydi. Her şeyden önce kamu tüzel kişilerinin yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanmasının ve görev süresinin onları atayan Cumhurbaşkanının görev süresiyle sınırlı olmasının ve bu hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin, yöneticilerin tarafsızlığını olumsuz yönde etkileme ihtimali bulunmaktadır[92]. Zira bu hâlde her Cumhurbaşkanının seçim sonrası farklı kişileri yönetici atama imkânı doğmakta[93], kriterlerin 3 sayılı CBK'de sayılan genel kriterler olup her bir hizmetin niteliğine göre ayrı ayrı belirlenmemiş olması da bu imkânı güçlendirmektedir. Kamu tüzel kişiliği bulunan idarelerin bu tüzel kişiliğe sahip olmalarının nedeni yürüttükleri hizmetin idari özerklik gerektirmesidir[94]. Ancak kamu tüzel kişilerinin yöneticileri ve/veya karar organlarının merkezi idare tarafından atandığı ve herhangi bir vakitte görevlerine son verilebildiği hâllerde özerklik yalnızca lafzi olarak var olabilmektedir[95]. Bu koşullarda, kamu kurumlarının kendi iradesi olmaksızın yalnızca merkezi idarenin hedeflerini yerine getirebildikleri[96], siyasi yönlendirmeler sonucunda verimli ve tarafsız kamu hizmetinin engellenebildiği[97] ifade edilmektedir. Bu nedenlerle, üst kademe yöneticilerinin yasama organınca atanması gerektiği belirtilmektedir[98].

Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşunda ise Dijital Dönüşüm Ofisinin perso-

92 Söz konusu eleştirel hakkında açıklamalar için bkz. Bülent Yücel, "'Cumhurbaşkanlığı Yönetim Sisteminin' Anayasal Kurgusu", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 13, Sayı 26, 2024, s. 297.

93 Halil İbrahim İriş, *Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmaları, Nitelikleri ve Görevlerinin Sona Ermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020, s. 82; Mehmet Zahid Sobacı, Özer Köseoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler", İstanbul, SETA, 2018, https://www.setav.org/rapor/rapor-cumhurbaskanligi-hukumet-sisteminde-ust-kademe-yoneticileri (15.02.2025), s. 44.

94 Anayasa Mahkemesi, kamu kurumlarının, kamu tüzel kişiliğini haiz olmalarının bir sonucu olarak idari ve mali özerkliğe sahip olduğunu ve merkezi idareden bağımsız karar almak durumunda olduklarını belirtmiştir (AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, R.G. 26/7/2014-29072). Yerel yönetimler dışındaki idarelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, yürüttükleri kamu hizmetlerinin teknik ve mali nitelikleri ya da yararlananların durumları nedeniyle, klasik katı esas ve usullerle görülememesi nedeniyle idari özerkliğe sahip olmaları gereğinden kaynaklanmaktadır (Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 188). Bu bağlamda kamu kurumlarında ihtisas prensibi doğrultusunda hizmetin gerektirdiği idari özerklik çerçevesinde işleyiş olmalıdır (Conseil d'État, sect., Consorts Le Clerc. Rec. CE, 4 Mart 1938). Bu idari özerklik de kamu kurumlarındaki personelin, mevzuatla öngörülen yetkilerini hukuka bağlı kalmak şartıyla serbestçe kullanmalarını gerektirir (Turan Yıldırım, *Türkiye'nin İdari Teşkilatı,* 5. Bası, Alkım, İstanbul, 2007, s. 306, (İdari Teşkilat)).

95 Serge Regourd, *L'acte de tutelle en droit administratif,* LGDJ, Paris, 1982, s. 231.

96 Serge Passeron, Louis Trotabas, *L'autonomie de gestion des établissements publics nationaux,* LGDJ, Paris, 1968, s. 191.

97 Yıldırım, *İdari Teşkilat*, s. 307.

98 Kaman, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, s. 93; Sobacı, Köseoğlu, s. 44.

neli hakkında yapılan düzenlemelerden uzaklaşıldığı görülmektedir. Her şeyden önce Siber Güvenlik Başkanlığı, yöneticilerinin, Cumhurbaşkanı ve sıralı yöneticilerin emir ve talimatı doğrultusunda çalıştığı ofislerden biri olarak kurulmamıştır. Siber Güvenlik Başkanlığının yöneticileri, 3 sayılı CBK kapsamında olmadığı için görev süreleri onların atamasını yapan Cumhurbaşkanının görev süresiyle sınırlı değildir. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz üzere personel hak ve yükümlülükleriyle ilgili pek çok husus ile sözleşmeli personelin istihdamı kanunla düzenlenmiştir. Tüm bunlar, Anayasa m. 70 çerçevesinde liyakat ilkesinin sağlanması bakımından önemli adımlar olsa da tüm hususların kanunla düzenlenmemiş olması liyakat ilkesini güvenceye almamakta ve siyasi haklar ve ödevler kapsamına giren bir konu olduğu ileri sürülmesi mümkün olan kadro ihdası CBK ile düzenlenmiş olmaktadır.

Sonuç

Yukarıda yer alan tüm değerlendirmelerin ardından Siber Güvenlik Başkanlığının bir kamu tüzel kişiliği olarak düzenleniş biçiminin, Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin uygulanmaya başlamasıyla ortaya çıkan değişikliklerle ilgili eleştirilerin dikkate alındığının bir göstergesi olup olmadığı sorusuna kısmen olumlu yanıt verileceği sonucuna ulaşabiliriz. Siber Güvenlik Başkanlığının görev ve yetkileri ile personeliyle ilgili hususların önemli bir bölümü kanunda düzenlenmiştir. Son yıllarda diğer idarelerin görev ve yetkileri ile personeliyle ilgili hususların büyük ölçüde CBK'lerde düzenlendiği ve bunun AYM tarafından genellikle hukuka uygun bulunduğu hatırlandığında, Siber Güvenlik Başkanlığının düzenlenişinde izlenen yol kanun koyucunun, doktrindeki eleştirileri ya da uygulamada karşılaşılmış olması muhtemel sorunların etkisini dikkate almış olabileceğinin bir göstergesi olabilir.

Öte yandan, Siber Güvenlik Başkanlığının kuruluşunda, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen tüm hususlar kanunla düzenlenmemiştir. Elbette ki yukarıda bahsettiğimiz üzere, siber güvenliğin sağlanmasıyla ilgili tedbirlerin, veri paylaşımıyla ilgili hususların ve personelin yükümlülükleri ile sözleşmeli personel istihdamının kanunla düzenlenmiş olması bu konuda son yıllardaki düzenlemelere kıyasla önemli bir adımdır. Ancak atılan bu adımların kanunla düzenlemenin amacını gözetmesi de önem taşımaktadır.

İdarenin görev ve yetkilerinin veya personeliyle ilgili hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi, keyfiliğin önlenmesi, hukuki belirliliğin sağlanması ve idarenin işleyişinin gereği gibi devam etmesi amaçlarını taşımaktadır. Kanunla düzenlenmesi gereken konuları birbirinden ayırarak küçük bir bölümü de olsa kanunun yanı sıra CBK ile düzenlemek, bu amaçlara tam anlamıyla ulaşılmasını engelleyebilmektedir.

Ayrıca, özellikle görev ve yetkinin düzenlenişi bahsindeki değerlendirmelerimiz çerçevesinde siber alana ilişkin faaliyet yürüten idareler açısından CBK ile kanun arasında konu ayrımı yapmanın çok daha zor olduğu kanaatindeyiz. Zira siber alanın doğası gereği, bu alanda faaliyet yürüten idarelerin görev ve yetkilerinin sınırları kesin şekilde öngörülemez olabilmektedir.

Anayasa m. 123/3 CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulması imkânı verse de bu hükmü kanunla düzenlenmesi açıkça öngörülen konuları kamu tüzel kişiliği kurma kapsamına dahil ederek geniş yorumlamak, o konuların kanunla düzenlenmesi yoluna gidilmesi üzerine belirsizliğe yol açmıştır. Siber Güvenlik Başkanlığının düzenleniş biçimi, bunun örneği olmuştur. Bu nedenle, Siber Güvenlik Başkanlığı gibi temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren ve geniş faaliyet alanı bulunan idarelerin kuruluşunun tek başına kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akartürk, Ekrem Ali; Küçük, Tevfik Sönmez, *Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Bertuzzi Luca, *OECD Updates Definition of Artificial Intelligence 'to Inform EU's AI Act*, euractiv, 09.11.2023, https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/oecd-updates-definition-of-artificial-intelligence-to-inform-eus-ai-act/ (01.02.2025).
- Bilgehan, A. Deniz, *Siber Alanda Sunulan Kamu Hizmetinde Erişilebilirlik İlkesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2025.
- Boyar, Oya, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve 'Executive Orders': Karşılaştırmalı Gözlemler", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı,* Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, ss. 15-28.
- Diler, Kübra İmran, *Kamu Personel Hukukunda Liyakat İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2018.
- Dunbay, Seda, "Yürütmenin Büyümesi Sorunsalı Karşısında Liberal Demokrasilerin Geleceğine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", Ed. Zülfiye Yılmaz, *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Kadın Hukukçuların Armağanı: Kamu Hukukunun Temel Sorunları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarına Bir Katkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 111-131.
- Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- European Commission, *Digital Public Administration Factsheet 2022 Türkiye*, 02.08.2022, https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/inline-files/DPA_Factsheets_ 2022_T%C3%BCrkiye_vFinal_0.pdf (02.03.2025).
- Gençay, Sevgili; Fatma Didem, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi", Ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 237-274.
- İfade Özgürlüğü Derneği, *Siber Güvenlik Kanunu Teklifi: Tehlikenin Farkında Mısınız?*, 16.01.2025, https://ifade.org.tr/siber-guvenlik-kanunu-teklifi-tehlikenin-farkinda-misiniz/ (15.02.2025).
- İriş, Halil İbrahim, *Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmaları, Nitelikleri ve Görevlerinin Sona Ermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, "Türk Kamu Personel Rejiminin Durumu: Türbülans Zamanları", *Prof. Dr. Saim Üstündağ Anısına Seçme Yazılar*, Dora, 2024.
- Kaman, Nur, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, ss. 85-95.
- Kaman, Nur, "Kamu Personeli", Ed. Nur Kaman, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, ss. 405- 413.
- Kanadoğlu, Osman Korkut; Duygun, Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2025.
- Karasoy, Hasan Alpay; Babaoğlu, Pelin, "Türkiye'de Siber Güvenlik: Yasal ve Kurumsal Altyapı", *Yasama Dergisi*, Sayı 44, Temmuz-Aralık 2021.

- Koç, Meltem, *Cumhurbaşkanı'nın Düzenleme Yetkisi Açısından Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanma Usul ve Esasları*, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2022.
- Kurnaz, Işıl, "Dijital Disiplin Toplumundan Dijital Gözetim Toplumuna Doğru Anayasa Mahkemesi'nin Bir Katkısı mı? Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı'nın Yetkisine Dair 14 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasallık Denetimine Dair Bir İnceleme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 10, Sayı 20, 2021, ss. 489-506.
- Özdemir, Halit Eyüp, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, ss. 265-282.
- Passeron, Serge; Trotabas, Louis, *L'autonomie de gestion des établissements publics nationaux*, LGDJ, Paris, 1968.
- Regourd, Serge, *L'acte de tutelle en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1982.
- Sever, Dilşad Çiğdem, "Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da 'Parthenogenesis' Olmak", Ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 353-389.
- Sever, Dilşad Çiğdem, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2021..
- Sobacı, Mehmet Zahid; Köseoğlu, Özer, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler", İstanbul, SETA, 2018, https://www.setav.org/rapor/rapor-cumhurbaskanligi-hukumet-sisteminde-ust-kademe-yoneticileri (15.02.2025).
- Tansuğ, Çağla, *İdari Faaliyetlerde İşlenen Kişisel Verilerin İdare Tarafından Korunması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Tekinsoy, Ayhan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi", Ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 389-413.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Siber Güvenlik Kanunu Teklifi (2/2860) ve Milli Savunma Komisyonu Raporu, 7545 § (2025).
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Anasayfa*, https://cbddo.gov.tr/ (14.03.2025).
- Veale, Michael; Brown, Ian, "Cybersecurity", *Internet Policy Review*, Cilt 9, Sayı 4, 2020, ss. 1-22.
- Yavuz-Yayla, Ebru, "Yeni Siyasal Rejimin Alameti Farikası Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Anayasa Mahkemesi", Ed. Osman Korkut Kanadoğlu, Merve Duysak, Ahmet Mert Duygun, Güray Türker, *Anayasa Mahkemesinin Temel Kararları Cilt I*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- Yıldırım, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2017, ss. 13-28.
- Yıldırım, Turan, *Türkiye'nin İdari Teşkilatı*, 5. Bası, Alkım, İstanbul, 2007.
- Yücel, Bülent, "'Cumhurbaşkanlığı Yönetim Sisteminin' Anayasal Kurgusu", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 13, Sayı 26, 2024, ss. 285-320.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Hukuk Devletinde İnsan Hâkimin Rolünü Yeniden Düşünmek*

Rethinking the Role of the Human Judge in the Rule of Law

Halil ÇİÇEKFİDAN**

ÖZ

Hukuk devleti insanın keyfî yönetimi yerine hukukun hâkim olduğu adil ve objektif düzen idealidir. Bu hedefi gerçekleştirmek için hukukun ve yargılamanın objektifliğini sağlayacak hukukilik ilkeleri öngörür. İlkesel vizyonun hayata geçirilmesinde ise en önemli rollerden biri hâkime aittir. Öznelerden bağımsız bir varoluşa sahip hukuk kurallarının vakıaya etkisi hâkim eliyle gerçekleşir. Hukuk devleti anlayışı insan edimi söz konusu olduğunda sübjektifliğin kaçınılmazlığını göz ardı etmez. Hatta, ahlaki değerlerle genişleyen anlamıyla hukuk devleti, nötr hukuk düzenini bütünüyle mekanik olmaktan kurtarma ve toplumsal değerlerle insanileştirme yönüyle sübjektifliğe alan açar. Buna karşın, kural temelli rasyonel hukuki muhakeme ve hükmün gerekçelendirilmesi gibi tedbirlerle hukukun objektifliği ile yargılamanın görece sübjektifliğini birbirini tamamlayacak unsurlar olarak konumlandırır.

Yapay zekâ teknolojilerinin hukuk alanında günden güne yaygınlık kazanması, hukukun uygulanmasında hâkimin merkezi rolüne dair yerleşik kabullerin sorgulanmasını beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ uygulamalarının hukuki muhakeme kabiliyeti kazanması ve ilerleyen süreçte hâkime yardımcı bir araç olmaktan öteye geçerek yargısal karar verme rolünü üstlenmesi ihtimali, mevcut hukuk devleti anlayışı içinde hâkimin işlevini yeniden düşünmeyi gerektirir. Çalışmamızda, insan hâkimin sistem içindeki işlevi irdelendikten sonra, anayasal nitelik kazandırılan toplumsal değerlerin yargılamada insan unsurunu zorunlu kıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, yapay zekâ uygulamalarının yargılamada etkililiği ve verimliliği artıracak potansiyelinden yararlanmanın olumlu katkılar sunacağı vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti, insan hâkim, objektiflik, yapay zekâ, hâkimin rolü.

---

* Makale gönderim tarihi: 19.11.2024. Makale kabul tarihi: 06.03.2025. Halil Çiçekfidan, "Hukuk Devletinde İnsan Hâkimin Rolünü Yeniden Düşünmek", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 89-149, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.4

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı için hazırlanan "Hukuk Devleti Perspektifinden Yargıda Yapay Zekâ Uygulamaları" başlıklı tezden üretilmiştir.

** Doktora Öğrencisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, 0000-0001-8422-026X, hcicekfidan@fsm.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

The rule of law aspires to establish a just and objective order in which the law prevails over the arbitrary rule of man. To achieve this ideal, it envisages principles of legality that ensure the objectivity of law and adjudication. One of the most important roles in the realization of the principled vision rests with the judge. The mind-independent laws apply to the facts by the judge's rational endeavor. The rule of law does not ignore the inevitability of subjectivity in human conduct. In fact, it makes room for subjectivity in the sense that it saves the legal order from being purely mechanical and humanizes it with social values. At the same time, it reconciles the objectivity of law with the judge's relative subjectivity through rational legal reasoning and justified judgments.

Legal AI applications throw into question the centrality of human judges. The potential for AI to develop human-like legal reasoning and possibly take on judicial decision-making functions compels a reconsideration of the judge's role in the rule of law. Our research suggests that constitutionalized social values necessitate a human element in adjudication, though AI can positively enhance effectiveness and efficiency within the judiciary.

Keywords: The rule of law, human judge, objectivity, artificial intelligence, judge's role.

Giriş

Hukuk devleti, insanın keyfî yönetimi yerine hukukun hâkim olduğu adil ve objektif düzen idealidir. Bu tanımda hukuk, geniş anlamda "adalete yönelmiş toplumsal yaşam düzeni"[1] iken, dar anlamda hukukilik ilkelerini karşılayarak tesis edilen kurallar bütünüdür. Objektif hukuk düzeni hedefi hukukun inşasına ve uygulanmasına dair şekli ilkeleri (formal legality), adalet idesine hizmet yönü[2] ise maddi ilkeleri (substantive legality) hukuk devletinin bileşenleri haline getirir. Hukuk devletinin bu kapsayıcı/güçlü kavramsallaştırması[3], insan haysiyeti, eşitlik ve hakkaniyet gibi değerlerle birlikte temel hak ve hürriyetleri koruma altına alan anayasal devletin[4] yönetim anlayışıdır.

Hukuk devleti, klasik deyişle, gücün hukuka tabi olmasıdır[5]. Tamanaha, huku-

1 Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 14.

2 Gustav Radbruch (Terc. Melike Belkıs Aydın), "Hukuk Kavramı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, s. 145 ve 147; Hukuk devletinin insan hakları öğretisini benimseyen "adalet devleti" olduğu görüşü için bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, ss. 10-13.

3 Hukuk devletinin şekli ve maddi kavramsallaştırmaları için bkz. Paul Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", Ed. Richard Bellamy, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Routledge, London, 2005.

4 Luigi Ferrajoli, "The Past and the Future of the Rule of Law", Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2007, s. 331.

5 Pietro Costa, "The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations", Ed. Christopher

kun üstünlüğünün dayandığı karşıtlıklardan birini şöyle tespit eder: "Hukuk objektiftir, insan sübjektiftir."[6] Objektif düzen olarak hukuk devleti, insanın başkalarının tutku, heves, ön yargı, bilinçli veya bilinçsiz temayüller, cehalet, kapris gibi zaaflarından korunduğu yönetimdir[7].

Buraya kadarki anlatıma kaynaklık eden ve çalışmamızın da omurgasını oluşturan üç ana esası şöyle tespit edebiliriz: 1) Hukuk devleti, yönetimde insan keyfiliğinin antitezi olarak hukuku hâkim kılmaktır. 2) Hukuk devleti, objektif normlara dayalı bir hukuk düzenidir. 3) Hukuk devleti, işlerliği olan bir devlet düzenini tesis edecek teknik ölçütlerin ötesinde adaletin gerçekleştirilmesi hedefini içkindir. Çalışmamızın temel sorusu ise, çerçevesini bu şekilde çizdiğimiz hukuk devletinde hâkimin nasıl bir role sahip olduğudur.

Kanaatimizce, insan haysiyetinin korunması, bu zamana kadar gelişen hukuk müktesebatının insan failliği (*human agency*) esasına dayandığı gerçeğini ciddiye almayı gerektirir. Yapay zekâ teknolojilerinin hızla ilerleme kaydederek yaygınlaşmasıyla hukuki muhakeme kabiliyeti olan robot hâkim ihtimallerinden karar vermede yardımcı roller üstlenecek yargısal yapay zekâ uygulamalarına kadar birçok yenilik gündemimize girmiştir. Bu gelişmeler, insan hâkimin geleceğine ve işlevine ilişkin kapsamlı sorgulamaları beraberinde getirmektedir. Hiç şüphesiz, hukuk devletinin yerleşik kabulleri ve ne yöne evrileceği meselesi de bu tartışmalarda önemli bir yeri hak eder. Yapay zekânın yasama, yürütme ve yargı erklerinin bütünü üzerinde dönüştürücü etkiler göstereceği artık izah gerektirmeyecek derecede açıktır. Burada, yapay zekâ uygulamalarının özellikle yargı alanında ve hâkimlik mesleği özelinde somutlaşan yönlerini ele alarak hukuk devleti gereklilikleri doğrultusunda muhasebesini yapmaya çalışacağız.

Hukuk devletinde hâkimin rolünü ortaya koymak için, hukuk devleti kavramsal kurgusunu yukarıda saydığımız üç esas üzerinden irdelemenin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Buna göre ilk olarak, hukuk devletinin tarihsel gelişimi üzerinden yönetime hâkimiyet konusundaki pozisyonu ortaya konulmalıdır. Ardından, objektif hukuk düzenini tesis edebilmek için yasaların hem biçimsel hem de içerik olarak taşıması gereken niteliklerden söz etmek gerekir. Sonrasında, hukukun üstün olduğu bir yönetimde yürürlüğe konulan objektif normların yargısal uyuşmazlıklara yansıması gündeme gelir ki hâkimin sis-

---

May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 135.

6 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 122, (On the Rule of Law).

7 Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 122.

tem içindeki kritik rolü bu noktada devreye girer. Bu temel üzere, yapay zekâ uygulamalarının hukuk düzenini ilgilendiren yönlerini somutlaştırmak, insan kısıtlılığını aşan kabiliyetlerinin yargısal karar verme süreçlerindeki getirilerini ve insan faktörü üzerine inşa edilmiş ilkeler bakımından taşıdığı yıkıcılık potansiyelini ortaya koymak, hukuk devletinde insan hâkimin rolünü yeniden değerlendirmekte yarar sağlayacaktır.

I. Hukuk Devleti: Keyfî Yönetim Karşısında Hukukun Hâkimiyeti

A. Hukukun Üstünlüğü

Hukuk devletinin kavramsal kullanımı modern döneme ait olsa da hukukun üstün olduğu devlet fikri çok daha eskiye dayanır. Platon *Devlet Adamı* adlı eserinde, filozof yöneticinin başta olmadığı durumda en iyi yönetim şeklinin hukuk devleti (*government of law*) olduğunu söyler[8]. Aristo ise, *Politika* isimli kitabında "*en iyi insan tarafından mı yoksa en iyi yasalar tarafından mı yönetilmenin daha faydalı olduğu*"[9] sorusunu irdelemiştir. Yasaların yönetimi Aristo'ya göre, Tanrının ve aklın yönetimini temsil eder. İnsanın yönetiminde ise vahşi bir hayvan misali arzular devrededir. Hükümdarlar insanların en iyileri olsalar dahi hırsın saptırmalarına açıktırlar. Bu yüzden, arzulardan arınmış akıl demek olan yasaya tabi olmak gerekir[10].

Yönetimin esası olacak yasa, yasa koyucu tarafından kabul edilmiş herhangi bir genel, objektif ve soyut kuraldan ziyade, amacı ve uygulanışı itibariyle belirli nitelikteki yasalardır. Buna göre hukuk devletinde yasalar kamu yararı doğrultusunda çıkarılır ve uygulanmaları bu amacı gerçekleştirmeye yönelmek zorundadır. Yöneticilerin iradesi kamu yararını gözeten yasalara tabidir. Eğer yasalar kamu yararından başka amaçlara hizmet ediyorsa, bu yönetim hukuk devleti değil keyfiliğe tabi olmuş bir kanun devleti (*rule by law*) olarak nitelendirilir[11].

Modern öncesi dönemde hukukun hükümranlığı/egemenliği düşüncesinin anayasal düzlemdeki izdüşümlerini Ortak Hukuk (*Common Law*) geleneği içinde takip etmek mümkündür. 1215 tarihli Magna Carta, bugün gelişmiş halleriyle modern hukuk devletinin temel bileşenlerinden olan hukukun üstün-

8 Plato (Terc. C. J. Rowe), "Statesman", Ed. John M. Cooper, D. S. Hutchinson, *Complete Works*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1997, [297e], s. 342.

9 Aristotle (Terc. Benjamin Jowett), "Politics", Ed. Jonathan Barnes, *Complete Works of Aristotle*, Cilt 2, Princeton University Press, Princeton, 1984, [1286a], s. 2040.

10 Aristotle, [1287a], s. 2042 ve 2043.

11 Mortimer N. S. Sellers, "What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?", Ed. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing Cham, 2014, s. 4.

lüğü ve etkililiği ilkelerinin nüvelerini taşımaktadır[12]. 13. yüzyıl İngiliz hukukçularından Henry de Bracton, kralın kendisine tabi insanlara üstün ve fakat Tanrıya ve hukuka tabi olduğunu söyler. Çünkü yeryüzünde Tanrının vekili (*the vicar of God*) olan kralı kral yapan hukuktur[13].

Sir Edward Coke (ö. 1634), Bracton'ın çizgisini devam ettiren hukukçulardandır. Hukukun üstünlüğü fikrini ortak aklın işlevi ve niteliği hakkındaki görüşleriyle temellendirir. Coke'a göre akıl, hukukun canı (*the life of the law*) mesabesindedir. Ortak Hukuk ise, aklın sentetik olarak mükemmelleştirilmiş biçimidir. Uzun soluklu çabaların, gözlem ve tecrübenin ürünüdür. Tekil akılla değil, çağlar boyu sayısız bilgili insanın katkısıyla rafine edilmiştir. Dolayısıyla "*hiç kimse salt kendi aklıyla, aklın mükemmelleştirilmiş formu olan hukuktan daha bilge olamaz.*"[14] Buna kral da dahildir.

Hukuk devleti fikrinin gelişiminde en önemli pay sahiplerinden biri hiç şüphesiz John Locke'tur. *Two Treatises of Government* (1689) adlı eserinin ikincisinde, "*ilan edilen ve halk tarafından bilinen yerleşik yasalar*" yoluyla yönetimin önemini vurgular. Bu yönetim, "*geçici-keyfi kararnameler*" yoluyla yönetimin karşıtıdır. Kamu gücü, yasaların uygulanması için kullanılacak; halkın huzuru, güvenliği ve kamu yararının gerçekleştirilmesi amacına özgülenecektir[15]. Halkın ödevlerinden haberdar ve yasal sınırlar dahilinde güven içinde olduğu bu düzen, yöneticilerin ellerindeki gücü halkın bilemeyeceği ve gönüllü rıza göstermeyeceği amaçlar doğrultusunda kullanmasına engel olur[16]. Locke'un özgürlük anlayışı hukukun üstünlüğüne dair çizdiği çerçeveyi de ortaya koyar: "*hükümet altındaki insanların özgürlüğü, yaşadıkları toplum içinde tesis edilen yasama gücü tarafından konulan, o toplumdaki herkes için ortak ve bağlayıcı olan daimi bir kurala sahip olmaktır; kuralın öngörmediği her konuda kendi irademi takip etme özgürlüğüdür; ve başka bir insanın tutarsız, belirsiz, bilinmeyen, keyfi iradesine tabi olmamaktır (…).*"[17]

---

12 Beverley McLachlin, *The Relevance of Magna Carta in Today's World*, Bingham Centre for the Rule of Law, London, 2015, https://www.biicl.org/documents/700_chief_justice_mclachlins_magna_carta_lecture_-_slh.pdf?showdocument=1 (15.11.2024), s. 11 ve 12.

13 Henry de Bracton, *On the Laws and Customs of England, Vol. II*, https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/33.htm (14.11.2024), s. 33.

14 Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, Cilt 1, 19. Bası, J. & W. T. Clarke and Others, London, 1832, Sect. 138.

15 John Locke, *Second Treatise of Government*, Ed. C. B. Macpherson, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1980, para. 131.

16 Locke, para. 137.

17 Locke, para. 22.

B. Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı

Locke yasama ve yürütmenin ayrı erkler olarak konumlandırılmasını savunmuş olsa da yasama organına yargısal denetim gibi açık sınırlamalar getirilmesinden ya da yargının bağımsız bir erk olarak konumlandırılmasından söz etmez. Geçici ve keyfî nitelikte yasama işlemleriyle idare etme yetkisinin bulunmaması ve kamu yararına dönük çalışma zorunluluğu, Locke'un düşüncesinde yasama gücünün sınırlarını oluşturur[18].

Modern anlamda kuvvetler ayrılığı fikri ile özdeşleşen Montesquieu'ye göre ise, "*güce sahip herkesin bu gücü istismar etme eğiliminde olduğu öteden beri tecrübe edilen bir gerçektir. Kişi, sınırlarla karşılaşana kadar gücünü istismar eder. (...) Gücün istismar edilmemesi için öyle bir düzenleme yapılmalıdır ki, güç gücü durdursun.*"[19] Devleti oluşturan erklerin tek kişinin veya belirli bir kesimin üyelerinden oluşan tek bir kurumun elinde toplanması her şeyi mahveder. Daha da önemlisi, özgürlükten söz edebilmek için yargı erkinin yürütme ve yasamadan ayrı konumlandırılması gerekir. Yargının yasama ile birleşmesi halinde, "*vatandaşların canı ve özgürlüğü üzerinde sahip olunan güç keyfî hale gelecektir; zira hâkim bu durumda yasa koyucu olacaktır.*" Yürütmeyle yargının tek elde toplanması ise, hâkimi "*bir zorbanın gücüne sahip*" kılabilir[20].

Hâkimin hür bir vicdani kanı ile karar verebilmesi için kendisi üzerinde doğrudan ya da dolaylı baskı kurabilecek kamusal güç merkezlerinden bağımsız olması gerekir. Bu aynı zamanda tarafsızlığın ön koşuludur. Tarihsel gelişim çizgisi içinde yargının müstakil bir erk olma vasfı, hukuk devletinin olmazsa olmaz (*sine qua non*) unsurlarından biri haline gelmiştir[21].

C. Modern Dönemde Üç Farklı Gelenek: *The Rule of Law, Rechtsstaat, État de droit*

On dokuzuncu yüzyıl İngiltere'sinde hukuk devleti kavramının literatürde merkezi bir konuma gelmesini sağlayan A. V. Dicey'dir. Onun düşüncesinde *the rule of law* birden çok anlama gelir: Her şeyden önce, keyfî güce karşı olağan hukukun mutlak üstünlüğünü/hâkimiyetini ifade eder. Bu düzende keyfîliğe, imtiyaza ve hükümetin geniş takdir yetkisine yer yoktur. Ayrıca, *the rule of law* yasa önünde eşitlik manasına sahiptir. Buna göre, sınıf farkı gözetmeksizin herkes yürürlükteki hukuka eşit şekilde tabidir. Memuriyet veya bir

18 Locke, para. 131 ve 136.

19 Montesquieu (Terc. Berna Günen), *Kanunların Ruhu Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 197.

20 Montesquieu, s. 199.

21 Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Afa Yayınları, Cilt 2, 1995, s. 169, (Temel İlkeler).

başka nitelikten ötürü kanuna itaat yükümlülüğünden veya olağan mahkemelerin yargı yetkisinden muaf olunamaz[22].

Dicey, esasen yargıç yapımı[23] olan İngiliz Anayasasının bu niteliği sayesinde yazılı anayasalara göre hakları daha fazla koruduğunu savunmuştur. Çünkü, yazılı anayasalardaki haklar hukukun olağan işleyişine yabancıdır ve ondan bağımsız bir varlığa sahiptir. Statülerini ise anayasaya borçlu oldukları için bu haklar askıya alınabilir[24]. İngiliz hukukunda ise haklar, ülkenin olağan hukukunda verilen yargı kararlarının genelleştirilmesinden çıkarılır[25]. Bu haklar "*ulusun kurumlarında ve davranış biçimlerinde kapsamlı bir devrim olmaksızın neredeyse yok edilemeyecek*" statüdedir[26]. Bireysel hak ve yükümlülükleri tanımlama ve genel anlamda hukuk yapma işlevi (yargısal yasama), hukuk devleti bünyesindeki değerleri korumada yargının temel aktör olarak benimsendiğini gösterir[27].

Alman hukuk geleneğinde *Rechtsstaat* (hukuk devleti) kavramı, on sekizinci yüzyılda Friedrich Wilhelms'in tahtta olduğu dönemdeki topluma müdahaleci uygulamalarla özdeşleştirilen, devletin kamu düzenini korumak üzere her çeşit yöntemi kullanabildiği, hükümdarın iradesinin denetim altına alınamadığı, keyfî ve sınırlandırılmamış bir yönetim biçimi olan polis devletinin karşıtı olarak düşünülmüştür[28]. Terimin mucidi sayılan J. W. Placidus[29] bununla otoritenin doğal haklarla sınırlandırıldığı devleti tarif etmekteydi. Kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle birlikte mülkiyet hakkının da koruma altına alındığı bu devlet anlayışı, liberal özü itibariyle İngiliz *the rule of law* fikriyle büyük benzerlik göstermekteydi[30].

---

22 Dicey, üçüncü bir anlamdan daha söz eder. Buna göre, *the rule of law* parlamento ve mahkemelerin faaliyetleriyle özel hukuk ilkelerinin Kraliyet ve görevlilerinin konumlarını belirleyecek kadar genişlemesini ifade eden bir formül oluşudur. Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Ed. J. W. F. Allison, Cilt 1, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 202 ve 203.

23 Dicey, s. 197.

24 Dicey, s. 201.

25 Dicey, s. 197.

26 Dicey, s. 201.

27 Mehmet Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 197.

28 Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 178; Oktay Uygun, Devlet Teorisi, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 310; Karl Doehring (Terc. Ahmet Mumcu), Genel Devlet Kuramı: Sistematik Bir Yaklaşım, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 210.

29 Hatemi, s. 8.

30 Jacques Chevallier (Terc. Ertuğrul Cenk Gürcan), *Hukuk Devleti*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 9.

Rechtsstaat, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında, yalnızca yasayla hareket eden ve yalnızca (biçimsel anlamda) hukukla ilgilenen devlet manasına bürünmüştür[31]. C. F. Gerber ve P. Laband gibi imparatorluk hukukçularının hukuk teorisini her türlü felsefi, siyasal ve etik motiften uzak tutmaya dayalı pozitivist yaklaşımı, biçimsel yasallığa bağlılık eğilimini kuvvetlendirmiştir[32]. Varlığını yirminci yüzyılın ortalarına dek sürdüren bu düzen aslında hukuk devleti değil, "*yasa devleti*"dir[33].

Salt biçimsel yasallığa dayalı pozitivist düzenin yıkıcı sonuçlar doğurabileceği Nasyonal Sosyalist Parti tecrübesiyle acı bir şekilde kanıtlanmıştır[34]. Radbruch'a göre, hukuki pozitivizmin "yasa yasadır (*Gesetz ist Gesetz*)" ilkesi, Alman hukuk mesleğini keyfi ve suç teşkil eden Nazi kanunlarına karşı savunmasız bırakmıştır[35]. Etik ve adalet gibi değerlerden soyutlanmış hukuk anlayışı, hâkimlerin gayri ahlaki Nazi yasalarını uygulamaktan imtina etmemesiyle sonuçlanmıştır. Bu durum, açıkça adaletsiz olan yasaların geçersiz kabul edilmesini savunan bir çeşit doğal hukuk anlayışının yeniden gündeme gelmesine yol açmıştır[36]. Nitekim, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan Alman Anayasası temel hakların bağlayıcı olarak kabul edilmesiyle maddi hukuk devleti anlayışını benimsemiştir[37].

Fransız literatüründe ise *État de droit* kavramı, yirminci yüzyılın ilk yıllarında *Rechtsstaat*'ın birebir çevirisi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Fransız hukuk devleti yaklaşımı genel olarak İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789) üzerinden okunabilir. Bildirgenin 16. maddesinde kuvvetler ayrılığına dayanan ve temel hakları koruyan bir devlet öngörülmüştür. *État de droit* nosyonunda devlet, yasa koyucuya karşı Anayasada yer alan temel hakların garantörüdür[38].

Fransız devrimi sonrasında, Anayasanın yasaya üstünlüğünü tanıyan bir hu-

31 Doehring, s. 209.

32 Chevallier, s. 10.

33 Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 108; Uygun, s. 310.

34 Hatemi, s. 30.

35 Gustav Radbruch (Terc. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 26, Sayı 1, 2006, s. 6.

36 David Schiff, Richard Nobles, "The Evolution of Natural Law", Ed. James Penner, David Schiff, Richard Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 43 ve 44; Brian Bix, A Dictionary of Legal Theory, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 180, (A Dictionary).

37 Bkz. Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. Bası, Duke University Press, Durham, 2012, s. 445.

38 Venice Commission, *Report on The Rule of Law*, Council of Europe, 2011, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e (15.11.2024), s. 4, para. 14; Chevallier, s. 17.

kuki çerçeve benimsenmişti.[39] Bununla birlikte, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde, ilan edilen temel hakların ne şekilde kullanılabileceği ile sınırlarının ne olacağı konusu yasaya havale edildiği için, insan haklarının üstünlüğü ve siyasi otoriteye karşı güvence altına alınması sözden öteye gidememiştir[40]. Zira, temel haklara aykırılık teşkil eden yasalar karşısında başvurulabilecek etkin bir tedbir mekanizması bulunmamaktaydı[41]. Bu ise Rousseau'nun "*genel irade ürünü olan yasanın doğru, haklı ve yanılmaz olduğu*" görüşünün yansımasıdır[42]. Anayasanın üstünlüğü, onu gerçekten uygulamaya yansıtacak bir yaptırım öngörülmediği için ilke düzeyinde kalmıştır[43].

Öte yandan, *État de droit* anlayışının temel haklar lehine gelişen bir çizgi izlediği de belirtilmelidir. 1971'de Anayasa Konseyi'nin bir yasayı iptal edişiyle beraber sistem içinde etkinlik kazanmaya başlamıştır. 1982'de Anayasa Konseyi'nce 1789 Deklarasyonunda yer alan tüm hakların anayasal statüde olduğuna hükmedilmesiyle gücünü artırmıştır[44]. Nihayet, 2008 yılında somut norm denetimi usulünün kabulüyle *État de droit,* en azından temel haklara ilişkin anayasal normlara aykırı parlamento yasalarının Anayasa Konseyi tarafından iptal edilebildiği bir noktaya ulaşmıştır[45].

II. Objektif Hukuk Düzenini Temin Eden Hukukilik İlkeleri

İnsanın keyfî yönetimine karşıt olarak hukukun hâkimiyeti düşüncesi, hukukun ve yargılamanın yapısına ilişkin birçok alt ilkeyi bünyesinde barındırır. Hukuk devletinin varoluşunu ve işlerliğini mümkün kılan bu ilkeler bütünü her şeyden önce objektif düzen algısı meydana getirir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti idealini hayata geçirmek, hukukun paydaşları nazarında objektif düzeni tesis etmektir. Bu manada hukukun objektifliği adalet kavramından ayrılamaz. Çünkü insanlar "*hukuktan adalet beklerler*."[46] Hayek'in ifadesiyle, insanların hukuk düzenini keyfî yönetimden ayırırken akıllarında tuttukları ve bu nedenle hâkimlerden gözetmelerini istedikleri ölçüt adalet idealidir[47].

---

39 Chevallier, s. 21.

40 Chevallier, s. 21.

41 Uygun, s. 311; Doehring, s. 224 ve 225.

42 Uygun, s. 311.

43 Chevallier, s. 23.

44 Alain Laquièze, "État de Droit and National Sovereignty in France", Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Emilio Santoro, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, s. 278.

45 Chevallier, s. 84 ve 85.

46 Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 12. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 125.

47 F. A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, Ed. Jeremy Shearmur, The University of Chicago Press, Chicago, 2021, s. 249.

Bu anlamda objektif düzen, hukukun öznel değerlendirmelerden bağımsız biçimde var olduğu, hukuk normlarının uygulanmasında ise keyfiliğin dışlandığı, böylece adalet duygusunu tatmin eden rasyonel hukuk düzenidir. Dayandıkları tarihsel süreç itibariyle birbirinden farklı olan *The Rule of Law*, *Rechtsstaat* ve *État de droit* anlayışları sonuç olarak, objektif düzeni sağlarken biçimsel hukukilik gereklerinin yanında temel hakların da etkili bir şekilde korunmasını sağlamak konusunda ittifak etmiştir.

Normatif bir ideal olarak hukuk devletinin uygulamada bir "*derece meselesi*"[48] olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Aynı durum objektif hukuk düzeni kavramsallaştırması için de geçerlidir. Objektif hukuk düzeninden söz ederken, "hukukun objektifliği" meselesinin çokça tartışmaya konu olduğunu belirtmek gerekir[49]. Kramer'a göre genel nitelikteki hukuk kuralları (zayıf anlamda) zihinden bağımsız bir varoluşa sahiptir. İnsanlar normlar üzerine düşünmese de normlar geçerli ve bağlayıcıdır[50]. Çalışmamız açısından hareket noktamız ise, hukuk devleti anlayışının hukukun ve yargılamanın objektifliğini sağlamak için kapsamlı ilkeler ortaya koymasıdır. Bu bağlamda, bir hukuk kuralının objektifliğinden kasıt, hâkimin kimliğinden bağımsız olarak benzer durumlara uygulandığında benzer sonuçlar doğurmasını sağlayan niteliğidir[51].

Yargılamanın objektifliğinin anlam ifade etmesi için, öncelikle kararın dayandığı hukuk kurallarının objektif olması mantıksal bir gerekliliktir. Örneğin, alenileştirilmemiş bir hukuk kuralı, yöneldiği bireylere davranışlarını kural doğrultusunda yönlendirme fırsatı vermez. Böylesi bir hukuk kuralının objektif usuli ilkelere riayet edilerek gerçekleştirilecek yargılama sonunda meydana getireceği sonuç, yalnızca yasalaşan keyfiliği temsil eder. Bu sebeple, bir hukuk devletinde hukukun objektif karakterini meydana getiren ilkesel koşulları irdelemekte fayda vardır. Bu koşullar çerçevesinde yasalaşan normlar, yargılama esnasında hâkimin rasyonel ve objektif dayanağını oluşturacaktır.

Birinci bölümde, hukuk devletinin tarihsel olarak biçimsel gereklilikler veya maddi adalet yönüyle benimsendiği anlayışlara yer vermiştik. Burada ise söz konusu yönleri somutlaştırarak güncel bir çerçeve ortaya koymayı hedeflemekteyiz. Hukuk devletinin hangi unsurları içermesi gerektiği, literatürde şekli hukuk devleti ve maddi hukuk devleti kavramsallaştırmaları olmak üzere iki ana hat üzerinden takip edilebilir.

---

48 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 211, (The Authority).

49 Bu tartışmaların ayrıntısı için bkz. Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

50 Kramer, s. 6 ve 7.

51 George D. Braden, "The Search for Objectivity in Constitutional Law", *The Yale Law Journal*, Cilt 57, Sayı 4, 1948, s. 572, dn. 5.

A. Şekli Hukukilik

Hukuk devletinin şekli kavramsallaştırması (formal/thin conception), normun üretimine, uygulanmasına ve yargısal süreçlere ilişkin biçimsel-usuli ilkeler öngörür. Normun içeriğine dair belirlemelerde bulunmaz[52]. Dolayısıyla geçerli olan normun iyi veya adil olacağını garanti etmez[53]. Zira iyi olanın ne olduğu üzerinde uzlaşmaktaki zorluk bu ilkeyi uygulanamaz hale getirecektir. Şekli anlayış, esasen yasaların doğru hukuki biçimde çıkarılmış olmasını ve kişinin davranışlarına rehberlik edebilecek nitelikte olmasını şart koşar[54].

Şekli hukuk devleti anlayışına göre yasaların taşıması gereken nitelikler ve uygulanmalarına rehberlik edecek bazı ilkeler, bir doğal hukukçu olan Fuller tarafından ortaya konmuştur. Hepsi birlikte "hukukun iç ahlakı"nı teşkil eder. Buna göre, yasalar, ilk olarak, genel nitelikte olmalıdır. Hükümler insan davranışlarını yönlendirecek genel ölçütler şeklinde yapılandırılmalı, özel kişi ve durumlar konu edilmemelidir. İkinci olarak, yasalar kamusal/aleni olmalıdır. Kurala tabi olanların önceden kuraldan haberdar olmasını sağlamak üzere yasa ilan edilmelidir. Üçüncüsü, yasalar geleceğe yönelik olmalıdır. Zira hukukun insan faaliyetlerini yapılandırma işlevi normların insan faaliyetinin öncesinde varlık göstermesini gerektirir. Dördüncüsü, yasalar tutarlı olmalıdır. Birbiriyle çelişen yasalar yasaya uygun davranışı imkânsız kılar. Beşinci olarak, yasalar açık olmalıdır. Yasanın dili ona tabi olacak herkes tarafından anlaşılır olmalıdır ki davranışlara yön verebilsin. Altıncısı, yasalar istikrarlı olmalıdır. Yasaların amacına ulaşabilmesi, sürekli biçimde uygulanmalarına ve sıkça değiştirilmemelerine bağlıdır. Yedinci olarak, yasalar uygulanabilir olmalıdır. Yasalar uygulanması imkânsız hükümler vazetmemelidir. Son olarak ise, kamusal uygulamalar ile ilan edilen kural arasında uyum olmalıdır. Yanlış yorumlama, hukukun erişilemezliği, bir hukuk sisteminin bütünlüğünü korumak için neyin gerekli olduğuna dair içgörü eksikliği, rüşvet, ön yargı, kayıtsızlık, aptallık ve kişisel güç arzusu gibi nedenlerle bu uyumun berhava edilmesi önlenmelidir[55].

Raz, bunların yanına uygulamaya dönük başka gereklilikleri de ilave eder: 1) kamusal kararların dayandığı nedenler ilan edilmeli, 2) karar verme süreçleri adil ve tarafsız olmalı, 3) karardan etkilenenlerin konuyla ilgili argüman ve bilgi sunmasına imkân verilmeli, 4) kararlar makul olmalı ve kendileri için

52 Joseph Raz, "The Law's Own Virtue", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 39, Sayı 1, 2019, s. 2, (The Law's).

53 Raz, *The Law's*, s. 9.

54 Craig, s. 97.

55 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Gözden Geçirilmiş Bası, Yale University Press, New Haven, 1969, ss. 46-81.

gösterilen gerekçelerle uyumlu olmalı, 5) hükümet faaliyetlerinde kamu yararına uygun hareket edildiği inancını destekleyecek teamüller sürdürülmeli, 6) hukuk devleti anlayışının kamusal kültürün parçası haline gelmesi sağlanmalıdır[56].

Şekli hukukiliğin amacı, hukuki belirliliğin ve hukuki güvenliğin temin edilmesidir. Hukuki karar alma süreçlerinin pek çok durumda takdir yetkisine dayalı gerçekleşmesi, hukuki belirlilik ve hukuki güvenliğin mutlak olarak tesis edilmesine imkân vermese de bu standartların asgari düzeyde sağlanmadığı durumun keyfilikle eşdeğer olduğu unutulmamalıdır[57]. Kanaatimizce genellik, açıklık, aleniyet ve erişilebilirlik ilkeleri hukuki belirliliği sağlarken, öngörülebilirlik, istikrar, tutarlılık, geçmişe yürümezlik ve eşit uygulama ilkeleri hukuki güvenliği tesis eder. Yasanın belirliliği hukuki güvenliğin ön şartıdır[58]. Bu ilkeleri kısaca ele almak hukukun objektifliğinden ne anlaşılması gerektiği hususunda fayda sağlayacaktır.

Genellik: Hukuk devletinde yasaların konusu geneldir. Yasa, tâbiiyeti altındakileri özel bireyler olarak değil toplu olarak, eylemleri ise tekil örneklere dayalı olmadan, soyut düzlemde ele alır[59]. Bunun nedeni, yasaların ayrıntılı olarak öngörülmesi mümkün olmayan durumlarda işleyecek şekilde düzenlenmesi gerekliliğidir[60]. Devletin eylemlerinin öngörülebilir olması, ancak bu eylemlerin önceden kestirilemeyecek ve hesaba katılamayacak somut koşullardan bağımsız olarak oluşturulmuş kurallar tarafından belirlenmesiyle sağlanabilir[61].

Açıklık: Hukuk devleti yasaların açık, anlaşılır ve kesin olmasını, belirsizliğe mahal vermemesini talep eder. Bu nitelikleri taşımayan bir yasanın, onunla davranışlarına yön verecek olanların en azından bir kısmını yanıltması veya kafa karışıklığına yol açması muhtemeldir[62]. Anayasa Mahkemesi (AYM), "*yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi*"ni belirlilik ilkesinin gereği olarak kabul etmektedir[63].

---

56 Raz, The Law's, s. 8.

57 András Sajó, Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 310.

58 Bkz. Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 93.

59 Jean-Jacques Rousseau (Terc. Vedat Günyol), *Toplum Sözleşmesi*, 10. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013, s. 35.

60 F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge, London, 2006, s. 79 ve 80, (The Road).

61 Hayek, *The Road*, s. 79.

62 Raz, *The Authority*, s. 214.

63 AYM, E. 2015/41, K. 2017/98 (05 Nisan 2017), para. 153.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ise, normların yasa olarak kabul edilebilmesi için yeteri kadar açık olmasının şart olduğunu, bununla birlikte yasalardaki açıklık ve kesinliğin beraberinde katılığı da getirebileceğini belirtmektedir. Açıklık ve kesinlik, yasaların değişen hayat koşullarına uyum sağlamasını zorlaştırabilir. Bu nedenle yasaların bazen az çok muğlak ifadelerle kaleme alındığı, bunların ne şekilde icra edileceğinin ve yorumlanacağının uygulamaya havale edildiği görülür[64]. Açıklık ilkesi mutlak anlamda benimsendiğinde, genellik ilkesiyle çatışma ihtimali oldukça yüksektir. Bir norm ne kadar genelse, belirli koşullar için o denli az netlikte sonuçlar doğurmaktadır. Diğer taraftan, normun "gerektiği ölçüde açık" formüle edilmesi dahi mutlak genellikten uzaklaşmayı zorunlu kılar[65]. Şu hâlde, belirlilik açısından söz konusu iki ilke arasında denge gözetmek önem arz eder.

Aleniyet: Hukuk Devleti, "*devletin tüm eylemlerinin önceden belirlenmiş ve duyurulmuş kurallarla sınırlı olduğu*" düzendir[66]. Yasaların resmî kanallarla yayımlanmak (*promulgation*) suretiyle alenileştirilmesi geçerliliğin ve belirliliğin temel koşuludur. Waldron'a göre, normların alenileştirilmesi bireyler için, şahsi menfaatlerine etki eden ve fiillerinin yetkili makamlarca değerlendirilmesinde ölçüt alınacak hükümleri önceden bilinebilir kılar[67]. Diğer bir ifadeyle, devletin dışındaki taraflar kanunen neyin murat edildiğine ve bir uyuşmazlık halinde çözüme esas kurallara ancak bu yolla vakıf olur. Aleniyet prensibi geçerli olmadığında ise "*hukuki bir sistem*"den söz edilemeyecektir[68].

Erişilebilirlik: Yürürlükteki yasaların erişilebilirliği (*accessibility*) iki boyutludur: 1) yasaların fiziki veya şekli açıdan ulaşılabilir olması, 2) yasaların herkesçe anlaşılabilecek şekilde açık ve net olması (*intelligibility*)[69]. İHAM, *Sunday Times v. United Kingdom* kararında "*hukukun yeterince erişilebilir olması gerektiği*"ni vurgulamıştır. Böylece "*vatandaş, belirli bir davaya uygulanan hukuk kurallarının koşulları hakkında yeterli bir göstergeye*" sahip olabilecektir.[70] Açıklık ilkesiyle yakından ilişkili olan anlaşılırlık boyutu, normun ilk bakışta herkes için aynı manaya gelmesi değildir. Anlamın erişilebilirliği olarak nitelendirebileceğimiz bu ilkeye göre hukuk normu onu "*uygu-*

64 İHAM, *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, No. 6538/74 (26 Nisan 1979), para. 49, (The Sunday).

65 Kramer, s. 108 ve 109.

66 Hayek, *The Road*, s. 75.

67 Jeremy Waldron, "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, Cilt 43, Sayı 1, 2008, s. 25 ve 26, (The Concept).

68 Waldron, *The Concept*, s. 25 ve 26.

69 Bkz. Chevallier, s. 101.; Sajó, Uitz, s. 310.

70 İHAM, *The Sunday*, para. 49.

layanlar ve normun muhatapları tarafından, belirli bir kurumun sunduğu yorumların düzenli olarak kabul edilmesi durumunda anlaşılabilir sayılır."[71]

Öngörülebilirlik: Hukuk devletinde "*önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kurallar, otoritenin zorlayıcı güçlerini belirli koşullar altında nasıl kullanacağını adil bir kesinlikle tahmin etmenizi mümkün kılar ve bu bilgiye dayanarak bireysel işlerinizi planlamanıza olanak tanır*."[72] Öngörülebilirlik, yasal olan siyasi ve ekonomik faaliyetlerin yasal kalmaya devam edeceğine olan itimattır[73]. Hukuk devletinde kabul edilebilir davranış sınırları dahilinde, kişilerin hayatlarını planlamadaki özerkliğini artırır, çünkü toplumun hukuk sistemleri aracılığıyla belirlediği sınırlara ne zaman, neden ve nasıl çarpılacağı tahmin edilebilir durumdadır[74]. Aksi halde iki temel sorun ortaya çıkar: 1) İşlevsel açıdan, öngörülebilirliğin olmadığı hukuk düzeni insanların davranışlarını önceden planlama yeteneklerini zayıflatması nedeniyle bu davranışları yönlendirmede başarısız olur. 2) Ahlaki açıdan, böylesi bir hukuk düzeni insanların özgürlüğüne ve özerkliğine saygısızlık teşkil eder[75].

İstikrar: Hukukun öngörülebilir bir düzen teşkil edebilmesi için normların sürekli değişmemesi gerekir. Ancak belirli ölçüde istikrarlı olan kanunlar kişilere normun içeriğini anlayarak kendi davranışlarını planlama imkânı sunar ve böylece uzun vadeli kararlarına yön verebilir[76]. Öte yandan, "*bir kanun soyut olarak öngörülebilir olsa bile, bu kanunun uygulamasındaki istikrarsızlığın kanunu öngörülebilir olmaktan çıkaracağı*"[77] unutulmamalıdır. İstikrar ile hukukun değişen hayat koşullarına uyumu birbirini dışlamaz. Dikkat edilmesi gereken şey, normların ancak kişilerin yeni hukuki duruma uyum sağlamasına fırsat tanıyacak adil ikaz (*fair warning*) uygulamalarına başvurularak değiştirilmesidir.[78]

Tutarlılık: Hukuk devletinde normların kendi içinde çelişmezliği ve birbiriyle sistematik uyumu gözetilir. Aynı zamanda kuralların uygulanmasında da tu-

---

71 Mark Tushnet, "Rule by Law or Rule of Law?", *Asia Pacific Law Review*, Cilt 22, Sayı 2, 2014, s. 88.

72 Hayek, *The Road*, s. 75 ve 76.

73 Bkz. Christopher May, "The Centrality of Predictability to the Rule of Law", Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 99, (Predictability).

74 May, *Predictability*, s. 101.

75 Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 22 ve 23.

76 Raz, *The Authority*, s. 214 ve 215.

77 Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 463.

78 Venice Commission, *The Rule of Law Checklist*, Council of Europe, Venice, 2016. https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf (16.11.2024), s. 26, Checklist. Ayrıca bkz. Fuller, s. 80.

tarlılık esastır[79]. Aynı maddi olgulara dayanan mahkeme kararlarının birbiriyle çelişmemesi gerekir. İHAM, birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının hukuki belirliliğe aykırı olabileceği ve mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açabileceği görüşündedir[80]. Bu konuda Aristo'dan bu yana genel ilke, aynı davaların aynı şekilde görülmesidir ("*treat like cases as like*")[81].

Geçmişe Yürümezlik: Yasaların yürürlüğe konulduğu tarihten önce vuku bulan olaylara uygulanmaması anlamına gelen geçmişe yürümezlik (*non-retroactivity*), bir kuralın insan davranışına rehberlik edebilmesi için en temel gereklilik ve güvencelerdendir. Bununla birlikte geçmişe yürümezlik hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde mutlak değildir. İHAM medeni hukuka dair konular bakımından geçmişe dönük yeni hükümler kabul edilmesini doğrudan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırı görmez. Fakat böyle bir yasama faaliyeti ancak kamu yararına ilişkin zorlayıcı gerekçeler bulunduğu takdirde kabul edilebilir. Aksi halde hukuk devleti ilkesi ve Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur[82].

Eşit Uygulama: Kanunların eşit uygulanması ilkesi, sosyal statüsü, ırkı, dini, etnik kökeni, cinsiyeti veya diğer özellikleri ne olursa olsun tüm kişi ve kuruluşlara kanun önünde eşit muamele edilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu tanım yasa ile bireyler arasındaki objektif durumu tasvir eder. Bununla birlikte, eşit uygulama ilkesi yasa karşısında bireysel farklılıkları da dikkate alır. Bingham'a göre yasalar herkese eşit olarak uygulanmalıdır, meğerki nesnel farklılıklar uygulamadaki farklılaştırmayı haklı kılsın[83]. Diğer deyişle, kanun "benzer durumdaki" herkese eşit şekilde uygulanacaktır.

Şekli hukukilik ilkelerini genel hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, normun geçerliliği ile hukuk devleti arasındaki ilişkiden de söz etmek yerinde olacaktır. Hukuk devletinin şekli ve maddi kavramsallaştırmaları, geçerliliğe ilişkin teorik arka plan açısından da birbirinden oldukça farklı dayanaklara sahiptir.

Doğal hukuk düşüncesi, yasaların geçerliliğini doğal hukuk ilkelerine uygunlukla özdeşleştirirken, hukuki pozitivizm normun bir hukuk sistemi içinde öngörülen usullere uygun olarak yürürlüğe konulmasını geçerlilik için yeterli kabul eder. Fuller, ortaya koyduğu ilkeleri "*prosedürel doğal hukuk*" olarak sunmuşsa da[84], Waldron'un yerinde tespitiyle bu ilkeler normun yasalaşma veya uygulan-

79 Venice Commission, *Checklist*, s. 26.

80 İHAM, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*, No. 13279/05 (20 Ekim 2011), para. 57.

81 Aristotle, [1282b], s. 2035.

82 İHAM, *Scordino v. Italy (no. 1)*, No. 36813/97 (29 Mart 2006), para. 126.

83 Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010, s. 55.

84 Fuller, s. 96 ve 97.

ma usulleriyle değil, netice itibariyle aldığı biçimle ilgilidir[85]. Fuller'a göre, şekli gereklilikler hususunda önemli ölçüde sapma gösteren yasalar "*kötü yasa*" olarak görülemez, çünkü bu düzenlemeler yasa olma vasfı taşımamaktadır[86]. Raz ise, şekli ilkelere uyumu hukuk devleti olmak bakımından gerekli görürken bunlarla norm arasında bir geçerlilik ilişkisi kurmaz. Bu anlayış farkı, Fuller'ın doğal hukukçu, Raz'ın ise hukuki pozitivist olmasından ileri gelir[87].

Hukuk devletini şekli hukukilikle sınırlayan anlayış, hukuk ile ahlakı ayrıştıran hukuki pozitivizmle uyumludur[88]. Hukuki pozitivizmin "ayrılabilirlik tezi", hukuk ve ahlakı iki ayrı kavramsal kategori olarak kabul eder ve bir hukuk normunun geçerliliğinin ahlaki içeriğinden bağımsız olduğunu savunur[89]. Kelsen'e göre, "Hukuk her zaman pozitif hukuktur ve pozitifliği, insanların eylemleri tarafından yaratılması ve iptal edilmesine, dolayısıyla ahlak ve benzeri norm sistemlerinden bağımsız olmasına yaslanır."[90] Adalet standartları olarak kullanılan normlar ise kişiden kişiye değişen, göreceli bir yapı arz eder. Doğal hukuktaki insan iradesinden bağımsız ve objektif nitelik taşıyan adalet düşüncesi, aslında öznel çıkarların nesnelleştirilmesinden kaynaklanan bir yanılsamadır. Diğer taraftan, pozitif hukuk tektir. İçeriği objektif yöntemlerle özgün olarak belirlenebilir. Hukuksal değer yargıları, olgular yardımıyla nesnel olarak test edilebilir. Fakat adalete ilişkin yargılarda olduğu gibi ahlaki ve politik yargıların da nesnel olarak sınanmaya imkân vermemesi, bunları hukuk biliminin dışında bırakmayı gerektirir[91].

Raz da hukuk devleti ile ahlaki değer ve ilkeleri birbirinden bağımsız konumlandırır. Ona göre, hukuk devleti, bir hukuk sisteminin sahip olabileceği birçok erdemden bir tanesidir. Bunu, demokrasi, adalet, eşitlik, insan hakları, insan haysiyetine saygı gibi değerlerle karıştırmak doğru değildir. Bir devlet, temel hakların reddedildiği, demokratik olmayan, hatta ırk ayrımcılığına dayanan

85 Jeremy Waldron, "The Rule of Law and The Importance of Procedure", Ed. James E. Fleming, *Getting to the Rule of Law: NOMOS L*, New York University Press, New York, 2011, s. 8, (Procedure).

86 Fuller, s. 197.

87 Sururi Aktaş, "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2020, s. 14.after having made the conceptual analysis of the rule of law, the components of the concept of rule of law are tried to be explaned in terms of the ideals of different understandings of the rule of law. It is also discussed the nature of principles and rules of the concept of rule of law and analyzed in terms of Hart's primary rules-secondary rules distinction. The formal (procedural

88 Craig, s. 105.

89 Andrei Marmor, "The Rule of Law and Its Limits", *Law and Philosophy*, Cilt 23, Sayı 1, 2004, s. 42 ve 43.

90 Hans Kelsen (Terc. Anders Wedberg), *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York, 1961, s. 114, (General Theory).

91 Kelsen, *General Theory*, s. 48 ve 49.

bir hukuk sistemine sahip olsa da şekli hukukilik ilkelerini sağlamak suretiyle hukuk devleti vasfını kazanmış olur[92].

B. Maddi Hukukilik

Hukuk devletinin maddi kavramsallaştırması (*substantive/thick conception*), biçimsel-usuli gereklilikleri kapsamakla birlikte ahlaki değer ve ilkelerin hayata geçirilmesini sağlamak üzere hukukun içeriğine odaklanır. İnsan haklarına yönelen objektif bir çaba olarak[93], hukukun maddi anlamda adil olmasını talep eder[94]. Bunun için hem temel insan haklarını kapsamına alır hem de tüm yasaları ve bunlara ilişkin yorum faaliyetlerini temel adalet ilkelerine tabi kılar[95]. Hukuk devleti, Batı toplumlarında şekli yasallığı, bireysel hakları ve demokrasiyi kapsayan bir bütün olarak anlaşılır, ki toplumdaki yaygın kanaat bir idealin neyi temsil ettiği konusunda önemli bir göstergedir[96]. Aslında hukuk devletinin şekli kriterleri de netice itibariyle şekli boyutu aşan (maddi) amaçlara hizmet eder. Hukuki prosedürler ve kurumlar hem malvarlığına hem de itibar gibi soyut varlıklara ilişkin zararı, adaletsizliği, sömürüyü önlemek ve telafi etmek; zayıf, savunmasız kişilerin haklarını korumak gibi maddi hedefleri gerçekleştirmek için vardır[97].

Maddi hukuk devleti kavramsallaştırmasında Lord Bingham'ın ortaya koyduğu unsurlar iyi bir çerçeve sunar: (1) Yasa erişilebilir ve mümkün olduğunca anlaşılır, açık ve öngörülebilir olmalıdır. (2) Yasal hak ve yükümlülük sorunları, olağan şartlarda takdir yetkisinin kullanılmasıyla değil, yasanın uygulanmasıyla çözülmelidir. (3) Ülkenin kanunları, nesnel farklılıkların farklılaşmayı haklı çıkardığı durumlar dışında, herkese eşit olarak uygulanmalıdır. (4) Bakanlar ve her düzeydeki kamu görevlileri, kendilerine verilen yetkileri iyiniyetle, hakkaniyete uygun olarak, yetki sınırlarını aşmadan kullanmalı, haksız yere kullanmamalıdır. (5) Hukuk, temel insan haklarının yeterli düzeyde korunmasını sağlamalıdır. (6) Tarafların kendilerinin çözemeyecekleri gerçek hukuk uyuşmazlıklarının fahiş maliyetler veya aşırı gecikme olmaksızın çözülmesi

92 Raz, *The Authority*, s. 211.

93 Mustafa Kutlu, "Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 7, 2003, s. 120.

94 Aleardo Zanghellini, "The Foundations of the Rule of Law", *Yale Journal of Law & the Humanities*, Cilt 28, Sayı 2, 2017, s. 214.

95 Adriaan Bedner, "The Promise of a Thick View", Ed. Christopher May; Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 38. Ayrıca bkz. Robert A. Stein, "What Exactly Is The Rule of Law?", *Houston Law Review*, Cilt 57, 2019, s. 195.

96 Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 111. Ayrıca bkz. Zanghellini, s. 214.

97 John Finnis, "Natural Law Theories", Ed. Edward N. Zalta, Uri Nodelman, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2020, https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/ (16.11.2024).

için gerekli araçlar sağlanmalıdır. (7) Devlet tarafından ortaya konulan yargılama usulleri adil olmalıdır. (8) Hukuk devleti ilkesi, devletin ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da yükümlülüklerine uymasını gerektirir[98].

Bingham'ın listesinde yer alan şekli ve maddi unsurlar ancak bir bütün halinde sağlandığı takdirde hukuk devletinin varlığından söz edilebilir. Nazi Almanya'sında görüldüğü üzere, şekli hukukiliğin sağlandığı ve fakat adaletsiz yasaların yürürlükte olduğu bir düzen maddi anlayışta hukuk devleti olmaktan uzaktır[99].

1. Doğal Hukuk Boyutu

Doğal hukuk teorisine göre, insan doğasına içkin, akıl yoluyla keşfedilebilen bir evrensel ahlaki düzen vardır. Doğal hukuk teorisyenleri, genel olarak, insan yapımı yasaların bu ahlaki düzene uyması gerektiğine ve doğal hukuku ihlal eden yasaların adaletsiz ve geçersiz olduğuna inanırlar. O yüzden, adaletsiz kanunların bağlayıcılıkları yoktur. *Lex iniusta non est lex,* yani "*adil olmayan bir kanun, kanun değildir*" anlayışı, geleneksel doğal hukuk teorisinin ana umdelerindendir[100].

Adalet kavramı genellikle bir kanunun veya hukuki kararın adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirmek için kullanılır[101]. Thomas Aquinas adalet prensibi hakkında şu açıklamaları yapar: "*İnsan hukuku, doğru akıldan pay aldığı ölçüde hukuk doğasına sahiptir ve bu bakımdan ezelî kanundan türediği açıktır. Ancak akıldan saptığı ölçüde adaletsiz yasa olarak adlandırılır ve yasadan çok şiddet niteliğindedir.*"[102] Fakat Aquinas, adil olmayan yasanın yasa olmadığını söylemekten kaçınır[103]. Bununla birlikte, doğal hukukla çelişen insan yasalarının vicdanı bağlamadığını ve tebaanın bu tür yasaları dayatan zalim yöneticilere direnme hakkına sahip olduğunu savunur[104].

---

98 Bingham, ss. 37-132.

99 Stein, s. 195.

100 Bkz. Bix, *A Dictionary*, s. 127 ve 128.

101 *"Birleşmiş Milletler'e göre adalet, hakların korunması ve yerine getirilmesinde, ayrıca hukuka aykırılıkların önlenmesi ve cezalandırılmasında hesap verebilirlik ve hakkaniyet idealidir. Adalet, suçlananların haklarına, mağdurların menfaatlerine ve genel olarak toplumun huzuruna saygı gösterilmesi anlamına gelir. (...) Uluslararası toplum, yarım yüzyılı aşkın bir süredir adaletin yerine getirilmesine ilişkin maddi ve usûlî gereklilikleri birlikte ifade etmek için çalışmaktadır."* UN Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, United Nations Security Council, 2004, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/395/29/pdf/n0439529.pdf (16.11.2024), para 7.

102 Thomas Aquinas, "Summa Theologiae", 1920, https://www.newadvent.org/summa/ (15.11.2024), I-II q.93 a.3.

103 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 364, (Natural Law and Natural Rights) Christopher May, "The Centrality of Predictability to the Rule of Law", Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 99, (Predictability).

104 Aquinas, I-II q.96, a.4. Direnme hakkı için bkz. Aquinas, II-II q.42, a.2., Reply to Objection 3.

Finnis ise, adil olmayan yasaların geçerli olmaya devam ettiği görüşündedir. Böyle bir durumda bireylere düşen pozitif hukuka uymaktır. Ancak bu "*ahlaki anlamda hukuki yükümlülük*" olarak düşünülmemelidir. Adaletsiz yasaya uymak genel anlamda yasalara uymanın iyiliğine değil, yalnızca hukuk sisteminin adil kısımlarını etkisiz hale getirmeme arzusuna dayanır[105]. Kanun koyucuya düşen bu adaletsiz yasayı yürürlükten kaldırmaktır[106].

Zanghellini, hukuk devleti fikrinin doğal hukuk anlayışıyla sıkı bir bağlantı içinde olduğunu savunur[107]. Ona göre, yasanın erdemli olması ve tam adaleti hedeflemesi gibi içerikle ilgili belirlemeler, Platon ve Aristo tarafından ileri sürülen hukuk devletine dair fikirlerin doğal hukukçu karakterini ortaya koymaktadır[108]. Doğal hukuk düşüncesinin yasanın içeriğine ve hedefine yönelik belirlemeleri, adil bir sonucun şekli adalete olduğu gibi maddi adalete de yaslandığını[109] savunan maddi hukuk devleti anlayışının en azından kavramsal temellendirme bakımından doğal hukuk çizgisinde olduğunu göstermektedir.

2. Temel Haklar Boyutu

Maddi anlayışta hukuk devleti, belirli maddi hakların kaynağı veya istinat noktasıdır[110]. "İyi" yasaları "kötü" yasalardan ayıran belirleyici faktör onların maddi haklara riayet edip etmemesidir[111]. Foran'a göre, hukuk devleti olma iddiasındaki bir hukuk düzeni, hukukun içeriğine dair sınırlamalar getirerek bu yolla vatandaşlar için birtakım haklar yaratır. Sistemin öz nitelikleri arasında olduğu için bu haklar "*temeldir*". Vatandaşların hukukun üstünlüğüne aykırı olan yasalardan, politikalardan veya kararlardan korunma talep edebilmesini sağlar. İster şekli ister maddi yaklaşım benimsensin, sonuç olarak hukuk devletinin yasal öznelerin bazı haklarına saygı duymak anlamına geldiği açıktır. Maddi – şekli ayrımı, esasen bu hakların doğasına ilişkindir[112].

Hukuk devletine temel hakların korunmasını da dahil eden maddi yaklaşımlar içinde Dworkin'in haklar kavramsallaştırması (*rights conception*) öne çıkar. Dworkin, şekli ilkeleri de kapsayacak biçimde hak temelli bir hukuk devleti an-

105 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 361.

106 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 362.

107 Zanghellini, s. 214.

108 Zanghellini, s. 225 vd.

109 Gülriz Uygur, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 3, 2004, s. 30.

110 Bkz. Craig, s. 95.

111 Craig, s. 95.

112 Michael P. Foran, "The Rule of Good Law: Form, Substance, and Fundamental Rights", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 78, Sayı 3, 2019, s. 12.

layışı ortaya koyar[113]. Bu düzende vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve yükümlülükleri, devlete karşı ise siyasi hakları olup, bunların pozitif hukukta tanınması gerekir. Zira, vatandaşların haklarını korumak adına mahkemeleri veya diğer yargısal kurumları kullanabilmeleri ancak bu şekilde mümkün olur. Hukuk devleti, bireysel haklara ilişkin doğru bir kamusal anlayışla yönetilme idealidir. Bu doğrultuda haklar anlayışı, bir çeşit şekli hukuk devleti kavramsallaştırması olan kural kitabı (*rule-book conception*) anlayışının yaptığı gibi hukukun üstünlüğünü maddi adaletten ayırmak yerine, kitaptaki kuralların ahlaki hakları kapsamasını ve hayata geçirmesini talep eder[114].

C. Ara Değerlendirme: Anayasal Düzende Objektif Hukukun Kapsamı

Hukuki pozitivizmde bir normun geçerliliği ile içeriğinin birbirinden bağımsız olduğunu, doğal hukuk anlayışında ise adaletsiz yasanın hakiki manada geçerlilik taşımadığını ortaya koyduğumuz teorik zeminin üstüne, çalışmamızın amacı doğrultusunda hukuk devletini anayasal düzendeki somut yansımaları üzerinden ele almak yerinde olacaktır. Zira hâkimin istinat edeceği objektif hukuk düzeni anayasal kaynaktan doğar, onunla çerçevelenir ve meşruiyetini de ondan alır. Anayasal düzende normun geçerliliğine ilişkin yaklaşımın yanında, normun şekli ve maddi nitelikleri hangi hukuk devleti anlayışının benimsendiğini de ortaya koyacaktır.

Anayasal düzende bir hukuk normunun geçerliliği üzerine düşünürken, Kelsen'in normlar hiyerarşisi görüşü ve Hart'ın tanıma kuralı bağlamında maddi ilkelerin yerini belirlemenin yeni bir bakış açısı sağlayacağı kanaatindeyiz. Zira teorik planda hukukun ve ahlakın ayrılığını savunan bu yazarların ortaya koyduğu çerçeve, temel hakları ve ahlaki ilkeleri içeren anayasalar söz konusu olduğunda pratik anlamda maddi ilkelerin normun geçerlilik ölçütü olmasına imkân tanır.

Kelsen, normlar hiyerarşisi görüşüyle, piramidal norm basamaklarında yer alan her bir kuralın meşruiyetini bir üst basamaktaki normdan aldığını ve geçerli olabilmesi için üst norma uygun olması gerektiğini ileri sürmüştür[115]. Geçerlilik incelenirken kuralın içeriği sadece üst norma uygunluğa göre değerlendirilir, hiyerarşi basamaklarındaki normlar dışında herhangi bir ölçüt ayrılık tezi gereği bu değerlendirmeye dahil edilmez[116]. Kelsen "anayasa" kavramını

113 Bkz. Craig, s. 107.

114 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, s. 11 ve 12.

115 Hans Kelsen (Terc. Max Knight), *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967, s. 221. vd., (Pure Theory).

116 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı*, Cilt 28,

geniş anlamda kullanır ve geçerliliğin ilk nedenini geriye doğru takip ederek varsayımsal temel yasaya (*Grundnorm*) dayandırır. Fakat anayasa teşkil eden normların kodifiye edilerek bir yazılı anayasa şekline bürünebileceğini de kabul eder[117]. Dolayısıyla, bir yazılı anayasa temel hakları veya ahlaki değerleri kodifiye eden hükümler içerdiğinde, bu ahlak temelli pozitif normlar hiyerarşik olarak kendisinden altta olan normların geçerlilik şartı haline gelir.

Hart'ın hukuk kurallarının belirlenmesini sağlayan ölçüt olarak ortaya koyduğu "tanıma kuralı" (*rule of recognition*), modern hukuk sistemlerinde yazılı anayasaları, yasama faaliyetlerini ve yargısal içtihatları da kapsar[118]. Hart bir hukuki pozitivist olsa da adalet ilkelerini veya temel ahlaki değerleri hukuki geçerliliğin nihai kriterleri olarak açıkça benimseyen örnekleri görmezden gelmez[119]. Böyle bir düzende bireysel haklarla çelişen bir yasa, anayasal hükümlerle çeliştiği ölçüde mahkemeler tarafından geçersiz ilan edilebilmektedir[120]. Çünkü anayasal devlet, yasaların geçerliliğini yalnızca biçimsel normların değil, anlama ilişkin maddi normların da karşılanması şartına bağlar[121].

Gerek normlar hiyerarşisi gerekse tanıma kuralı, günümüz anayasalarının ortaya koyduğu objektif hukuk düzeninde temel hakların ve ahlaki ilkelerin alt normlar açısından birer geçerlilik şartı olmasına imkân tanır. 1982 Anayasası md. 11/2'ye göre "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" Söz gelimi, Anayasada korunan bir temel hakka açıkça aykırı olan kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Zira böyle bir kanun, normlar hiyerarşisinde üst norm olan Anayasaya aykırı olduğu için geçerlilikten mahrumdur. Bu şekli geçerlilik formülasyonu aynı zamanda yasaların maddi anlamda haklara ve ahlaki ilkelere uygunluğunu temin etme işlevi görür. Başka bir ifadeyle, anayasal devlet temel hakları ve ahlak temelli ilkeleri anayasanın parçası haline getirmek suretiyle, şekli geçerlilik ilişkisini maddi hukukilik hedeflerini de gerçekleştirecek biçimde yapılandırmış olmaktadır.

Hukuk devletinin haklar odaklı maddi formatı, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası mekanizmalarda söyleme hâkim olan anlayıştır. BM'nin geniş tanımı uluslararası insan hakları standartlarına ve hukukun uygulanmasında hakkaniyete atıf yaparken[122], Avrupa Birliği Liz-

---

2011, s. 75, (Hart-Dworkin).

117 Kelsen, *Pure Theory*, s. 222.

118 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 101.

119 Hart, s. 204.

120 Hart, s. 72.

121 Ferrajoli, s. 328.

122 *"Hukuk devleti, Örgüt'ün misyonunun tam merkezinde yer alan bir kavramdır. Devletin kendisi de dahil olmak üzere, tüm kamu ve özel kişi, kurum ve kuruluşların, kamuya açık*

bon Antlaşması'yla bağlayıcılık kazandırdığı Temel Haklar Şartını faaliyetlerinin hukuka uygunluk ölçütü haline getirmiştir[123]. Avrupa Konseyi ise, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile bölgesel insan hakları standartlarını şekillendirmiş olmakla birlikte özellikle Venedik Komisyonu'nun çalışmalarıyla hukuk devletinin hak temelli anlayışını yaygınlaştırmayı hedeflemektedir. Venedik Komisyonu, hukuk devleti nosyonunun herkese haysiyet, eşitlik ve akılcılık gibi değerler doğrultusunda muamele edilmesini gerektirdiğini belirtirken, saf formalistik yaklaşımın risklerine özellikle dikkat çeker[124].

Bahse konu kuruluşların bünyesinde yapılan tanımlamalarda hukuk devletinin maddi içeriği git gide genişlerken, bu durum yerel mahkemelerin yorumuna da etki etmektedir: "*...uluslararası sözleşmelere dayalı ulusalüstü bir hukukun ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi gibi kimi ulusalüstü (supra national) organların verdiği kararların bağlayıcılığı ve insan haklarının ortak değer olarak korunması anlayışı, Anayasa Mahkemesinin getireceği yorumlardaki çağdaş niteliği belirleyen ölçütler haline dönüşmüştür.*"[125]

Anayasa Mahkemesinin 2009 yılındaki bir kararında hukuk devleti şöyle tanımlanmıştır: "*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.*"[126] AYM'nin bu tanımı bir yandan yasanın genel ve objektif olması gibi şekli nitelikleri vurgularken, aynı zamanda kuralların içerik olarak adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle kamu yararı amacını gö-

---

olarak ilan edilen, eşit şekilde uygulanan ve bağımsız olarak karara bağlanan ve uluslararası insan hakları norm ve standartlarıyla tutarlı olan yasalara karşı sorumlu olduğu bir yönetim ilkesini ifade eder. Aynı zamanda, hukukun üstünlüğü, kanun önünde eşitlik, hukuk önünde hesap verebilirlik, kanunların uygulanmasında hakkaniyet, kuvvetler ayrılığı, karar alma sürecine katılım, hukuki belirlilik, keyfilikten kaçınma ve usûlî ve hukuki şeffaflık ilkelerine bağlılığı sağlayacak tedbirlerin alınmasını gerektirir." UN Secretary-General, para. 6.

123 Bu konuda ayrıntı açıklamalar için bkz. Halil Çiçekfidan, *Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması: Temel Haklar Şartı ve Onu Doğuran Süreç Üzerine Bir İnceleme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

124 Venice Commission, *Checklist*, para. 15.

125 AYM, E.1992/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/1 (14 Temmuz 1993).

126 AYM, E. 2006/65, K. 2009/114 (23 Temmuz 2009).

zetmesini dahil etmek suretiyle maddi anlayışın benimsendiğini gösterir. Kısacası, AY md. 2 hukuk devleti ilkesini alt normların geçerlilik ölçütlerinden biri olarak kabul etmiş, AYM de ilkeye maddi anlayış doğrultusunda içerik kazandırmıştır.

AYM'nin bir başka kararında ise, bağlayıcılık niteliğini haiz "*hukukun üstün kurallarına*" atıfta bulunulur. Hatta bu kurallar yasa koyucunun iradesini aşan, "*Anayasa kurallarından da önde gelen*"[127] temel hukuk ilkeleri olarak hukuk devleti olmanın kriterlerinden kabul edilir. "*Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlettir*."[128] İyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı gibi ilkeler, AYM kararlarında temel hukuk ilkeleri olarak anılmaktadır[129].

Neticede, anayasal düzende hukuk devleti, hukuk normlarının oluşturulmasında şekli hukukilik ilkelerini asgari işlerlik şartı olarak kabul etmekle birlikte hem temel hakları hem de bazı ahlaki değer ve ilkeleri kodifiye ederek, bazılarını da evrensel geçerlilik söylemi altında kendi bünyesinin parçası haline getirmiştir. Dolayısıyla hukuk devletinde yasalar ve genel olarak hukuk sistemi, biçimsel objektifliğin yanında değerler seti olarak da objektif hale getirilmiş bir çerçeveye istinat eder[130].

Kanaatimizce şekli hukukilik ilkelerini kapsayarak objektif bir zemine oturan, ayrıca temel haklar anlayışını sistemin adil karakterinin oluşumunda referans noktası olarak belirleyen maddi hukuk devleti kavramsallaştırması bir bütün olarak, teknolojik gelişmelerin getirdiği karmaşık problemleri çözmede çok daha zengin bir kaynak sunmaktadır. Adaletsiz yasaların şekli ve prosedürel testleri geçmesi, kamusal gücün toplum için ortak iyi/kamu yararı adına hareket ettiği inancının altını oyarak meşruiyet problemine yol açar. Hukuk sisteminin herkes için iyi olanı temsil ettiğine olan güvenin kaybolduğu durumda, keyfiliğin ya da belirli grupların çıkarlarının sistemli uygulamasına dönüşeceği gözden kaçırılmamalıdır. Ortak adalet ilkelerini göz ardı eden ve fakat makine gibi işleyen bir sistemin adalet duygusunu tatmin etmesi ve böylece kararların

127 AYM, E. 1992/1, (Siyasi Parti Kapatma) K. 1993/1, s. 186.

128 AYM, E. 1992/8, K. 1992/39 (16 Haziran 1992).

129 AYM, E. 1984/14, K. 1985/7 (13 Haziran 1985).

130 Objektif değerler düzeni anlayışının somut örneği Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur. Bu konudaki açıklamalar "Anayasal Düzende Hâkimin İşlevine Bakış" başlığı altında yapılmıştır.

meşruiyetini sürdürebilmesi düşünülemez.

Hukuk devleti, hesap verebilirlik ve etkililiğin yanında hakkaniyeti ve insan haysiyetine saygı gibi erdemleri teşvik eder[131]. Diğer taraftan, maddi anlayışın adalet, hakkaniyet, eşitlik, insan haysiyeti gibi üzerinde uzlaşılmış bir tanıma sahip olmayan kavramlara dayanması, objektiflik konusunda itirazlara sebep olabilir. Hukuk devletinde maddi hukukilik dahilindeki ilkelerin hukuk kurallarının içeriği ve yargılamanın adaleti bakımından kriter olarak alınabilmesi, bunların yaygın kabul edilen anlamlarıyla anayasallaştırılması sayesinde objektif zemin kazanır. Zaten İkinci Dünya Savaşı sonrası ihdas edilen anayasalar ve insan hakları belgeleri bu ortak değerlerin somutlaştığı pozitif metinler olmakla[132], hukuk devletinden anlaşılması gerekenin maddi anlayış olduğuna delil teşkil eder. Anayasal düzende bir normun geçerliliği açısından değerlendirildiğinde ise, maddi hukukilik, üretilen normların içeriği veya anlamı olan özün anayasada belirtilen ilkeler ve haklarla uyumlu olması zorunluluğu anlamı taşır[133].

III. Hukuk Devletinde Yargısal Karar Verme: Objektif Hukukun Uygulayıcısı Olarak İnsan Hâkim

A. Mekanik Uygulayıcılıktan Sübjektif Yorumculuğa Hâkimin Rolü Sorunu

Hukuki formalizm ve hukuki realizm akımları arasındaki karşıtlığın, hâkimin rolüne ilişkin normatif soruları incelemek için verimli bir zemin sunacağı kanaatindeyiz. Bu karşıtlık, doğasında sübjektiflik bulunan insan hâkimin, hukuk devletinin gerektirdiği objektif yargılama işlevini nasıl yerine getirdiği üzerine düşünme imkânı sağlamaktadır. Karar vermeye ve yoruma dair zıt perspektifleri yan yana getirmek, hukuk devletinin teorik çerçevesi içinde yargısal faaliyetin idealleri ile pratik gerçeklerini anlamayı kolaylaştıracaktır.

Geleneksel anlamıyla formalizm, bir hukuki uyuşmazlığı ortadan kaldıracak, olayın niteliklerine özgü çözümün genel bir kuralın uygulanmasından kesin olarak türetilebileceğini savunur[134]. Yargılamada kurala bağlılık esastır, amaçların veya sonuçların değerlendirilmesi söz konusu değildir[135]. Kural ile uygu-

131 Jeffrey L. Jowell, "The Rule of Law and Its Underlying Values", Ed. Jeffrey L. Jowell, Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 24.

132 Bkz. Ferrajoli, s. 323.

133 Ferrajoli, s. 328.

134 Margaret Jane Radin, "Reconsidering The Rule of Law", *Boston University Law Review*, Cilt 69, Sayı 4, 1989, s. 792.

135 Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton, 2010, s. 166.

laması arasındaki bağlantının biçimsel olduğu bu anlayış, pejoratif (kötüleyici) manada mekanik hukuk bilimi ya da yargılamanın bilgisayar modeli (*the computer model of judging*) olarak adlandırılır[136]. Bu modelde hâkimler yargılama yapmazlar; onlar sadece kural ile tikeli yan yana getirme işlevi gören, yani ikisi arasındaki biçimsel bağlantıyı tesis eden kara kutulardır[137].

Klasik formalizmin hukuka dair üç temel gerekliliği şöyledir: İlk olarak, hukuk belirli olmalıdır; hükümler, takdir yetkisi veya tartışmalı değerlendirmeler olmaksızın normların olgulara uygulanmasından doğmalıdır. İkinci olarak, hukuk sistematik olmalıdır; nispeten soyut kavramlar ve ilkelerden oluşan tutarlı bir yapı oluşturmalıdır. Son olarak, hukuk özerk olmalıdır; normlarını dini, felsefi veya politik ekonomi gibi tartışmalı kaynaklardan değil, kendine özgü hukuki kaynaklardan türetmelidir[138]. Bu özcü/kavramsalcı yaklaşım, Tamanaha'nın ifadesiyle, hukuku belirli durumlarda mekanik olarak belirli cevaplara yol açan, rasyonel örüntüler içindeki bir dizi soyut kavram ve ilkeler bütünü olarak görür. Hâkim bu anlayışa göre önceden var olan soyut kavram ve ilkeleri keşfeder, bu nedenle hukuk-yapıcı değildir. Zaten hukukun parçası olan kavram ve ilkeleri somut olaya mekanik bir biçimde uyguladığı için hâkimin sübjektif değerleri muhakeme sürecine etki etmeyecektir[139]. Hâkim, insani faktörlerden soyutlanmış bir karar otomatı olarak faaliyet göstereceğinden objektiflik ve dolayısıyla öngörülebilir hukuk düzeni tesis edilmiş olacaktır.

Montesquieu'nün hâkimin işlevi konusundaki görüşleri hâkime takdir alanı bırakmama bağlamında formalizmle benzer çizgidedir. Buna göre yargının rolü "*kanunların ağzı*" olmaktan başkası değildir. Hâkimler sadece kanunun gereğini dile getirir. Kanunun gücünü ve katılığını yumuşatmak konusunda aciz ve hareketsizlerdir[140]. Neumann, bu anlayışta hâkimin rolünün bir "*tanıma eylemi*" gerçekleştirmekten ibaret olduğunu ifade eder. Hâkime düşen, genel normda soyut bir şekilde zaten yer alan fikirleri karara dönüştürmektir. Bunun için hâkim, mantıksal altlama (*subsumption*) yöntemini kullanarak, büyük önerme olan hukuku küçük önerme olan davanın somut olgularına uygulamakla yetinecektir[141].

---

136 Radin, s. 793.

137 Radin, s. 793.

138 Thomas C. Grey, "The New Formalism", *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, *No. 4*, Stanford, 1999, s. 5.

139 Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2004, s. 35.

140 Montesquieu, s. 207.

141 Franz L. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986, s. 225.

Mekanik tümdengelimci yaklaşım ceza hukuku bağlamında Beccaria'nın söyleminde de açıkça görülebilir: "*Her suçu yargılarken, yargıç, yetkin bir tasımlama (kıyas, sillogismo, syllogisme) yapmak durumundadır. Bu tasımlamada, büyük önerme, genel yasadır. Küçük önerme, eylemin yasaya uygun olup olmadığıdır. Sonuç ise, ya özgürlüktür/aklanmadır ya da hükümlülüktür/cezalandırmadır. Yargıç, yasaların kusuru yüzünden iki tasımlamaya birden zorlanırsa ya da bunu kendiliğinden yaparsa belirsizlik kapısı aralanmış, karanlığa yol açılmış olur.*"[142]

Hukuki formalizmin mekanik hukuk bilimi yaklaşımının karşısında hukuki realizm düşüncesi yer almıştır. Hukuki realizme göre, hukuk kuralları amaçlar, temel değerler ve hukukun olası sonuçları ışığında belirlenecek, yorumlanacak ve ihdas edilecektir[143]. Kuralların ideal olgu kalıplarına mekanik olarak uygulanmasını savunan formalizmi reddeden bu görüş, muhakemede hâkimi etkileyen kaprisleri, ön yargıları, etik ve ahlaki değerler ile çevresel faktörleri dikkate almayı savunur[144].

Yargısal önsezi (*judicial hunch*) kavramı hukuki realistlerin söyleminde önemli bir yer tutar. Buna göre, hâkimler davaları karara bağlarken öncelikle hukuka göre değil, davanın olgularına göre neyin "adil" olacağına dair hislerine dayanarak bir kanaate varır[145]. Hutcheson, hükme varmada önsezinin rolünü şöyle ifade eder: "*..ve dava üzerinde düşünürken, [hâkim] hissi, önseziyi bekler - soru ile karar arasında sıçramalı bir bağlantı kuran ve yolun yargı adımları için en karanlık olduğu noktada, yol boyunca ışığını yakan o sezgisel anlayış parıltısını.*"[146] Cardozo'ya göre, insanı insan yapan nitelikler olarak tercihler, ön yargılar, içgüdüler, duygu karmaşası, hoşlanılan ve hoşlanılmayan şeyler, alışkanlıklar ve kanaatler hâkimlerin kararlarının biçimini ve içeriğini şekillendiren bilincin derinliklerindeki faktörlerdir[147]. Bu çerçevede hukuk kuralları ve gerekçeler esasen hukuki olmayan değerlendirmelere istinat eden hükmün

142 Cesare Beccaria (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 5. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, s. 37.

143 Wilson Huhn, "The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy, and Realism", *Villanova Law Review*, Cilt 48, 2003, s. 317.

144 E. C. Jr. Lashbrooke, "Legal Reasoning and Artificial Intelligence", *Loyola Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1988, s. 291.

145 Brian Leiter, "Llewellyn, Karl Nickerson (1893–1962)", Ed. James David Wright, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Cilt 14, 2. Bası, Elsevier, Amsterdam, 2015, s. 276.

146 Joseph C. Hutcheson Jr., "Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision", *Cornell Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 1929, s. 278.

147 Benjamin C. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Universal Law Publishing, New Delhi, 2010, s. 167.

post-hoc rasyonalizasyonu sırasında kullanılır[148]. Kısacası, hâkim sübjektif etmenlerin yapılandırdığı kanaatini hükme esas tutar ve sonrasında hukuk kurallarına müracaat ederek kararını gerekçelendirir.

Hukuki realizmin öncülerinden Oliver Wendell Holmes, yargılamada hâkimin tecrübeye dayalı sezgilerinin etkisine dikkat çeker. Formalizmin ileri sürdüğü tezin aksine "*hukukun yaşamı mantık değil, tecrübe olagelmiştir*."[149] Hukukun tecrübi karakterini anayasa bağlamında şöyle vurgular: "*... Anayasa'nın hükümleri, özlerini biçimlerinde taşıyan matematiksel formüller değildir; İngiliz toprağından nakledilmiş organik, yaşayan yapılardır. Önemleri biçimsel değil, yaşamsaldır; sadece kelimeleri ve sözlüğü alarak değil, kökenlerini ve gelişim çizgilerini göz önünde bulundurarak anlaşılmalıdır*."[150] Holmes'a göre, zamanın koşulları, hâkim olan ahlaki ve siyasi teoriler, açıkça beyan edilen ya da bilinçdışı kamu politikası sezgileri gibi hususlar davada uygulanacak kuralı belirlemede kıyastan çok daha etkilidir[151].

Hukuki realizm düşüncesi dahilinde yargısal karar verme sürecine ilişkin iki temel yaklaşımdan bahsedilebilir. Bunlar, hâkimlerin davadaki olgulara ve olguların sunuluş biçimine duyarlı bir şekilde karar verdiklerini ileri süren olgu şüpheciliği ile kararların oluşumunda hukuk kurallarının, kavramların ve emsal kararların belirleyici olmadığını ve bu nedenle hâkimlerin birçok davada, eşit güçteki gerekçelerle birden fazla şekilde karar verebileceklerini savunan kural şüpheciliğidir[152].

Olgu şüpheciliği, yargılama esnasında olguların tespitinde sübjektifliğin etkili olduğu, bu nedenle kesinlikten uzak olgulara dayalı yargılamanın tahmin edilebilirlik özelliği taşımadığı kanaatine dayanır[153]. Frank, yargı kararının ideal işleyişi karşısında gerçekte nasıl meydana geldiğini bir formülle izah eder: geleneksel formüle göre R hukuk kuralı, F davanın olguları, D davadaki karar ise: R x F = D olmalıdır. Yani karar, davada uygulanan hukuk kuralları ile tespit edilen olguların ürünüdür[154]. Gerçekte olan yargılama süreci ise S hâkimi ve

148 Leiter, s. 276.

149 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Ed. Mark DeWolfe Howe, Little, Brown & Co., Inc., Boston, 1963, s. 5, (The Common Law).

150 Oliver Wendell Holmes, *Gompers v. US, 233 U.S. 604 (1914)*, https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/233/604.html (16.11.2024).

151 Holmes, *The Common Law*, s. 5.

152 Brian H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 8. Bası, Sweet & Maxwell, London, 2019, s. 226.

153 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 89.

154 Jerome Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey, 1973, s. 14.

davayı çevreleyen tüm uyaranlar, P hâkimin kişiliği, D karar olarak: S x P = D ile ifade edilmelidir[155]. Fakat bu durumda söz konusu uyaranların belirsizliği ve öngörülemezliği nedeniyle yargılama tahmin edilebilirlik açısından bir değer taşımaz[156]. Frank'in nihai formülü şöyledir: R hukuk kuralları, SF sübjektif olgular, D karar olmak üzere: R x SF = D[157]. Dolayısıyla yargılamada hukuk kuralları duruşma öncesinde belirli bir zaman ve mekânda meydana gelen asıl objektif olgulara değil, hâkim ve jüri tarafından saptanan sübjektif olgulara uygulanarak karara varılmaktadır[158]. Frank'e göre davadaki olgular birer tahmindir: "*ne zaman tanıkların inanılırlığı, ifadelerinin güvenilirliği söz konusu olsa, o zaman kaçınılmaz olarak duruşma hâkimi veya jüri olgular hakkında bir tahminde bulunmak zorundadır*."[159] Zira, olguların belirlenmesi, insan hafızasının zayıflığı, gözlemin kusurluluğu, ifadelendirmedeki eksiklikler gibi sübjektif faktörlerin tesiri altında gerçekleşir[160].

Kural şüpheciliği ise Llewellyn'ın görüşlerinde somutlaşır. Llewellyn'a göre hukuk, kuralların oluşturduğu bir bütün olmaktan ziyade hâkimlerin yargılama esnasında yapıp ettiklerinden ibarettir[161]. Bu itibarla, kurallar yargılama faaliyetinde belirleyici rol oynamaz: "*Hukuk alanında ...kurallar yol gösterir, ama kararı belirlemez. Hâkimin ihtiyaç duyduğunda jilet inceliğinde törpüleyemeyeceği ya da bir sopaya dönüştüremeyeceği hiçbir emsal karar yoktur*."[162] Yargısal karar verme sürecinde kural şüpheciliğinin gerekçesi birbiriyle ilişkili beş faktöre dayanmaktadır. İlk olarak, davada uygulanacak kuralı tespit etmek için emsal kararları yorumlarken kullanılan çok sayıda ve birbiriyle çelişebilen teknik bulunur. İkinci olarak, hiçbir özel önerme (bir davada verilen karar) mantıksal olarak herhangi bir genel önermeyi (davanın kuralı) göstermez. Üçüncü olarak, hukuk dilinin doğasında var olan muğlaklık - "gereken özen" veya "iyiniyet" gibi terimler- yorumlamada takdir alanı oluşturur. Dördüncü olarak, hızlı sosyal ve ekonomik değişimler sıklıkla hukuk kurallarını uygulanmak zorunda oldukları koşullara uyumsuz hale getirir. Son olarak, her davadaki olgusal durumların benzersizliği bunların önceden kurallar altında sınıflandırılmasına imkân vermez[163].

---

155 Julius Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank,* Martinus Nijhoff, The Hague, 1959, s. 73.

156 Paul, s. 73.

157 Frank, s. 24.

158 Paul, s. 73.

159 Frank, s. 16.

160 Frank, s. 17 ve 18.

161 Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 5.

162 Llewellyn, s. 165.

163 Wilfrid E. Jr. Rumble, "Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism", *Journal of Public Law*, Cilt 15, Sayı 2, 1966, ss. 262-266.

B. Anayasal Düzende Hâkimin İşlevine Bakış

Hukuki realizmin yargılamada insan sübjektifliğini göz önüne seren argümanları katı formalizmin dedüksiyon esaslı mekanik işlerlik tezini zayıflatırken, bir yandan da anayasal demokrasilerin bağlı olduğu hukuk devleti değer ve ilkelerinin etkili bir şekilde hayata geçirilmesinin ampirik imkânı anlamında ciddi şüpheleri beraberinde getirmiştir[164]. Chiassoni'nin dikkati çektiği üzere, eğer hâkimler davalara uygulayacakları hukuku "yaratan", takdire bağlı aktörlerse, yasallık, belirlilik, kuvvetler ayrılığı, normlar hiyerarşisi gibi hukuk devletinin çerçevesini oluşturan unsurlar neyi ifade eder[165]? Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız objektif hukuk düzeni, realistlerin çizdiği çerçevede hâkim sübjektifliğine yenik düşen kâğıt üstündeki bir dizi entelektüel ideal olarak görünür.

O halde, maddi hukuk devleti kavramsallaştırmasının benimsendiği bir anayasal düzende hâkimin nasıl konumlandırıldığına bakmak, gerçek anlamda işleyen ve kendi içinde tutarlı bir yapısal kurguya sahip olup olmadığını ortaya koymak bakımından gereklidir. Bu amaçla hâkimin yerine getirdiği ikisi metodolojik, biri toplumsal olmak üzere üç işleve odaklanmak yerinde olacaktır. 1) Hâkim normların anlamına dair yorum yapmaktadır. 2) Hukuk normlarının somut olgulara uygulanmasında hâkim bazı durumlarda takdir kullanmaktadır. 3) Hâkim, gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinin insani özellikleri dikkate alan niteliği sayesinde toplumsal barışın tesisine hizmet eder.

1. Hâkimin Yorum Faaliyeti

Hâkimin esas metodolojik işlevi yorum yapmaktır. Hukuki metinlere içkin olan anlam ve değerlerin idrak ve ifade edilmesi olarak yargılama, temelde bir yorumlama sürecidir[166]. Davanın olguları belirlendikten sonra, hangi hukuk kuralının ilgili norm olduğu ve somut olayda ne ölçüde geçerli olduğu hâkimin yorumuyla tespit edilir[167]. Kuralın somut olaya her uygulanışı bir yeniden yorumlama işlemidir[168]. Normun anlam bakımından açıklığa kavuşturulması sadece somut olaya uygulanabilirlik açısından değil, aynı zamanda geniş an-

164 Bkz. Pierluigi Chiassoni, "Is Realism at Odds with Constitutional Democracy? ", Ed. Pierluigi Chiassoni, Bojan Spaić, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer International Publishing, Cham, 2021, s. 36.

165 Chiassoni, s. 36.

166 Owen M. Fiss, "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, Cilt 34, Sayı 4, 1982, s. 739.

167 Robert J. Sharpe, "How Judges Decide", Ed. Rabeea Assy, Andrew Higgins, *Principles, Procedure, and Justice: Essays in Honour of Adrian Zuckerman*, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 92.

168 Radin, s. 819.

lamda hukuk devleti gereklerine uygunluğun sağlanabilmesi için de şarttır[169].

Hâkimin normun anlamını tespit ederken başvurduğu geleneksel araçlar, sözel, sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum metotlarıdır. Sözel/lafzi yorum, hukuki metnin dildeki düz anlamına odaklanır. Bu yöntemde bir normun en dolaysız anlamı yerleşik dilbilgisi kuralları doğrultusunda metni oluşturan kelime ve cümlelerin incelenmesinden elde edilir. Fakat bu sadece bir başlangıç noktasıdır. Zira kanunun lafzı her zaman somut durumun çözümüne ilişkin gereken rehberliği sağlamayabilir. Şüphe durumunda sistematik yorum marifetiyle normun normlar ağındaki konumuna, yani bağlama göre anlamlandırma yapılır. Bununla birlikte, lafzın yetersizliği halinde yasa koyucunun normun yapım sürecindeki amacını belirlemek de anlamın aydınlatılmasını sağlayabilir. Bunun için tarihsel yorum, kanun koyucunun sübjektif iradesini gösteren yasama geçmişini, o döneme ait hazırlık belgeleri ve parlamento tartışmaları ışığında ele alır. Son olarak, teleolojik/amaçsal yorum, normun yürürlüğe konduğu dönemdeki anlamının ve ihdas edilme amacının ötesine geçerek, hukuk düzeninin değişen yapısı içinde kazandığı rasyonel/objektif anlamı ve hedefleri tespit etmeye çalışır[170]. Tüm bu yorum usulleri hâkimin yorum faaliyetinin karmaşık doğasına işaret eder. Normların tutarlı ve istikrarlı bir şekilde uygulanmasının yanında anayasal değerlerin gerçekleştirilmesini sağlama ödevi, hâkimin yorum faaliyetinin mekanik işlemekten uzak bir zihni çabanın ürünü olduğunu ortaya koyar. Özbudun'a göre bu zihni faaliyet, doğası gereği sübjektiftir[171].

Yorumun sübjektifliği, hâkimin kişisel ahlak ve değer ölçütlerinin yorumu belirlemesi riskini beraberinde getirir. Tamanaha'nın ifade ettiği gibi, "*Eğer hâkimler hukuki kararlarını -ister sadece kuralların uygulanmasını, isterse kurallar ve amaçların bir kombinasyonunu içeriyor olsun- büyük ölçüde kişisel görüşlerine dayandırıyorlarsa, o zaman hukuk devleti ideali bir aldatmacadan ibarettir.*"[172] Daha önce, maddi hukuk devleti anlayışının biçimsel objektifliğin yanında değerler seti olarak da objektif hale getirilmiş bir çerçeve oluşturduğundan bahsetmiştik. Böylece ahlak, eşitlik, hakkaniyet, iyiniyet, sağduyu gibi değerler alanına ait kavramların hâkimin sübjektif algısına bırakılmayıp pozitif alana çekilmesi söz konusu olur.

---

169 Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 9.

170 Aral, ss. 185-190.; Oder, s. 55, 74 ve 104; Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi,* 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 201 ve 202.

171 Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 67.

172 Brian Z. Tamanaha, "How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law", *DePaul Law Review*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s. 494.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin (FAYM) "objektif değerler düzeni" (*objektive Wertordnung*) yaklaşımı maddi hukuk devleti anlayışının en somut halidir. Bu anlayışın temel dayanak noktası olan Federal Alman Anayasası md. 1(3), Anayasada korunan temel hakların yasama, yürütme ve yargıyı bağlayan doğrudan uygulanabilir hukuk normları olduğunu söyler[173]. FAYM, *Lüth* Kararında temel hakların kamu gücünün müdahaleleri karşısında koruma sağlamasının ötesinde hukukun bütünü üzerinde etki doğurduğunu kabul etmiştir: "*[Anayasanın] temel haklara ilişkin bölümü objektif bir değerler düzeni kurar ve bu düzen temel hakların etkili gücünü daha da pekiştirir. Bireyin toplum içinde özgürce gelişen kişiliğine ait haysiyetini merkeze alan bu değerler sistemi hem kamu hem de özel hukukun tüm alanlarını etkileyen temel bir anayasal karar olarak görülmelidir.*"[174] Objektif değerler düzeninin hukukun bütününe etkili olduğu kabul edildiğinde, anayasa-altı normların yorumunda objektif bir ölçüt belirlenmiş olmaktadır. Oder'in "*anayasa odaklı yorum*" olarak nitelendirdiği bu yaklaşımda Anayasa normlarının yaslandığı temel değerler normlar hiyerarşisinin alt basamaklarındaki tüm normların yorumunu şekillendirir[175]. Dahası, normun muhtemel yorumlarından anayasaya uygun olanın seçilmesinden öte[176], norma ideal anlamını ortaya çıkaracak şekilde içerik kazandırılması söz konusudur: "*Objektif normlar olarak temel hakların hukuki içeriği, hukukun bu alanına doğrudan uygulanabilen yasal hükümler aracılığıyla özel hukukun içeriğini belirler.*"[177] Böylece özgül bir anayasal içerik kazanan özel hukuk normunun yorumu objektif değerler sistemi doğrultusunda anayasaya uygun olarak gerçekleşir[178].

Maddi hukuk devleti anlayışının hayata geçirilmesi için şart olduğunu düşündüğümüz anayasa odaklı yorum yönteminin değerleri de içeren objektif hukuk düzeninin işlerliği açısından önem arz eden pratik işlevlerine bakıldığında:

1- Anayasal düzende pozitif nitelik kazanan haysiyet, dürüstlük, basiretlilik, haklı neden, adalet ve hakkaniyet gibi kavramların Anayasada öngörülen objektif değerler sistemi doğrultusunda hak temelli yoruma tabi tutulması[179], değerlerin göreceliliği ve sübjektifliği eleştirilerine karşı maddi hukuk devleti anlayışına güç katar.

2- Anayasa odaklı yorumun benimsenmesi, geleneksel yorum yöntemlerinin

173 Bkz. Kommers, Miller, s. 445.

174 Lüth Kararının (7 BVerfGE 198, 1958) İngilizce çevirisi için bkz. Kommers, Miller, s. 444.

175 Oder, s. 139.

176 Oder, s. 140.

177 Kommers, Miller, s. 444.

178 Kommers, Miller, s. 444.

179 Bkz. Oder, s. 140 ve 141.

hak, ilke ve değer temelli bir karakter kazanmasını sağlar[180]. Böylece yorum yöntemlerinin çalışma prensibi adil olmayan sonuçlardan kaçınmayı da içerecektir.

3- Kanun yorumunda Anayasa odaklı yoruma başvurulması, hukuk sisteminin bütününde anayasaya uygunluk seviyesini yükseltir[181]. Bu sayede maddi hukuk devleti anlayışı, normlar hiyerarşisinin tamamında etkililik kazanmış olur.

Türk Anayasa Mahkemesi de derece mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen kanun yorumunda Anayasanın koruduğu temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınmamasının hak ihlali teşkil edeceği görüşündedir: "*Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece* derece mahkemelerinin kararlarındaki *kanunun yorumuna* ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya *Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar* ile delillerin takdirinde açıkça keyfîlik halinde *hak ve özgürlük ihlaline* sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir."[182] Gökcan'ın da tespit ettiği üzere, kanunu uygulayacak merciin normu temel haklar odaklı yorumlaması anayasal zorunluluk teşkil eder[183].

Yorum aynı zamanda kanunun anayasaya uygun olup olmadığını ortaya çıkarabilecek bir süreçtir. Wacks'in deyimiyle hâkimlerin "*hukuk devletinin yorumcusu ve koruyucusu*"[184] olması en etkili haliyle anayasaya uygunluk denetiminde görülür. Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin kabul edildiği sistemlerde hâkimin yorumu ülkenin temel politik kararı üzerinde belli ölçüde etki doğurabilmektedir. Amerikan sisteminde derece mahkemesi hâkimleri anayasaya aykırılık tespit ettiği hallerde ilgili yasa hükmünü yok sayma/ihmal yoluna gider. Türk hukukunda ise derece mahkemesi hâkimi anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması halinde veya kendi tespiti üzerine önündeki davayı askıya alarak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa yargısı da iptal davası veya itiraz yoluyla kendisine başvurulduğunda söz konusu hükme anlam verirken ve geçerliliğini değerlendirirken özünde

180 Oder, s. 141.

181 Oder, s. 142.

182 AYM, *Abdullah Ünal Başvurusu*, B. No: 2012/1094, (03 Temmuz 2014), para. 39. Vurgular bize ait.

183 Hasan Tahsin Gökcan, "Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, Cilt 41, Sayı 1, 2024, s. 50.

184 Raymond Wacks, *The Rule of Law Under Fire?*, Hart Publishing, Oxford, 2021, s. 36 ve 43.

bir yorum faaliyetinde bulunur. Yorum yoluyla hukuk düzeninde etki doğurma gücü bu şekilde zirveye ulaştığında, hâkimlerin "*partizan politik tercihler*" doğrultusunda değil, koruduğu değer ve ilkelerle anayasal bütünlüğü gözeterek hareket etmesi keyfiliğin önlenmesi ve yargıya olan güvenin sürdürülmesi için şarttır[185].

2. Yargısal Takdir

Hâkimin yerine getirdiği metodolojik işlevlerden ikincisi olan yargısal takdire (*judicial discretion*) geldiğimizde ise, takdir yetkisinin kullanımında sınırın ne olduğu sorusu karşımıza çıkar. Yargısal takdirin "hukuk yaratma" anlamının yanında, hukuk normunun uygulanmasında hâkime bıraktığı hareket alanı anlamında kullanıldığını belirtmek gerekir.

Hâkimin hukuk yaratma anlamında kullanacağı takdir, çetin davalarda kararın nasıl verileceğini belirler. Çetin davalar (*hard cases*), Hart'a göre, hukuk tarafından herhangi bir kararın dikte edilmediği ve buna bağlı olarak hukukun kısmen belirsiz veya eksik olduğu davalardır[186]. Hukuken öngörülmemiş veya düzenlenmemiş böylesi davalarda hâkim yargısal takdir yoluyla hukuk yapıcı rol üstlenir[187]. Hart, hukuk sistemlerinin davranışları yönetmek için ağırlıklı olarak genel kurallara dayandığını söyler. Genel kuralın geçerli olduğu ve doğrudan uygulanabildiği açık davalar çoğunluktadır. Fakat bazı davalarda genel kuralın uygulanması sırasında bir muğlaklık ortaya çıkar. Bu durumda söz konusu kuralın uygulanıp uygulanmayacağı konusu belirsizdir. Kuralın yapısı hem uygulanma yönünde hem de uygulanmama yönünde sebepler bulmaya müsaittir. İşte bu durumu Hart, hukuk kurallarının insan dilinin genel bir özelliği olarak açık dokulu (*open texture*) oluşuyla açıklar[188]. Hayatın akışında meydana gelebilecek olguları öngörmekteki sınırlılığımız, her ihtimali kapsayan yasalar yapmayı imkânsız kılar. Bu öngörü yetersizliği kuralların amacına dair göreli bir belirsizliğe neden olur[189]. Öngörülmeyen bir durum ortaya çıktığında, yasanın amacına dair açık alternatifler arasında bir seçim yapılacaktır. Çözüm, seçimin çatışan menfaatler arasında bizi en iyi tatmin edecek şekilde gerçekleştirilmesidir[190]. Böylece hâkim, vicdanlı bir yasa koyucu gibi, davanın yarışan çözümleri arasında en iyisinin ne olduğuna dair hissine güvenerek seçim yapacaktır[191].

185 Bkz. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 95.
186 Hart, s. 272.
187 Hart, s. 272.
188 Hart, s. 123.
189 Hart, s. 128.
190 Hart, s. 128 ve 129.
191 Hart, s. 275.

Hâkimin takdirinin sınırını hukukun genel mantığı ile sağduyu oluşturur[192].

Dworkin ise, mevcut kuralların esnetilmesi veya yeniden yorumlanmasıyla bile karara bağlanamayan özgün meseleleri gündeme getiren çetin davalarda dahi hâkimin hukuk yaratma işlevini kabul etmez[193]. Yerleşik bir kural davanın sonucunu dikte etmiyorsa, kararı belirleyecek olan ilkelerdir[194]. Dworkin'in varsayımsal yargıcı Herkül'den beklediği, bireysel haklara işlerlik sağlamak için toplum ahlakından yola çıkarak önündeki davada geçerli tek doğru cevabı bulmasıdır[195]. Zira, hâkimlerin hukuk sisteminin altında yatan ilkeleri yorumlayarak bulmaya çalışması gereken doğru bir hukuki cevap her zaman vardır[196]. Dworkin'e göre ilkeler, "*arzu edildiği düşünülen ekonomik, siyasi veya sosyal bir durumu ilerleteceği veya güvence altına alacağı için değil, adaletin, hakkaniyetin veya ahlakın başka bir boyutunun bir gereği olduğu için uyulması gereken standartlardır.*"[197] Kuralların "*ya hep ya hiç*" şeklindeki çalışma prensibinin aksine, ilkeler ağırlık ve önem bakımından tartım faaliyetine tabidir[198].Yargısal takdiri sınırlayan bu ilkeler, bizatihi hukukun parçası olup aynı zamanda hukuk güvenliğini de temin eden faktördür[199]. Hâkimin çetin davalardaki işlevi özgür yasa koyuculuk değil, "*insanların hakları ve ödevleriyle ilgili tutarlı bir dizi ilke içinde, toplumlarının siyasi yapısının ve hukuki doktrininin en yapıcı yorumunu bulmaya çalışmak*" ve böylece adalet, hakkaniyet ve uygun hukuki usule göre davranma anlayışını takip ederek hukukun bütünlüğüne hizmet etmektir[200].

Kanun koyucunun irade ve isteği olmadan, normatif planına ve amacına aykırı biçimde norm boşluğu ortaya çıkması halinde hâkimin hukuk yaratması gündeme gelir[201]. Bu olgu, kanun koyucunun normu ayrıntılandırmada benimsediği yaklaşımdan (genel/kazuistik) veya gösterdiği özenden bağımsız olarak ortaya çıkabilir[202]. Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 1 yargısal karar vermede

192 Türkbağ, *Hart-Dworkin*, s. 73.

193 Ronald Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Cilt 88, Sayı 6, 1975, s. 1058, (Hard Cases).

194 Dworkin, *Hard Cases*, s. 1060.

195 Wacks, s. 60.

196 Bkz. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London, 2013, s. 335 vd., (TRS).

197 Dworkin, *TRS*, s. 39.

198 Dworkin, *TRS*, ss. 40-43.

199 Türkbağ, *Hart-Dworkin*, s. 74.

200 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, s. 225 ve 255.

201 Seyfullah Ediş, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 1973, s. 173; Aral, s. 157.

202 Oder, s. 262.

hukuk yaratmaya varabilecek süreci kademeli olarak düzenlemiştir. Buna göre, öncelikle hâkim kanunun lafzına ve amacına göre önündeki uyuşmazlığı karara bağlamaya çalışacaktır. Eğer bu şekilde somut olaya uygulanabilecek hükme ulaşamıyorsa örf ve âdet hukukundan hüküm çıkartacak, bu da mümkün olmadığında yasa koyucunun somut olayı düzenleyecek olsa ne şekilde norm üreteceği hakkında muhakemede bulunarak uyuşmazlığı o doğrultuda çözecektir[203]. Hukuk yaratma faaliyetinde hâkim 1) normun genel ve soyut nitelikte olmasını temin etmeli, 2) yarışan menfaatler arasında dengeyi gözetmeli, 3) yaratılan normun hukukun bütünlüğüyle tutarlı olmasına özen göstermelidir[204]. Hâkimi sınırlayan bir hukuk kuralı bulunmadığı hallerde yargısal takdirin bir genel ilke olarak hakkaniyetle sınırlı olduğu da unutulmamalıdır[205].

AY md. 138 "*Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*" demek suretiyle hâkimin hukuk yaratma yetkisine anayasal dayanak oluşturmuştur. Buradaki vicdani kanaat hâkimin sübjektif karakterinden doğan bir ölçüt değildir. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygunlukla kayıtlanmış[206] ve bu şekilde objektif çerçeveye oturtulmuş bir tartımı ifade eder. Bu doğrultuda, TMK md. 1 kapsamında başvurulacak normu aşan hukuk yaratma faaliyeti, ilgili normu, Anayasayı ve hukukun genel ilkelerini birlikte ele alarak, bunların ortaya koyduğu müşterek hedefi ve değerleri hesaba katmak durumundadır[207].

Hâkimin hukuk yaratması anayasa hukuku alanında da geçerlidir. AYM'nin yürürlüğü durdurma kararları alma yetkisini kendinde görmesi, normu aşan hukuk yaratma faaliyetine örnektir[208]. 1993 yılında verdiği kararda AYM, öncelikle yürütmeyi durdurmayı "*yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araç*" olarak konumlandırmış, Anayasaya aykırı kanunları iptal yetkisini haiz olan Mahkemenin, sonuçları iptalden çok daha hafif olan yürürlüğü durdurma yetkisine evleviyetle sahip olduğunu ifade etmiştir. Ardından yazılı kurallarda yürütmeyi durdurma yetkisini düzenleyen herhangi bir normun bulunmadığını, bu konuda boşluk olduğunu tespit etmiştir. TMK md. 1'deki hukuk yaratma yetkisinin ceza hukuku dışında diğer hukuk alanlarında da geçerli

---

203 Türk Medeni Kanunu Madde 1 – *"(1) Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. (2) Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."*

204 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 17. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 404.

205 Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 9, 2003, s. 178, (Hakkaniyet).

206 AYM, E. 1993/33, K. 1993/40 (21 Ekim 1993).

207 Oder, s. 284.

208 Oder, s. 275.

olduğunu belirterek, AY md. 138'i delil göstermiştir. Buna göre, AY 138. maddede vicdani kanaatin ölçütlerinden sayılan "hukuk" kavramı hâkimin hukuk boşluğunu doldurmak için koyduğu kuralı da kapsar. Böylece, AYM hâkimleri de diğer yargı organları gibi boşluk durumunda hukuk yaratma faaliyetine başvurabilecektir. Mahkeme, kararlarında yalnızca yazılı kuralların sözüyle bağlı olmadığını; Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü de dikkate alacağını ifade ettikten sonra, kararlarında hukukun üstün ilkelerinin ölçü norm olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır. Kararda ayrıca demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunlara dayanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile hak arama özgürlüğü, yürürlüğü durdurma yetkisinin varlığını gerektiren dayanaklar olarak zikredilmiştir[209].

Normu aşan hukuk yaratma faaliyetinin başka bir örneği de Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlükler alanının ortaya çıkışında görülebilir[210]. Adalet Divanı ilk olarak *Stauder* (1969) kararıyla Birliğin genel prensiplerine içkin temel hakların kendisi eliyle korunacağından söz etmiş, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) davasında, temel hakların tespitinde ilham kaynağı olarak "*üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine*" müracaat edileceğini kararlaştırmıştır. *Nold II* (1974) kararında ise, mülkiyet hakkı ile serbest ekonomik aktivite hakkını genel prensiplere dahil etmiştir[211]. Temel haklar meselesi 1987'de imzalanan Avrupa Tek Senedi'ne kadar Birliğin antlaşmalarında yer bulmazken, Birlik hukukunda temel haklar koruması Divan'ın hukuk yaratması yoluyla kademeli olarak somutlaşan bir gelişim süreci izlemiştir.

Oder, hukuk yaratma ile hukuk devleti arasındaki ilişkiye dikkat çeker. Buna göre, hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktan imtina edememesi hukuk devletinin gereğidir. Fakat hakkın hâkim tarafından yerine getirilmesi zorunluluğu, anayasanın koruduğu hukuk güvenliği, hukukun eşit uygulanması ve erkler ayrılığı gibi ilkelerin feda edilebilmesi anlamına gelmeyecektir. Hukuk yaratma ihtiyacını ortaya çıkaran zaruri nedenlerin diğer anayasal ilkelerle desteklenmesi, gerilim içinde olduğu ilkeler karşısında bu faaliyeti kabul edilebilir kılar. Şu hâlde, hukuk yaratma anayasal ilkelerin birbiriyle dengelendiği bir zeminde gerçekleşecektir. Anayasa odaklı yorum, bu noktada, hukuk yaratmanın anayasal gerekçelerini ortaya çıkarma işlevi yüklenebilir[212]. Hâkimin hukuk yaratma faaliyetini nesnel olarak gerekçelendirebildiği haklı nedenlere dayandır-

209 AYM, E. 1993/33, K. 1993/40.

210 Bkz. Oder, s. 260.

211 Çiçekfidan, ss. 32-36.

212 Oder, s. 282 ve 283.

ması[213], hukuk devletinin keyfilik karşıtı düzen idealinin bir gereğidir.

Yargısal takdirin normu aşan hukuk yaratma boyutunu ele aldıktan sonra, hukuk normunun uygulanmasında hâkime bıraktığı hareket alanı anlamındaki takdir yetkisinden söz etmek gerekir. Takdir yetkisi, hâkimin somut olaya uygulayabileceği bir kuralın var olduğu ve fakat uyuşmazlığı çözecek hükmün uygulanma şartlarına dair tam bir rehberlik sağlamadığı durumlarda söz konusu olur[214]. Bu noktada kanun gerekli kesinliği sağlamadığı için hüküm içi boşluk oluşur[215]. Kanun metninde bazen belirli hususların açıkça hâkim tarafından takdir edileceğine yer verilirken, bazen de "*durumun gerekleri*", "*işin mahiyeti*", "*iyiniyet*" gibi ifadeler yoluyla hâkime takdir yetkisi bırakılır[216]. Bu gibi ifadeler hâkime belirli bir doğrultuyu işaret ederken aynı zamanda somut olayda uygulanabilmeleri ek muhakeme gerektirir[217]. Takdir yetkisi, dayandığı kanun maddesinin koruduğu değer doğrultusunda, aynı hukuki durumdakilere kanunun eşit şekilde uygulanması kuralını ve ölçülülük ilkesini dikkate alarak kullanılır[218].

TMK md. 4'e göre, "*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*." Buradaki hakkaniyet, katı bir saptama ile düzenlenmesi halinde sakınca doğuracak bazı şart ve çözümlerin kural içinde eksik veya esnek bırakılması durumunda devreye girer[219]. Tarafların özel durum ve koşulları göz önünde bulundurularak karara varılmasını temin eder[220]. Böylece hâkim kararında, objektif adalet ilkesinin sübjektif düzeyde gerçekleşmesini gözetecektir. Yani hakkaniyet "*adaletin somut olaya uygulanmasıdır*."[221] Öte yandan, hakkaniyete ilişkin takdir yetkisi de nesnel ve maddi sebeplere tabi olup, salt hissi değerlendirmelerle kullanılamaz[222]. Hakkaniyetin, uyuşmazlıkta öne çıkan ve başka olaylarda tekrar başvurulabilecek temel özelliklerin belirleyici olduğu rasyonel bir karar faaliyeti olduğu unutulmamalıdır[223].

Özetle, ister normu aşan hukuk yaratma isterse hâkimin takdir yetkisi bağla-

213 Oder, s. 263.

214 Gözler, s. 405 ve 406.

215 Aral, s. 159.

216 Gözler, s. 407.

217 Aral, s. 159.

218 Osman Gökhan Antalya, *"Hukuk Bilimine Katkı Olarak" Hukuk Metodolojisi*, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 778 ve 779.

219 Edis, s. 190.

220 Gözler, s. 409.

221 Dinçkol, *Hakkaniyet*, s. 185.

222 Edis, s. 191; Gözler, s. 409.

223 Aral, s. 207.

mında ele alınsın, yargısal takdir, hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözmekten imtina edememesi, dilin doğasından ve yaşamdaki öngörülemezlikten kaynaklanan belirsizliklerin hukukta takdiri gerektirmesi anlamında zorunlu; somut uyuşmazlıkta öznel durumlar dikkate alınmakla beraber, üretilecek çözümün hukuk sisteminin bütünlüğünü gözetecek objektif nedenlere dayandırılması anlamında tarafsız; hukuk sisteminin genel ilkeleri ve koruduğu değerlerle çerçevelendiği için sınırlı nitelikte bir faaliyettir[224].

Maddi hukuk devleti, takdire dayalı muhakeme ile somutlaştırılan değer ve ilkeler içerir. Ancak, bu değer ve ilkelerle şekli hukukilik gereklerinin karşılıklı uyumu ve birlikte geçerliliği sağlanmadan keyfîliğin önlenmesi mümkün görünmemektedir. Etcheverry, bu noktada çözülmesi gereken bazı gerilim alanlarına işaret eder. Buna göre, hukuk devletinde normların açıklığı ve kesinliği ilkesi ile takdir yetkisine açık ve dolayısıyla bir ölçüde muğlaklık taşıyan normların kabul edilmesi bir vakıadır. Takdire dayanan kararlar genel kuralın öngördüğü tek çözümün uygulanması şeklinde işlememektedir. Ayrıca, güçlü yargısal takdirle yaratılan kuralların geleceğe dönük olma şartını tam manasıyla sağlamadığı düşünülebilir. Zira davadan önce bu kural bilinememektedir. Kararın takdire bağlı oluşu öngörülebilirliği de zedeleyebilir. Yargısal takdir sınırsız olmamakla birlikte, bir noktada hukukun kontrol edemediği marjı içerdiğinden kamu görevlilerinin eylemleri ile yasalar arasındaki uyum şartı mutlak anlamda sağlanamayacaktır[225].

Solum ise, yargısal takdirin hukuk devleti ile uyumunu sağlamak hususunda hâkimin rolünü öne çıkarmaktadır. Eğer hâkim belirli erdemleri kendinde taşırsa, hakkaniyet gibi yargısal takdir meselelerinin hukuk devleti ile potansiyel gerilimi aşılarak bu kavramların birbirini destekleyecek şekilde iç içe geçmesi sağlanabilecektir. Solum'a göre hâkimin sahip olması gereken erdemler şunlardır[226]: 1) Yargısal akıl (*judicial intelligence*): Hâkimler hukuku anlayıp teorik yaklaşım geliştirmede yetkinlik sahibi olmalıdır. Bu, incelikli hukuki muhakeme ve diğer pratik disiplinlere ait karmaşık olguları anlamak için gereklidir. 2) Yargısal bilgelik (*judicial wisdom*): Hâkimler, davada hangi hedeflerin peşinden gidileceği konusunda ve bunları gerçekleştirmeye en müsait araçların seçiminde pratik bilgeliğe sahip olmalıdır. 3) Yargısal dürüstlük (*judicial integrity*): Hâkimler, kararlarını kişisel hırslarının veya siyasi/ahlaki tercihlerinin etkisinden arındırıp hukuka dayalı oluşturmak suretiyle, hukuka

224 Bkz. Juan B. Etcheverry, "Rule of Law and Judicial Discretion: Their Compatibility and Reciprocal Limitation", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Cilt 104, Sayı 1, 2018, s. 127 ve 128.

225 Etcheverry, s. 130.

226 Lawrence B. Solum, "Equity and The Rule of Law", Ed. Ian Shapiro, *The Rule of Law: Nomos XXXVI*, NYU Press, New York, 1994, s. 130, 131 ve 132.

sadakati ve hukukun tutarlılığını gözeten bir tutum takınmalıdır. 4) Yargısal mizaç (*judicial temperament*): Hâkimler, yargı sürecini tehlikeye atabilecek aşırı tepkilerden kaçınmakla beraber, tahrikler karşısında dengeli ve orantılı bir yanıt verebilecek ve böylece yargılamanın kaotik bir hal arz etmesini önleyebilecek mizaçta olmalıdır. 5) Yargısal tarafsızlık (*judicial impartiality*): Hâkimler, uyuşmazlıkta taraflardan birine diğerinden daha güçlü eğilim göstermeden, tüm taraflara karşı eşit düzeyde sempati ve empati geliştirmelidir. 6) Adalet (*justice*): Hâkimler, uyuşmazlığın taraflarına hakları neyse onu verme gayretinde olmalıdır. Bu bazen kuralın doğrudan uygulanmasından hasıl olabileceği gibi, bazen de kuralın lafzından ayrılmayı gerektirebilir.

Maddi ve şekli hukuk devleti ilkeleri arasındaki uyumu sağlamak üzere hâkimin yerine getireceği görevlerden ilki, yargısal takdiri hukukun bütünlüğünü koruyacak şekilde kullanmaktır. Yasaların genelliği ilkesi ile yasaların açıklığı ilkesi arasındaki gerilimin yanında, hukuk sisteminin yeni olgulara göre esnekliğini sağlamak maksadıyla bilinçli olarak bırakılan muğlaklıklar takdire alan açar. Bu durum hukuk devletinin yasa koyucu ve hâkimler arasındaki "*iş birliğine*" yaslandığını gösterir[227]. Yargısal takdir yetkisinin şekli hukukilik ilkeleri bakımından doğurabileceği potansiyel sakıncalar, yargısal dürüstlüğe sahip bir hâkim tarafından en aza indirilebilir. Çünkü böyle bir hâkim, kuralın lafzından ayrılırken ruhunu korumayı önemseyecek, takdir kullanırken hukukun tutarlılığına öncelik verecektir[228].

Hâkimin uyuma ilişkin ikinci görevi, yargısal takdirin hukuk kurallarının ileriye dönüklüğü ilkesi bakımından oluşturduğu öngörülebilirlik sorununu izale etmektir. Sorunun kaynağı, takdir yetkisine dayanan bir kuralın kesin içeriğinin bir dava karara bağlanmadan önce tam olarak bilinememesidir[229]. Öngörülebilirlik problemi, hâkimin takdirini hakkaniyet çerçevesinde kullanmasıyla aşılabilir. Zira bu durumda, hukuk kuralının uygulanmasından doğacak sonuçlara ilişkin olağan beklentiler, kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınan kararlara göre daha fazla korunmuş olacaktır[230]. Hakkaniyet, yargısal takdirin kanunun ruhuna uygun biçimde kullanılmasını temin eder. Böylece, katı lafzi uygulamadan kaynaklanabilecek, kuralın amacıyla uyumsuz ve beklenmedik kararların ortaya çıkması önlenmiş, hukuki öngörülebilirlik artırılmış olur. Hakkaniyetin öngörülebilirliği artıracak şekilde kullanılması, hâkimin amaç-

227 Etcheverry, s. 131.

228 Solum, s. 136.

229 Bkz. Etcheverry, s. 130.

230 Solum, s. 139.

lara ve araçlara ilişkin yargısal bilgeliği kuşanmış olmasıyla ilişkilidir[231].

Yargısal takdirin tüm ilkesel önlemlere rağmen yine de hukuk normlarının sıkı kontrolünün dışına taşan bir boyut ihtiva etmesi, hukuk kurallarıyla kamu görevlilerinin faaliyetleri arasındaki uyum ilkesinin karşılanmasında hâkimin şahsi iradesinin etkisini öne çıkarır. Bu noktada hukuk devletinin gereği, takdire başvurmanın kaçınılmaz olsa da yalnızca istisnai bir durum olarak görülmesi, kullanımının adil ve rasyonel seçeneklerle sınırlı olmasıdır[232]. Kısacası, hâkim takdir bakımından bir noktada kendi kendini sınırlamakla yükümlüdür. Hâkimin kendini sınırlama becerisi, karar verme sürecinin bütününü adalet ilkesi başta olmak üzere maddi hukuk devleti anlayışının kapsadığı değerlerle bağdaştırmakta hayati önem taşır.

Yargısal takdirin hukuk devletiyle bağdaşmasında belirleyici kriter gerekçeliliktir. Hukuk devletinin öngördüğü objektif hukuk düzeni hükmün dayanaklarının sorgulanabildiği ve hukuka aykırılık halinde düzeltici mekanizmaların işletilebildiği bir yargı sistemi öngörür. Hesap verebilirlik ilkesi bu sayede yargılama sürecinin bütününe sirayet eder. Yargısal kararın hukukiliği, geleneksel yorum yöntemlerinden hukuk yaratmaya kadar hâkimin tercihlerinin sübjektifliğe değil, rasyonel bir kanıtlama ve gerekçelendirmeye yaslanmasına bağlıdır[233]. Hart'ın yasa koyucu hâkimi de kararını haklı çıkaracak gerekçeleri mutlaka sunacaktır[234]. "*Gerekçe, hukukun adalete nasıl dönüştüğünün metodolojik izahıdır.*"[235]

Gerekçe yükümlülüğü, hâkimi makul kararlar vermeye yöneltir. Hükmü destekleyecek argümanları bir araya getirirken hâkim davanın olgularına daha fazla nüfuz etmiş olur[236]. Takdire bağlı kararın gerekçelendirilmesinde, dava konusu olayın hangi özelliklerinin göz önünde bulundurulduğu, bunların nasıl değerlendirildiği ve hakkaniyetli sonuca nasıl ulaşıldığı izah edilmelidir[237]. Erdem merkezli hakkaniyet düşüncesi de ancak paylaşılabilir rasyonel gerekçelendirme sayesinde hukuk devletini destekleyen ve onunla bağdaşan bir çerçeve kazanır[238].

---

231 Solum, s. 139.

232 Etcheverry, s. 132 ve 133.

233 Oder, s. 241.

234 Hart, s. 273.

235 Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, 2. Bası, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 48.

236 Dinçkol, *Temel İlkeler*, s. 176.

237 Antalya, s. 780.

238 Bkz. Solum, s. 144 ve 145.

3. Yargılamanın İnsani Kurgusu

Hukuk devletinde yargılamanın kurgusu insan merkezlidir. Şekli-prosedürel hukuk devletini ele alsak dahi, korunması ve saygı gösterilmesi istenilenin özünde insan haysiyeti ve özgürlüğü gibi insanın varoluşuna içkin değerler olduğu görülür[239]. Hatta Fuller'a göre şekli ilkelerden "*her sapma insanın sorumlu bir fail olarak haysiyetine yönelik bir hakarettir.*"[240] Yasa yapımından başlayan, yasanın uygulanmasını yöneten ve yargılamanın her aşamasında etkili olan ilkelere insani niteliklerin kaynaklık ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira insan, varoluşundan ileri gelen hususiyetlerin dikkate alınmasını beklemektedir. İlkelerin fonksiyonu, bu beklentileri gözeten bir hukuk düzeni kurmaktır.

Yargılamaya yön veren usuli adalet ilkeleri elimizdeki kurgunun insani beklentiler doğrultusunda şekillendiğini kanıtlar. Tyler'ın ortaya koyduğu şekilde, usuli adalet ilkeleri hukuki dinlenilme, tarafsızlık, saygı ve güvendir. Bireyler, haklarında karar verilmeden önce seslerini duyurabilmeye, kendilerini doğrudan ifade etme fırsatı bulmaya, kısacası otorite tarafından dinlenilmeye önem verir. Nihai karar ne olursa olsun görüşlerinin samimiyetle dikkate alındığını hissetmek yargılamanın tatminkâr olmasına dair kanaati güçlendirir. İnsanların uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımalarının altında yatan sebeplerden birisi, hâkimlerin uyuşmazlığı şahsi düşüncelerine göre değil kurallara dayalı olarak, objektif bir biçimde çözecekleri inancıdır. Hâkimden tarafsız ve ilkeli bir otorite olarak davaları tutarlı bir şekilde çözüme bağlaması beklenir. Saygı ilkesi ise, kişilerin bir uyuşmazlık durumunda hem şahsen hem de yaşadıkları problem itibariyle hukuk sistemi tarafından ciddiye alınma beklentilerinden doğar. Haklar ve bunlara dair koruma mekanizmaları, insanların kişiliklerine saygı duyulduğunu, hukuk sistemi içinde önemli ve değerli görüldüklerini hissettirir. Yargı sisteminin geneline ilişkin kanaati belirleyen temel özellik ise karar vericinin karakteridir. İnsanların gözünde yargıya güven, hâkimin samimiyeti ve ilgisi ile doğru orantılıdır. Hâkim, tarafları dinleyerek argümanlarını değerlendirecek, kararının dayanaklarını dürüst ve açık bir şekilde izah edecektir. Taraflar için iyi olan neyse onu gerçekleştirmeye çalıştığı, bu yönde şahsi ön yargılarla değil tarafların çıkarlarını önceleyerek hareket ettiği algısı, güven duygusunu tesis edecek diğer unsurlardır[241]. Hâkimlerin kişilere saygı duyup onların kaygıları-

239 Bkz. Waldron, *Procedure*, s. 4.

240 Fuller, s. 168.

241 Tom R. Tyler, "Procedural Justice and the Courts", *Court Review: Journal of the American Judges Association*, Cilt 44, Sayı 1, 2007, s. 30 ve 31.; Ayrıca bkz. Lenore E. Walker, David Shapiro, Stephanie Akl, "Therapeutic Jurisprudence and Problem-Solving Courts", Ed. Lenore E. Walker, David Shapiro, Stephanie Akl, *Introduction to Forensic Psychology: Clinical and Social Psychological Perspectives*, Springer International Publishing, Cham, 2020, s. 112.

na, ahlaki bakış açılarına, inançlarına, hırslarına ve duygularına ilgi göstermesi aynı zamanda mahkemelerin ahlaki otoritesinin dayanağıdır[242].

İHAM'ın nazarında "mahkeme", hukuk devletinde kendisinden beklenen yargısal işlevleri yerine getirmek için teknik yeterlilik ve ahlaki dürüstlük gerekliliklerini karşılayan liyakatli hâkimlerden oluşur[243]. Bu çerçevede hâkimler hukuk bilgisini olaya aktaran kamu görevlisi olmaktan öte, uyuşmazlığı usuli adalet ilkelerine göre çözüme kavuşturan erdemli ve güvenilir hakemlerdir. Hâkimin "*işlevini hukuk devletinin amacına uygun olarak yerine getirebilmesi, onun kişi olarak etik özgürlüğüne, bilgi donanımına, yeteneklerine ve hukukun üstün ilkelerine ilişkin doğru değerlendirmeler yapabilmesine bağlıdır*."[244]

Yargılamanın insanı odağına alan yapılanması çelişmeli yargılama usulünde somut olarak görülebilir. Adil yargılanma hakkının kapsadığı ilkelerden birisi olan çelişmelilik, hakkaniyete göre yargılamayı gerçekleştirmek üzere "*taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını*" ifade eder[245]. Tarafların kendi iddia ve delillerini hâkim önünde birbirine yöneltmelerini sağlayan, hem ceza hem medeni hukuk davalarında geçerli olan bu aktif katılım imkânı, Zuckerman'a göre, mahkemenin itaat talep etme hakkına sahip olduğuna dair kamuoyu algısı anlamında meşruiyetinin temelini oluşturmaktadır[246].

Uygun hukuki usullere göre yargılama, kuralların katı uygulamasından ibaret mekanik bir süreç değil, yüz yüze etkileşime dayalı, takdir yetkisi olan bir hâkimin çok çeşitli faktörleri göz önünde bulundurduğu bir faaliyettir[247]. "*Hâkim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa "insan kokusu" taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır*."[248] Posner'a göre hâkimin ortaya koyacağı "iyi muhakeme", empati, alçakgönüllülük, olgunluk, orantı duygusu, denge, insani

242 Adrian Zuckerman, *"Artificial Intelligence – Implications for the Legal Profession, Adversarial Process and the Rule of Law", UK Constitutional Law Association*, https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/10/artificial-intelligence-implications-for-the-legal-profession-adversarial-process-and-the-rule-of-law/ (09.11.2024).

243 İHAM, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, No. 26374/18 (01 Aralık 2020), para. 220.

244 Kutlu, s. 134.

245 AYM, *Bülent Karataş Başvurusu*, B. No: 2013/6428 (26 Haziran 2014), para. 71.

246 Zuckerman, *"Artificial Intelligence – Implications for the Legal Profession, Adversarial Process and the Rule of Law"*.

247 Daniel Kahneman, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein, *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark, New York, 2022, s. 340.

248 Yargıtay, 1.H.D., E: 1976/9370, K: 1976/13138, KT: 31.12.1976.

kısıtlılıkların tanınması, aklı selim, ihtiyatlılık, gerçeklik duygusu ve sağduyunun bir bileşimidir[249]. Gerçekten de davanın hakkaniyete uygun bir sonuca varması hâkimin tüm tarafların bakış açısını kavramak adına empati kurmasını gerektirir[250]. Bu sayede, davadaki maddi olguları tespit etmek ve anlamlandırmak kolaylaşacağından, kanunun belirlediği ölçütler dahilinde terazinin hangi yöne ağır basması gerektiği daha isabetli tespit olunacaktır. Başka bir ifadeyle, empati hukuk dışı unsurların kararı yönlendirmesi değil, hâkimin yargılama işlevinin sağlıklı gerçekleştirilebilmesi için hukuk devleti anlayışıyla sıkı sıkıya bağlı bir niteliktir[251]. Posner'ın listelediği diğer insani özelliklerin de aynı çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Nasıl ki hukuk devletinde "*hâkimin Anayasa'ya, yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından … söz edilemez*"[252], aynen öyle de sağduyu ve aklı selim gibi niteliklerin de kararı belirleyen hukuk dışı unsurlar olarak kabulü mümkün değildir. Bunlar ancak hukukun somut olayın gerçekliğine tam olarak nüfuz etmesini kolaylaştıran yardımcı araçlar olarak görülmelidir.

Yargılamanın insani karakteri terapötik yargı fikriyle yeni bir boyut kazanmıştır. Bu görüş, hâkimlerin kanunları uygulamakla hukuki çözümü ortaya koyan kişi olma rolünden, davanın tarafları üzerinde davranış değiştirme etkisi tesis edebilmek için rehabilitasyonla ilgili profesyonellerle ortak çalışan bir süreç yöneticisi olmasını gerekli görür[253]. "*Hâkim, bir yandan kişinin kendisini mahkemeye getiren eylemlerin yanlışlığını anlamasına yardımcı olurken, diğer yandan da şefkat, sempati, samimiyet ve anlayış duygusunu aktarmalıdır.*"[254] Hüküm verildikten sonraki süreçte hâkimin sanıklara duruşmada dile getirilen ihtiyaçları görüşmek üzere ekibinden bir personelin kişiyi ziyaret etmesini sağlayacağını söylediği mektuplar göndermesi terapötik müdahaleye örnektir[255].

Yargılama sürecindeki terapötik uygulamaları usuli adalet ilkeleriyle uyumlu olacak şekilde geliştirmenin insan merkezli adalet sistemini ileriye taşıyacağı

---

249 Richard A. Posner, *How Judges Think,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010, s. 117.

250 Thomas B. Colby, "In Defense of Judicial Empathy", *Minnesota Law Review*, Cilt 96, 2012, s. 1966, (Empathy).

251 Colby, *Empathy*, s. 1946, 2014.

252 AYM, E. 1968/38, K. 1969/34 (06 Aralık 1969).

253 Bkz. Tania Sourdin, Richard Cornes, "Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging", Ed. Tania Sourdin, Archie Zariski, *The Responsive Judge: International Perspectives*, Springer, Singapore, 2018, s. 97.

254 Walker, Shapiro, Akl, s. 113.

255 David B. Wexler, "Two Decades of Therapeutic Jurisprudence", *Touro Law Review*, Cilt 24, Sayı 1, 2014, s. 19.

açıktır. Kanaatimizce, hukuk devletinin maddi değer ve ilkeleri içine alan, hukukun uygulanmasında insan hâkimi hakkaniyetle yükümlü kılan yaklaşımı, terapötik uygulamaları usuli adaletin parçası haline getirmekte zorlanmayacaktır. Bu aynı zamanda hukuk devletinin toplumsal barışı sürdürme hedefiyle de örtüşür. Usuli adalet ilkeleri çerçevesinde hâkimin "*sosyal düzenin en önemli barışlandırma aracına dönüştüğü*"[256] kabul edilir. Dinçkol'un ifade ettiği gibi, "*hukuk mesleğinin bir bakımdan fonksiyonu, toplum içindeki gerilimleri, kaygıları, baskıları gidermektir*."[257] Bu ise en başta hâkimin uyuşmazlığın tarafları üzerinde mümkün olan sağaltıcı tedbirleri muhakemenin doğal bir parçası olarak uygulamaya koymasını gerektirir.

IV. Yapay Zekâ Uygulamaları Karşısında Hukuk Devletinin İnsan Hâkime Biçtiği Rolden Doğan Sorgulamalar

Çalışmamızın önceki başlıkları altında, hukuk devletinin keyfiliği reddeden objektif bir hukuk düzeni öngördüğünü, maddi kavramsallaştırma doğrultusunda temel bazı değerleri objektifleştirdiğini, hukukun mekanik yönlerini hayatın organik esnekliğiyle uzlaştırmak üzere erdemli ve yetkin "insan hâkimi" adaletin yönetiminde vazgeçilmez bir konuma yerleştirdiğini ortaya koymaya çalıştık. Burada ise, hâkimin hukuk devletindeki rolünün yapay zekâ alanındaki gelişmeler karşısında değişme potansiyelini ele alarak insan hâkim fikrinin geleceğine dair verilmesi gereken temel kararlara işaret etmenin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira, asıl sorun yapay zekâ hâkiminin teknik olarak gerçekleştirilebilme imkânından çok, hukuk devletinin mevcut kurgusunda böylesi bir yeniliğin adalet ereği açısından "arzu edilir" olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir.

Yapay zekâ bağlamında çözülmesi gereken ilk sorun, hâkimin uygulayıcısı olduğu objektif yasaların yapay zekâ uygulamaları tarafından işlenebilirliği konusundadır. Hukuk devletinde yasaların genelliği ve açıklığı arasındaki denge, normların içeriğinin belirliliği konusunda yasa koyucunun bazı meseleleri olabildiğince net olarak düzenlemesini, diğer taraftan hakkaniyet gibi takdire dayalı konuları ise yorumla netleştirilecek şekilde düzenlemesini beraberinde getirir. Değer yüklü kelime tercihleri de yasanın anlamını bir ölçüde belirsizleştirir.

Yasaların bütünüyle algoritmalarla temsili, aslında hukuki formalistlerin öngördüğü, hukuki belirliliğin tam olarak tesis edildiği bir düzeni ifade eder. Bu temsil hukuk normlarının tamamı için mümkünse, sistemin insan hâkime ba-

256 Kutlu, s. 134.

257 Dinçkol, *Temel İlkeler*, s. 172.

ğımlılığı ortadan kaldırılabilir. Posner da yargılamanın "açık kuralların" davalara uygulanmasından ibaret bir faaliyet olarak kabulü halinde hâkimin yapay zekâ programları tarafından ikame edilebileceğini söyler[258]. Hukuk normlarının algoritmik temsilinin ne derece imkân dahilinde olduğu hususunda algoritmanın tanımı bize yol gösterir. Berlinski'nin tanımıyla "*bir algoritma, sabit bir sembolik dağarcığa göre yazılmış, kesin talimatlarla yönetilen, 1, 2, 3, ... gibi ayrık adımlarla ilerleyen, yürütülmesi hiçbir içgörü, akıl, sezgi, zekâ veya feraset gerektirmeyen ve er ya da geç nihayete eren sonlu bir prosedürdür.*"[259] Hukuk normlarının ancak çok azı algoritma tanımındaki iç mekanizmaya uyum sağlayabilecek niteliktedir. Normların açık dokulu oluşu, sistemdeki kanun ve hukuk boşlukları, "*kesin talimatlarla yürütülen sonlu bir sistem*" fikrine oldukça uzaktır.

Hukuk normlarının yorum gerektiren yapısı bir ölçüde belirsizliğin sistemin parçası olarak kabul edildiğini gösterir[260]. Hukuk mutlak belirlilik esasına göre işlemez. Hal böyleyken, yasaların algoritmik kodlara dönüştürülmesiyle hukuk dilinin karakteristik belirsizlik ve esneklik biçimlerini ortadan kaldırmak hedeflenir[261]. Böylece takdire alan açan normların yerini yoruma kapalı mekanik normlar alacaktır[262]. Kanaatimizce, mevcut hukuk devleti gereklilikleri çerçevesinde oluşturulan yasaların algoritmanın tanımındaki gibi mekanik bir süreçle işleyebilmesi mümkün görünmemektedir. Aksine, buradaki tercih, yasanın belirli kişilik özelliklerini taşıyan, hukuk eğitimi ile bilgisi ve muhakemesi şekillenen, toplumsal değer anlayışlarını sürekli gözeten, toplumun bir üyesi olarak var olan insan hâkim tarafından uygulanması yönünde yapılmıştır.

Hukuk normlarının tümden algoritmik dile dönüştürülmesi, bir başka ifadeyle tam formalizasyonu, anlaşılabilirlik bakımından da hukuk devletine uygunluk problemi ortaya çıkarır. Pasquale, hukuk normlarının insan dilinde temsil edilmesini temel hukuk devleti prensiplerinin gerçekleşmesinin tek yolu olarak görür[263]. Zira, yasaların herkesçe anlaşılabilecek şekilde açık ve net olması erişilebilirlik ilkesinin gereğidir. Hukuk devleti, kuralların insan davranışına yön verebilmesini sağlayacak olan tedbirlerden birini yasaların anlaşılırlığının sağlanması olarak belirlemiştir. Mevcut yasaların algoritmalara dönüştü-

258 Posner, s. 5.

259 David Berlinski, *The Advent of the Algorithm: The 300-Year Journey From an Idea to the Computer*, Harcourt, San Diego, 2000, s. xix.

260 Sharpe, s. 92.

261 Frank Pasquale, "A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation", *The George Washington Law Review*, Cilt 87, Sayı 1, 2019, s. 3.

262 Seda Yağmur Sümer, "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hâkim", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2021, s. 1552.

263 Pasquale, s. 5.

rülmesindeki zorluğu sıfırdan yapılacak yasaları yapay zekânın işleyebileceği algoritmik bir dilde ihdas ederek aşma düşüncesi, erişilebilirliğin bir boyutu olan herkes tarafından anlaşılırlık şartını karşılamadığı için mevcut hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz.

Hukukun alan-bazlı formalizasyonu ihtimali ele alındığında ise, yapay zekâ lehine bazı uygulama senaryolarından bahsedilebilir. Yeni Zelanda'da yapılmış bir çalışmada, belirli içerikteki yasaların yapay zekâ uygulamaları tarafından işlenebilecek formata dönüştürülebileceği ileri sürülmüştür. Yasa eğer 1) bir hesaplama içeriyorsa, 2) başvuru, uygunluk, yetkilendirme veya kapsamı belirlemek için olgusal bilgi gerektiren bir süreci öngörüyorsa, 3) tekrar tekrar kullanılan bir süreç içeriyorsa, 4) bir uygunluk süreci veya yükümlülüğü öngörüyorsa (örneğin, çiğ sütün insan tüketimine uygun olduğunun belgelendirilmesinden önce gerçekleştirilmesi gereken 14 farklı adımı belirleyen normlar), 5) dijital olarak sunulabilecek bir süreç veya sistem öngörüyorsa makine tarafından işlenebilir formata dönüştürülmesinin faydalı olabileceği sonucuna ulaşılmıştır[264]. Bu içerikteki yasaların algoritmik dilde ifade edilebilmesi ancak sınırlı bir alanda söz konusudur. Hukukta yapay zekâ uygulamalarının en başından beri vergi hukuku gibi normları büyük oranda standardize edilmiş kural tabanlı alanlarda uygulamaya geçirilmesi bunun göstergesidir. Ancak hukuk kurallarının standardize edilmesi amacıyla hukuk dilinin basitleştirilmesi, önemli nüansların kaybolmasına yol açtığı ölçüde hukuk devletine aykırılık teşkil edecektir[265]. İnsan haysiyeti, hakkaniyet, iyiniyet gibi bağlama göre anlam dairesi sürekli güncellenen hukuki kavramların sayısallaştırılması ise şimdilik yapay zekâ kabiliyetlerinin ötesinde kalmaktadır[266].

Yapay zekâ uygulamalarının hukuk devletinde hâkimin işlevleri açısından aşması gereken engellerden bir diğeri, hukuk normlarının yoruma ve yargısal takdire tabi yapısıdır. Normların yorumunda hâkim, doğru anlamın belirlenmesi ve benzer davalarda eşit uygulama ilkesine göre bu anlamlandırmanın istikrarlı bir şekilde sürdürülmesi vazifesini yüklenmiştir. Hukukun iç tutarlılığı bu şekilde tesis edilmektedir. Yaşam olaylarının öngörülemezliği karşısında normlara yorum yoluyla kurallı bir esneklik sağlanması, keyfilikten uzak olmak ve hukuk sisteminin öngördüğü metotlarla gerçekleştirilmek kaydıyla kabul gören bir hukuksal olgudur. Bench-Capon'a göre, yorum faaliyetinin dinamik karakteri, yeni durumlara cevap vermeyi ve toplumsal değişime ayak

264 Better Rules for Government Discovery Report, 2018, https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html (15.11.2024), s. 27.

265 Bkz. Pasquale, s. 54.

266 Krş. Sevda Bora-Çınar, "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 20, Sayı 234, 2022, s. 2124.

uydurmayı temin eden, hukukun en güçlü yönlerinden birisidir[267]. Bu sayede toplumun ortak değerlerinde zamanla ortaya çıkan değişimler karşısında hâkimin yorum faaliyeti, hukukun bu duruma adapte olmasını sağlayarak yargı kararlarının yaşamsal gerçekliği takip etmesine olanak tanır[268]. Makine öğrenmesi yoluyla geliştirilen algoritmaların geçmiş verilere dayalı eğitim süreci, işte bu dinamik yapıyla bir noktada ayrışır. Davaya uygulanacak kuralın yorum yoluyla güncel ve yeni bir anlam kazanması, retrospektif analiz esasıyla çalışan makine öğrenmesi algoritmalarının etkili olamayacağı bir boyutu ifade eder[269].

Hukukun uygulanmasındaki bağlamsallık yorumu zorunlu kılar. Her davanın benzersiz yönler içeren vakıaları hukuk normunun yeniden yorumlanması ihtiyacını ortaya çıkarır[270]. Bladini ve Bergman-Blix'in ortaya koyduğu üzere, örneğin kasıt, dikkatsizlik, uyumlu eylem, meşru müdafaa veya güvenilirlik gibi kavramlar her olayda yorumlanarak bağlama göre anlam kazanır. Kişinin meşru müdafaa içinde hareket edip etmediğini belirlemek için hâkim, bağlamı anlamaya çalışacak, taraf anlatımlarını dinleyecek ve empati kurmak suretiyle kanaatini netleştirmeye çalışacaktır. Yargılamadaki bu bağlama oturtma çabası da insana özgü duygusal ve bilişsel kabiliyetlerin ürünüdür[271]. Meşru müdafaa gibi kritik sonuçlar doğurabilecek bir hukuki kavramın yargılama sırasında sarfedilen söylemlerden etkilenmeye açık oluşu, hâkimin insani duyarlılık ve mesleki uzmanlığı bir arada kullanarak adil sonuç elde etme faaliyetinin önemini ortaya koyar. Bu bağlamsallık hassasiyeti de yapay zekâ uygulamalarının kazanması zor görünen özellikler arasındadır.

Hukuk devleti kurgusu ilkelerle çerçevelenmiş yargısal takdiri kabul eder. Kanun metninde takdire göre karar verileceğinin açıkça ifade edildiği durumda kanunun sınırları dahilinde hâkime hareket alanı sağlanırken, hukuk boşluğu halinde bu hareket alanı daha da genişler ve norm koyuculuk seviyesine ulaşır. Anayasal düzenin parçası olarak hukuk devleti ilkesi, yargısal takdirin keyfiliğe varabilecek karakterini hukuk sisteminin bütünlüğü içerisinde rasyonel gerek-

---

267 Trevor Bench-Capon, *The Need for Good Old Fashioned AI and Law, Jusletter-IT*, 2020, https://doi.org/10.38023/cefe7081-e6dd-49de-9592-9adbb6063fd6 (15.11.2024), s. 27.

268 Bkz. Pirali Çağrı Şensoy, "Hukuk Felsefesi Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?", *Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2024, s. 110.

269 Bench-Capon, s. 26 ve 27.

270 Radin, s. 819.

271 Moa Bladini, Stina Bergman-Blix, "The Judge Under Pressure: Fostering Objectivity by Abandoning the Myth of Dispassion", Ed. Dimitrios Giannoulopoulos, Yvonne McDermott, *Judicial Independence Under Threat*, Proceedings of the British Academy, Cilt 250, Oxford University Press, Oxford, 2022, s. 239. Ayrıca bkz. Şermin Birtane, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 59, 2024, s. 252.

çelendirme yoluyla ehlileştirir. Hukuk devletinin tercihi, katı kural uygulayıcılığının aksine, hâkimin rasyonel faaliyet olarak gerçekleştireceği yargısal takdirden yanadır. Hukukun doğal bir parçası olarak benimsenen takdir kavramı, yapay zekâ hâkiminin gerçekleşmesi önündeki handikaplardan biridir[272].

Hâkimin belki de en kritik işlevi, çetin davalarda hukukun genel ilkeleri doğrultusunda vicdani kanaatine dayanarak hukuk yaratmaktır. Kanaatimizce, hukuk devletinde insan hâkimin bir yapay zekâya dayalı robot hâkimle ikame edilmesinin önündeki en büyük engel budur. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığından murat edilenin, en başta hem kurumsal hem kişisel anlamda hâkime baskılardan arındırılmış, hür bir vicdani kanaat geliştirme zemini sağlamak olduğu söylenebilir. Hâkim vicdanen bir kanıya varmak için, yürürlükteki hukuk normlarının çizdiği çerçeveyi, Anayasanın da üstünde konumlanan ortak hukuk ilkelerini, hakkaniyet çerçevesinde tarafların sübjektif durumlarını, davada yarışan değerleri, aldığı hukuk eğitimi ve hem bir meslek icracısı hem de bir insan olarak edindiği şahsi tecrübeler doğrultusunda birlikte değerlendirir. Böylesi kapsamlı bir sentezleme işlemi olarak vicdani kanaat, hukukun bütünlüğü içinde gerçekleşen muhakeme sonucunda ortaya çıkmakla keyfilikten ve kayıtsız sübjektiflikten ayrılan, insana has bir özelliktir[273]. İlkelerle yönetilmesine rağmen vicdani kanaatin oluşum sürecini tam olarak izah etmek mümkün değildir. İnsan hâkimin vicdan duygusunu geliştirmek hukuk eğitiminin zorlu hedeflerinden biriyken[274], robot hâkim bakımından hangi parametrelerin vicdanı temsil edebileceği sorusu nihai bir cevaptan yoksundur. Bu yönüyle vicdani kanaatin yapay zekâ uygulamaları marifetiyle taklit edilmesi şu anki bilgilerimiz dahilinde ihtimal dışıdır[275].

Hâkimin hukuk normlarını yorumlama, takdir kullanma ve muhakeme sonucunda hüküm kurma süreçleri değer yargısında bulunabilme ve değer yargılarını anlamlandırabilme becerisi gerektirir. Hukuk devletinin objektif bir değerler sistemi kurduğundan bahsetmiştik. Somut uyuşmazlıklarda ise çok defa birbiriyle yarışan veya birbiriyle bağdaşmayan değerler söz konusu olabilmektedir. İnsan hâkim uyuşmazlığı çözme yükümlülüğü gereği bu değerler arasında seçim yapmak zorundadır[276]. Hukukun objektif nitelik kazandırdığı

272 Gökhan Erdoğan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 157.

273 Aynı yönde bkz. Burak Görentaş, *Sanal Yargıç*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 46 ve 47.

274 Yasin Aydoğdu, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü: Riskler, Önlemler ve Bir Öneri Olarak Robot Yargıçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 124.

275 Aynı yönde bkz. Muharrem Kılıç, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 38, 39 ve 40.

276 Andrew C. Michaels, "Artificial Intelligence, Legal Change, and Separation of Powers", *Uni-*

değerler doğrultusunda tarafların sübjektif durumları da dikkate alınarak gerçekleştirilen değer tartımı o hukuk düzeninin çizdiği anlam dairesindeki soyut bir faaliyettir. Değer tartımının rasyonel zeminde gerçekleştirilmesi ve hukuki gerekçelendirmeye dayanması kararın adil olduğu kanaatini oluşturacak olan unsurlardandır. Başka bir deyişle, kararın başarısı insan sübjektifliğinin objektif kriterlere göre muhakemeye tabi tutulmasıyla adalet duygusunun ne derece tatmin edildiği ile ilgilidir. Yapay zekânın başarılı karar vermesi uyuşmazlıkta ileri sürülen değer yargılarına anlam vererek bir tartımda bulunması ve netice itibariyle hukuk adına bir değer yargısında bulunmasına bağlıdır. Fakat algoritmaların değer yargısında bulunamayacağı kabul edilmektedir[277]. Bu gerekçeyle, insan haysiyeti gibi hukuk içinde dahi yoruma tabi olan, kesinleşmiş ve katı ölçütlerle belirlenemeyen değerler hakkında yargısal yapay zekâ tarafından değer yargısı geliştirmek uygulanabilir bir yol olarak görülmemektedir.

İnsan hâkimin karar verme sürecindeki değer yargıları, sezgisellik, ön yargılar ve kişilik özellikleri gibi bilinç dışı faktörlerin etkisine açıktır. Sourdin ve Cornes'in işaret ettiği gibi, sorumluluk sahibi bir hâkimin bu bilinç dışı faktörlerin farkına vararak kararına etki etmemesi için gereken tedbirleri aldığı görüşünün yanında, bu faktörlerin hâkimler tarafından tespit edilse bile ciddiye alınmadığı iddiası[278] objektif yargılama konusunda soru işareti doğurmak için yeterlidir. Yargılamanın tarafsız ve ön yargılardan arındırılmış bir biçimde gerçekleştirilmesi hukuk devletinin gereğidir. Öte yandan, hâkimin kaçınılmaz olarak bilinç dışı etkiler altında karar verdiği kabul edilip yapay zekâ hâkiminin bu etkilerden bağımsız ve bu sayede objektif kararlar vereceğini söylemek kolay değildir. Makine öğrenmesi yöntemiyle eğitilen yapay zekânın mevzuat, önceki mahkeme kararları ve bilimsel kaynaklardan oluşan veri seti pekâlâ ön yargılı materyalleri içerebilecektir. Algoritmik karar vermede girdilerin kalitesi çıktıların kalitesini belirler (*garbage in / garbage out*)[279]. Tarafgir, ön yargılı ve ayrımcı girdilerle eğitilen yapay zekâ hâkiminin tam manasıyla tarafsız kararlar vermesi beklenemez. Bu durumda ise, yaşadığı toplumun bir parçası olduğu için ön yargı ve ayrımcılık gibi negatif kavramların ne anlama geldiğini bilen, verdiği kararların kabul görmesi hukuki temellendirmeye bağlı olmasının yanında toplum vicdanını yansıtma kaygısı taşıyan insan hâkimin tarafsız-

---

versity of Cincinnati Law Review, Cilt 88, Sayı 4, 2020, s. 1085.

277 Bladini, Bergman-Blix, s. 238.

278 Bkz. Sourdin, Cornes, s. 96.

279 Mariavittoria Catanzariti, "Algorithmic Law: Law Production by Data or Data Production by Law?", Ed. Hans-W Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni De Gregorio, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 90 ve 91.

lık bakımından halen daha fazla güven telkin ettiği söylenmelidir[280].

Yargısal karar vermenin insan hâkim esasına göre yapılandırılmış işleyişi göz önüne alındığında, yapay zekâ uygulamalarının hâkimi ikame etmek[281] yerine karar vermeye yardımcı rol üstlenmesi hukuk devletinin mevcut çerçevesiyle uyum bakımından doğru olan seçenektir. Hâkime yardımcı yapay zekâ, erişiminde olan hukuk kaynaklarından yola çıkarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin gerekçeli[282] önerilerde bulunabilir, delillerin yeterliliğini değerlendirebilir, hâkimin takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin tavsiyeler verebilir[283]. Hâkimin bu önerileri hesaba katarak daha isabetli bir yorumda bulunması mümkündür. Aynı şekilde, böyle bir yardım takdirin doğruluğu ve vicdani kanaatin sağlamlaşması yolunda potansiyel faydalar barındırmaktadır. Ancak, yardımcı yapay zekâ uygulamalarının hukuken makbul katkılar sunup sunmadığı temkinli bir uygulama süreciyle teyit edilmeye muhtaçtır. Örneğin, kolluk görevlilerinin etiketleme ve sınıflandırmalarına dayalı veri setiyle eğitilen COMPAS uygulaması, mükerrer suç işleme riskini analiz ederken siyahiler aleyhine ön yargılı sonuçlar verebilmekte, değerlendirmeyi suçlu gruplarını esas alarak gerçekleştirdiği için bireye özgü faktörlerin karar sürecinde etkisizleşmesine yol açabilmektedir[284]. Muhakemeyi şekli ve maddi açıdan daha rasyonel hale getirebilecek yardımcı yapay zekâ uygulamalarının çıktıları hakkında son sözün insan hâkimde olması gerektiği unutulmamalıdır[285].

Yargısal yapay zekâ tartışmalarında temel sorulardan birisi, robot hâkimin insan hâkime göre daha insancıl ve bilgece kararlar verdiği kör testlerle orta-

---

280 Krş. Şensoy, s. 112.

281 İnsan hâkimin ontik özgüllüğü nedeniyle algoritmik aygıtlarla ikame edilemeyeceğine ilişkin bkz. Kılıç, s. 49.

282 Uluslararası Barolar Birliği yayınladığı raporda yargısal yapay zekâ uygulamalarının karar verme süreçlerindeki opaklığın (ya da yaygın kullanımıyla kara kutu etkisinin) hukuk devleti gerekleriyle bağdaşmadığına dikkat çekmektedir. *"Tekrarlanamayan, geriye doğru izlenemeyen, sorgulanamayan veya kanıtlanamayan sonuçlar üreten opak karar alma sistemleri, açık ve şeffaf yargılamalar yoluyla gerçeği tespit etmeye çalışan hukuk mesleği ile çelişmektedir."* International Bar Association and the Center for Ai and Digital Policy, *The Future is Now: Artificial Intelligence and the Legal Profession*, London, 2024, https://www.ibanet.org/document?id=The-future-is-now-artificial-intelligence-legal-profession (10.01.2025), s. 27. Hâkime yardımcı yapay zekâ araçlarının geriye dönük takibe imkan veren bir muhakeme sürecini hukuk profesyonellerinin anlayabileceği netlikte izahlarla ortaya koyabilmesi açıklanabilirlik, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerinin karşılanması ve bu araçların uygulamada daha fazla yer bulabilmesi için aşılması gereken eşik durumundadır.

283 Mateus De Oliveira Fornasier, "Artificial Intelligence and Democratic Rule of Law", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria Do Direito*, Cilt 13, Sayı 3, 2022, s. 363.

284 Buket Abanoz-Öztürk, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı", Ed. Murat Balcı, Hüseyin Aydın, *Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 93, 94 ve 95.

285 Fornasier, s. 363.

ya konulduğu takdirde yine de insan hâkimde ısrar edilip edilmeyeceğidir[286]. Volokh, önemli olanın süreç değil sonuç olduğundan hareketle tercihini robot hâkimden yana kullanır. Fakat hukuk devletinde usuliadalet ilkelerinin fonksiyonu düşünüldüğünde sürecin de sonuç gibi önem arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer bir deyişle, hukuk devletinde salt karar adaleti değil, yargılamanın da adil yürütülmesi gözetilir. Zira usuli adaletin taraflar üzerindeki ikna edici işlevi, uyuşmazlık çözümünü bozulan toplumsal barışın tekrar temin edilmesine aracı kılar.

Mahkemenin takdirine bağlı olarak duruşmalı görülebilen bazı idari davalarda davacıların çoğu zaman duruşma talep etmesi, yüz yüze iletişim yoluyla meramını anlatma ve mağduriyeti muhatabına hissettirme beklentisine dayanır[287]. Uygun hukuki usule göre karar verme süreci insanın anlatısına dayalı bir iletişim faaliyeti olduğundan bilgisayar yazılımlarına indirgenemez[288]. Hepsinden önemlisi, insani duyarlılıkla etkileşim kurma kabiliyeti olmayan robot hâkim, kararla vicdanen boğuşan bir karar verici görme ihtiyacını karşılayamayacaktır[289].

Yargısal yapay zekâ uygulamaları karşısında insan hâkimin konumunu ilgilendiren hukuki tercihler "insan kararına tabi olma hakkı" bağlamında tartışılmaktadır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü md. 22'ye göre "*Veri öznesinin kendisiyle ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya benzer biçimde kendisini kayda değer şekilde etkileyen, profilleme de dâhil olmak üzere yalnızca otomatik işlemeye dayalı bir karara tabi olmama hakkı bulunur.*"[290] Aynı maddenin devamında "*veri öznesinin kendi görüşünü ifade etme ve karara karşı çıkma yönündeki hak ve özgürlükleri*" güvence altına alınmaktadır. İnsan kararına tabi olma hakkının en önemli formülasyonu durumundaki bu düzenlemeye göre yargı kararlarının tam otomasyonu mümkün değildir. Süreçte mutlaka bir insan hâkim var olacaktır[291]. Pasquale'ye göre, hukuk devleti ilkelerine tam uygunluk için hukuki otomasyon alanında "*makine hâkimiyeti yerine insan hâkimiyeti*" anlayışı benimsenmelidir. Algoritmik yargılar ve yorumlar nihayetinde onları açıklayabilecek bir gerçek kişiye atfedilmediği sürece hesap

286 Eugene Volokh, "Chief Justice Robots", *Duke Law Journal*, Cilt 68, 2019, s. 1189.

287 Aydoğdu, s. 133.

288 Pasquale, s. 1.

289 Sourdin, Cornes, s. 99.

290 *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR),* https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf (12.11.2024).

291 Aziz Z. Huq, "A Right to A Human Decision", *Virginia Law Review*, Cilt 106, 2020, s. 616 ve 617.

verilebilirlikten söz edilemez[292]. Bu ise yapay zekânın yargısal karar vermede ancak yardımcı bir rol üstlenebileceğini göstermektedir.

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası ise yüksek risk taşıyan yapay zekâ uygulamalarında etkin insan gözetimini şart koşmaktadır (Madde 14/1). Bu yolla yapay zekâ kullanımı nedeniyle sağlık, güvenlik ve temel haklar üzerinde oluşabilecek risklerin azaltılması amaçlanmıştır (Madde 14/2). Gözetimi gerçekleştirecek gerçek kişilere yapay zekâ uygulamalarına müdahale ederek gerektiği takdirde kullanımını durdurma veya sonuçlarını tersine çevirme yetkisi verilmiştir (Madde 14/4). Düzenleme, yargısal yapay zekâ uygulamalarını demokrasi, hukuk devleti ve bireysel özgürlükler üzerindeki potansiyel etkileri nedeniyle yüksek riskli olarak değerlendirmektedir: "*Özellikle, muhtemel tarafgirlik, hata ve opaklık risklerini ortadan kaldırmak için, bir yargı makamı tarafından veya onun adına, olguları ve hukuku araştırmada, yorumlamada ve hukuku somut bir dizi olguya uygulamada yargı makamlarına yardımcı olmak için kullanılması amaçlanan YZ sistemlerinin yüksek riskli olarak nitelendirilmesi uygundur*." (Recital 61) Yapay Zekâ Yasası insan hâkimin yargılamadaki asli rolünü koruma hususunda çok açık bir pozisyon benimsemiştir: "*Yapay zekâ araçlarının kullanımı, hâkimlerin karar verme gücünü veya yargı bağımsızlığını destekleyebilir, ancak bunların yerini almamalıdır: nihai karar verme insan güdümlü bir faaliyet olarak kalmalıdır*." (Recital 61)[293] Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, yargısal hüküm kuruculuğun halen insan failliğine ait bir işlev olduğu yönünde ciddi bir kararlılık ortaya konulduğu söylenebilir. Davaların çözümünde etkisi inkâr edilemeyecek ahlaki değer yargıları meselesi makineler tarafından çözülmediği müddetçe hukuk devletinde insan hâkim birincil konumunu korumayı sürdürecektir[294].

AB Yapay Zekâ Yasası bir yardımcı araç olarak yapay zekâ programlarının olgu araştırması ve davaya uygulanacak normların belirlenmesi için kullanılmasını da yüksek riskli olarak değerlendirmiştir. Fakat meseleye bir de yargılamanın etkililiği ve verimliliği penceresinden bakmak yerinde olacaktır. Hukuk devleti, prosedürel haklar boyutuyla adalete erişim sürecinin tamamında etkililiğin gerçekleştirilmesini öngörür. Yargısal etkililiğin sağlanması için yargı kurumlarının verimli bir işleyişe sahip olması şarttır. Bu ilkesel hedeflerin gerçekleştirilmesi yönünde yapay zekâ araçlarının potansiyelinden yararlanmak kanaatimizce bir zorunluluk haline gelmiştir. Zira, istatistikler tüm ilkesel söylemin

292 Pasquale, s. 5.

293 *Artificial Intelligence Act (Regulation (Eu) 2024/1689)*, https://eur-lex.europa.eu/Legal%20Content/En/Txt/Pdf/?Uri=Oj:L_202401689 (16.11.2024).

294 Huq, s. 686.

ikna ediciliğine zarar verebilecek bir "geciken adalet" problemi ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. AYM'nin bugüne dek bireysel başvuru kapsamında verdiği ihlal kararlarının %71,2'si makul sürede yargılanma hakkına ilişkindir[295]. Yapay zekâ programları yoluyla uyuşmazlıkla ilgili mevzuata hızlı erişim sağlanması, hacimli dava dosyaları içinde önceki içtihatlarla bağlantısı kurulabilecek bölümlerin işaretlenmesi, bağlamı hatırlatacak özetlerin hazırlanması gibi uygulamalar yargılamanın makul sürede gerçekleşmesine olumlu katkılar sağlayacaktır. Ayrıca bizzat hâkim tarafından tespit edilen argümanlarla sınırlı olmak kaydıyla yapay zekâ ile karar taslağı hazırlanmasının hükmün kaleme alınma sürecini kolaylaştıracağı düşüncesindeyiz[296].

Son olarak, makul sürede yargılama bakımından mahkemelerin iş yükü fazlalığının etkisi göz önüne alındığında, vatandaşların ve avukatların yapay zekâ programları marifetiyle iddialarının ileri sürülebilirliğini ve bireysel başvuru bağlamında kabul edilebilirliğini önceden ölçebilmeleri, şekli ve usuli eksikliklerle mâlûl dosyaların mahkemeleri meşgul etmesinin önüne geçebilecektir. Başlangıçtan bu yana yapılan bireysel başvuruların %82,7'si hakkında kabul edilemezlik kararı verildiği düşünülürse[297], yargı sistemi bünyesinde bu amaca yönelik hizmete sunulacak uygulamaların iş yükü ve yargısal verimlilik açısından getireceği faydalar yadsınamaz niteliktedir. Böylece hâkimlerin esasa ilişkin meselelere daha fazla odaklanması sağlanarak adalet mekanizmasının etkililiği artırılacaktır.

Sonuç

Hukuk devletinin mevcut çerçevesinde insan hâkim kilit bir konuma sahiptir. Hâkimin kararının geçerlilik kaynağı olan hukuk normları, maddi hukuk devleti anlayışının benimsendiği bir anayasal düzende belirli ahlaki değer ve ilkeleri pozitifleştirmiş ve böylece objektif hale getirmiştir. Bununla birlikte usuliadalet ilkeleri benimsemek suretiyle yargılama sürecini insan doğasından ileri gelen beklentilere duyarlı bir şekilde yapılandırmıştır. Hâkim bu kurguda hem aldığı eğitim vasıtasıyla uyuşmazlığı çözecek donanıma sahip, hem de içinde bulunduğu toplumun dinamiklerine vakıf olan bir hakemdir. Aynı zamanda sübjektif özellikleri rasyonel bir çerçevede ele alarak kararın objektifliğini sağlamakla vazifelidir. Hukuk sisteminin elle tutulur bir norm içermediği boşluk hallerinde norm koyuculuk işlevini gerçekleştirir. Hukuk devleti ilkeleri böylesi kritik bir faaliyetin keyfilikle mâlûl olmaması için hâkime sınırlar çi-

295 Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, *Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 - 31 Aralık 2024),* https://www.anayasa.gov.tr/media/9630/bbistatistikler.pdf (03.03.2025), s. 13.

296 Krş. Oğuz Gökhan Yılmaz, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 406.

297 Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, "Bireysel Başvuru İstatistikleri", s. 6.

zer. Fakat hâkim son kertede dış denetime kapalı olan vicdani kanaatini hukuk düzeninin bütünlüğü ile uyumlu kullanacağına güven duyulan kişidir. Kısacası hukuk devletinde hâkim, prensiplerle kayıtlanmış sübjektifliğine, rasyonel muhakemesine, toplum vicdanının hukuk alemine yansıtılmasındaki ve uyuşmazlıkla bozulan barışın yeniden tesis edilmesindeki rolüne, insan uyuşmazlıklarının çözümünde insani duyarlılığı temsil etmesine ve böylece adaletin yerine getirilmesindeki etkisine değer verilen bir aktördür. Kanaatimizce hukuk devletinde hâkimi böylesine önemli kılan onun insani özellikleridir. Bu nedenle hukuk devletinin özünde korumak istediği değerler konusunda temel bir değişime gidilmediği müddetçe insan hâkimin bütünüyle algoritmik sistemlerle ikame edilmesi mümkün görünmemektedir. Öte yandan, hâkime yardımcı yapay zekâ uygulamaları aracılığıyla yargısal verimlilik ve etkililik bakımından ilerleme kaydedilmesi, hukuk devletinin şekli ve maddi hukukilik hedeflerinin git gide karmaşıklaşan ve çerçevesi genişleyen hukuki uyuşmazlıklar karşısında makul ve sürdürülebilir bir gerçekliğe kavuşmasına hizmet edecektir.

KAYNAKLAR

- Abanoz-Öztürk, Buket, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı", Ed. Balcı, Murat; Aydın, Hüseyin, *Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 81-100.
- Aktaş, Sururi, "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2020, ss. 1-32.
- Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, "Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 - 31 Aralık 2024", https://www.anayasa.gov.tr/media/9630/bbistatistikler.pdf. (03.03.2025).
- Antalya, Osman Gökhan, "Hukuk Bilimine Katkı Olarak" Hukuk Metodolojisi, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Aquinas, Thomas, "Summa Theologiae", 1920, https://www.newadvent.org/summa/ (15.11.2024).
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Aristotle (Terc. Benjamin Jowett), "Politics", Ed. Jonathan Barnes, *Complete Works of Aristotle*, Cilt 2, Princeton University Press, Princeton, 1984, ss. 1986-2129.
- *Artificial Intelligence Act (Regulation (EU) 2024/1689)*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689 (16.11.2024).
- *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)*, https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf (12.11.2024).
- Aydoğdu, Yasin, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü: Riskler, Önlemler ve Bir Öneri Olarak Robot Yargıçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Beccaria, Cesare (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 5. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015.
- Bedner, Adriaan, "The Promise of a Thick View", Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 34-47.
- Bench-Capon, Trevor, "The Need for Good Old Fashioned AI and Law", *Jusletter-IT*, 2020, https://doi.org/10.38023/cefe7081-e6dd-49de-9592-9adbb6063fd6 (15.11.2024).
- Berlinski, David, *The Advent of the Algorithm: The 300-Year Journey From an Idea to the Computer*, Harcourt, San Diego, 2000.
- *Better Rules for Government Discovery Report*, 2018, https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html (15.11.2024).
- Bingham, Tom, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010.
- Birtane, Şermin, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 59, 2024, ss. 233-272.
- Bix, Brian H., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Bix, Brian H., *Jurisprudence: Theory and Context*, 8. Bası, Sweet & Maxwell, London, 2019.
- Bladini, Moa; Bergman-Blix, Stina, "The Judge Under Pressure: Fostering Objectivity by Abandoning the Myth of Dispassion", Ed. Dimitrios Giannoulopoulos, Yvonne McDermott, *Judicial Independence Under Threat*, Proceedings of the British Academy, Cilt 250, Oxford University Press, Oxford, 2022, ss. 223-240.

- Bora-Çınar, Sevda, "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 20, Sayı 234, 2022, ss. 2089-2130.
- Bracton, Henry de, *On the Laws and Customs of England, Vol. II*, https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/33.htm (14.11.2024).
- Braden, George D., "The Search for Objectivity in Constitutional Law", *The Yale Law Journal*, Cilt 57, Sayı 4, 1948, ss. 571-594.
- Can, Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, ss. 89-125.
- Cardozo, Benjamin C., *The Nature of the Judicial Process*, Universal Law Publishing, New Delhi, 2010.
- Catanzariti, Mariavittoria, "Algorithmic Law: Law Production by Data or Data Production by Law?", Ed. Hans-W Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni De Gregorio, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society,* Cambridge University Press, Cambridge, 2021, ss. 78-92.
- Chevallier, Jacques (Terc. Ertuğrul Cenk Gürcan), *Hukuk Devleti*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Chiassoni, Pierluigi, "Is Realism at Odds with Constitutional Democracy?", Ed. Chiassoni Pierluigi, Bojan Spaić, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer International Publishing, Cham, 2021, ss. 35-64.
- Coke, Edward, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, Cilt 1, 19. Bası, J. & W. T. Clarke and Others, London, 1832.
- Colby, Thomas B., "In Defense of Judicial Empathy", *Minnesota Law Review*, Cilt 96, 2012, ss. 1944-2015.
- Costa, Pietro, "The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations", Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 135-148.
- Craig, Paul, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", Ed. Richard Bellamy, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Routledge, London, 2005, ss. 467-487.
- Çiçekfidan, Halil, *Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması: Temel Haklar Şartı ve Onu Doğuran Süreç Üzerine Bir İnceleme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Dicey, Albert Venn, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Ed. J. W. F. Allison, Cilt 1, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Dinçkol, Abdullah, "Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Afa Yayınları, Cilt 2, 1995.
- Dinçkol, Abdullah, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 9, 2003, ss. 179-181.
- Doehring, Karl (Terc. Ahmet Mumcu), *Genel Devlet Kuramı: Sistematik Bir Yaklaşım,* İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.
- Dworkin, Ronald, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Cilt 88, Sayı 6, 1975, ss. 1057-1109.

- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London, 2013.
- Ediş, Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 1973, ss. 169-196.
- Erdoğan, Gökhan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, ss. 117-162.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 12. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- Etcheverry, Juan B., "Rule of Law and Judicial Discretion: Their Compatibility and Reciprocal Limitation", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Cilt 104, Sayı 1, 2018, ss. 121-134.
- Ferrajoli, Luigi, "The Past and the Future of the Rule of Law", Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2007, ss. 323-352.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Finnis, John, "Natural Law Theories", Ed. Edward N. Zalta, Uri Nodelman, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2020, https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/ (16.11.2024).
- Fiss, Owen M., "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, Cilt 34, Sayı 4, 1982, ss. 739-763.
- Foran, Michael P., "The Rule of Good Law: Form, Substance, and Fundamental Rights", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 78, Sayı 3, 2019, ss. 570-595.
- Fornasier, Mateus De Oliveira, "Artificial Intelligence and Democratic Rule of Law", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria Do Direito*, Cilt 13, Sayı 3, 2022, ss. 351-369.
- Frank, Jerome, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey, 1973.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Gözden Geçirilmiş Bası, Yale University Press, New Haven, 1969.
- Gökcan, Hasan Tahsin, "Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, Cilt 41, Sayı 1, 2024.
- Görentaş, Burak, *Sanal Yargıç*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 17. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- Grey, Thomas C., "The New Formalism", *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 4*, Stanford, 1999.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law,* 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989.
- Hayek, F. A., *Law, Legislation, and Liberty*, Ed. Jeremy Shearmur, The University of Chicago Press, Chicago, 2021.
- Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, Routledge, London, 2006.
- Holmes, Oliver Wendell, *Gompers v. US, 233 U.S. 604 (1914),* https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/233/604.html (16.11.2024).

- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Ed. Mark DeWolfe Howe, Brown Little & Co., Inc., Boston, 1963.
- Huhn, Wilson, "The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy, and Realism", *Villanova Law Review*, Cilt 48, 2003, ss. 305-380.
- Huq, Aziz Z., "A Right to A Human Decision", *Virginia Law Review*, Cilt 106, 2020, ss. 611-688.
- Hutcheson Jr., Joseph C., "Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision", *Cornell Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 1929, ss. 274-288.
- International Bar Association and the Center for Ai and Digital Policy, *The Future is Now: Artificial Intelligence and the Legal Profession*, London, 2024, https://www.ibanet.org/document?id=The-future-is-now-artificial-intelligence-legal-profession (10.01.2025).
- Işıktaç, Yasemin; Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Jowell, Jeffrey L., "The Rule of Law and Its Underlying Values", Ed. Jeffrey L. Jowell, Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Kahneman, Daniel; Sibony, Olivier; Sunstein, Cass R., *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark, New York, 2022.
- Kelsen, Hans (Terc. Anders Wedberg), *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York, 1961.
- Kelsen, Hans (Terc. Max Knight), *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967.
- Kılıç, Muharrem, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, ss. 15-54.
- Kommers, Donald P.; Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. Bası, Duke University Press, Durham, 2012.
- Kramer, Matthew, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Kutlu, Mustafa, "Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 7, 2003.
- Laquièze, Alain, "État de Droit and National Sovereignty in France", Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Emilio Santoro; *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007.
- Lashbrooke, E. C. Jr., "Legal Reasoning and Artificial Intelligence", *Loyola Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1988, ss. 287-313.
- Leiter, Brian, "Llewellyn, Karl Nickerson (1893–1962)", Ed. Wright, James David, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Cilt 14, 2. Bası, Elsevier, Amsterdam, 2015, ss. 276-278.
- Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Locke, John, *Second Treatise of Government*, Ed. Macpherson, C. B., Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1980.
- Marmor, Andrei, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York, 2007.

- Marmor, Andrei, "The Rule of Law and Its Limits", *Law and Philosophy*, Cilt 23, Sayı 1, 2004, ss. 1-43.
- May, Christopher, "The Centrality of Predictability to the Rule of Law", Ed. May, Christopher; Winchester, Adam, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 96-108.
- McLachlin, Beverley, *The Relevance of Magna Carta in Today's World*, Bingham Centre for the Rule of Law, London, 2015, https://www.biicl.org/documents/700_chief_justice_mclachlins_magna_carta_lecture_-_slh.pdf?showdocument=1 (15.11.2024).
- Michaels, Andrew C., "Artificial Intelligence, Legal Change, and Separation of Powers", *University of Cincinnati Law Review*, Cilt 88, Sayı 4, 2020, ss. 1083-1103.
- Montesquieu (Terc. Berna Günen), *Kanunların Ruhu Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- Neumann, Franz L., *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986.
- Oder, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Özbudun, Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- Özcan, Mehmet Tevfik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Özenç, Berke, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi,* 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- Pasquale, Frank, "A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation", *The George Washington Law Review*, Cilt 87, Sayı 1, 2019, ss. 44-54.
- Paul, Julius, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1959.
- Plato (Terc. C. J. Rowe), "Statesman", Ed. Cooper, John M.; Hutchinson, D. S., *Complete Works,* Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1997.
- Posner, Richard A., *How Judges Think,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010.
- Radbruch, Gustav (Terc. Melike Belkıs Aydın), "Hukuk Kavramı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 1, Sayı 2, 2015, ss. 144-150.
- Radbruch, Gustav (Terc. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 26, Sayı 1, 2006, ss. 1-11.
- Radin, Margaret Jane, "Reconsidering The Rule of Law", *Boston University Law Review,* Cilt 69, Sayı 4, 1989, ss. 781-819.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law,* Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Raz, Joseph, "The Law's Own Virtue", *Oxford Journal of Legal Studies,* Cilt 39, Sayı 1, 2019, ss. 1-15.
- Rousseau, Jean-Jacques (Terc. Vedat Günyol), *Toplum Sözleşmesi,* 10. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013.
- Rumble, Wilfrid E. Jr., "Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism", *Journal of Public Law*, Cilt 15, Sayı 2, 1966, ss. 251-285.

- Sajó, András; Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism,* Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Schiff, David; Nobles, Richard. "The Evolution of Natural Law", Ed. James Penner, David Schiff; Richard Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials,* Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 35-90.
- Sellers, Mortimer N. S., "What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?", Ed. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat),* Springer International Publishing, Cham, 2014, ss. 3-13.
- Sharpe, Robert J., "How Judges Decide", Ed. Rabeea Assy, Andrew Higgins, *Principles, Procedure, and Justice: Essays in honour of Adrian Zuckerman,* Oxford University Press, Oxford, 2020, ss. 91-112.
- Solum, Lawrence B., "Equity and The Rule of Law", Ed. Ian Shapiro, *The Rule of Law: Nomos XXXVI*, NYU Press, New York, 1994, ss. 120-147.
- Sourdin, Tania; Cornes, Richard, "Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging", Ed. Tania Sourdin, Archie Zariski, *The Responsive Judge: International Perspectives,* Springer, Singapore, 2018, ss. 87-119.
- Stein, Robert A., "What Exactly Is The Rule of Law?", *Houston Law Review*, Cilt 57, 2019.
- Sümer, Seda Yağmur, "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 23, Sayı 2, 2021, ss. 1543-1591.
- Şeker, Hilmi, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, 2. Bası, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Şensoy, Pirali Çağrı, "Hukuk Felsefesi Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?", *Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2024, ss. 87-127.
- Şirin, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Tamanaha, Brian Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging,* Princeton University Press, Princeton, 2010.
- Tamanaha, Brian Z., "How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law", *DePaul Law Review*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, ss. 469-505.
- Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Tamanaha, Brian Z., *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law,* Clarendon Press, Oxford, 2004.
- Tushnet, Mark, "Rule by Law or Rule of Law?", *Asia Pacific Law Review,* Cilt 22, Sayı 2, 2014.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, ss. 79-95.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı,* Cilt 28, 2011, ss. 77-88.
- Tyler, Tom R., "Procedural Justice and the Courts", *Court Review: Journal of the American Judges Association*, Cilt 44, Sayı 1, 2007, ss. 26-31.

- UN Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, United Nations Security Council, 2004, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/395/29/pdf/n0439529.pdf (16.11.2024).
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Uygur, Gülriz. "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 53, Sayı 3, 2004, ss. 29-38.
- Venice Commission, *Report on The Rule of Law*, Council of Europe, 2011, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e (15.11.2024).
- Venice Commission, *The Rule of Law Checklist,* Council of Europe, Venice, 2016, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf (16.11.2024).
- Volokh, Eugene, "Chief Justice Robots", *Duke Law Journal,* Cilt 68, 2019, ss. 1135-1192.
- Wacks, Raymond, *The Rule of Law Under Fire?*, Hart Publishing, Oxford, 2021.
- Waldron, Jeremy, "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, Cilt 43, Sayı 1, 2008, ss. 1-61.
- Waldron, Jeremy, "The Rule of Law and The Importance of Procedure", Ed. James E. Fleming, *Getting to the Rule of Law: NOMOS L*, New York University Press, New York, 2011, ss. 3-31.
- Walker, Lenore E.; Shapiro, David; Akl, Stephanie, "Therapeutic Jurisprudence and Problem-Solving Courts", Ed. Walker, Lenore E.; Shapiro, David; Akl, Stephanie, *Introduction to Forensic Psychology: Clinical and Social Psychological Perspectives,* Springer International Publishing, Cham, 2020.
- Wexler, David B., "Two Decades of Therapeutic Jurisprudence", *Touro Law Review,* Cilt 24, Sayı 1, 2014, ss. 17-29.
- Yılmaz, Oğuz Gökhan, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, ss. 379-415.
- Zanghellini, Aleardo, "The Foundations of the Rule of Law", *Yale Journal of Law & the Humanities,* Cilt 28, Sayı 2, 2017, ss. 213-240.
- Zuckerman, Adrian, *"Artificial Intelligence – Implications for the Legal Profession, Adversarial Process and the Rule of Law"*, UK Constitutional Law Association, https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/10/artificial-intelligence-implications-for-the-legal-profession-adversarial-process-and-the-rule-of-law/

Mahkeme Kararları

- AYM, *Abdullah Ünal Başvurusu*, B. No: 2012/1094 (03 Temmuz 2014).
- AYM, *Bülent Karataş Başvurusu*, B. No: 2013/6428 (26 Haziran 2014).
- AYM, E. 1968/38, K. 1969/34 (06 Aralık 1969).
- AYM, E. 1984/14, K. 1985/7 (13 Haziran 1985).
- AYM, E. 1992/1, (Siyasi Parti Kapatma) K. 1993/1 (14 Temmuz 1993).
- AYM, E. 1992/8, K. 1992/39 (16 Haziran 1992).
- AYM, E. 1993/33, K. 1993/40 (21 Ekim 1993).
- AYM, E. 2006/65, K. 2009/114 (23 Temmuz 2009).
- AYM, E. 2015/41, K. 2017/98 (05 Nisan 2017).

- Yargıtay, 1.H.D., E. 1976/9370, K. 1976/13138 (31 Aralık 1976).
- İHAM, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland,* No. 26374/18 (01 Aralık 2020).
- İHAM, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey,* No. 13279/05 (20 Ekim 2011).
- İHAM, *Scordino v. Italy (no. 1),* No. 36813/97 (29 Mart 2006).
- İHAM, *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1),* No. 6538/74 (26 Nisan 1979).

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Disiplin Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*

Evaluation of Social Media Posts of Public Officials in Terms of Disciplinary Law

Ergün DİLAVEROĞLU**

ÖZ

Sosyal medya platformları her geçen gün kullanımı artan gerek bireyler ve gerekse kurum ve kuruluşlar tarafından sıklıkla kullanılan mecralar halini almıştır. Öyle ki bu platformlar bireylerin ve kurumların günlük rutinlerini önemli düzeyde etkilemiş ve paydaşlarla olan ilişkilerini şekillendirme noktasında önemli bir işleve sahip olmuştur. Bu durum sosyal medya platformlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların da önemli oranda artmasını beraberinde getirmiştir. Kamu görevlilerinin de birer birey oldukları ve çevreleri ile etkileşimde bulunduğu, siyasi görüşlere sahip oldukları, ülke sorunları ile ilgilendikleri ve tercih yapma haklarının bulunduğu şüphe götürmez bir gerçektir. Bunun yanında kamu görevlisi olmanın ortaya çıkardığı birtakım sorumluluklar da mevcuttur. Bu bağlamda kamu görevlileri birey olmanın ortaya çıkardığı özgürlüklerini kullanırken, örneğin sosyal medya platformlarında etkileşimlerde bulunurken, gerçekleştirmiş oldukları eylemler neticesinde zaman zaman disiplin soruşturmalarına maruz kalabilmektedirler. Hatta bu soruşturmaların neticesinde disiplin yaptırımına da maruz kalabilmektedirler. Bu noktada uygulanan disiplin yaptırımlarının ilgili kamu görevlilerinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale olup olmadığı önem kazanmaktadır. Çalışma Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden biri olan ifade özgürlüğü kapsamında, kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarından ötürü ortaya çıkan disiplin yaptırımlarını konu almaktadır. Bu bağlamda birinci kısımda sosyal medyadan bahsedilecek, ikinci kısımda disiplin hukukuna hâkim olan temel prensipler ele alınacak ve kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımından kaynaklanan kanuni ve etik sorumluluklarına değinilmeye çalışılacaktır. Üçüncü bölümde ifade özgürlüğü kapsamında, yüksek yargı organı kararlarının konuyu ele

* Makale gönderim tarihi: 14.02.2025. Makale kabul tarihi: 29.04.2025. Ergün Dilaveroğlu, "Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Disiplin Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 151-180, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.5

** Dr. Öğr. Üyesi., İstanbul Medipol Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, 0000-0002-7496-4991, edilaveroglu@medipol.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

alışı değerlendirilecektir. Sonuç ve değerlendirme kısmında ise konu hakkında genel değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdare, kamu görevlisi, disiplin, sosyal medya, ifade özgürlüğü.

ABSTRACT

Social media platforms have increasingly become widely used channels, both by individuals and by institutions and organizations. These platforms have significantly influenced the daily routines of individuals and institutions, playing a crucial role in shaping their relationships with stakeholders. Consequently, this has led to a notable rise in disputes arising from the use of social media platforms. It is an undeniable fact that public officials are also individuals who interact with their surroundings, hold political opinions, engage with national issues, and possess the right to make personal choices. At the same time, being a public official entails certain responsibilities. In this context, while public officials exercise the freedoms that come with being individuals—such as engaging on social media platforms—they may, at times, be subjected to disciplinary investigations as a result of their actions. In some cases, these investigations may even lead to disciplinary sanctions. At this point, it becomes crucial to examine whether the disciplinary sanctions imposed constitute an infringement on the fundamental rights and freedoms of the public officials concerned. This study focuses on disciplinary sanctions arising from public officials' social media posts within the scope of freedom of expression, which is one of the fundamental rights and freedoms enshrined in Article 26 of the Constitution. In this context, the first section will address social media, while the second section will examine the fundamental principles governing disciplinary law and explore the legal and ethical responsibilities arising from public officials' use of social media. The third section will evaluate how the issue has been addressed within the scope of freedom of expression, particularly through the decisions of higher judicial bodies. Finally, the conclusion will provide a general assessment of the subject.

Keywords: Administration, public servant, discipline, social media, freedom of expression.

Giriş

Günümüzde web teknolojileri hayatın hemen her alanında etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Sosyal medya araçlarının da bu teknolojiler üzerinde oluşturulmuş iletişim vasıtaları olarak ifade edilmeleri mümkündür. Gerek kamu ve gerekse özel sektör kurum ve kuruluşları ile çalışanları tarafından da çok farklı yelpazede sosyal medya vasıtalarının kullanıldığı bilinmektedir. Bu araçların iletişim sürecine hız kazandırdığını ve ifade özgürlüğüne yeni bir alan açtığını söylemek mümkündür. Ancak bu sanal ortamların zaman zaman bazı kullanıcılar tarafından istismar edildiği ve hakaret, dezenformasyon niteliğin-

de içeriklerin oluşturulduğu ve yayıldığı ortamlara dönüştüğü gözlemlenmektedir. Bu manada internet ve sosyal medyanın avantajlarından yararlanırken dezavantajlı yönlerini bertaraf etmek üzere politikalar geliştirilmesi gerektiği de ifade edilebilir. Ayrıca bunu sağlamak üzere devletlere önemli sorumluluklar düştüğü ve bu alanı düzenleyen çeşitli hukuki metinlere ihtiyaç duyulduğu da bir gerçektir. Bu düzenlemelerin ifade özgürlüğü önünde herhangi bir engel oluşturmaması diğer bir deyişle bireysel haklar ile kamu hakları dengesinde eğer bir sınırlandırma getirilecekse ölçülülük ilkesine riayet edilmiş olması yerinde olacaktır.

Bu bağlamda, çalışmada kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımları ile ilgili mevzuatta mevcut olan düzenlemelerin incelenmesi hedeflenmektedir. Ayrıca, kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımına ilişkin uymakla yükümlü oldukları genel kurallar ele alınarak, ilgililerin bu alandaki hak ve yükümlülükleri ile ifade özgürlüğü konularında kapsamlı açıklamalar yapılacaktır.

Bu çalışma, kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarının disiplin hukuku bakımından değerlendirilmesine odaklanmaktadır. Uygulamada bu eylemlerle ilgili örnek kararların varlığı araştırılacak ve yüksek mahkeme kararları ışığında konu derinlemesine incelenecektir. Sonuç ve değerlendirmeler bölümünde ise sosyal medya kullanımının etkileri ve bu alanda mevzuatın geliştirilmesine yönelik öneriler sunulacaktır.

I. Sosyal Medya ve Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımı

Sosyal medya, sanal ağlar ve topluluklar vasıtasıyla toplumun bilgi, fikir ve düşünce paylaşımına aracılık eden bilgisayar teknolojisi olarak ifade edilebilir[1]. Sosyal medya mecralarının bugünkü haliyle ortaya çıkışı 1998 yılına dayandırılabilir. İlk zamanlarında sadece uygulama sağlayıcının paylaştığı verileri görmek ve kullanmakla yetinen kullanıcılar, teknolojinin gelişmesi ile geleneksel medya takipçilerinden farklı olarak doğrudan içerik oluşturma veya var olan içeriğin zenginleştirilmesine katkı sağlamaktadırlar[2]. Bir başka deyişle sosyal medyanın anlık olarak bilginin üretim ve tüketimini küresel çapta hızlandır-

1 Jeremy Yuen, Chun Teoh ve Diğerleri, "Best Practice in Using Social Media: The European Association of Urology Position Statement", *European Urology*, Cilt 87, Sayı 2, 2025, s. 104 ve 105.

2 Arzu Dilaveroğlu, "Kamu Yönetimi İçin Sosyal Medya Politika Önerisi", Ed. Mustafa Lütfi Şen, *Sessiz Gemi (Prof. Dr. Bilal ERYILMAZ'a Armağan)*, Cilt 2, Marmara Belediyeler Birliği, İstanbul, 2022, s. 348.

dığını[3] ve sınırsız olarak bilgi paylaşımına aracılık yaptığını ifade edebiliriz[4]. Bu bilgi paylaşımı bireylerin olduğu kadar kurum ve kuruluşların da işleyişini ve hedef kitlesi ile olan iletişimini etkilemektedir[5]. Bu durum sosyal medyanın geleneksel medya takipçilerinin kullanımına göre daha hızlı bir şekilde yaygınlaşmasına ve kitleleri etkileme kabiliyetinin güçlenmesine yol açmış durumdadır. Sosyal medyanın bu kabiliyeti özellikle kriz zamanlarında ortaya çıkan durumu daha da kötüleştirebilmekte ve netice itibariyle krizlerin daha da derinleşmesine ve içinden çıkılması güç bir durumunda ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

Bu noktada sosyal medya mecralarının zaman zaman belirsizlik, korku, yanlış ve yanıltıcı bilginin (dezenformasyon[6]) yayıldığı alanlar haline geldiği ifade edilmekte[7] ve bu mecralar politika yapıcılar bakımından önemli bir endişe kaynağı teşkil etmektedir[8]. Hal böyle iken bu mecralarda yayılan bilginin her durumda kasten gerçekleştirilen bilinçli eylemler olduğunu söylemek de güçtür. Yanlış ve yanıltıcı bilginin yayılmasının kasten sağlanmış olması ya da bunun iyi niyetle gerçekleştirilmiş olması sonuçları itibariyle aynı neticeyi ortaya çıkartabilecektir.

Geleneksel medya ile sosyal medya arasındaki en temel farklılık kullanıcılarının bilgiye erişim biçiminde ortaya çıkmaktadır. Geleneksel medya, bireylerin bilinçli ve isteğe bağlı tercihleri doğrultusunda takip ettikleri mecra iken, sosyal medya, bireylerin herhangi bir konuda bilgi edinme yönünde bir irade göstermemeleri durumunda dahi, bilgiye maruz kalmalarına neden olabilmektedir [9]. Bu durum, sosyal medyanın yalnızca bilgi aktarmakla kalmayıp, zaman

3 Carla White, Shelby Luttman, Elizabeth Johnson Avery, "Public Information Officers Use of Social Media Monitoring: An Updated Analysis of Current Practice", *Public Relations Review*, Cilt 51, Sayı 1, 2025, s. 1 ve 2.

4 Jian Wang, Yujia Zhai, Fakhar Shahzad, "Mapping the Terrain of Social Media Misinformation: A Scientometric Exploration of Global Research", *Acta Psychologica*, Cilt 252, 2025, s. 1; A. Fulya Şen, Y. Furkan Şen, "Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,* Cilt 17, Sayı 2, 2015, s. 129.

5 M. Zahit Sobacı, Özer Köseoğlu, Naci Karkın, *Belediyelerde Sosyal Medya*, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, İstanbul, 2015, s. 13.

6 Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğüne göre dezenformasyon, "bilgiyi çarpıtma" anlamını taşımaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr

7 Luzia Sievi, Maria Pawelec, "(How) Should Security Authorities Counter False Information on Social Media in Crises? A Democracy-Theoretical and Ethical Reflection", *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Cilt 116, 2025, s. 1 ve 2.

8 Daniel J. Davis, Tammy E. Beck, "How Social Media Disrupts Institutions: Exploring the Intersection of Online Disinformation, Digital Materiality and Field-Level Change", *Information and Organization*, Cilt 33, Sayı 4, 2023, s. 2.

9 Ronen Gradwohl, Yuval Heller, Arye Hillman, "How Social Media Can Undermine Democracy", *European Journal of Political Economy*, Cilt 86, 2025, s. 1 ve 2.

zaman bilgiyi empoze eden bir araç haline gelmesine yol açmaktadır. Özellikle dezenformasyonun bilinçli ya da bilinçsiz biçimde son derece hızlı bir şekilde yayılabilme potansiyeli göz önünde bulundurulduğunda, sosyal medyanın karmaşık ve çözümlenmesi güç problemler ortaya çıkarabileceği söylenebilir.

Nitekim, dezenformasyonun bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde yayılmasına neden olan kişinin bir kamu görevlisi olması bireylerin ve toplumun devlete duyduğu güvenin zedelenmesi ihtimalini ortaya çıkartacaktır[10]. Bu çerçevede, kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımlarının belirli durumlarda disiplin hukukunun konusu hâline gelmesi ve bu süreçler sonucunda çeşitli disiplin cezalarının uygulanması söz konusu olabilmektedir.

II. Disiplin Hukuku ve Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri

Kamu görevlilerinin uymaları gereken temel kurallar mevzuat ile belirlenmiştir. Buna göre Anayasa'nın 128. maddesinde "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" ifadesiyle kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Buna göre memurlar için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde disipline konu eylemlerinden ötürü disiplin süreci yürütülebilecekken diğer kamu görevlileri için kendi meslek kanunları gereğince disiplin süreçleri işletilecektir[11].

A. Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler

Disiplin, genel olarak işgörenlerin çalışma ortamlarında uymaları gereken kurallara uymamalarının neticesinde tabi olacakları yaptırımları ifade etmektedir[12]. Kamu görevlileri tarafından çalıştıkları kurum düzenini bozan yahut hizmetin yürütülmesini engelleyen eylem ya da eylemler gerçekleştirildiğinde bu durum doğrudan disiplin hukukunun konusunu teşkil etmektedir[13]. Kamu görevlilerinin meslek hayatı içerisinde gerçekleştirmiş olduğu kusurlu davranışlarının bir neticesi olarak uygulanan zorlayıcı yaptırımlar da disiplin cezası

10 Wang, Zhai, Shahzad, s. 2 ve 3.

11 Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na tabi olarak çalışan akademisyenlerin disipline konu iş ve işlemleri ilgili Kanun'un 53. maddesi kapsamında yürütülecektir.

12 Cahit Tutum, *Personel Yönetimi*, 2. Bası, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1979; Burç Volkan Zor, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2022, s. 205.

13 Gül Fiş-Üstün, "Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2018, s. 17.

olarak adlandırılır[14]. Bu cezaların uygulanmasındaki temel amaç benzer davranışların ortaya çıkmasının önüne geçmektir[15].

Ceza hukuku uygulamasına en yakın olan idari yaptırım türü olarak disiplin cezaları ifade edilebilir[16]. Bu manada disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında önemli benzerlikler vardır[17]. Diğer taraftan ceza hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayıran önemli farklılıkların bulunduğunu da ifade etmek gerekmektedir. İlk olarak ceza hukuku yaptırımlarının mahkemeler tarafından uygulandığını idari yaptırımların ise hiyerarşik üstün ya da disiplin cezası uygulama konusunda yetkili kurullar tarafından uygulandığını ifade edebiliriz[18]. İkisi arasındaki bir diğer farklılık ise yaptırımın ağırlığıdır. Ceza hukuku kurallarına bireylerin riayet etmemesinin yaptırımı disiplin hukuku kurallarına riayet edilmemesine göre daha ağırdır[19]. Nitekim ceza hukuku kurallarının temel amacının toplumsal düzeni korumak disiplin hukuku kurallarının temel amacının ise idarenin çalışma düzenini sağlamak suretiyle aykırı davranışların cezalandırılmalıdır[20].

B. Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımından Doğan Kanuni ve Etik Sorumlulukları

Kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımlarına dair kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Bunun yanında kamu görevlilerinin bağlı oldukları mevzuat gereğince mensubu oldukları kuruma karşı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklere riayet edilmemesi durumunda ilgili mevzuat gereğince disiplin sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Bu kapsamda Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan, "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" ifadesi çerçe-

14 Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları,* 2. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1964, s. 1188; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 572.

15 Nuri Tortop, "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3, 1983, s. 89.

16 İl Han Özay, *İdari Yaptırımlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 35.

17 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 2, 2. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 747; Onar, s. 1188.

18 İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku,* Der Yayınları, İstanbul, 2008, s. 233; Turan Yıldırım, "Türkiye'nin İdari Teşkilatı", Ed. Turan Yıldırım, *İdare Hukuku,* 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 198; Gözler, *İdare Hukuku,* Cilt 2, s. 749 ve 750; Onar, s. 1189.

19 Giritli, Bilgen, Akgüner, s. 717; Onar, s. 1188.

20 Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 628; Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 28; Onar, s. 1188.

vesinde asli ve sürekli görevleri yerine getirmekle görevli olan memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından sorumluluk hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre memurlar için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin incelenmesi, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında asli ve sürekli kamu görevi icra eden ancak memur statüsünde olmayan kamu görevlileri[21] için ise kendi personel kanunları gereğince öngörülen hükümlerden yola çıkarak disiplin sorumluluğunun ele alınması gerekir. Aşağıda gerek kanuni yükümlülük ve gerekse etik ilkeler konusunda kamu görevlilerinin sorumluluğuna değinilecektir.

1. Kanuni Sorumluluklar

Kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımlarından kaynaklanan hukuki sorumluğuna ilişkin doğrudan kanunlarca öngörülmüş herhangi bir kural mevcut değildir. Bunun yanında personel kanunları gereğince uyulması gereken yükümlülüklerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda ilk olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde memurların yükümlülüklerinden bahsedilebilir[22]. Kanun'un "ödevler ve sorumluluklar" başlığını taşıyan ikinci bölümünde; sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık, davranış ve iş birliği, basına bilgi veya demeç verme başlıkları altında memurların ödev ve sorumluluklarının düzenlendiği görülmektedir[23]. Buna göre devlet memurları Anayasa ve kanunlara sadakatle bağlılık ve milletin hizmetinde ilgili yasaları uygulamakla mükelleftir. Yine devlet memurları tarafsızlık ve devlete bağlılık ilkesi gereğince siyasi partiye üye olamayacakları

21 Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında "Diğer kamu görevlileri"ni ifade etmektedir.

22 Kanun, kapsamı belirleyen 1. maddesinin 1. fıkrasında kanun hükümlerinin "*Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar*" bakımından uygulanacağını, 1. maddesinin 3. fıkrasında ise, "*Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehteran Bölüğü Sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı mensupları özel kanunları hükümlerine tabidir*" demek suretiyle sayılan kişilerin kendi meslek kanunlarında yer alan hükümler çerçevesinde sorumluluklarının bulunduğunu dile getirmektedir.

23 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun sırasıyla 6 ilâ 16. maddeleri arasında düzenlenmişlerdir.

gibi herhangi bir siyasi partinin, kişinin ya da zümrenin yarar ve zararını hedef tutan bir davranışta da bulunmamaları gerekmektedir. Benzeri bir durum siyasi ve ideolojik amaçlı eylem ya da beyanda bulunma bakımından da söz konusudur. Buna göre memurların herhangi bir siyasi partiyi övücü beyanda bulunmamaları gerekmektedir. Kanun koyucunun 657 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlemiş olduğu bu yükümlülük kapsamında memurların sosyal medya platformlarını kullanımlarında da aynı sorumlulukları taşıdığını ifade etmek yerinde olacaktır.

Kanun'un 8. maddesinde düzenlenen ve memurların "davranış ve işbirliği" başlığını taşıyan maddede de benzeri bir yükümlülüğün olduğundan bahsedilebilir. Şöyle ki memurlar, resmî sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki davranışları ve eylemleri ile gösterme yükümlülüğü altında oldukları gibi hizmet dışındaki davranışları ile de bu mükellefiyeti taşımaktadırlar. Bu kapsamda memurların sosyal medya kullanımları her ne kadar kural olarak hizmet dışı bir alanı teşkil ediyor olsa da bu alandaki eylemlerinden ötürü de resmî sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olmayan davranışları sebebiyle sorumluluk taşıyabileceklerdir.

657 sayılı Kanun kapsamı dışında olan kamu görevlilerinin özel kanunları gereğince görev üstlendikleri bilinmektedir. Bu kapsamda ifade edildiği üzere subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler de özel kanunları gereğince görev yapmış oldukları kuruma karşı sorumluluk altındadırlar. Bu sorumluluğa ilişkin esaslar 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu[24] ile düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesi ile silahlı kuvvetler bünyesinde görev yapan subay ve astsubayların görev ve yükümlülükleri alanında düzenleme yapılmıştır. Buna göre, "*Silahlı Kuvvetlere mensup subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer mevzuat ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir*" demek suretiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu[25] ve Yönetmeliği'ne göndermede bulunulmuştur. İç Hizmet Kanunu'nun 13. maddesi ile disiplin şu şekilde tanımlanmıştır: "*Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir*." Ayrıca ilgili maddenin 2. ve 3. fıkralarında askerliğin temelinin disiplin olduğu ve disiplinin muhafazası ve devamının sağlanabilmesi için özel kanunlarda yer alan idari ve cezai tedbirlerin alınabileceğinden söz edilmiştir. Bu bağlamda, yalnızca ilgili özel düzenlemeler değil, aynı zamanda genel olarak kanunlara aykırı fiil ve işlemler açısından da disiplin yaptırımlarının

24 10.08.1967 tarih ve 12670 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

25 09.01.1961 tarih ve 10702 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

uygulanabilir olduğu belirtilmelidir. Bu durum, yukarıda ele alınan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu çerçevesinde memur statüsünde bulunanlar için olduğu kadar, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve buna bağlı olarak 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu kapsamında görev yapan personel için de geçerlidir. Özellikle sosyal medya kullanımı bağlamında getirilen sorumlulukların, yalnızca sivil memurlar için değil, askeri personel için de hukuki ve idari yükümlülükler doğurduğu ifade edilebilir. Benzeri yükümlülükler yine hususi kanunlarına tabi bir şekilde görev yürüten akademisyenler içinde ifade edilebilir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu[26] ile yükseköğretim ile ilgili amaç, ilke, görev, yetki ve sorumluluklara dair kurallar belirlenmiştir. Hakeza yukarıda ifade edilen ve memur statüsünde bulunmayıp hususi kanunları çerçevesinde görev yürüten tüm kamu görevlilerinin kendi meslek kanunları incelendiğinde benzeri hükümleri görmek mümkündür. Bu noktada hâkim ve savcıların sosyal medya kullanımlarına yönelik Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından kabul edilen[27] "*Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi*" de ayrı bir öneme sahiptir. Rehber ile meslek mensuplarının uluslararası düzeyde ifade özgürlüklerinin korunduğu belirtilmiş ancak bu mecraların kullanımı konusunda da ihtiyatlılığın gerekliliğinden söz edilmiştir[28].

2. Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımında Gözetmesi Gereken Etik İlkeler

Sosyal medya kullanımına ilişkin mevzuat incelendiğinde, kamu görevlilerinin bu platformları kullanmalarına dair herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Bunun yanında 02.03.2021 tarihinde İnsan Hakları Eylem Planı açıklanmış ve 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Plan[29] ile İlgili 2021/9 sayılı Cumhurbaşkanı Genelgesi ile "İnsan Hakları Eylem Planı İzleme ve Değerlendirme Kurulu" oluşturulmuştur.

---

26 06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

27 Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 08.03.2022 tarihli ve 2022/639 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiştir https://www.hsk.gov.tr (20.04.2025).

28 Söz konusu kılavuz ile hâkim ve savcıların sosyal medya ve internet ağlarını kullanırken dikkat etmeleri gereken hususlar beş temel başlık altına ele alınmıştır. Bunlar: "*Sosyal medya ve ağlarda sanal kimlik inşasında dikkat edilecek hususlar, sosyal medya ve ağlarda sanal arkadaşlık, etkileşim ve ilişkiler, sosyal medya ve ağlarda etik davranış modeli ve paylaşım ölçütleri, siber tehlikeler karşısında sosyal medya ve ağlarda gizlilik ayarları ve güvenliğin önemi ve sosyal medya kullanımında eğitim ve farkındalık oluşturma"* şeklinde sıralanmaktadır.

29 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve İnsan Hakları Eylem Planı İzleme ve Değerlendirme Kurulu koordinasyonunda uygulamaya konulan "İnsan Hakları Eylem Planı" çerçevesinde, kamu görevlileri için sosyal medya etik ilkelerinin belirlenmesi kararı alınmış olup etik ilkelerin Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Genelgeye göre Kurul'un temel görevi, insan hakları eylem planının etkili bir şekilde uygulanması ve izlenmesi amacıyla bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının çalışmalarını takip etmek ve koordine etmektir. İnsan Hakları Eylem Planı kapsamında kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımına ilişkin etik ilkelerin Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından hazırlanması öngörülmüştür[30]. Kurul, kamu hizmetlerinin tarafsız bir şekilde sunulması ve kamu yönetimine karşı vatandaşların güven duygusunun zedelenmemesini sağlamak amacıyla, tüm kamu görevlilerinin gözetmesi gereken temel etik ilkeleri belirlemiştir. Bu doğrultuda Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından, Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımında Gözetmesi Gereken Etik İlkeler Hakkında 2021/81 sayılı İlke Kararı alınmış ve sosyal medya kullanımlarından kaynaklanan nedenlerle kamu hizmetlerinin sekteye uğramaması, hizmetlerin yürütülmesinde tarafsızlığın korunması, yönetime duyulan güvenin kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları yoluyla zedelenmemesi düşüncesiyle etik ilkeler belirlenmiştir.

Bu kapsamda kamu görevlilerinin, mensubu oldukları kurum personel kanunlarına riayet etmek yanında Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımında Gözetmesi Gereken Etik İlkeler Hakkında alınan ilke kararına da uymaları beklenmektedir. Buna göre kamu görevlilerinin uymaları gereken etik ilkeler sekiz başlık altında ifade edilmiştir: "*Tarafsızlık, kurum itibarını koruma, çıkar çatışmasından kaçınma, kamu hizmetine ayrılan zamanda sosyal medya kullanımı, paylaşılan bilginin içeriği, insan haklarına saygı, kurumsal sosyal medya hesabının kullanımı ve yöneticilerin sorumluluğu*."[31]

Kamu görevlileri sosyal medya kullanımlarında tarafsız hareket etmek durumundadırlar. Buna göre ilgili kişiler kamu politikaları hakkında kamuoyuna açık olarak yorum yaparken tarafsızlıklarını tehlikeye düşürecek bir davranıştan kaçınmalıdırlar. Bunun yanında ayrımcılık yapmamalı ve siyasi tarafsızlık-

30 Kamu Görevlileri Etik Kurulu, 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kurulmuş olup Kanun'un 1. maddesinde "k*amu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere"* demek suretiyle Kurul'un amacı dile getirilmiştir. Yine Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası ile Kanun hükümlerinin kapsamı belirlenmiştir. Buna göre Kanun, "*genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli*" kapsamaktadır.

31 Kurul kararına, https://www.etik.gov.tr/media/h4ejlnu0/sosyalmedyaetikilkeleri-ilkekarari-2021-81.pdf adresinden erişilebilir.

larını korumalıdırlar[32].

Kamu görevlilerinin sosyal medya araçlarını kullanırken dikkat etmeleri gereken ikinci husus ise kurum itibarını korumaktır. Kamu görevlisi kendi görev ve işleri kapsamında yer alan bilgileri bu mecralarda paylaşırken mevzuata uygun hareket etmeli, kurumunun itibarını ve güvenirliğini zedeleyecek eylem ve davranışlardan kaçınmalı ve kurumunu karalayacak paylaşımlar yapmamalıdır. Kişiler kendi uzmanlık alanları dahilinde olsa da paylaşımda bulunurken bir başka deyişle görüş beyan ederken bu davranışın kurum itibarı üzerindeki olası etkilerini değerlendirmeli ve paylaşımlarında ilgili düşüncelerin kendilerine ait olduğunu beyan ederek kurum ve kamu hizmetine atfedilmemesi noktasında dikkatli davranmalıdır[33]. Benzer biçimde, kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımında, doğrudan veya dolaylı biçimde çıkar ya da çıkar çatışması doğurabilecek durumlardan kaçınmaları gerekmektedir. Aynı zamanda, kamu görevinin tarafsızlığına gölge düşürebilecek ya da bu yönde bir algı yaratabilecek her türlü paylaşımdan ve etkileşimden de uzak durmaları etik bir zorunluluk olarak değerlendirilmektedir[34]. Diğer taraftan önemli bir etik ilke de kamu görevlilerinin mesai saatleri içerisinde sosyal medya kullanımlarına ilişkindir. İlkeyle, kamu görevlilerinin mesai saatleri içerisinde sosyal medya kullanımlarını kısıtlayan bir amaç güdülmemiş ancak bu hususta dikkatli davranılması ve kamu hizmetlerinin aksamasının önlenmesi amaçlanmıştır[35].

Sosyal medya kullanımından kaynaklanan etik ilkelerden bir diğeri ise paylaşılan bilginin içeriğine dairdir. Buna göre kamu görevlileri bilgi kirliliğine yol açabilecek paylaşımlardan kaçınmalı ve bilginin doğruluğunu ve güncelliğini kontrol etmelidir. Bunun yanında kamu görevlilerinin şiddet ve cinsel içerikli ve benzeri rahatsız edici davranışlardan kaçınması bu vesileyle de toplum yararını gözeten bir tutum içerisinde olması gerekmektedir[36].

İnsan haklarına saygı maddesi kapsamında da kamu görevlileri, insanların kişilik haklarına zarar verebilecek her türlü davranış ve eylemlerden kaçınmalı ve ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek ifadeler kullanmamalıdır[37].

Yukarıdakilerin dışında ilgili ilke kararında, kamu görevlilerinin kurumsal sosyal medya hesaplarını kullanırken uymaları gereken etik ilkeler ve ilgili kamu görevlilerinin görev yaptığı kurumlardaki yöneticilerin sosyal medya hesapları

32 Etik İlkeler, Tarafsızlık maddesi/1-2-3.

33 Etik İlkeler, Kurum İtibarını Koruma maddesi/1-2-3.

34 Etik İlkeler, Çıkar Çatışmasından Kaçınma maddesi/1.

35 Etik İlkeler, Kamu Hizmetine Ayrılan Zamanda Sosyal Medya Kullanımı maddesi/1.

36 Etik İlkeler, Paylaşılan Bilginin İçeriği maddesi/1.

37 Etik İlkeler, İnsan Haklarına Saygı maddesi/1-2.

kapsamındaki yükümlülüklerine dair açıklamalarda bulunulmuştur[38].

III. Disiplin Hukuku Bakımından Sosyal Medya Paylaşımlarının Değerlendirilmesi

Sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımların disiplin soruşturulmasına konu edilmesi ve bu kapsamda kamu görevlilerine disiplin yaptırımı uygulanması hukuken mümkün olabilmektedir. Ancak bu durum zaman zaman kamu görevi icra edenlerin ifade hürriyetlerinin kısıtlandığı şeklinde değerlendirilerek hukuken tartışmalı bir alan ortaya çıkarmakta ve nihayetinde de yargı yoluna başvuru söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, çalışmada ilk olarak ifade özgürlüğünün hukuki çerçevesi ele alınacak, ardından sosyal medya paylaşımlarına ilişkin yüksek yargı kararları ışığında disiplin yaptırımlarının değerlendirmesi yapılacaktır.

A. İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirme

İfade özgürlüğü, bireylerin ve toplumların en temel haklarından biridir. İfade özgürlüğünün gerek Anayasa ve gerekse uluslararası metinlerde düzenlenmiş birçok temel hak ve özgürlüğün temelini teşkil ettiği ifade edilebilir[39]. Güran ifade hürriyetini, demokratik bir rejimde bütün hakların doğması, kazanılması, kabul ettirilmesinin en temel vasıtası olarak açıklamaktadır[40].Erdoğan'a göre ise ifade hürriyeti, anayasal demokrasinin temel taşlarından biridir ve düşünce, kanaat, tutum veya duyguların barışçıl yoldan dışa vurulmasının serbestliğini anlamını taşımaktadır[41].

Anayasa'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar*" hükmü gereğince bireyler ya da topluluklar bu haklarını kullanabilmektedirler.

Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında ise bu hakkın nasıl sınırlanabile-

38 Etik İlkeler, Kurumsal sosyal medya hesabının kullanımı ve yöneticilerin sorumluluğu maddeleri, s. 3.

39 Enver Bozkurt, Süleyman Dost, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,* Cilt 7, Sayı 1, 2002, s. 68.

40 Sait Güran, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 1.

41 Mustafa Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Ed. Bekir Berat Özipek, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 37.

ceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılması, "*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla…*" sınırlandırılabilecektir.

Anayasal hükümlerin yanında birçok uluslararası metinde de ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 19. maddesinde, "*Her ferdin fikir ve ifade özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden dolayı rahatsız edilmemek, memleket sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını gerektirir*" demek suretiyle kişilerin coğrafi sınır olmaksızın bilgi ve fikir elde etmek ve bunları yaymak hakkına sahip olduklarını ifade etmektedir. Benzeri şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile de ifade özgürlüğü tanımlanmıştır. Buna göre, "*herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir."*[42]

Doktrinde ifade özgürlüğünün, çoğulcu demokratik anlayışın temel yapı taşlarından birini teşkil ettiği ve demokrasiler bakımından vazgeçilmez bir unsur olduğu ifade edilmektedir.[43] Genel olarak ifade özgürlüğü bireylerin ya da grupların görüşlerini farklı yollarla açıkça dile getirebilmelerine ve bu yolla toplumun ekseri çoğunluğunca kabul gören doğruların aksini iddia edebilme-

42 Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası ile sınırlamalara da yer verilmiştir. Buna göre sınırlamalar: "*Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin 12 13 yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir*". https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR

43 Ömer Keskinsoy, Hande Seher Demir, Semih Batur Kaya, "İfade Özgürlüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2020, s. 139; Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, 2011, s. 214 ve 215; Cengiz Gül, "AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2019, s. 105 ve 106; Murat Tumay, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2020, s. 128.

lerine olanak tanır[44]. Uygulamada ifade özgürlüğüne ilişkin bir terminoloji sorunu olduğu da belirtilmelidir. İfade hürriyeti kavramı yerine: "düşünce hürriyeti", "fikir hürriyeti", "düşünce ve tartışma hürriyeti" gibi farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir[45].

Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğüne ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Örnek bir kararında ifade özgürlüğünün, "*...insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi ...*" anlamına geldiğini ifade eden Yüksek Mahkeme, aynı zamanda bu özgürlüğün mutlak olmadığını, sınırlanabilir bir hak niteliği taşıdığını ve bunun da Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin rejim[46] vasıtasıyla yerine getirilebileceğini dile getirmektedir[47]. Yüksek Mahkeme farklı bir kararında ise toplumsal ve siyasal çoğulculuktan söz edilebilmesi için bireylerin ve grupların her tür düşünceyi özgürce ve barışçıl bir şekilde dile getirebilmeleri gerektiğini dile getirerek bireylerin özgün kişiliklerini, tartışılabildiği ve görüşlerini özgürce ifade edilebildiği ortamlarda gerçekleştirebileceğini ifade etmektedir[48].

Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğüne yönelik gerçekleştirilebilecek kısıtlama-

---

44 Atila Yayla, "İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, Cilt 19, Sayı 74, 2014, s. 139; Ahmet Bahçe, Abdullah Demir, "İfade Özgürlüğünün Teorik Boyutu ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 42; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku,* 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 223.

45 Ali Okumuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 34; Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları,* LDT Yayınları, Ankara, 2001, s. 8.

46 Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin rejim Anayasa'nın 13. maddesi ile belirlenmiştir. Madde şu şekildedir: "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".* Farklı bir kararında Yüksek Mahkeme, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur: "*Anayasa'nın 26. maddesinin asli işlevi herhangi bir ayrım yapmaksızın toplumdaki tüm kesimlerin ifade özgürlüğünü korumaktır. Bu kapsamda Başkanlık kadrosunda görev yapan kamu görevlileri de 26. madde kapsamında ifade özgürlüğünden yararlanır. Dolayısıyla kuralın Başkanlık kadrosunda görev yapan kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirdiğine kuşku bulunmamaktadır. Bu sınırlamanın Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya birkaçına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir".* AYM, T. 13/12/2017, E. 2016/7, K. 2017/171, www.kararlar.gov.tr

47 AYM, T. 05/11/2014, B. No: 2013/1821, § 31 ve 33; Emin Aydın [GK], T. 23/01/2014 B. No: 2013/2602, § 43; 11/03/2015, B. No: 2013/2593, § 28, www.kararlar.gov.tr

48 AYM, T. 11/03/2015, B. No: 2013/2593, § 28, www.kararlar.gov.tr

nın Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan şartlara uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Aksi halde, bu tür müdahalelerin Anayasa'nın 26. maddesi ile güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünün ihlali anlamını taşıyacağını belirtmektedir. Bu doğrultuda mahkeme, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların; kanunla öngörülmesi, Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlara dayanması ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.

B. Sosyal Medya Paylaşımlarının Değerlendirilmesi

Sosyal medya, bireylerin ve kurumların etkileşimine olanak tanıyan, iletişimi kolaylaştıran, etkileşim ve paylaşım imkânı sunan bu bağlamda da kullanıcıyı aktif bir konuma getiren platformlardır[49].

Her bireyin olduğu gibi kamu görevlilerinin de sosyal medya platformlarını kullanmaları ve bu alanlarda paylaşımlarda bulunmaları ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmelidir. Buna göre kamu görevlilerinin ifade hürriyetlerini tamamıyla ortadan kaldıracak nitelikteki sınırlamalar, hukukun temel ilkeleri ile bağdaşmayacak ve Anayasa çerçevesinde güvence altına alınan hak ve özgürlükler bakımından aykırılık teşkil edecektir. Uygulamada kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımından kaynaklanan nedenlerle disiplin yaptırımına tabi tutuldukları ve bu nedenle disiplin yaptırımlarının uyuşmazlık konusu haline getirildiği görülmektedir. Çalışmanın bu kısmında Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklara bakış açıları örnek kararlar çerçevesinde ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Paylaşımları

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımlarından kaynaklanan başvurularda, ifade özgürlüğü ile kamu hizmetlerinin tarafsızlık, sadakat ve güven esasına dayanan yapısı arasında bir denge bulunup bulunmadığını incelemektedir.

Örnek bir olay, ülke gündemini uzun süre meşgul eden Gezi Parkı olayları sürecinde sosyal medya platformlarından biri olan Facebook üzerinden yaptığı paylaşımlar nedeniyle hakkında disiplin soruşturması başlatılan bir öğretmenin, ifadelerinin iktidardaki siyasi partiyi karalayıcı ve aşağılayıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandı-

49 Korhan Mavnacıoğlu, *Kurumsal İletişimde Sosyal Medya Yönetimi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 25; Vahap Göksu, *Kamusal Alan ve Siyasal Katılma Mecrası Olarak Sosyal Medya,* Çizgi Kitabevi, Konya, 2016, s. 1.

rılması üzerine ortaya çıkmıştır. Ardından İl İdaresi Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca da kamu yararı ve hizmet gerekleri gerekçesiyle görev yeri değiştirilmiştir. İlgili öğretmen bu işlemin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek yargı yoluna başvurmuş; ilk derece mahkemesi, söz konusu paylaşımların görevini sürdürmesine engel teşkil etmediği kanaatiyle atama işlemini iptal etmiştir. Ancak, istinaf aşamasında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, idarenin işleminde hukuka aykırılık görmeyerek ilk derece mahkemesi kararını bozarak atama işlemini hukuka uygun bulmuştur. İlgili kamu görevlisinin bireysel başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, sosyal medya paylaşımları nedeniyle uygulanan disiplin yaptırımının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğini belirterek; bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını taşımaması durumunda, 26. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, somut olayda müdahalenin kanunilik ve meşru amaç koşullarını karşıladığını kabul etmiş; ancak demokratik toplum düzeni yönünden yaptığı değerlendirmede, kamu görevlilerinin de ifade özgürlüğünden yararlanabileceğini, bununla birlikte bu özgürlüğün mutlak olmayıp bazı sınırlamalara tabi tutulabileceğini vurgulamıştır[50]. Anayasa Mahkemesi konuyu ele aldığı bireysel başvuru kararlarında kamu görevlisi olan bir kişinin belirli ayrıcalıklar ve avantajlara sahip olmasının yanında başkalarının tabi olmadığı bazı külfet ve sorumluluklar da taşıdığını dile getirmektedir. Aynı zamanda kişiler kamu görevine kendi özgür iradeleri ile girdiklerinden bu avantaj ve sorumlulukları da baştan kabul etmiş sayılmaktadırlar[51]. Bu bağlamda kamu görevlilerinin mesleklerini icra ettikleri zaman dilimi dışında da kamu görevlerini olumsuz etkileyecek durumlardan kaçınmaları gerekmektedir. Bu durum statülerinin gereği olarak katlanmaları gereken külfetler arasında gösterilebilir. Bu külfetlere uyulmaması durumunda da kamu görevlilerinin eylemleri ile orantılı bir şekilde disiplin yaptırımına tabi tutulmalarında herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır[52].

Anayasa Mahkemesi yukarıda aktarılan örnek olaydaki atama işleminin ise idarenin geniş takdir yetkisi kapsamında gerçekleştirdiği idari bir işlem olduğunu ve bu atama işleminin ilgililer üzerinde bir yaptırım olarak değerlendirilmemesi gerektiğini dile getirmektedir. Mahkeme, atama işleminin kamu görevlerinin etkin olarak yürütülebilmesi için gerekli olan bir araç olduğunu değerlendirmektedir. Bir başka deyişle Yüksek Mahkeme kamu görevlilerinin

50 AYM, MS.Ş., T. 17/11/2021, B. No: 2016/13501, § 34-37.

51 AYM, İhsan Asutay, T. 20/02/2014, B. No: 2012/606, § 38.

52 AYM, Gülistan Atasoy ve Diğerleri [GK], T. 21/01/2021B. No: 2017/15845, § 71.

herhangi kusurlu bir eylemleri bulunmasa da idarenin kamu hizmetinin etkin bir şekilde yürütülebilmesini sağlamak amacıyla bu yetkisini kullanabileceğini dile getirmektedir[53]. Bu doğrultuda yukarıda aktarılan örnek olayda Yüksek Mahkeme, somut olayın özellikleri değerlendirildiğinde kamu görevlisinin naklen atanması işleminde herhangi bir hukuka aykırılık olmadığını ve naklen atama işleminin zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediği ya da orantılı olmadığı yönünde bir değerlendirmenin yapılmasının mümkün olmadığını dile getirerek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir[54].

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlileri tarafından siyasi içerikli sosyal medya paylaşımı yapılmasına ilişkin verdiği kararlarda da ifade özgürlüğü ile kamu hizmetlerinin tarafsız yerine getirilmesi gerekliliği arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Buna ilişkin örnek bir olayda, kamu görevlisinin sosyal medya üzerinden bir siyasi partiye açıkça oy talep etmesi üzerine ortaya çıkmıştır[55]. Sosyal medya hesabı üzerinden yapılan paylaşımın sonucu olarak ilgili kamu görevlisine kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiş, ilgilinin başvurusu üzerine idare mahkemesi söz konusu disiplin yaptırımında herhangi bir hukuka aykırılık tespit etmeyerek davayı reddetmiş, istinaf aşamasında da Bölge İdare Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Bunun üzerine kamu görevlisi Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş ve Yüksek Mahkeme konunun ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Bu bağlamda yapılan değerlendirmede somut olayda başvuruya konu paylaşımların bir siyasi parti lehine veya aleyhine belirli bir kitleyi ikna etme çabası olarak değerlendirilebileceğini ve bu eylemin sosyal medya hesaplarından yapılmak suretiyle alenileştirildiğini dile getirmiştir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, ilgili kamu görevlisi tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarının, idarenin kamusal hizmetleri tarafsızlık ilkesine uygun şekilde yürütme yükümlülüğüne ve demokratik düzenin kırılganlığına karşı güvence sağlama işlevine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, söz konusu paylaşımlar nedeniyle uygulanan disiplin cezasının meşru bir amaç taşıdığı, zorunlu

53 AYM, Elif Güneysu, T. 07/10/2021, B. No: 2017/31733, § 50 ve 51; AYM., MS.Ş., T. 17/11/2021, B. No: 2016/13501, § 40.

54 AYM, Muhammet Serkan Şener, T. 17/11/2021, B. No: 2016/13501, § 50.

55 İlgili kamu görevlisinden sosyal medya paylaşımı şu şekildedir: "*Kenan Evren cehennem yolculuğuna giderken zihniyetini dünyada unuttu 7 haziranda evren zihniyetini cehenneme postalamak için oylar HDP'ye!".* Bunun yanında ilgili kamu görevlisinin farklı sosyal medya paylaşımları da soruşturma raporunda mevcuttur: *"Kobani'de destan günüdür yaşa YPJ/YPG", "Kobani düştü düşüyor diyen Tayyip'e merak etme Kobani düşmedi masken düştü!!!"* vb. gibi muhtelif paylaşımlar.

bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği ve bu nedenle ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal oluşturmadığı yönünde değerlendirmede bulunmuştur[56].

Farklı bir uyuşmazlıkta kamu görevlisinin görevi icabı katıldığı bir toplantıda yaşananları, sosyal medya hesabından yaptığı, "*İl Disiplin Kurulu toplantısında bulunan Vali Yardımcısı, Adana İl Milli Eğitim Müdürü [T.A.] ve iki kurum müdürü, [S.] İlçe Müdürlüğünde [M.] isimli hizmetlinin lojmandan geç çıkması nedeniyle aldığı kınama cezasının verilmesi yönünde görüş bildirdiler. Aziz Milletimizin nasıl yönetildiğini görün, bilin ve takdiri siz verin diye bir il müdürünün personelini harcaması değil sahip çıkması gerektiğini anlattık*" şeklindeki paylaşımları sebebiyle ortaya çıkmıştır. İlgili kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması başlatılmış ve soruşturma kapsamında, belirli bir paylaşımı sebebiyle kınama cezası, bir siyasi partiye yönelik eleştiri niteliği taşıyan diğer paylaşımları nedeniyle ikinci bir kınama cezası, ayrıca bir gazete haberi ile sınav istatistiklerine ilişkin yaptığı yorum nedeniyle ise uyarma cezası teklif edilmiştir. Nihai değerlendirme sonucunda ise kamu görevlisine kınama disiplin cezası uygulanmıştır. Kamu görevlisinin idare mahkemesinde ilgili idari işlemin iptali gerekçesiyle açmış olduğu dava herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir[57]. İlgili karar kamu görevlisi tarafından istinaf edilmiş ve Bölge İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararında herhangi bir hukuka aykırılık olmaması gerekçesiyle kararı onamıştır. Akabinde kamu görevlisi, bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurmuş ve Mahkeme, konunun ifade özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi gerektiğini ve söz konusu disiplin cezasının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının inceleneceğini belirtmiştir. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, kamu görevlilerinin statülerinden kaynaklanan belirli sınırlamalara tabi olabileceklerini kabul etmekle birlikte, bu durumun onların ifade özgürlüğü gibi temel haklarını peşinen ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, kamu görevlilerinin de ifade özgürlüğü kapsamında görüş ve eleştirilerini dile getirebileceğini; ancak bunun, görevlerinin ifasını aksatmayacak, tarafsızlık ilkesine zarar vermeyecek ve kamu hizmetinin güvenilirliğini zedelemeyecek

56 AYM, Ramazan Kavak, T. 05/09/2024, B. No: 2017/20729, § 51.

57 İlk derece mahkemesi ret gerekçesi şu şekildedir: "*Yapılan incelemede davacının kamu görevlisi sıfatıyla katılmış olduğu bir il disiplin kurulu toplantısına ilişkin bilgileri sosyal medya hesabı üzerinden paylaştığı görülmekle davacıya isnat edilen fiilin sübuta erdiği anlaşılmıştır. Bu durumda, davacının soruşturmaya konu diğer paylaşımlarının gazete haberlerini paylaşma niteliğinde olduğu ve bunun ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmayacağı tartışmalı olmakla birlikte yukarıda açıklanan davacının kamu görevlisi sıfatıyla katılmış olduğu bir il disiplin kurulu toplantısına ilişkin bilgileri sosyal medya hesabı üzerinden paylaşması ve eleştiri boyutunu aşacak şekilde İl Milli Eğitim Müdürü hakkında 'bir personeli harcadığı' şeklinde ifadeler kullanması fiili yönünden kınama cezasının verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*"

şekilde, ölçülü ve dengeli biçimde gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu olayda da Yüksek Mahkeme, sosyal medya hesabından paylaşılan ifadelerin kamu görevlisinin yükümlülüklerini yerine getirmediği şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığını, katıldığı bir toplantı hakkında eleştirel bir bilgi paylaşımında bulunduğunu ve kişi tarafından gerçekleştirilen paylaşımların ifade özgürlüğü sınırları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, kişi hakkında uygulanan disiplin cezasının Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edilmesi sonucunu hüküm altına almıştır[58]. Bu doğrultuda Mahkeme, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen örnek olay benzeri paylaşımların doğrudan disiplin yaptırımına tabi tutulmalarının doğru olmadığını, ilgili paylaşımların değerlendirilmesinde ifade özgürlüğü kapsamında olan bir husus olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Söz konusu paylaşımların ilgili kamu görevlisi tarafından yerine getirilen kamu görevini aksatacak, kamu görevlisinin tarafsızlığına zarar verecek ve kamu hizmetinden beklenen güvenilirliğe aykırılık teşkil edecek bir durum olmaması halinde söz konusu paylaşımların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmalıdır.

Kamu görevlilerinin sorumluluklarından biri de sadakat ve devlete bağlılıktır. Bu doğrultuda kamu görevlilerinin, hizmet yürüttükleri kurumun tüzel kişiliklerini hedef alan ya da kurum itibarını zedeleyen paylaşımlardan kaçınmaları gerekmektedir. Buna ilişkin örnek bir olay, kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımının[59] yerel bir gazetede haberleştirilmesi üzerine uygulanan disiplin cezası üzerine ortaya çıkmıştır. İdare, sosyal medya paylaşımının, dolaylı

58 AYM, H.Ö.V.Ç., T. 23/02/2022, B. No: 2017/39464, § 41-44.

59 Paylaşım şu şekildedir: "*FETÖ temizliği bitti mi? 1 temizlik görevlisi, 3 işçi, 2 bilmem ne... Bu mu??? Adamın çocukları FETÖ'den soruşturuluyor, sülalece yönetici... Bu ne perhiz, bu ne lahana turşusu??? Acaba Antalya bu temizlikten muaf mı??? Antalyalı olmak büyük ayrıcalık mı? Oh, ne ala memleket... Bütün FETÖ'cüler oldu S tarikatından... Sabır sabır da, nereye kadar??? S tarikatına geç AOF'li de olsan hiçbir şey de olamasan, bunlardan da geçtim Sıfır liyakatle yöneticiliği kap... mesai saatinde nargile içmeye gidenden müdür mü istersiniz? (Adamı kendi partisi bile kovmuş.) Daha ne enstantaneler... Düne kadar bize laf sokup, Erdoğan'ı görünce tüylerim diken diken oluyor, uyy diyenler, şimdi onu karşılamaya gidiyor. Değiştilerse sözüm yok. Doğru yolu bulmak da bir erdemdir. Yok uyduruk sorumlu unvanlarını kaptırmamak içinse, Allah Be.... versin. Bizler gülüp geçiyoruz... Şükür kimsenin yalakası olmadık. Bu yaşa kadar, ne anadan, ne babadan, ne eşten, ne partiden, ne tarikatlardan torpille işimizi yaptırmadık. Allah da torpile güvenecek kadar seviyesiz hale kimseyi getirmesin. Ne diyelim Ne ODTÜ'sü, ne İTÜ'sü, ne liyakati? Hepsi palavra. Sen torpilden haber ver. Hangi tarikattansın, sen ondan haber ver. Sadece Tayyipçi'ysen ya da liyakat üst düzeyde ise, üstüne üstlük dürüst ve sözünü esirgemeyen biri isen YANMIŞSIN ya. Bu güzel gecede her kim kimin hakkını yiyorsa Allah versin cezasını. Bizden geçti de, Rabbim çocuklarımızı böyle hak yiyen, çakma tarikatçılardan korusun. Hala, ama her şeye rağmen hala güvenimiz sonsuz. Cumhurbaşkanımız er ya da geç bu çarpık ve tuhaf adalet sistemi ile yönetilen yerleri mutlaka düzeltecektir. Zira artık bizim de sabrımız tükeniyor. Bari evlatlarımız üzülmesin. Saygı selam ve dua ile ÖNEMLİ NOT: Yukarıdaki mahlukatlara bakıp cumhurbaşkanıma tek bir söz söylemeyin. Çünkü onlar ona tek bir oy bile vermediler. Adımın Lale olduğu kadar da eminim.*"

yoldan kurumun tüzel kişiliğini hedef aldığını, idarecileri töhmet altında bıraktığını ve kamuoyunda kurum hakkında olumsuz bir algı oluşturma çabası amacını taşıdığını dile getirmektedir. Bu kapsamda idare, söz konusu eylemin devlet memuru vakarına yakışmayan, itibar ve güven duygusunu ortadan kaldıran bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle çalışan hakkında disiplin soruşturması süreci başlatmış ve disiplin cezası vermiştir. Disiplin cezası ilk derece mahkemesi tarafından hukuka aykırı bulunmuş[60] idarenin istinaf başvurusu üzerine istinaf makamı, ilgili kamu görevlisinin yapmış olduğu paylaşımların disiplin sürecinde üzerine atılı olan fiilleri işlediğinin delili olarak görmüş ve uygulanan disiplin cezasının hukuka uygun olduğunu ve ilk derece mahkemesinin aksi yöndeki kararının hukuki isabet taşımadığını dile getirerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla taşınan uyuşmazlık kapsamında Yüksek Mahkeme, başvurucu kamu görevlisi tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarının, yalnızca FETÖ yapılanmasına yönelik yürütülen soruşturmalar sonucunda boşalan kadrolara yapılan yönetici atamalarına ilişkin eleştirel nitelikte değerlendirmeler içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu paylaşımlarda eleştirilen kurumlara veya kişilere ilişkin doğrudan bilgi ifşası ya da isnat teşkil edecek bir içerik bulunmadığını, ayrıca bu paylaşımların başvurucunun çalıştığı kurumu veya mesai arkadaşlarını hedef aldığı yönündeki iddiaların zorlama yorumlar niteliğinde olduğunu vurgulamıştır. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, idarenin ve BİM'in başvurucunun disiplin cezası ile cezalandırılmasını meşru kılacak ilgili cezanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğine yönelik yeterli bir gerekçe ortaya koymadığını dile getirerek kamu görevlisine uygulanan disiplin cezasının Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden biri olan ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir[61]. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, kamu görevlileri tarafından da eleştirel mahiyette paylaşımlar yapılmasının mümkün olabileceğini ve bu paylaşımların kişiler ya da kurumlar hakkında ağır isnatlar içermediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarını ve bu

60 İlk derece mahkemesi ilgili kararı, kamu görevlisinin sosyal medya platformu üzerinden gerçekleştirdiği paylaşımların eleştiri mahiyetinde olduğunu ve söz konusu içeriklerde herhangi bir kurum ya da kişiye doğrudan atıfta bulunulmadığını gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu doğrultuda, kamu görevlisinin çalıştığı kurumu ya da kurum yöneticilerini mesnetsiz biçimde suçladığına dair iddiaların hukuki dayanağının bulunmadığı, ayrıca idarecileri töhmet altında bırakma ya da kamuoyu nezdinde algı oluşturma yönünde bir kastın sübuta ermediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, tüm bu gerekçelerle uygulanan disiplin cezasının hukuka aykırı olduğu kanaatine vararak söz konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

61 AYM, L.Ç., T. 18/10/2022, B. No: 2018/36354, § 35 ve 39.

kapsamda ifade özgürlüğünü değerlendirdiği kararlarında, toplumsal ve siyasal içerikli paylaşımların kamu hizmetinin tarafsızlık ve güven esaslarıyla nasıl bağdaştığını ele almakta ve söz konusu dengeyi kurma konusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır. Buna ilişkin önemli bir örnek de bir kamu görevlisinin, "*Barış İçin Akademisyenler Bildirisi*" veya "*Bu Suça Ortak Olmayacağız Bildirisi*" olarak adlandırılan metni sosyal medya hesabı üzerinden paylaşması sonucunda ilgili hakkında tesis edilen kınama cezası üzerine ortaya çıkmıştır. Mahkeme, söz konusu bildirinin "terörle mücadeleye karşı bir tutum içerdiği" yönündeki iddiaların sübuta erdiği kanaatine varıldığını belirtmiş ancak bu durumu daha geniş bir ifade özgürlüğü çerçevesinde ele almıştır. Kararda, bir kamu görevlisinin herkes gibi herhangi bir olaya ilişkin düşünceye sahip olabileceği ve düşüncelerini ifade etme hakkı olduğu dile getirilmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, somut olayda eğitim öğretimden sorumlu bir kişinin, ülkenin belirli bir bölgesinde devam eden şiddet olaylarını tek bir açıdan değerlendiren ve tamamen devleti suçlayıcı bir şekilde ele alan bir bildiriyi paylaşmasının, kamu görevlisinden beklenen özel güven ve tarafsızlık yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir. Özellikle kişinin yapmış olduğu meslek göz önünde bulundurulduğunda bir öğretmenin bu şekilde paylaşımlarda bulunmuş olmasının başta öğrencileri olmak üzere kendisinden nesnel davranma beklentisi içerisinde olan diğer kişilere de tek yanlı, uygunsuz ve şiddetli etkiler ortaya çıkarma potansiyeli olan fikirleri yayma riski yarattığı kabul edilmelidir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, kamu görevlilerinin hizmet dışında gerçekleştirmiş olduğu eylemler vasıtasıyla içinde bulundukları statünün sağladığı itibar ve güvene aykırılık teşkil eden davranışlardan kaçınmaları gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, kamu görevlisinin kamu hizmetine duyulan güveni zedeleyebilecek nitelikteki tutum ve davranışlarının, kamu görevliliği statüsünün gerektirdiği etik ilkelere aykırılık oluşturduğunu belirtmiş ve somut olayda uygulanan disiplin cezasının, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı gerekçesiyle hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme, disiplin cezalarının memurların kariyeri üzerinde bir etkinin olduğunu dile getirmiştir. Ancak somut olayda başvurucu hakkında tesis edilen kınama disiplin cezasının, söz konusu eylemin niteliği ve kamu hizmetinin gerektirdiği etik ilkeler dikkate alındığında, ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceğini dolayısıyla da orantılılık ilkesine aykırılık teşkil eden bir ceza söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır[62]. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınan yukarıdaki kararlar çerçevesinde kamu görevlilerinin sosyal medya platformlarını kullanmaları hususunun en temel haklarından birini teşkil et-

62 AYM, G.Ş., T. 28/03/2024, B. No: 2019/655, § 32 ve 36.

tiği belirtilmelidir. Bunun yanında kamu görevlilerinin Anayasal olarak kendilerine tanınmış olan bu özgürlüğü kullanırken, kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ve güvenilirliğini tehlikeye atacak tutumlardan da kaçınmaları gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, aksi davranışların kamu hizmetlerine olan güveni zedeleyeceğini dile getirmektedir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, özellikle eğitim gibi hassas görevlerde bulunanların paylaşımlarının gerek öğrenci ve gerekse toplum nezdinde tek taraflı ve etkili sonuçlar doğurabileceğinden sosyal mecraların kullanımı ve bu mecralarda gerçekleştirilecek paylaşımlar konusunda daha dikkatli davranılması gerektiği hususuna dikkat çekmektedir.

2. Danıştay Kararlarında Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Paylaşımları

Danıştayın da kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarına ilişkin uyuşmazlıklarda, bireylerin ifade özgürlükleri ile kamu hizmetinin gerekleri arasında bir denge kurmaya çalıştığı görülmektedir. Bu doğrultuda örnek bir kararında Yüksek Mahkeme, polis memurunun sosyal medya platformlarından birinde yapılan paylaşımın[63] altına yazdığı, "*memurların omuzları üzerine basa basa yükseldin. Taltifleri haksız yere toparladın da yükseldin. Memura eski model ekip aracı vererek, kendine son model makam aracı yaparak yükseldin...O omuza takılan yıldızlarda, çelenklerde memurun emeği ve alın teri var. Üstüne üstlük tepeden bakıp ego tatmin ediyorsun ya... Haram zehir zıkkım olsun demek lazım sadece!*" şeklindeki yorum sebebiyle disiplin yaptırımına tabi tutulması işlemini ele almıştır. Söz konusu kamu görevlisi hakkında başlatılan disiplin soruşturmasının sonunda ilgili kişiye amir ya da üstlerinin eylem ya da işlemlerini eleştirici nitelikte söz söylemek ya da yazı yazmak fiilinde bulunduğu gerekçesiyle on ay kısa süreli durdurma cezası verilmiştir. İlk derece mahkemesi, disiplin cezası uygulanan kamu görevlisinin, söz konusu sosyal medyadaki profil sayfasının kendisine ait olmadığı şeklindeki savunmasının ispata muhtaç olduğunu, ilgilinin soruşturması devam ederken veya ifadesi alındığında böyle bir iddiada bulunulmamış olduğunu ve bu nedenle kamu görevlisinin iddialarına itibar edilemeyeceğini dile getirmiştir. Buna göre ilk derece mahkemesi, ilgili hakkında uygulanan disiplin cezasının hukuka uygun olduğu kanaatine varmıştır. Temyiz başvurusu üzerine Danıştay 5. Dairesi konuyu ele almış ve söz konusu sosyal medya platformunda yapılan yorumun

63 Paylaşım şu şekildedir: "*Polis okulunda dersimize giren 2. sınıf müdürün sözlerini hala unutamıyorum: 'Seneler önce biz köy kahvesinde otururken, bir kamyon yanaştırdılar kahveye ve dediler ki, hadi bakalım ortaokul bitirenler komiser, ilkokul bitirenler polis memuru oldunuz... Sonra bizi kamyona doldurup Ankara'ya götürdüler... Ben ortaokul bitirmiştim ve o gün bugündür rütbe alarak bu zamana kadar geldik*".

ismine yer verilmeyen bir emniyet müdürünün sözlerinin alıntılandığı bir paylaşıma yönelik yapıldığı, bu paylaşımla ilgili kişinin ismine yer verilmediği gibi, kamu görevlisinin disiplin cezası almasına neden olan yorumunda da herhangi bir isim, ünvan, makam, yer ve tarih gibi herhangi bir kişiyi hedef almadığı ve yapılan yorumun mesleki sıkıntıları dile getirme mahiyetinde olduğu, sonuç olarak da ilgili yorumun kişinin kendi amir ve üstlerinin eylem ya da işlemlerini eleştirdiği şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığını dile getirmiştir. Bu nedenle kişi hakkında uygulanan ve uyuşmazlık konusu haline getirilen disiplin cezasının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen idare mahkemesi kararında da hukuki isabet bulunmadığı şeklinde hüküm kurmuştur[64]. Buna göre kamu görevlilerinin sosyal medya mecralarında yaptıkları yorumların kamu hizmetinin gereklerine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu bağlamda kamu hizmetlerinin gereklerine aykırılık teşkil etmeyen ve ifade özgürlüğünün kullanımı kapsamında değerlendirilmesi gereken hususlar nedeniyle de ilgililer hakkında disiplin yaptırımlarının uygulanmasının hukuka uygun olmayacağı ifade edilmelidir.

Kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımlarında dikkat etmeleri gereken önemli hususlardan biri de siyasi ve ideolojik paylaşımlar hususundadır. Buna yönelik örnek bir olay da bir kamu görevlisinin hakkında sosyal medya platformlarından birinde terör örgütü lehine siyasi veya ideolojik resim ve afiş paylaştığı gerekçesiyle hakkında adli soruşturma yürütüldüğünün idarece tespit edilmesi üzerine ortaya çıkmıştır. İlgili kamu görevlisi hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde söz konusu paylaşımların devlet memurluğuna yakışmayacak şekilde ve terör örgütlerini över nitelikte olduğu gerekçesiyle kamu görevlisi hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. İdari işlemin iptali talebi ile açılan davada idare mahkemesi, dava konusu işlemde herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmetmiştir. İstinaf başvurusu üzerine Bölge İdare Mahkemesi, kamu görevlisinin sosyal medya hesapları üzerinden terör örgütleri lehine birtakım paylaşımlarda bulunduğunun sübuta erdiğini dile getirmiştir. Ancak mahkeme, söz konusu paylaşımların yasaklanmış içerik barındırmadığını ya da basılı bir şekilde dağıtıldığı ve teşhir edildiğine yönelik herhangi bir bilgi bulunmadığı belirtmiştir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, bahse konu eylemin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda zikredilen ve çalışanların devlet memurluğundan çıkarılmasını gerektiren durumlardan birisi içerisinde yer almadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bozma kararı üzerine idare, temyiz başvurusunda bulunmuş ve konu Danıştay 12. Dairesi tarafından ele

64 Danıştay 5. Dairesi, T. 24/04/2019, E. 2016/23808, K. 2019/2937, www.kazanci.com.tr

alınmıştır. Yüksek Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirmede söz konusu paylaşımların devletin aleyhine ve bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda mahiyetinde olduğunu dile getirmiştir. Bu çerçevede ilgili kamu görevlisinin sosyal medya paylaşımlarının nitelik ve ağırlığı itibariyle devlet memuriyetinden çıkarılmayı gerektiren eylemler arasında sayılabileceği kanaatine varılmıştır. Mahkeme, bu doğrultuda uygulanan disiplin cezasının hukuka uygun olduğunu vurgulamış ve aksi yöndeki Bölge İdare Mahkemesi kararının hukuki isabet taşımadığını ifade etmiştir[65]. Bu doğrultuda bireylerin sosyal medya paylaşımları vasıtasıyla, devletin birliği, bütünlüğü ve anayasal düzen aleyhine tutum sergilemeleri durumunda kamu hizmetlerinin zarar göreceği ve nihayetinde de ortaya çıkan disiplin yaptırımlarının ölçülü ve meşru olarak kabul edilebileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca bu karar ile sosyal medya araçları kullanan kamu görevlilerinin, bu mecralarda gerçekleştirdikleri paylaşımlarda kamusal sorumluluk bilinci ile hareket etmeleri gerektiği de ortaya konmaktadır.

Sosyal medya platformlarının en önemli fonksiyonlarından biri de bireyler arasındaki etkileşimin sağlanmasıdır. Ancak bu etkileşim esnasında kamu görevlilerinin icra ettikleri mesleğin icaplarına göre hareket etmeleri diğer bir deyişle kamu hizmetlerinin gereklerine uygun davranmaları gerekir. Buna ilişkin örnek bir olay da öğretim üyesinin sosyal medya üzerinden ve üniversite dışında bölüm öğrencilerinden bazıları ile öğretim üyesi-öğrenci ilişkisinin sınırlarını aşan düzeyde kişisel bir yakınlık kurması ile ortaya çıkmıştır. Durumun öğrenilmesinin ardından disiplin soruşturması başlatılan kişi hakkında yüz kızartıcı ve utanç verici mahiyette eylemlerde bulunduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarma cezası uygulanmıştır. Kamu görevlisinin uygulanan disiplin cezasının iptaline yönelik açmış olduğu davada ilk derece mahkemesi dosyada mevcut olan öğrenci ifadeleri ve sosyal medya yazışmalarının sabit olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiş, Bölge İdare Mahkemesi istinaf başvurusuna konu kararın hukuka ve usule uygun olduğuna karar vermiş ve temyiz aşamasında Danıştay 8. Dairesi de Bölge İdare Mahkemesinin vermiş olduğu kararda herhangi bir hukuka aykırılık görmemiştir.[66] Buna göre kamu görevlilerinin mesleki etik standartlarına dikkat etmeleri gerektiği ifade edilmelidir.

Benzer bir durum görsel sanatlar öğretmeni olan davacının sosyal medya paylaşımları sebebiyle devlet memurluğundan çıkarılması üzerine söz konusu olmuştur. Öğretmen, kimliği belirsiz kadınlara dövme yapar göründüğü resim-

65 Danıştay 12. Dairesi, T. 23/11/2023, E. 2020/3259, K. 2023/5985, www.kazanci.com.tr; Benzer karar için bkz: Danıştay 12. Dairesi, T. 16/10/2023, E. 2020/1243, K. 2023/4966, www.kazanci.com.tr

66 Danıştay 8. Dairesi, T. 13/10/2022, E. 2021/1211, K. 2022/5639, www.kazanci.com.tr

leri sosyal medya hesabından paylaşmış Millî Eğitim Bakanlığı tarafından bu paylaşımlar nedeniyle disiplin soruşturması başlatılarak ilgili hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Disiplin cezasının iptaline yönelik başlatılan yargı sürecinde ilk derece mahkemesi öğretmenin paylaşımını kabul etmesi üzerine cezayı hukuka uygun bulmuş, istinaf başvurusu üzerine Bölge İdare Mahkemesi, dövme yapılan kadınların cinsel yönlerinin ortaya konulmadığı, söz konusu fotoğrafların kısa süre içerisinde sosyal medyadan kaldırıldığı ve söz konusu fiilin memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelikte olmadığı değerlendirmesinde bulunarak söz konusu disiplin cezasının kanunilik ve tipiklik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bölge İdare Mahkemesi'nin bu kararı Danıştay tarafından da onanmıştır[67]. Devlet memurluğundan çıkarılma ile sonuçlanan farklı bir sosyal medya paylaşımında hemşire, yasaklanmış yayınları basmak, çoğaltmak, dağıtmak ve teşhir etmek gerekçesiyle devlet memurluğundan çıkarma cezası almıştır. Disiplin yaptırımına karşı açılan davada ilk derece mahkemesi, tipik unsurunun oluşmadığı ve söz konusu disiplin cezasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. İdarenin istinaf başvurusu üzerine Bölge İdare Mahkemesi, söz konusu paylaşımların ideolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozacak eylemler olarak değerlendirilebileceğini belirterek uygulanan devlet memurluğundan çıkarma cezasının hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Temyiz incelemesinde de Danıştay söz konusu eylemler nedeniyle uygulanan disiplin yaptırımını hukuka uygun olduğuna karar vermiş ve bu çerçevede memuriyetten çıkarma cezası kesinleşmiştir[68].

Danıştayın, idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında bir kamu görevlisinin hizmet sınıfının değiştirilip değiştirilemeyeceğini ele aldığı bir kararında sosyal medya paylaşımlarından ötürü Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi öğretmeninin hizmet sınıfının memur olarak değiştirilip değiştirilemeyeceğini incelemiştir. Olayda ilgili öğretmen, veliler tarafından sosyal medya paylaşımları ve ders içeriği ile ilgili sürekli şikâyet edilmiş, bu şikayetlerin neticesinde iki defa kınama ve iki defa kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası uygulanmış ve ilgili öğretmenin hizmet sınıfı "memur" olarak değiştirilmiştir. İlgili idari işlemin aleyhine açılan davada idare mahkemesi, açık bir mesleki yetersizliğin tespit edilemediği gerekçesiyle ideal işlemi iptal etmiştir. Bölge İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmuştur. İdarenin temyiz başvurusu üzerine Danıştay, hizmet sınıfı değişikliği yapma

67 Danıştay 12. Dairesi, T. 05/06/2023, E. 2019/6110, K. 2023/3155, www.kazanci.com.tr

68 Danıştay 12. Dairesi, T. 23/10/2023, E. 2020/1728, K. 2023/5214, www.kazanci.com.tr; Benzer bir karar için bkz: Danıştay 12. Dairesi, T. 07/06/2023, E. 2019/2111, K. 2023/3244, www.kazanci.com.tr

yönündeki işlemin idarenin takdir yetkisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek söz konusu Bölge İdare Mahkemesi kararını bozmuştur[69].

Sonuç olarak kamu görevlilerinin sosyal medya platformlarını kullanımı konusunda topyekûn yasaklayıcı bir hükmün mevcut olmadığı ancak kamu görevlisi olmanın ortaya çıkardığı birtakım yükümlülüklerin bu platformların kullanımı esnasında gözetilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Yukarıda ele alınan kararların da Danıştay, kamu görevlileri tarafından sosyal medya mecraları gibi platformlarda yapılan paylaşımların, tamamıyla özel alan olarak değerlendirilemeyeceğini bu doğrultuda söz konusu paylaşımların kamu görevlisi statüsü ile bağdaşıp bağdaşmayacağının incelenebileceğini ifade etmektedir.

Yukarıda ele alınan kararlarda da görüldüğü üzere Danıştay, ifade özgürlüğünün anayasal sınırlar içerisinde kalmak suretiyle kamu görevlileri bakımından sınıflandırılabileceğini dile getirilerek; hakaret, siyasal paylaşımlar, terör örgütü propagandası veya şiddet içeren beyanlar gibi beyanların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini dolayısıyla da disiplin cezası gerekçesi olarak kullanılabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, kamu görevlilerinin devlete sadakat ve siyasi tarafsızlık yükümlülüğü altında bulunduklarını dile getirerek sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen paylaşımların devletin bütünlüğüne aykırılık teşkil etmemesi gerektiğini, siyasi parti propagandası mahiyetinde paylaşımların ya da kurumların işleyişini zedeleyen, hiyerarşik ilişkiyi bozan paylaşımların sadakat ve siyasi tarafsızlık gibi yükümlülüklere aykırılık teşkil edebileceğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarından çıkarılabilecek önemli bir sonuçta, sosyal medya paylaşımlarının hangi disiplin suçuna karşılık geldiğinin açık bir şekilde ve kanuna uygun olarak gösterilmesi gerekliliğidir bu nokta aksi durumda tipik ve kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olacak ve uygulanan disiplin cezası iptal edilebilecektir.

Sonuç ve Değerlendirme

Günümüzde sosyal medya platformları, bireyler tarafından yoğun bir şekilde kullanılan, içerik üretme ve anlık paylaşımda bulunma yoluyla etkileşimde bulunulan dijital mecralar haline gelmiştir. Söz konusu iletişim vasıtaları yoluyla bireyler kendi sosyal çevrelerinin dışına çıkarak herkesle doğrudan iletişim kurulabilmektedirler. Bu durum, zaman zaman gerçekleştirilen paylaşımların içeriği bakımından sorgulanmasına ve yargı organına yansıyan uyuşmazlıklar haline gelmesine neden olmaktadır.

Kamu görevlilerinin de bu platformlara dahil olma/hesap açma konusunda herhangi bir sınırlamaya tabi olmadıkları bilinmektedir. Bu doğrultuda kamu

69 Danıştay 2. Dairesi, T. 16/03/2021, E. 2020/2159, K. 2021/633, www.kazanci.com.tr

görevlileri de diğer bireyler gibi söz konusu platformları kullanmakta, içerik üretmekte ve çeşitli paylaşımlarda bulunmaları söz konusu olabilmektedir. Ancak kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları nedeniyle disiplin yaptırımına tabi tutuldukları ve bu durumun yargıya intikal ettiği birçok vaka da bulunmaktadır. Bu doğrultuda ilgili disiplin yaptırımları hukuka uygunluk bakımından denetlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarını ele aldığı uyuşmazlıklarda ekseriyetle konuyu Anayasanın "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlığını taşıyan 26. maddesi bağlamında ele almaktadır. Bu madde uyarınca, herkes, her türlü araçla düşüncesini açıklama ve yayma hürriyetine sahiptir. Ancak bu özgürlüğünde mutlak bir hak olarak değil, belirli sınırlamalara tabi bir hak olarak düzenlendiği ifade edilmelidir. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, 26. madde kapsamında yapılacak sınırlamaların, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına" ilişkin kriterlere uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, kanunla öngörülmeyen, demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmayan veya ölçülülük ilkesine aykırı olan sınırlamalar, 26. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal niteliği taşımaktadır.

Bu bilgiler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin, kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımları sebebiyle disiplin yaptırımına tabi tutulması ve bu yaptırımların hukuka uygun olarak kabul edilebilmesine yönelik değerlendirmelerinde üç kriter aradığı görülmektedir. Bunlar; kanunilik ilkesine riayet edilmesi, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterleridir. Kanunilik ilkesi kapsamında, kamu görevlilerine uygulanacak disiplin yaptırımlarının açık yasal dayanağı bulunmasının bir zorunluluk olduğu ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle, kanunda açıkça öngörülmemiş bir disiplin cezası uygulanması, hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayacak olup, bu tür bir işlem baştan itibaren hukuka aykırı kabul edilecektir. İkinci olarak Yüksek Mahkeme, konuyu ele aldığı birçok kararında söz konusu sınırlamaların meşru bir amacının olması gerektiğini dile getirmektedir. Meşru amacın ne olduğu Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanında uluslararası mahkeme kararlarında da meşru amacın varlığına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kamu görevlilerine uygulanacak disiplin cezalarının meşru bir amaca hizmet edip etmediği değerlendirmesini yaparken, yalnızca mevzuatta ilgili yaptırımın düzenlenmiş olmasını yeterli görmemektedir. Mahkeme, bu konuda somut bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğunu dile getirmektedir. Buna göre kamu görevlilerine uygulanacak

disiplin yaptırımlarının meşru bir amaca hizmet ettiğini ifade edebilmek için, ilgili kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini etkilediği, kamu hizmetinin sürekliliğini sekteye uğrattığı veya ilgili kamu görevlisinin görev yaptığı kurumun itibarını zedelediği tespitlerinin açıkça yapılmış olması gerekmektedir.

Kamu görevlilerinin sosyal medya paylaşımlarından ötürü uygulanan disiplin yaptırımlarının hukuka uygun kabul edilebilmesi için üçüncü kriter, ilgili sınırlandırmaların demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, bir sınırlandırmanın demokratik toplum düzeni bakımından gerekli kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamasını ve söz konusu eylem ile uygulanan ceza arasında bir orantı olması gerektiğini belirtmektedir. Bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için ilgili kısıtlamanın amacı bakımından elverişli olması, başvurulabilecek son çare niteliği taşıması ve alınabilecek önlemler arasında en hafifi olması gerekmektedir. Bu manada sınırlama bakımından amaca ulaşmaya hizmet etmeyen yahut hedeflenen amaca ulaşma konusunda bariz bir biçimde ağır müdahale niteliği taşıyan sınırlamalar toplumsal ihtiyacı karşılayan bir önlem olarak ifade edilmeyecektir. Diğer taraftan orantılılık ise hedef ile sınırlama arasında bir dengesizlik bulunmamasına işaret eder. Bireyin hakkı ile kamunun menfaati arasında bir denge bulunmalıdır. Bu manada kamunun menfaati sağlanmaya çalışılırken bireylerin hak ve özgürlük alanına gereğinden fazla müdahalede bulunulması orantılılık ilkesiyle ters düşecektir.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlisi statüsüne sahip olmanın, kimi zaman bu statüye sahip olmayan kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara riayet etmeyi de gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda kamu görevlileri bazı hususlarda özel sorumluluk ve sınırlamalara tabi tutulabileceklerdir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu durumun kamu görevlilerinin birey olarak düşünce ve ifade özgürlüklerini tamamıyla ortadan kaldıracak şekilde değerlendirilmesinin mümkün olmadığını da belirtmektedir. Bu doğrultuda kamu görevlilerinin siyasal ya da toplumsal olaylara ilişkin görüşlerini beyan etmeleri ve tercih belirtme haklarının varlığının Anayasal olarak güvence altına alındığı bilinmektedir. Hal böyle iken, anayasal hakların kullanımı sırasında kamu görevliliğinin ortaya çıkardığı birtakım sorumluluklarında bilincinde olmak gerekmektedir. Bu noktada Yüksek Mahkeme, kamu görevlilerinin siyasi yansızlık ilkesine uygun kamu görevi icra etmelerini; görüşlerini beyan ederken tarafsızlıklarına gölge düşürebilecek, vatandaşların kamu hizmetlerine duydukları güveni sarsabilecek bir denge içerisinde hareket etmeleri gerekliliğinin önemine işaret etmektedir.

KAYNAKLAR

- Bahçe, Ahmet; Demir, Abdullah, "İfade Özgürlüğünün Teorik Boyutu ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi"*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, ss. 41-80.
- Bozkurt, Enver; Dost, Süleyman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2002, ss. 47-74.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu),* Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Davis, Daniel J.; Tammy, E. Beck, "How Social Media Disrupts Institutions: Exploring the Intersection of Online Disinformation, Digital Materiality and Field-Level Change", *Information and Organization*, Cilt 33, Sayı 4, 2023, ss. 1-20.
- Dilaveroğlu, Arzu, "Kamu Yönetimi İçin Sosyal Medya Politika Önerisi", Ed. Mustafa Lütfi Şen, *Sessiz Gemi (Prof. Dr. Bilal ERYILMAZ'a Armağan),* Cilt 2, Marmara Belediyeler Birliği, İstanbul, 2022, ss. 347-360.
- Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", içinde *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Ed. Bekir Berat Özipek, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, ss. 8-13.
- Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku,* Orion Kitabevi, Ankara, 2011.
- Fiş-Üstün, Gül, "Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2018, ss. 17-35.
- Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku,* Der Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt 2, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.
- Gradwohl, Ronen; Yuval Heller; Arye Hillman, "How Social Media Can Undermine Democracy", *European Journal of Political Economy*, Cilt 86, 2025, ss. 1-41.
- Gül, Cengiz, "AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2019, ss. 105-126.
- Göksu, Vahap, K*amusal Alan ve Siyasal Katılma Mecrası Olarak Sosyal Medya,* Çizgi Kitabevi, Konya, 2016.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku,* 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- Güran, Sait, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri,* İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969.
- Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku,* 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Keskinsoy, Ömer; Demir, Hande Seher; Semih Batur Kaya, "İfade Özgürlüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2020, ss. 139-190.
- Mavnacıoğlu, Korhan, *Kurumsal İletişimde Sosyal Medya Yönetimi,* Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Okumuş, Ali, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 2. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1964.

- Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- Şen, A. Fulya; Şen, Y. Furkan, "Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2015.
- Sievi, Luzia; Pawelec,Maria, "(How) Should Security Authorities Counter False Information on Social Media in Crises? A Democracy-Theoretical and Ethical Reflection", *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Cilt 116, 2025.
- Sobacı, M. Zahit; Köseoğlu, Özer; Karkın, Naci, *Belediyelerde Sosyal Medya*, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, İstanbul, 2015.
- Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları,* LDT Yayınları, Ankara, 2001.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Tortop, Nuri, "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3, 1983, ss. 89-100.
- Tumay, Murat, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2020, ss. 117-130.
- Tutum, Cahit, *Personel Yönetimi*, 2. Bası, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1979.
- Wang, Jian; Zhai, Yujia; Shahzad, Fakhar, "Mapping the Terrain of Social Media Misinformation: A Scientometric Exploration of Global Research", *Acta Psychologica*, Sayı 252, 2025, ss. 1-15.
- White, Carla; Luttman, Shelby; Avery, Elizabeth Johnson, "Public Information Officers Use of Social Media Monitoring: An Updated Analysis of Current Practice", *Public Relations Review*, Cilt 51, Sayı 1, 2025, ss. 1-10.
- Yayla, Atila, "İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, Cilt 19, Sayı 74, 2014, ss. 139-150.
- Yıldırım, Turan, "Türkiye'nin İdari Teşkilatı", Ed. Turan Yıldırım, *İdare Hukuku,* 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Yuen, Jeremy; Teoh, Chun; Bhatt, Nikita R.; Cucchiara, Vito; Rojo, Esther Garcia; Gauhar, Vineet; Mercader, Claudia ve Diğerleri, "Best Practice in Using Social Media: The European Association of Urology Position Statement", *European Urology*, Cilt 87, Sayı 2, 2025, ss. 104-107.
- Zor, Burç Volkan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2022, ss. 201-250.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

- www.anayasa.gov.tr
- www.etik.gov.tr
- www.hsk.gov.tr
- www.kararlar.gov.tr
- www.kazanci.com.tr
- www.lexpera.com.tr
- www.tdk.gov.tr

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος) Fikrinin Kökenleri ve Dönüşümü*

Origins and Transformation of the Idea of Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος)

Abdullah ERYİĞİT**

ÖZ

Bu çalışma egemenlik kuramının ayrılmaz parçası hâline gelen (*nomos empsychos - νόμος ἔμψυχος*) yaşayan yasa kavramına odaklanmaktadır. Temelde kavramın ilk örneğine ve bu örnek üzerinden gelişimine ışık tutmaya çalışır. Bunu yaparken çeşitli düşünürlerin kavram tarihine yaptığı katkı ortaya konulmak istenmektedir. Aynı zamanda pek çok fikrin uğradığı bir akıbete bu fikrin de uğradığı başka bir deyişle yaşayan yasa konseptinin de değişmeden ya da zamana ve mekâna direnip mevcut formunu bozmadan kalması mümkün olmamıştır. Çalışmada bu dönüşüm de ele alınacaktır. Kavramın gelişiminde korunan unsurlar ve metamorfoza uğrayan unsurlar okurla paylaşılmıştır. Ayrıca makalede dönemsel ayrıma gidilmiş ve okuru rahatlatmak adına kısa bir soyağacı çalışması ve kavram haritalandırılması da yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nomos empsychos, νόμος ἔμψυχος, yaşayan yasa, Antik Yunan kraliyet fikri, Helenistik dönem kraliyet fikri, demokrasi, monarşi.

ABSTRACT

This study focuses on the concept of living law (nomos empsychos - νόμος ἔμψυχος), which has become an integral part of the theory of sovereignty. It aims to shed light on the earliest example of this concept and trace its development through that example. In doing so, the study seeks to highlight the contributions of various thinkers to the concept's history. At the same time, it recognizes that the concept of living law, like many others, has not remained static over time. It has evolved, adapting to different historical and spatial contexts. This transformation will also be addressed in the study. Both the elements that have been preserved and those

* Makale gönderim tarihi: 31.10.2024. Makale kabul tarihi: 20.12.2024. Abdullah Eryiğit, "Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος) Fikrinin Kökenleri ve Dönüşümü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 181-254, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.6

** İstanbul Medipol Üniversitesi Doktora Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, 0000-0002-1757-0187, aeryigit@medipol.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

that have undergone significant changes will be presented to the researcher. Furthermore, the article is divided into periods, offering a brief genealogical analysis and concept mapping to provide clarity for the researcher.

Keywords: Nomos empsychos, νόμος ἔμψυχος, living law, Ancient Greek royal idea, Hellenistic royal idea, democracy, monarchy.

Giriş

Yasanın hem ölümlülerin hem de ölümsüzlerin kralı olduğunu söyleyen Pindar[1], aslında Yunanlıların sahip olmaktan ve dahası icat etmekten kıvanç duydukları bir hususu da vurgular. Onlar poliste tiranların hırslarıyla değil yasanın görece eşit ve özgür kıldığı bir "cennette", demokrasinin nimetleriyle yaşamayı öğrenmişlerdi. Fakat metaforu takip edersek, düşünsel sürgün ya da cennetten düşüş manasına gelebilecek fikirler de yine Yunan düşüncesinde filizlendi. Yasanın kral (*basileus*) olduğu anlayıştan, kralın bizatihi yasa olduğu dönüşüm de yine bu topraklarda başlayacaktı. İlerleyen yüzyıllarda egemenliğin idrak edilmesi için başat terimlerden biri hâlini alacak no*mos empsychos* (*νόμος ἔμψυχος*)[2,

1 Pindar, Fr. 169: "*Νόμος ὁ πάντων βασιλεὺς θνατῶν τε καὶ ἀθανάτων*", "*Law is the king of all, both mortals and immortals*." "Nomos (yasa), hem ölümlülerin hem de ölümsüzlerin kralıdır." Burada Zeus'un aslında yasa olarak, *nomos* olarak cisimleştirildiği de ifade edilebilir.

2 Türkçeye yaşayan yasa şeklinde çevrilebilecek bu ifade siyasal ilahiyatın önemli ve kilit kavramlarından biridir. Bugüne kadar Türkçe yazında özellikle hukuk, siyaset ve teoloji bağlamında üzerine detaylı bir yazın geleneği oluşmamıştır. Fakat bu durumun sadece Türkçe yazına özgü olmadığı kolaylıkla söylenebilir. Konu hakkındaki detaylı monografi çalışmaları oldukça az sayıdadır. İlk olarak Erwin Goodenough'un *The Political Philosophy of Hellenistic Kingship* makalesi bulunmaktadır. Bu makalede Goodenough *νόμος ἔμψυχος* kavramının kökenini ve düşüncenin temel taşlarını araştırmaktadır. Ona göre bu fikir Pers etkisiyle Yunan düşüncesine dahil olmuştur. İkinci eser ise Louis Delatte'nin *Les Traités de la Royauté d'Ecphante, Diotogène et Sthénidas* adlı eseridir. Bu eserde Neopisagorcu metinler incelenmektedir. Bir üçüncü eser Artur Steinwenter'ın *ΝΟΜΟΣ ΕΜΨΥΧΟΣ* (1949) adlı makalesidir. Bu makalede Steinwenter daha sonra *lex animata* olarak ele alınacak yaşayan yasa konusunun Yunan siyasi ideolojisiyle bağlarını ortaya koyar. Dördüncü bir çalışma ise Ernst Kantorowicz'in *The King's Two Bodies* adlı eseridir. Bu çalışmada ise İngiltere'de Orta Çağdan modern döneme kadar egemenlik kavramının dönüşümü incelenmektedir. Bu analiz, iktidarın hukuksal ve teolojik temellerini ortaya koyar. Aynı zamanda modern egemenlik anlayışlarının kökenlerine ışık tutar. Kantorowicz, kralın iki bedenini, sadece bir Orta Çağ doktrini olarak değil, Batı düşüncesinin siyasi ve hukuki evriminin önemli bir parçası olarak ele alır. Aynı zamanda bu eser 2018 yılında Türkçeye de kazandırılmıştır. Beşinci bir çalışma Steinwenter'ın makalesiyle aynı adı taşıyan Gerhard Aalders'in *ΝΟΜΟΣ ΕΜΨΥΧΟΣ* (1969) yılında kaleme aldığı eserdir. Burada Platon'un bu fikrin ortaya çıkışına yaptığı katkılar tartışılmaktadır. Hatta Gerhard'a göre Platon bu fikrin öncüsüdür. Altıncı bir eser ise Oswyn Murray'in *Περὶ βασιλείας* (Krallık Üzerine) adlı tezidir. Murray ise tek bir doktrinden söz etmenin yanlışlığını vurgular. Bu kavramın değişik kullanımlarını inceler. Yedinci bir çalışma ise John W. Martens'e ait olup *One God, One Law* adlı monografik incelemedir. Sekizinci bir kaynak ise Miguel Vatter'in *Living Law: Jewish Political Theology from Hermann Cohen to Hannah Arendt* başlıklı çalışmasıdır. Vatter İskenderiyeli Philo ve Yahudi siyaset düşüncesi geleneği üzerinden yaşayan yasa fikrinin demokrasi ile kurduğu ilişkiyi ele almaktadır. Daha çok Aalders'e katkı niteliğindedir ve yaşayan yasa düşüncesinin Yunan köklerini detaylandırmaya çalışır. Bu listeye bir yedincinin de eklenmesi uygundur. En güncel yabancı yazın örneği ise Ákos Tussay'in, *A History of the Nomos Empsychos*

[3], fikri birçok yazının, filozofun ve hukukçunun da merkezi konularından biri olacaktı.

Bu dönüşümün anlaşılması için *sine qua non* unsurlardan biri özelde yasaya

---

Ideas adlı tezidir. Burada da yaşayan yasa fikrinin erken dönem kaynakları detaylı bir şekilde çalışılmakta ve Archytas'çı kökeni nitelikli biçimde incelenmektedir. Her ne kadar burada yazın geleneğine katkı sağlayacak müstakbel araştırmacılar için temel kaynakları belirtmeye çalışsak da bunun tüketici olmadığı hatırlatılmalıdır. Yine de 20. yüzyılın başında konuya duyulan yeniden ilgiye rağmen bu başlık hakkında çok sayıda eser olmadığını söylemek gerekmektedir. Aşağıda hakkında daha detaylı açıklama yapılacak *nomos* ve fizik kökünden gelen *empyshcos* ifadelerinin Türkçeye nasıl kazandırılması gerektiği hususu tam olarak tartışılmış değildir. Benzer bir eksikliğin İngilizce yazın için de geçerli olduğu kolaylıkla söylenebilir. Nitekim bu düşünce, kimi zaman "*animated*", "*embodiment*", "*living*" kelimeleriyle ifade edilmiştir. Dolayısıyla Türkçeye canlı yasa, cisimleşmiş yasa, yaşayan yasa şeklinde çevrilebilecektir. Ben de makalede yeri geldikçe bu kavramları birbiri yerine geçecek şekilde kullanacağım. Fakat asıl tercihim yaşayan yasa ifadesidir. Bu kalıpların tamamı aslında ufak nüanslara sahip, birbirlerini karşılamak potansiyelini de barındıran yeterli ifadelerdir. Yine de literatürde konuyu ele alan akademisyen ve düşünürlerin çoğunluğu "*living*" tertibiyle bu fikri karşılamayı uygun bulmuşlardır. Hem az önce zikredilen sebeple hem de Martens'in de ifade ettiği gibi *νόμος ἔμψυχος* aslında bir insanın doğrudan yaşamıyla da ilişkili olduğundan *yaşayan yasa* tercihi çok daha isabetlidir. (John W. Martens, *One God, One Law: Philo of Alexandria on the Mosaic and Greco-Roman Law*, Brill Academic Publishers, Boston & Leiden, 2003, s. 31)

3 Burada hukuk sosyolojisi literatüründe iyi bilinen Eugen Ehrlich'in yaşayan hukuk (*living law*) ifadesiyle bu çalışmada ele alınan yaşayan yasa (*νόμος ἔμψυχος*) ifadesinin karşılaştırılması çok kısa da olsa gereklidir. Özellikle Eugen Ehrlich'in ifadesi sosyolojik bir incelemenin ve bu disipline dair bir perspektifin hukuka kazandırılmasını hedeflerken, yaşayan yasa kavramı daha ziyade siyasal rejim ve hukuk felsefesi tabanından hareketle anlaşılacaktır. Erlich'in tanımı bu hususta aydınlatıcıdır. "O halde bu, mahkemelerin ve diğer mercilerin uyguladığı hukuktan farklı olan yaşayan hukuktur. Yaşayan hukuk hukuki önermeler içerisinde vazedilmiş olmasa da hayata hükmeden hukuktur. Bu hukuk hakkındaki bilgimizin kaynağı, birinci olarak, modern hukuki belgelerdir; ikinci olarak, hayatın, ticaretin, âdet ve teamüllerin ve yalnızca hukukun tanıdığı değil, aynı zamanda görmezden geldiği ve göz yumduğu hatta onaylamadığı bütün birliklerin doğrudan gözlemlenmesidir." Eugen Ehrlich (Terc. Artun Mimar), *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 487. Bu pasajın yaşayan hukukun tanımı kabul edilebileceği hk. bkz. David Nelken, "Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities", *Theoretical Inquiries in Law*, Cilt 9, Sayı 2, 2008, s. 446. İlk bakışta kesinlikle ikisi arasında doğrudan ilişki kurmak mümkün görünmese de tarihsel süreç içerisinde iki terkip arasında anlamlı bağlantılar kurulabileceği iddiası da gündeme getirilebilir. Makalenin dönemsel sınırları dolayısıyla bu hususta yalnızca Ehrlich'in kısa bir pasajına ve devamında yorumuna yer verilecektir. "Bir dönemin ya da bir halkın hukukunu kanunun bölümlerine hapsetmeye çalışmak bir akarsuyu bir gölette hapsetmek kadar akıl dışıdır. Bir gölete konulan su artık canlı bir akarsu değil, durgun bir havuzdur ve havuzun içine az su konulabilir. Ayrıca, yaşayan hukukun bu kanunların her birini onların yürürlüğe girdiği anda çoktan geçmiş ve onlardan uzaklaşmış olduğunu ve onlardan her gün gittikçe uzaklaştığını düşündüğümüzde, modern hukuk araştırmacısının dikkatine sunulmamış olan bu henüz sürülmemiş çalışma sahasının devasa kapsamının farkına varırız." Ehrlich, s. 482 ve 483. Burada dikkat çekici olan husus aslında halkın içinde yaşayan hukukun, cari kanunların durgunluğundan çok daha iyi çözümler getirdiği, en azından dönemin koşul ve ihtiyaçlarına daha iyi cevap verdiği iddiasıdır. Buna benzer bir ikilik aşağıda görüleceği üzere yazılı yasa-yaşayan yasa arasında da mevcuttur. Elbette Ehrlich için yaşayan hukuk kesinlikle tek bir kişinin yaşamıyla sınırlı değildir. Aksine bütün bir toplumla birlikte anlaşılabilecektir. O hâlde nasıl ki daha önce egemenlik kişide tezahür ederken artık toplumsal bir düzeyde tanımlanıyorsa benzer bir sonuç yaşayan yasa (bilinçli şekilde yasa ifadesi kullanıldı) için de geçerli olabilir. Yaşayan yasa her ne kadar kişisel bir ünvan gibi görünüyorsa da tarihsel süreçte pek çok dönüşüm geçirmiştir. Bu dönüşümün son durağında yaşayan yasa ve yaşayan hukuk kavramlarının birbirlerine yaklaşması da mümkün görünmektedir.

ve genelde hukuka nasıl yaklaşıldığını idrak etmektir. Her ne kadar yasanın yönetimi istenilen ve erdemli bir idareyse bile yasanın bizatihi tabiatı gereği, kendi kendinde barındırdığı erdem su götürmez değildi. Yasal her adım aynı zamanda adalet gibi bir yol arkadaşına sahip olmayabilirdi, sofist itirazlar hatırlanırsa yasanın güçlüyü koruyan, yönetenlerin çıkarlarının muhafazası anlamına geldiği de düşünüldü[4]. O hâlde yasanın mı yöneteceği yoksa yasaya içerik kazandıracak birinin mi yöneteceği sorusu içerisinde kimi karşıtlıkları da barındırır: Adaletsizlik ve adalet, yazılı yasa ve yaşayan yasa, donuk kurallar ve yaşamıyla kural olan yeni bir yönetici modeli.

Antik Yunan *polis*leri demokrasiden önce krallıkla yönetiliyordu. Kral göksel adaletin bir takipçisi, Zeus'un halefiydi. Dolayısıyla dikkate değer olan *nomo*sun hangi türü (sözlü, yazılı, yaşayan, doğal vb.) hakkında konuşursak konuşalım her zaman ilahi olanla ilişkilendirilmesidir. Bu idrak biçimi *nomos*u sadece hukukla değil teolojiyle de bağlar. Özellikle M.Ö. beşinci yüzyıla gelindiğinde kral sesini hukuka bıraktı. Nitekim hukukun bir kralın aksine akrabaları, kayırabileceği zengin dostları, kişisel tutkuları dolayısıyla öznel yaşamı yoktu; hukuktan nesnel kararlar alabilmesi bekleniyordu. Her ilahi iddiayı kökünden sarsan şüphe yasanın da uhrevi ısrarını zayıflatır. Yasa Yunanlıları ahlaklı ve adil kılan şey olmayabilir; hatta geleneğin katı sesinin, acımasızlığa varabilecek keyfi taleplerinin bir toplamı da olabilirdi. Mademki yasa adalet ilkeleri yerine toplumsal uzlaşıya dayanıyor ve güç talebinin bir tür *mimesis*i ise neden yasaya itaat edildiği pekâlâ sorulabilir. O hâlde yazılı yasalar (*ἄγραφοι νόμοι - agraphoi nomoi*) diğer yasalardan farklı olarak hiyerarşik manada daha alt bir düzeyde yer almalıydı. Nitekim yazılı yasaları mutlak, istisnasız diye tanımlama ve sınırlama imkânı yoktu. Göksel varlıklar gibi mükemmel bir düzene sahip değildiler. Hatta aynı anda çelişkili iddialar sunabilirler[5].

Çözümsüz kalan bu soruna cevap, erdemli bir krala duyulan özlemde (İskender'in hükümdar olana dek devam eden) aranmıştır. Yunanlılar elbette Perslerin tebaası olmaktansa ölmeyi göze almış ancak yine de bu kralların mutlak ve yayılan egemenliğine sempati duymuşlardır. Bunun temsilini *Cyropaedia*'da kolaylıkla görebiliriz. Hem Kyros'u hem de Sparta'yı inceleyen Ksenophon'un ideal devleti, tebaasını fiziksel, zihinsel ve ahlaki açıdan her yönden aşan mutlak bir hükümdarın egemen olduğu devlettir. Platon ve Aristoteles, Sokratik ekolü takip etmiştir ve bu ekol için demokrasinin benimsediği

4 Bu husus Monteigne tarafından şairane ifade edilmiştir: "Artık yasalar, özünde adil oldukları için değil, yasa oldukları için itibar görüyorlar. Otoritelerinin mistik temeli budur; başka hiçbir şey yoktur. Bu da onlara çok yarar sağlar." Montaigne – *Essays*, Book III, Chapter XIII, Of Experience, (Terc. John Florio), 1603, https://hyperessays.net/florio/book/III/chapter/13/ (31.10.2024).

5 Martens, s. 1, 2 ve 3.

doğal eşitlik sorunlu bir veçheye sahiptir. Politika metinlerine bakılırsa filozofun ya da erdemli kişilerin iktidar makamını temsil ettiği krallık rejimi daha evladır[6]. İlerleyen bölümlerde daha detaylı incelenecek bu ekolün demokrasi ile kurduğu ilişki kanaatimce yasa-kral arasındaki dönüşümün mihenk taşlarından birini oluşturur.

İskender'den sonra başlayan Helenistik dönemde hükümdarı yasanın yahut Tanrı'nın cisimleşmiş hâli ya da imajı olarak gören önemli bir gelenek gelişmiştir[7]. Hatta Pisagorcu literatürle zenginleşen bu kraliyet doktrininin Helenistik çağın resmî siyasi düşüncesini temsil ettiği söylenebilir[8]. Helenistik hükümdarlar nesiller boyunca tanrılığın çeşitli ritüellerini ve sembollerini benimsemişler ve bu tutum Büyük İskender Hindistan seferinden döndükten sonra Korint Birliği içerisindeki Yunan şehirlerinde onun tanrılığının kabulüyle başlamıştır. Daha sonra yaşayan yasa fikri birçok felsefi sistemin katkılarıyla (NeoPisagorcular, NeoPlatonistler, Stoa vb.) tam manasıyla ortaya çıkmıştır. Özellikle Roma İmparatorluğu'nun ayrılmaz bir parçası hâline gelmiştir. O kadar ki, yaşayan yasa ideali Roma'nın geçirdiği en büyük dönüşümlerden birinden yani resmî din olarak Hristiyanlığın benimsenmesi metamorfozundan sonra bile kendine yer bulmuştur[9].

"Yaşayan yasa fikrinin kesin tanımı değişmekle birlikte gördüğü işlev hemen hemen aynıdır. Tanrısal düzenliliği, evrenin ahengini kendi yaşamında temsil ve taklit ederek yeryüzü devletinde de bu ahengi ve uyumu sürdürmek. Bu *mimemis* zinciri vatandaşlara da kralı taklit etme görevini yükler. Nitekim o erdemiyle, kayrasıyla bütün tebaasına bir örneklik teşkil eder."[10] Her ne kadar Chesnut'ın bu tanımı oldukça aydınlatıcı olsa da bu fikrin tarihiyle kimi benzerlikler gösteren ve yasa-üstü insan olarak tanımlanan bu yöneticilerin, yetkilerini ortaya koyduğumuz tanım da buraya eklenebilir. Buna göre yaşayan yasa kavramıyla birlikte değerlendirilebilecek yasa-üstü insan için şunlar söylenebilir: "Yasa-üstü insan, asgari düzeyde, beşerî yasalarla bağlı olmayan, kendi yasalarını koymak, yürürlükte olan beşerî yasaları değiştirmek, kaldırmak ve yenilemek gücüne sahip olan kişidir. Hemen vurgulamak gerekir ki mevcut tanım, yasa-üstü insana dair asgari düzeyi ifade eder."[11] Bu hususta

6 Erwin R. Goodenough, "The Political Philosophy of Hellenistic Kingship", *Yale Classical Studies*, Cilt 1, 1928, s. 55 ve 56.

7 Martens, s. 48.

8 Goodenough, s. 102.

9 Glenn F. Chesnut, "The Ruler and the Logos in Neopythagorean, Middle Platonic, and Late Stoic Political Philosophy", in *Religion (Heidentum: Römische Religion, Allgemeines [Forts.])*, Ed. Wolfgang Haase, De Gruyter, Boston, 1978, s. 1312.

10 Chesnut, s. 1312 ve 1313.

11 Abdullah Eryiğit, *Yasa-üstü İnsan: Platon'dan Agamben'e Hukuk ve Yasa İkileminde İnsan*,

söylenmesi gereken bir başka husus yasa-üstü insan kavramının yaşayan yasa geleneğinden beslenen bir fikir tarihi olmasına karşılık; egemenlik bağlamında yasa-üstü insan kavramına katılan ve kullanılan tek unsur, imparatorların yaşayan bir yasa payesi ile onurlandırmış olmaları değildir. Daha ziyade yasa-üstü insan kavramsallaştırması doğal hukuk geleneğinin egemenlik üzerindeki kısıtlayıcı yönünü vurgular ve yazılı yasa (beşerî yasalar) ile başkaca üst yasaların arasındaki gerilime odaklanır. Oysa makalede görüleceği üzere yaşayan yasa fikri pek çok açıdan ele alınabilir. **EK-2**'nin açıklamalarında gösterildiği üzere yaşayan yasa kimi alt ayrımlarla daha sarih kılınabilir[12]. Dolayısıyla iki fikrin tarihsel olarak ortak kesişim kümeleri bulunmakla birlikte kapsam ilişkisi kurmak doğru değildir. Örneğin yasa-üstü insan ile yaşayan yasa kavramları yazılı yasa karşısına başkaca üst yasaları yerleştirmek bakımından benzemektedirler. Ancak yasa-üstü insanın sınırları için doğal hukuk ve kısıtları temele alınmışken, yaşayan yasa yazılı yasa için doğrudan bir alternatif olarak karşımıza çıkar. Konuyu açıklığa kavuşturmak adına bir başka örnek ise Hobbes'un *Leviathan*'ıdır. Hobbes yaşayan yasa geleneğine açık hiçbir atıf yapmamasına rağmen, yasa-üstü insan bağlamında egemenin beşerî yasalarla nasıl bir ilişkisi olduğu ve egemen için doğal hukukun bir sınır teşkil edip etmediği sorulduğunda kendisinden yanıt alabileceğimiz bir filozoftur. Burada yanıtın olumlu ya da olumsuz olması konumuz açısından önemsizdir. Son olarak yaşayan yasa iktidarı elinde tutan kimseler için kullanılmak, siyasi erki imlemek zorunda değildir. İlerleyen bölümlerde de görüleceği üzere Musa hatta kimi kilise babalarının da bu ifadelerle şereflendirildikleri görülecektir. Buna karşın yasa-üstü insanın hukuku biçimlendiren bir figür olması ve egemenlik erkleriyle donanması gerekmektedir. Denilebilir ki bu iki çalışma birbirlerini besler ama ele aldıkları fikirsel duraklar mutlak manada kesişmek zorunda değildir. Bu kısa açıklamadan sonra makalenin asıl gayesini açıklamaya geçilebilir.

Bu çalışmanın temel amacı Tanrı'nın mesh ettiği bu geleneğin kökenlerini sunabilmektir. Bunu yaparken yukarıda sunulan tüm karşıtlıkların (yazılı yasa – yaşayan yasa, demokrasi – monarşi vb.) daha detaylı biçimde anlaşılmasına da ışık tutmaktır. Aynı zamanda yaşayan yasa egemen-

---

Runik Yayınları, İstanbul, 2021, s. 15.

12 EK-2'deki sembol ve açıklama karşılıkları şöyledir: "β: Yasalar insanın ruhuna hitap etmeli, huy (karakter, *ethos*) hâlini almalıdır görüşünü savunan filozoflar sembolize eder. γ: Yazılı yasa ve diğer yüksek yasalar ikilemini ortaya koyan filozoflar. δ: Rejimin erdeme yönelmesi gerektiğini savunan filozoflar. ε: Yaşayan yasanın Tanrı'nın *mimesi*si olduğu ya da olması gerektiği fikrini karşılar. ζ: İdeal rejimin demokrasi olduğunu savunan filozoflar. η: İdeal rejimin monarşi olduğunu savunan filozoflar. θ: Kralın felsefe öğrenmesi gerektiğini vurgulayan filozoflar. ι: Güneş sembolüne yer verip tartışan, yaşayan yasa kavramının Pers kökeniyle bağlantı kurulabilecek filozoflar." Buraya alfa sembolü, kavramın doğrudan düşünürler tarafından kullanılıp kullanılmadığıyla alakalı olduğundan eklenmedi.

liğin değişmez unsurlarından biri olacağından sonraki dönemlerle ilgili tüm çalışmalara da dolaylı bir destek sunacaktır. Elbette bunu yaparken çalışmanın odağında yalnızca kral değil onu ayrıcalıkla donatan bu yaşayan yasa payesi bulunmaktadır. Goodenough'un isabetli biçimde söylediği gibi bu kavram neredeyse 20. yüzyıla kadar kıtanın ayrılmaz bir parçasıdır. Romalılar *nomos empyschos* düşüncesini *lex animata* terkibiyle koruyup tartışmayı sürdürmüşler ve Yunanlılardan çok daha fazla pratik etmişlerdir. Elbette Roma'yı takiben *lex animata* ifadesi pozitif hukukta ve kilise hukukunda da mevcuttur. Hatta Orta Çağ prensleri (*princeps*) yasaya karşı sorumsuz, istediği zaman canlı kaynaklarından kendine uygun bulduğu her kararı yasa olarak üretebilir kudrette sayılmıştır[13].

Orta Çağa gelindiğinde Hristiyan doktrini ile harmanlanan bu düşünce varlığını sürdürmüş ve siyasetin temel konularından biri hâlini almıştır. Bu sebeple sadece prens değil aynı zamanda Papa'nın da bu payeyi bir taç olarak taşıdığı söylenebilir[14]. Her halükârda yaşayan yasa fikri bu dönemde mutlak iktidarın kaynakları arasında ve hukuk terminolojisinde yaygın bir yer bulur[15]. Buradan hareketle bunun modern hukukun iktidar anlayışına sirayet eden yönleri de olduğu hatırlatılmalıdır. Elbette yaşayan yasanın bütün hayat öyküsünün sunulması bir makalenin kapsamını ziyadesiyle aşacaktır ve izlediği bütün patikaların tek tek işaretlenmesi mümkün değildir. Fakat yine de modern dönem, bu kavramın dönüşüm geçirdiği önemli duraklardan biridir. Bu sebeple başka çalışmalarla bu çalışmanın desteklenmesi elzemdir. Kavramın Hristiyanlık ile ilişkisi, Orta Çağ ve sonraki dönemlerin de literatürümüze kazandırılması ümidini taşıyorum. Nitekim Schmitt'in *Siyasal İlahiyat* metninde yer alan

"Modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır. Sadece tarihsel gelişimleri dolayısıyla değil, -çünkü bu kavramlar ilahiyattan devlet kuramına aktarılmışlardır, örneğin her şeye kadir Tanrı, her şeye kadir kanun koyucuya dönüşmüştür- bu kavramların sosyolojik yönden incelenmesi için anlaşılması gereken sistematik yapıları dolayısıyla da dünyevileştirilmişlerdir."[16]

---

13 Goodenough, s. 100. Ayrıca Tussay yaşayan yasa konusunda son dönemdeki en verimli kaynak sayılabilecek çalışmasında şöyle demektedir: "Bu çalışmanın başında, *νόμος ἔμψυχος* fikrinin karşılığı olan *lex animata* konusuyla birlikte Batı devlet teorisinin gelişimine önemli bir katkıda bulunduğu yönündeki yaygın Orta Çağ iddiasının herhangi bir haklılığı olup olmadığını araştırmayı önerdim. Orta Çağ hukuk literatürüne kısa bir bakıştan sonra, *lex animata* konusunun kesinlikle geç Orta Çağ hukuki üstünlük fikrini taşıyan argümanlar arasında olduğu sonucuna vardım. Dolayısıyla, bu fikir kesinlikle 'geç Orta Çağda mutlak iktidar kavramının detaylandırılmasının temelini oluşturdu ve aslında, erken modern egemenlik teorileri üzerinde de ciddi bir etkisi olmalıdır" Ákos Tussay, *A History of the Nomos Empsychos Ideas*, Pázmány Péter Catholic University, Doctoral School of Law and Political Sciences, Budapest, 2022, s. 145.

14 Goodenough, s. 101.

15 Tussay, s. 11 ve 12.

16 Carl Schmitt (Terc. Emre Zeybekoğlu), *Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, 2. Bası, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, s. 41.

yukarıdaki iddia yine modern devlet kuramına nüfuz etmiş, sızmış yahut ele geçirmiş her nasılsa içinde yer etmiş bir kavram olan yaşayan yasa bakımından da incelenmelidir. Eğer Schmitt haklıysa yaşayan yasa kendini profan bir forma dönüştürerek var olmaya devam ediyor olmalıdır.

O hâlde bu çalışma kapsamında öncelikle *nomos empyshcos* düşüncesinin temel ve ilk kaynaklarının (Antik Yunan Dönemi, Helenistik Dönem) incelenmesi hedeflenmektedir. Nitekim Antik Yunan Dönemi bir ilk kaynak sunması ve fikrin demokrasiden ziyade neden krallık rejimleriyle birlikte ele alındığını ortaya koyarken, Helenistik dönemde ise kavramın daha da yaygınlaştığını, uygulama sahasını genişlettiğini fakat Philo gibi kimi istisnaları da barındırdığı görülebilir. Elbette bu ayrım kronolojik gereklilikleri de gözetmek için yapılmıştır. Yoksa fikrin tarihi kesintiden ziyade birbirlerinden esinlenen pek çok düşünürden mürekkeptir. Bunu yaparken azami düzeyde yazarların orijinal fikirlerini içeren cümleler okurla paylaşılacaktır. Bu yolla ilk kaynakları da kolaylıkla değerlendirebilir. Ayrıca bu yöntem Türkçe yazında henüz üzerinde kapsamlı bir çalışma yapılmayan yaşayan yasa fikrine dair kaynak oluşturulması temennisine de daha iyi hizmet edecektir. Dahası okuru rahatlatmak adına Orta Çağ öncesi kaynakların-düşünürlerin birbirleri ile ilişkilerini ortaya koyan bir soyağacı ekledim **(EK-1)**[17]. Burada devamlılık gösteren fikirler (erdeme yönelmek, mimesis, yazılı yasadan üstün olmak, yasaların ruha işlenmesi gerektiği vb.) düşünürler ilişkili biçimde sunulmaktadır **(EK-2)**.

Konunun modern dönemdeki dönüşümü 20. yüzyılda başlayan ilginin temel unsuru olmamıştır. Aksine yukarıda ismi zikredilen kıymetli yazarlar için genellikle konunun kökenleri ve varlık şartlarının ne olduğu soruları daha hayatidir. Ben de konunun tabiatına uygun biçimde bu kısma odaklanmak istedim. Bu tutum, kesinlikle bir kusur değil aksine üzerine başka soruların inşa edileceği bir temel arama faaliyetidir. Nitekim onların bulduğu bu kıtaya başka zaviyelerden seyrüsefer yapabilmek bu keşifler sayesinde mümkün olmuştur.

Aşağıda görüleceği üzere Plutharkos da dahil olmak üzere yaşayan yasa kavramının ilk dönem kayıtlarının tümü (Archytas'tan başlayarak Erken Dönem Hristiyan Düşüncesi ve Geç Roma İmparatorluğu Dönemine kadarki kısmı bir ilk dönem biçiminde ele alınacaktır) ve bu ifadenin yer aldığı temel kaynaklar tamamıyla incelenecektir. Bütün bir makale boyunca özellikle doğrudan yaşayan yasa (*νόμος ἔμψυχος*) ifadesine yer veren ya da bu anlamı karşılayan ifadeler kullanan düşünürlere detaylı biçimde yer verildi. Ancak bunun özellikle Antik Yunan geleneğinde kimi istisnaları olduğu okurla paylaşılmıştır. Yine de bu filozofların kavramın gelişiminde oyunun kurallarını değiştirir (*game*

17 Her iki ek bölümü de *Sonuç* kısmından sonra yer almaktadır.

changer) niteliği haiz olmaları ve kavramın sınırlarını belirlemeleri dolayısıyla konu edilmesi zorunluydu. Öte yandan kimi düşünürler ve eserler ise konuya doğrudan değil dolaylı katkı sunabilecek niteliktedir. Bunların tamamını tüketmek bir makalenin sınırlarını ziyadesiyle aşacaktır; bu sebeple çeper metinler çalışmaya dahil edilmemiştir.

Bir diğer sınırlandırma ise dönemsel olmak durumundaydı. Burada da merkezi olmayan eserlerle diğer dönemler aynı gerekçenin kurbanıdır. Benzer bir husus çalışmaya konu edinilen coğrafyayı da açıklayacaktır. Geleneğin kökenlerinin önerildiği doğu metinlerinin de ayrıca incelenmesi en azından bizim tecrübemiz açısından konu edilmesi de önemlidir. Bu çalışmanın böyle bir hevesi de uyandırması ümidini taşıyorum. Nihayet felsefeyle yüzeysel dahi olsa zaman geçirmiş herkesin kolaylıkla fark ettiği gibi pek çok konunun ilk nüvelerini Antik Yunan'da bulmak mümkündür. Bu talih yaşayan yasa için de aynı nispette geçerlidir.

I. *Nomos Empsychos* Fikrinin Antik Yunan Kökenleri ve Dönüşümü

A. Archytas

Söz konusu yaşayan yasa fikri olduğunda elimizdeki ilk yazılı kaynak Archytas'tır.[18] Nitekim bulunabilecek ilk köken olmasına rağmen düşüncenin gelişiminde önemli etkileri olan bu düşünür Pisagorcu olarak bilinir ve Pisagor'un felsefesinden de önemli ölçüde etkilenmiştir. Pisagor'un yaşlılığında da olsa kendisiyle çalışmıştır[19]. Tahmini[20] olarak M.Ö. 435-360 yıllarında yaşamış olan Archytas önemli bir devlet adamı ve Tarentum'lu bir generaldir. Her ne kadar eserleri günümüze ulaşmamış olsa da Pisagorcu metinler içerisinde kendisine güvenle atfedebildiğimiz dört eser mevcuttur. Çoğu akademisyen bunların çoğunun muhtemelen Helenistik ve Helenistik sonrası dönemde NeoPisagorcu yazarlar tarafından kaleme alındığı (kimileri için uydurulduğu) konusunda hemfikir olsa da bu fragmanlar yine de erken Pisagorculuğun tarihi hakkında değerli bilgiler içerir ve hatta Tarentum'lu Archytas'ın düşüncelerini üzerindeki tüm şüphelere karşın aydınlatabilir[21]. Bahsi geçen risalelerden en

18 Tussay, s. 21.

19 Archytas (Terc. André Laks, Glenn W. Most), *Early Greek Philosophy Western Greek Thinkers: Vol IV*, Ed. André Laks, Glenn W. Most, Harvard University Press, Cambridge & London, 2016.

20 Burada en iyi tahminin 435-410 yılları arasında doğmuş olabileceği Tussay tarafından ifade edilmektir. Tussay, s. 40.

21 Özellikle Goodenough, Delatte'nin bu fragmanları uzun uzadıya tartıştığını ve Archytas'a atfedilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca bu fragmanla birlikte Platon'un ve Aristoteles'in siyaset teorisinin çoğunun Pisagorcu karakterine dair ilginç bir kanıt da sunar. Bu da Archytas'ı müstakil ve bir gelenekten bağımsız düşünebilmek için önemli bir veridir. Goodenough, s. 60.

önemlisi ise *Hukuk ve Adalet Üzerine* (*On Law and Justice*) adlı metindir. Bu eseri büyük oranda korunmuş ve M.S. beşinci yüzyılda Stobaeus antolojisinde Archytas'a atfedilmiştir[22].

Dahası Archytas'ın hayatı felsefe tarihinin en önemli düşünürlerinden biriyle de kesişmektedir. Diogenes Laertius'un raviliğine güvenilirse başarısız Sirakuza deneyiminden Platon'u kurtaran odur. Bu da onu sadece bir filozof değil Platon namına bir sponsor hâline getirmektedir. Bu *doksografik*[23] gelenekte

---

Aynı zamanda Horky ve Johnson da bu fragmanların Archytas'a atfedilmesi gerektiğini düşünmektedir. Phillip Sidney Horky, Monte Ransome Johnson, "On Law and Justice: Attributed to Archytas of Tarentum", içinde *Early Greek Ethics*, Ed. Phillip Sidney Horky, Monte Ransome Johnson, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 460.

22 Horky, Johnson, s. 456.

23 Doksografi terimi, *Doxa* ve *Graphi* kelimelerinden türetilmiştir. Bu bakımdan hakiki bilginin karşısında yanıltıcı yönüyle sanı, kanı kelimesi olan doxa ile buna bağlı bir yazının (graphi) bir araya gelip bir tür geleneği temsil etmesidir. Kavramın yaratıcısı Hermann Diels'in amaçladığından çok daha geniş bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Diels'in 1879 tarihli anıtsal Doxographi Graeci'sinde ("Yunan Doksografları") incelediği ve düzenlediği oldukça katı bir şekilde belirlenmiş bir edebiyat türünün yazarlarını belirtmek için kullandığı Latince neologizm 'doxographi'den türemiştir. Araştırmaları felsefenin fiziksel kısmıyla (ilkeler, teoloji, kozmoloji, astronomi, meteoroloji, biyoloji ve tıbbın bir kısmı dahil) ilgili yazılara odaklanmıştır. Ancak bugün etik alanındaki genel bakışlar doksografik olarak da adlandırılmaktadır. Ve akademisyenler Platon'un diyaloglarında ve Aristoteles'in risalelerinde bulunan 'doksografilerden' bahsederler, ancak bunlar felsefe konularının ele alındığı, başkalarının görüşlerinin sadece yardımcı tartışmalarının yapıldığı eserlerdir. https://plato.stanford.edu/entries/doxography-ancient/ (31.10.2024).

Doksografilerin temel amacı; hakkında tarihi gerçeklere erişemediğimiz, elimizde yazıları, yaşamı ya da düşüncelerinin doğrudan kanıtların kalmadığı kişilerin yazıları, yaşamı ya da düşünceleri aydınlatmaktır. Bu bakımda Pisagorcular hakkında da bir doksografinin doğması kolaylıkla anlaşılabilir. Örneğin: "Presokratikler hakkında çalışan kişiler zamanlarının büyük bir kısmını genel olarak doksografi olarak adlandırılabilecek şeylere harcarlar. Bu düşünürlerin orijinal yazıları yok olduğundan, onlar hakkında bilgi edinmek için daha sonraki yazarların bize anlattıklarına güvenmek zorundayız. Sonraki kaynaklar bazen Presokratiklerden alıntılar içerir, bazen içermez ama her zaman erken Yunan felsefesini kendi zamanlarına ait bir bağlamda ve bakış açısıyla sunarlar ve kaçınılmaz olarak araya giren birçok yazı ve düşüncenin son ürünüdürler. 'Bilgiyi nereden alıyor?' 'Güvenilir mi?' 'Bize neden bu bilgiyi sunuyor?' bu ve benzeri sorular, Sextus Empiricus, Diogenes Laertius, Stobaeus, Plutarch, Hippolytus, Simplicius ve Hıristiyanlık döneminin diğer yazarlarını Presokratik felsefe hakkındaki gerçeği bulmak amacıyla okuyan herkesin aklını sürekli meşgul etmelidir. Helenistik felsefe üzerine çalışanlar doksografinin analizine daha az enerji harcamaktadırlar, ancak çalıştıkları düşünürlerin orijinal yazılarıyla Presokratik bilimdeki meslektaşlarından daha iyi beslenmemektedirler." Malcolm Schofield, *The Stoic Idea of the City*, Chicago Press, Chicago, 1999, s. 1. "Diels'in temel kaygısı filolojik ya da edebi değildi. Doksografik araştırmasının arkasındaki itici güç felsefe tarihine duyduğu ilgiydi. Doksografik literatür kendi başına incelenmeye değmezdi. Değeri, Yunan felsefesinin erken dönemleri hakkında değerli bilgiler sağlama yeteneğinde yatıyordu. Diels'in amacı, 'Erken Yunan felsefesi hakkındaki gerçeği bulmak'tı. Diels ilk filozoflara ilişkin kanıtlar iki kategoriye ayrılır: B fragmanları artık kayıp olan yazılardan kelimesi kelimesine alıntıları içerir; A fragmanları ise birinci, ikinci ya da üçüncü dereceden bu yazılara dayanan yaşam ve doktrin hakkındaki tanıklıkları kaydeder. Diels haklı olarak Yunan felsefesinin erken dönem tarihini yeniden inşa ederken her iki tür malzemenin de dikkate alınması gerektiğini düşünmüştür. Koleksiyonunu tek tek filozofların kronolojik sıralaması etrafında düzenleme kararını verdikten sonra, A parçalarının büyük bir yüzdesini oluşturan doksografik malzemenin küçük parçalara bölünmesi kaçınılmazdı. Biraz paradoksal bir şekilde ifade etmek

üzerinde uzlaşılan konulardandır[24]. Dahası Platon ile mektuplaştıkları ifade edilir ve mektubunda Platon'a *Hukuk ve Adalet Üzerine*'yi ve diğer dört eserini incelemesi için gönderir. Gelen yanıttan ise Platon'un birini hemen okuduğunu ve memnun kaldığını öğreniriz. Bu da *Hukuk ve Adalet Üzerine*'yi okuduğu ihtimalini güçlendirir[25].

Sadece Platon değil Aristoteles'in de Archytas'ın eserlerini ve felsefesini bildiği hatta eser kayıp olmasına rağmen bu konu hakkında yazdığı bilinmektedir. Dolayısıyla Archytas zaten felsefenin önemli mihenk taşlarıyla birlikte incelenmesi gereken (Pisagorcu ekolün temel temalarını yansıtmak bakımından) ama sadece yaşayan yasa söz konusu olduğunda değil başka incelemeler mevzu bahis olduğunda da göz ardı edilen bir figür olarak karşımıza çıkar[26].

Düşünürün hayatı hakkındaki bu bilgilerin yanında konumuz açısından asıl önemi *Hukuk ve Adalet Üzerine* adlı fragmanlardan gelir. Aşağıda bu fragmanlar ve bu fragmana bağlanabilecek sonuçlar incelenecektir. Stobaeus, Antolojisinde diğer Pisagorcu fragmanlarla birlikte Archytas'a da yer verir. Bu fragmanları değerlendirirken araştırmacıların karşılaştığı temel güçlük metinlerin M.S. 5 yüzyıla ait olup düşünürün M.Ö. 4. yüzyılda yaşamış olmasıdır. Dolayısıyla konu hakkında yapılacak inceleme ileri ve geri yönlü atıflara bağlıdır.

---

gerekirse, doksografik materyal kendi içinde parçalı olmasa da tek tek filozofların incelenmesiyle bağlantılı olduğu için bu hâle gelmiştir. Bu yöntem oldukça kaçınılmazdır ve kesinlikle kendi içinde yanlış değildir. Sorun, orijinal doksografik kaynakların içeriğinin ve yönteminin çok kolay bir şekilde gözden kaçırılabilmesidir. David T. Runia, "What is Doxography?", içinde *Ancient Histories of Medicine: Essays In Medical Doxography and Historiography in Classical Antiquity,* Ed. Philip J. Van Der Eijk, Brill, Leiden, 1999, ss. 33-57, s. 37 ve 38. Örneğin ortaya çıkan sorunlardan biri derleyiciler tarafından doksagrafiye ait düşünürün yeniden üretilmesidir. Yaşayan yasa fikrinin kökeninin anlaşılmasında en önemli kaynaklardan biri olan Stobaeus için Roskam şöyle der: "Zira Stobaeus'un kaynağının metnini yeniden yazmaktan ve incelikli bir şekilde değiştirmekten çekinmediğini biliyoruz." Geert Roskam, "Some Fresh Air into the Neopythagorean Tradition: The Fragments on Kingship By Diotogenes", *The Cambridge Classical Journal*, Cilt 66, s. 13.

24 Tussay, s. 41.

25 Diogenes Laertius (Terc. Candan Şentuna), *Ünlü Filozofların Yaşamları ve Öğretileri*, 3. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 408, 8.79.1-8.83.6. Son olarak Platon'un Sokrates'in ölümünden sonra kendisine bir hoca olarak Archytas'ı seçtiği de aktarılmaktadır. Archytas, *Early Greek Philosophy*, s. 207.

26 Horky, Johnson, s. 458.

Fragmanlar (*Stob. 4.1.135, 4.137-138 & 4.5.61*) aşağıdaki gibidir[27]:

"İşitme ve ses için uyum (*harmonia*) ne ise, hukuk da insan ruhu ve yaşamı için odur: çünkü hukuk ruhu eğitir ve yaşamı düzenler; uyum ise işitmeyi anlaşılır ve sesi uyumlu kılar. Ben de diyorum ki, her topluluk yöneten biri [*magistrate*] ve yönetilen biri ve üçüncü olarak da yasalar tarafından oluşturulur. **Yasalardan canlı olan (yaşayan) kraldır (νόμων δὲ ὁ μὲν ἔμψυχος βασιλεύς), cansız olan ise yazılı olandır.** O halde asli olan yasadır: çünkü onun sayesinde kral yasalara uyar, yöneten [*magistrate*] yasalara uyar, yönetilen özgürdür ve tüm topluluk talihlidir. Bunun çiğnenmesi halinde ise kral zorbadır. Yöneten [*magistrate*] yasalara uymaz, yönetilen köledir ve tüm topluluk talihsizdir. Çünkü politik eylemler yönetme, yönetilme ve üçüncü olarak hükmetmenin birleşiminden kaynaklanır. Bu nedenle yönetmek daha erdemli bir insana, yönetilmek ise daha erdemsiz bir insana uygundur ve her iki halde de egemenlik söz konusudur. Çünkü yöneten ruhun akıl sahibi kısmıdır, yönetilen ise ruhun akıldan pay almayan kısmıdır. Ancak bunların her ikisi de duygular üzerinde egemendir. Çünkü ruhun iki kısmının bir araya gelmesinden mükemmellik [ya da erdem] ortaya çıkar ve bu da ruhu zevklerden ve acılardan uzaklaştırarak sükunete ve vurdumduymazlığa götürür. (*Stob. 4.1.135*)

...

Toplum için faydalı olan, tek kişinin veya bireysel çıkarların değil, ortak çıkarın gözetildiği ve herkes için yararlı yasadır. **Yasalar hem ülkeleri hem de coğrafyaları gözetmelidir; çünkü, ne her toprak aynı ürünleri yeşertir ne de her insanın ruhunda aynı erdemler yetişir**.[28] Bu nedenle bazı insanlar aristokratik, bazıları demokratik, bazıları da oligarşik bir adaleti benimser. Aristokratik adalet, alt-karşıt ortalama ile uyumludur; çünkü bu oran (*analogia*), büyük olanlara daha büyük oranlar ve küçük olanlara daha küçük oranlar atar. Demokratik adalet ise geometrik ortalamaya uygundur; çünkü burada oranlar tüm büyüklükler için eşittir, yani büyük ve küçük olanlar arasında fark gözetilmez. Oligarşik ve tiranik adalet ise aritmetik ortalamaya uygundur; çünkü bu, alt-karşıt ortalamaya zıttır; burada büyük olanlara daha küçük, küçük olanlara ise daha büyük oranlar atanır. İşte bu çeşitli dağıtım biçimleri ve tezahürleri hem yönetimlerde hem de hane halklarında gözlemlenebilir. Onurlandırmalar, cezalar ve yönlendirici görevler ya büyük ve küçük olanlara eşit olarak, ya da erdem, zenginlik

---

27 Bildiğim kadarıyla fragmanlar Türkçeye ilk kez kazandırılmaktadır. Çeviri, vurgular ve açıklamalar tarafımıza aittir. 4.5.61. bölümü Goodenough'un makalesinden ve 4.1.135. kısmı yalnızca Arcyhtas'ın da yer aldığı *Erken Yunan Felsefesi* metinlerinden 4.1.137-138. bölümü ise *Erken Yunan Felsefesi* metinlerinden ve Horky & Johnson'ın, Thesleff'ten (*Holger Thesleff, The Pythagorean Texts of the Hellenistic Period [Pythagorean] (Åbo, 1965),* aktardığı metinler bir araya getirilerek derlenmiştir. *Early Greek Philosophy*, ss. 259-263; Goodenough, s. 60.

28 Burada aynı anlama gelebilecek iki kelime kullanılmış olup *χώραν* (*chōran*) – "ülkeye" *τόπως* (*topōs*) "yerlere" ifadeleri kullanılmıştır. Yer, mekân, konum, mevki anlamlarına gelen bu kelimeler tarafımızca paragrafın *telos*una uygun biçimde tekrar ele alınmıştır. Bu paragraf, adaletin ve yasaların farklı yönetim biçimlerinde nasıl uygulandığını ve adaletin farklı türlerini açıklamaktadır. Fragman yasaların hem toplulukların farklı ihtiyaçlarını hem de coğrafi koşullardaki farklılıkların göz önünde bulundurması gerektiğini belirtir. Bu sebeple biz de ilk ifadeyi ülke, diğerini ise coğrafi koşulları karşılayacak şekilde coğrafya olarak çevirmeyi tercih ettik.

veya güç üstünlüğüne göre eşit olmayan bir şekilde dağıtılır. Böylece, demokratik adalet eşitliği, aristokratik veya oligarşik adalet ise eşitsizliği dağıtır. Daha iyi bir hukuk ve devlet, diğer tüm siyasi anayasaların bir sentezi olmalı ve tıpkı Sparta'da olduğu gibi demokrasiden, oligarşiden, krallıktan ve aristokrasiden bir şeyler içermelidir. Çünkü kralları monarşinin, yaşlıları aristokrasinin, efendileri oligarşinin, süvari subayları ve vatandaşları da demokrasinin unsurlarıdır Buna göre, yasa sadece iyi ve asil olmakla kalmamalı, aynı zamanda bölümlerinde karşılıklı olmalıdır, çünkü böyle bir yasa güçlü ve dayanıklıdır. Burada 'karşılıklı' derken, en iyi yasalara sahip olan Sparta'da olduğu gibi, kuralın kendisinin[29] hem yasayı yönetmesini hem de yasa tarafından yönetilmesini kastediyorum. Çünkü *ephor*lar kralları dengeliyor ve yaşlılar *ephor*ları dengeliyor ve süvari subayları ve oğlanlar ise ortada yer alıyor. Çünkü hakkettiklerinden fazlasını alan yöneticilerin üstün gelmesi durumunda, diğerleri itaate zorlanır. Yasa, Tanrı'yı, şeytanları, ebeveynleri ve genel olarak asil ve onurlu olan şeyleri asli, faydalı olan diğer şeyleri ise tali olarak kabul etmelidir. Nitekim daha küçük olanın daha büyük olana uyması uygundur. Ve **yasa tapınaklara ya da kapılara değil, yurttaşların karakterlerine yazılmalıdır. Çünkü en iyi yasalara sahip olan Sparta'da bile devlet çok sayıda yazıyla değil, daha çok yurttaşların gelenekleriyle yönetilir."** ... "Bu nedenle yasa, yurttaşların karakterlerine ve uğraşlarına işlenmelidir. Çünkü yurttaşları kendi kendilerine yetecek bir duruma getirecek ve her birine düşen payı değerine göre dağıtacaktır. Bu şekilde, zodyak boyunca taşınan güneş, mevsimlerin iyi iklimini iyi bir yasa (*εὐνομία*) olarak sağlayarak, yeryüzündeki herkese uygun doğum, beslenme ve rızık payını dağıtır. **Bu yüzden Zeus hem Çoban (*Νόμιος*) hem de Dağıtıcı (*Νεμήιος*) olarak adlandırılır ve koyunlara yiyecek dağıtan adama dağıtıcı (*νομεύς*) denir ve lir çalanların söylediği şarkılara melodiler <ya da yasalar> (*νόμοι*) denir. Çünkü onlar da uyumla ve ritimlerle ve ölçülerle söylenerek ruhu düzenlerler"** (*Stob. 4.1.137-138.)*

...

"Gerçek yönetici yalnızca anlayış ve güç gibi erdemlere sahip olmakla kalmamalı, aynı zamanda insanları seven (insan sever, *philanthropia*) biri olmalıdır. Nitekim bir çobanın koyunlardan nefret etmesi ve kendi sürüsüne karşı art niyetli olması garip karşılanırdı. Ayrıca yasalara da uymalıdır. Böylece yönetim konusunda anlayışlı olacaktır. **Çünkü bilgisi sayesinde doğru yargılayabilecek, gücü sayesinde cezalandırabilecek, mükemmelliği sayesinde fayda sağlayabilecek ve yasalar sayesinde tüm bunları akla uygun olarak yapabilecektir**. Ve en iyi yönetici yasaya en yakın olan kişi olacaktır; kendi çıkarı için hiçbir şey yapmayacak, sadece tebaasının iyiliği için uğraşacaktır, tıpkı yasanın kişisel çıkarlar için değil, sadece ona tabi olanlar

29 Burada Aristoteles'in *politeia* rejimi ile bağlantı kurulabilir. Burada kural yönetimi aslında kişilerin sırayla yönetimde olduğu aynı zamanda hem yönetici hem de yönetilen oldukları bir düzeni işaret ediyor olabilir. Nitekim cümlenin hemen devamında da tıpkı *politeia* rejiminde olduğu gibi karma bir düzenden ve fren-denge mekanizmalarından bahsedilmekte. Ayrıca Aristoteles için de kişilerin hem yönetici hem de yönetilen olması bir denge-fren işlevi görmektedir. Burada Archytas'ın tıpkı Aristoteles'te olduğu gibi demokrasiyi bir tür karma anayasaya (*politeia*ya - siyasal rejime) dahil etmeyi önererek demokrasi hakkındaki olumlu tutumunu belirginleştirdiği delili eklenebilir. Horky, Johnson, s. 470.

için var olması gibi." (*Stob. 4.5.61.)*

Daha önce de belirtildiği gibi Pindar'dan beri yasayı bir kral olarak formüle etmek yaygın bir durumdu[30]. *4.1.135* fragmanında Archytas'ın ele aldığı konular şu şekilde sıralanabilir:

(a) Siyasi düzen (polis) yöneten, yönetilen ve yasalardan oluşur[31]. Goodenough'a göre bu Sofokles'in *Antigone*'sini üzerine kurduğu siyasi aksiyomların bir tür yeniden yorumudur. Nitekim devletin takip ettiği ya da benimsediği rejim ne olursa olsun, bir devletin üç unsura ihtiyacı vardır: yönetim mekanizması, tebaası ve her ikisinin de arkasında bağımsız bir varlık olarak hukuk[32].

(b) Archytas yasayı canlı ve cansız yasa biçiminde iki türe ayırır[33]. Aslında bu düalizm yasaların kaynağının da bir tür tartışmasını içerir. Yazılı yasa daha önce yazılmamış, kodifiye edilmemiş olan atalardan kalma geleneklerin ve Tanrı buyruklarının somutlaştırılması biçiminde düşünülmektedir. Nitekim Solon vd. aslında bunun gayreti içerisindedir. Burada hükümdar yalnızca bir yasa değil aynı zamanda bütün devlet unsurlarının da uymak zorunda olduğu Tanrı iradesinin de canlı bir temsilidir. Bu makamı, kendisinin daha yüksek bir yasaya bağlılığından ileri gelir ve bu sebeple yazılı yasalara itaati aranmaz. Tebaasına kendi doğasından hukuk kodifiye eden bir kral söz konusudur. Meri yasalardan o kadar üstündür ki, yasallığı onlar tarafından değil, daha yüksek doğal hukuka uygunluğu ve dolayısıyla onu insanlara temsil etme vazifesiyle sınanır[34]. Tussay'in de vurguladığı gibi bu fragmanın M.Ö. dördüncü yüzyıla ait olduğu düşünüldüğünde bu pasaj *νόμος ἔμψυχος* fikrinin felsefi uygulamasına dair günümüze ulaşan ilk edebi kanıtı içermektedir. "*νόμων δὲ ὁ μὲν ἔμψυχος βασιλεύς, ὁ δὲ ἄψυχος γράμμα*" (Yasalardan canlı olan kraldır, cansız olan ise yazılı olandır.) ifadeleri konumuz açısından ayıca büyük öneme sahiptir[35]. Burada Horky & Johnson'ın Pindar ile kurduğu yasanın kral ile benzerliğinden faydalanan görüş yerine Tussay canlı ve cansız yasa ikiliğinden bir diğer deyişle canlı kral ve cansız yazılı yasa arasındaki ayrımdan hareketle Archytas'ın vurgulamak istediği aslında hemen sonraki cümle ile ifade edilir.

30 Horky, Johnson, s. 463.

31 Horky, Johnson, s. 462.

32 Goodenough, s. 61.

33 Horky, Johnson, s. 463. Kral canlı (*ἔμψυχος*, *emphyscos*) yasa iken, yazılı olan cansız (*ἄψυχος aphysicos*) yasadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi yasayı bir kral olarak düşünmek Pindar'dan beri dile getirilmiş bir hususdur.

34 Goodenough, s. 61.

35 Tussay, s. 65. Martens de bu ifadenin ilk kanıt olduğunu vurgular. Martens, s. 36.

(c) Kral bir tiran olmamalı başka bir deyişle yasayla yöneten, yasal bir yönetici olmalıdır[36]**.** Bu sayede bir topluluk ya yazılı yasalarla ya da bir kralın yazılı olmayan kararlarıyla yönetilir. Ancak, yönetim şekli ne olursa olsun, her topluluk normatif yönünü, içsel ahlaki eğitim kapasitelerinden alan *νόμοι* tarafından yönetilir. Aksi takdirde meşru bir yönetim değil zorba yönetimler mevzu bahistir[37]. Nitekim Archytas daha sonra ruhun bölümleriyle siyasal topluluğun elemanları arasında bir tür analoji kurar. Burada ruhsal yetkinliği ve mükemmelliği sağlamak ruhun işlevlerine uygun düşen kısımların topluluk içerisinde de bu karşılıklılığı yerine getirmesiyle mümkündür. Örneğin ruhun akıldan pay alan kısmının yönetmesi gerekirken, akıldan pay almayan kısım yönetilmeye uygundur. Her iki ruh parçası ise bunu yasalarla, egemenliğe ait kurallılıkla (yasayla) yerine getirmelidirler.

Okura kaynak oluşturması için sunduğumuz fragmanların tamamı konumuz açısında incelenemeyecek kadar geniş kapsamlıdır. Sadece ilk örneğini gördüğümüz bu ifade bir hukuk terimi hâlini alırken ya da egemenliğin bir niteliğine dönüşürken daha sonraki yazarlar tarafından da *νόμος ἔμψυχος* konusuyla ilişkili görülen diğer kavramlar da detaylandırılacaktır.

İlk olarak *Stob. 4.1.137*'de yer alan "Yasalar hem ülkeleri hem de coğrafyaları gözetmelidir; çünkü, ne her toprak aynı ürünleri yeşertir ne de her insanın ruhunda aynı erdemler yetişir" kısmının vurguladığı özel bir soruna değinmek gerekir. Bu her yasanın, her rejimin her ülkeye ve coğrafyaya uygun olmadığını ortaya koyar. Daha sonra Aristoteles'in sosyolojinin uzak habercisi sayılması, ülke ve coğrafi tabiatın rejimin doğasını da değişime zorlamasıyla ilgilidir[38]. Aynı zamanda bu durum kimi yazılı yasaların sadece yerel kalmasına ve evrensel çözüm üretememesi gibi bir eksikliğe de işaret eder. Yazılı yasaların birincil önemde olmadığı[39] fragmanın sonuna doğru tekrar vurgulanır: "Yasa tapınak-

36 Horky, Johnson, s. 463.

37 Tussay, s. 67.

38 Bu konuda bkz. Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi: Sosyoloji Açısından Hukuk*, 3. Bası, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969, s. 312 ve 313.

39 Yazılı olmayan yasanın, ki bu hangi formda olursa olsun ister doğal yasalar, gelenek yasalar, ilahi yasalar ister bir tür canlı yasadan bahsedelim, yazılı yasa üzerinde bir üstünlüğünden bahsedebiliriz. Nitekim 4,1.132. bölümünde Archytas şöyle demektedir: "Tanrıların yazılı olmayan yasaları, ki bunlara kötü geleneklerin yasaları karşı çıkar, onlara itaat etmeyenlere kötü bir kader ve ceza öngörür ve insanların yürürlüğe koyduğu yazılı yasaların ve öğretilerin babaları ve rehberleridir." (Aktaran: Martens, s. 9.) Yazılı olmayan yasaları tanrılara atfeder ve onları yazılı yasaların babaları ve rehberleri olarak adlandırır. Yazılı ve yazılı olmayan yasalar arasındaki ilişki tam olarak açıklanmamış olsa da ilişkinin iki önemli unsuru açıktır. Yazılı olmayan yasalar ilahidir ve yazılı yasalardan daha üstündür. İki hukuk biçimi arasında da bir ilişki vardır. Yazılı olmayan yasanın yazılı yasaya rehberlik ettiğini söyleyen ilk kişi Archytas'tır. Bu da yazılı olmayan yasanın bir tür kod ya da ilahların üzerimizdeki yasal rehberliğini ima eder. Yazılı olmayan yasalar basitçe yazılı yasadan bağımsız var olan yasalar değildir, yazılı yasa üzerinde bir geçerlilikleri vardır. Archytas'ın en azından yazı-

lara ya da kapılara değil, yurttaşların karakterlerine yazılmalıdır. Çünkü en iyi yasalara sahip olan Sparta'da bile devlet çok sayıda yazıyla değil, daha çok yurttaşların gelenekleriyle yönetilir." Yazılı yasa yerine vatandaşların *ethos*una kazınan, Aristoteles'in huy hâline gelmesi gerektiğini söylediği erdemler yazıyla değil eğitimle kazanılmalıdır.

"Ancak şu ana kadar bahsettiğimiz bir rejimi kalıcı kılmanın yollarından en önemlisi ve bugün herkesin burun kıvırdığı, yurttaşların rejimlerine uyacak şekilde eğitilmesidir. Zira en faydalı yasalar, politikayla uğraşanlar tarafından benimsense dahi, eğer insanlar rejime uygun bir şekilde (yasalar demokratik ise demokratik bir şekilde, oligarşik ise oligarşik bir şekilde) alışkanlık kazanmamış ve eğitim almamışlarsa, boşunadır. Çünkü irade zayıflığı tek bir bireyde varsa, aynı şekilde bir kentte de var olabilir."[40]

Görüldüğü üzere önemli olan rejimin erdeme yönelmiş olmasıdır. Rejimlerin ayırt edici yönü nicel kriterler değil (tek kişi, azınlık ve çoğunluk tarafından yönetilmek) nitel yönüdür. Erdeme yönelip yönelmediğidir. Burada da Archytas erdeme yönelmiş olmanın önemi vurgulamaktadır[41].

Bu pasajın hemen devamındaki bir diğer husus ise yasaların insan ruhuyla karşılıklı ahengidir. Daha dikkat çekici olan yasanın göksel olanın bir taklidi (*mimesis*) biçiminde ortaya çıkışıdır. Bu husus ayrıca yaşayan yasa kavramının ayrılmaz parçalarındandır. Aynı zamanda Archytas *nomos* ifadesinin kökenlerini de bize sunar. "Bu yüzden Zeus hem Çoban (*Νόμιος*) hem de Dağıtıcı (*Νεμήιος*) olarak adlandırılır ve koyunlara yiyecek dağıtan adama dağıtıcı (*νομεύς*) denir ve lir çalanların söylediği şarkılara melodiler <ya da yasalar> (*νόμοι*) denir. Çünkü onlar da uyumla ve ritimlerle ve ölçülerle söylenerek ruhu düzenlerler." *Nomos* hakkında bildiğimiz en eski kullanım Hesiodos'un *İşler ve Günler*[42] adlı eserinde yer alır. Burada Hesiodos, *νόμος* kadim anlamını aktarır: Zeus'un insanlara verdiği bir yaşam düzeni, bir yaşam biçimi. Do-

---

lı olmayan hukukun insanların hayatlarına rehberlik etmesi gereken bir model olarak gördüğünü söyleyebiliriz. Yazılı yasa, deyim yerindeyse, daha yüksek bir yasanın kopyasıdır. Martens, s. 10.

40 Aristoteles (Terc. Özgüç Orhan), *Politika*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 417, *1310a12-22*. Burada okuyucuya benimsenen dipnotlandırma yöntemi ile ilgili genel bir bilgi vermek yerinde olacaktır. Bilindiği üzere Yunan, Roma yahut Orta Çağa dair pek çok metinde yazarın kendi belirlediği bölümlemeler, paragraf numaraları, cilt numaraları, kitap ayrımları söz konusudur. Örneğin Aristoteles, Platon gibi yazarlar için bu 256a-125d-113e gibi olabilir sonra da satır numaraları verilir. Başka yazarların eserlerinde ise Kitap, bölüm ve paragraf numaralandırılması olabilir. Bu kısımlar okur hangi dilde eserle muhatap olursa olsun evrensel bir geçerlilik sağlar. Bu sebeple çevirmenden, dilden bağımsız ilgili kısımlar okur tarafından bulanabilsin diye modern karşılıkları yanında bu atıf bölümlemesi de muhafaza edildi. Sonraki her dipnotta yeri geldikçe ilgili numaralar, atıflar basıdaki sayfa sayısından sonra italik biçimde verilecektir.

41 Horky, Johnson, s. 475.

42 Hesiodos (Terc. Azra Erhat, Sabahattin Eyüboğlu), *Theogonia & İşler ve Günler*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s. 59, (İşler ve Günler), *276-280*.

layısıyla ilk anlamıyla *nomos* kesinlikle ilahi olanla ilişkilidir[43]. Fakat tam da Archtyas'ın yaşadığı dönemde özellikle de Sofistleri etkisiyle *νόμος* geçerliliğin tamamen kamuoyuna bağlı olduğu siyasi bir anlam kazanmaya başlar. İnsanın hemcinslerine dayattığı ya da en iyi ihtimalle her bireyin özgürlüğüne bir sınır koymak için anlaşmayla yaratılan bir şey olarak görülür. Hatta yasa kavramı evrensel geçerlilik iddiasından ve evrensel yayılımından mahrum kalır[44]. Bu durum yani Archytas'ın ortaya koyduğu doğal adalete göre dağılıma işaret eden *Νόμιος* ve *Νεμήιος* "yasa" ya da "melodi"[45] (müziğin de *harmony* ile ve nihayet uyumla ilgili olduğu düşünülürse) isimleri keyfi anlamlar kazanır. Bu ise yazılı yasa karşısında sonraki dönem düşünürlerini ideal rejimin ne olduğunu sorgulama raddesine götürür. Nitekim Platon, Aristoteles, septikler ve tabii ki daha sonra Stoacılar gerçekten erdemli insanı yazılı kurallardan bağımsız olarak tanımlar. Bu tanımın yukarıda zikredilen yazılı yasa ile karşıtlıktan doğduğu kolaylıkla söylenebilir. Hem Platon ve Aristoteles hem de onlardan sonra Stoacılar, böyle bir adamın devleti yönetmek ve yasa koyarken davranışının yazılı yasaya kıyasla üstünlüğünü vurgular[46]. Buradaki karşıtlık yaşayan yasa fikri için hayatidir. Archytas iki yönetim modeli ortaya koyar: yani yazılı yasaları veya bir kralın yazılı olmayan kurallarını. Her ne kadar önerdikleri rejim birbirinden ayrı da olsa bu Platon ile Archytas'ı yaklaştırır. Tussay'a göre "zira bu iki bağımsız fikir (*nomos emphyscos* ve filozof kral düşüncesi) kabaca aynı döneme, yani Platon'un Sicilya'ya ikinci ve üçüncü seyahatleri arasında ya da civarında bir zamana ait olması muhtemeldir."[47] İlerleyen bölümlerde bu karşıtlığın doğmuş olabileceği nokta ile ilgili okura bir öneride bulunulacak ve karşıtlığa düşünürlerin sunduğu çözümler ortaya konulacaktır.

Bu başlık altında son olarak karşıtlığın temel unsurlarından bir diğeri olan demokrasinin Archytas için ne ifade ettiğinin tartışılmalı olduğunun altını çizmek gerekir. Archytas'ın görüşleri gerek Helenistik gerekse Helenistik sonrası Pisagorcu *Krallık Üzerine ve Siyasal Rejim Üzerine* metinlerinin monarşi görüşleriyle zıttır. Bu metinlerin önemli bir kısmı okurun da ileride göreceği gibi krallık rejiminin hakimiyetini savunurken, Archytas'ın ortaya koyduğu yaşayan yasa fikri saf bir monarşi yanlısı değildir. Nitekim *Stob. 4.1.138.* fragman "Daha iyi bir hukuk ve devlet, diğer tüm siyasi anayasaların bir sentezi olmalı ve tıpkı Sparta'da olduğu gibi demokrasiden, oligarşiden, krallıktan ve aristokrasiden bir şeyler içermelidir." diyerek demokrasiye olan sempatisini

43 Martens, s. 132.

44 Tussay, s. 27.

45 Horky, Johnson, s. 482.

46 Goodenough, s. 62.

47 Tussay, s. 69.

sürdürür. Archytas'ın eşitlik ve eşitsizlik tanımları ve orantı türlerinin dağıtıcı adalet türlerine uygulanması, yalnızca matematiksel akıl yürütmeyi siyaset bilimine uygulamaya yönelik eski fakat nitelikli girişimlerinden biridir. Platon, Aristoteles'te ya da Isokrates'te olduğu gibi demokrasiye bir saldırının aksine, demokrasiyi ve demokratik bir adalet anlayışını savunmak için sunulan "bu türden en eski argümanı oluşturdukları için de dikkat çekicidir."[48] Hatırlanacağı üzere *Stob. 4.1.137*'de şöyle demektedir: "Böylece, demokratik adalet eşitliği, aristokratik veya oligarşik adalet ise eşitsizliği dağıtır."

Nihayet, Tarentumlu Archytas'a atfedilen *Hukuk ve Adalet Üzerine* Antik Yunan felsefesinin detaylı ve doğrudan demokrasi savunularından biridir. Bu da onu ve metnini ayrıca önemli kılmaktadır[49]. Fakat bunu yaparken bir yandan da yaşayan yasa fikrinden bahsetmektedir. *Stob. 4.5.61.* fragmanında olduğu gibi bu kişinin erdemli ve yasaya uygun davranması gerektiği, bilgisi sayesinde doğru yargıları verebileceği, gücü sayesinde cezalandırabileceği, mükemmelliği sayesinde faydalı olacağı ve yasalar sayesinde tüm bunları akla uygun olarak gerçekleştireceği vurgulanır. Nihayet en iyi yönetici yasaya en yakın olan kişi diye tanımlanırken, bu insanın sadece vatandaşların iyiliğine uğraşacağı salık verilir. Dolayısıyla yaşayan yasa fikrinin ilk ve asli görünümünün de katiyen keyfi bir yönetim olmadığı mutlaka hatırda tutulmalıdır. Bir sonraki bölümde ise Archytas'ın ortaya koyduğu karşıtlıkların (yazılı yasa – yaşayan yasa ve demokrasi – krallık gibi) dönüşüm geçirmeye başladığı dönem ve temel isimlerden biri sayılabilecek Sokrates ele alınacaktır.

B. Sokrates

Sokrates'in yaşayan yasa fikrinin kökenleri hakkında doğrudan herhangi bir ifadesi yoktur. Nitekim bu şaşırtıcı değildir. Tarihte Sokrates'in el yazısıyla bize ulaşan herhangi bir ifade de yoktur. Daha ziyade düşünürün bu makalede bir başlık altında yer alması tek bir sebebe bağlanabilir. Bu da onun yaşamı ve yaşamındaki değerleriyle süslediği ölümünün ortaya koyduğu hakikattir. Başka bir çalışmada tartışıldığı üzere[50] Sokrates'in meşhur savunması öncesi ve sonrasıyla yaşayan yasa geleneğinin önemli kırılma noktalarından birini oluşturur. Her ne kadar Sokrates vatandaşların yasalara uymaları gerektiğini söylese, dahası kendisi bu itaatinden dolayı idama mahkûm edilse bile gerçekten bu tutumun arkasında Sokrates'in bütün hayatı boyunca sürdürdüğü bir *persona* bulunamaz mı? Nitekim onun ironisi yalnızca yaşamında değil ölümünde de aranabilir.

48 Horky, Johnson, s. 469 ve 470.

49 Horky, Johnson, s. 487.

50 Eryiğit, ss. 23-31.

Sokrates *Savunma*'da belirttiği üzere her zaman yasaya itaati salık vermez. Bunun bir istisnası mevcuttur. Yasalara itaat edilmelidir, ancak yasayla – hakikat arasında bir boşluk oluştuğunda takip edilmeye şayan olan yasa değildir[51].

"Savunma örneğinde filozofun yasayla kurduğu ilişkiyi birkaç cümlede özetlemek gerekirse; ilk olarak çoğunluk tarafından onun felsefe yapması yasaklanacak olursa, ki çoğunluk demokrasi rejimi aracılığı ile yasal çerçeveyi de çizer, filozof yasaya itaat etmek zorunda değildir. … İkincisi, kanunlar her zaman doğru olmadığı gibi yasal olan ile adil olan da aynı değildir. Savunma metni yasaya mutlak itaatin bir ifadesi olmayıp yasa ve yasanın dışındaki alanın ve hatta adalet düşüncesinden bahsettiğimiz ölçüde yasanın üzerindeki alanın farkında olarak kaleme alınmıştır."[52]

Kriton metninde sahnedeki Sokrates; demokrasinin asli unsurunu, vatandaşı *hoi polloi* (ayak takımı) olarak ifade eder[53]. Çoğunluğun bilgisi yerine takip edilmesi gereken uzmanın bilgisidir[54]. O hâlde Sokrates için alt düzeydeki yasalar ile üst düzeydeki yasa alanı arasında bir gerilim vardır. Yukarıda vurgulandığı gibi Sofistlerin yasanın her zaman adil olanı ifade etmediği Sokrates tarafından da bilinen bir durumdur. Bu yüzden yasalara adaletin eşlik etmesi gerektiğini ısrarla savunur[55].

Sokrates tıpkı Archytas gibi yazılı yasa ve üst yasalar arasında bir ayrımın bilincindedir. Dahası Sokrates'i mahkûm edenin demokrasi olduğu hatırlanırsa ve Sokratik felsefe bu politik ortamı rahatsız eden bir at sineği olmasaydı, Vatter'in sorusu yanıtsız kalır. Sokrates neden demokratik Atina'da yargılanmıştı[56]? Dolayısıyla demokrasi ve adalet, uzmanlık ve bilge arasındaki körfez bu yargılama ile daha da aşılamaz hâle gelmiştir. Hatta Platon ve Aristoteles'te görülen demokrasi karşıtlığı Sokrates'in idamıyla yakından ilişkilendirilebilir. Nitekim, Douzinas'ın veciz şekilde ifade ettiği gibi "Sokrates'in ölümü yasada mündemiç adaletsizlik konusunda en kuvvetli argümandır. Kurban edilmesinin ardından ispat yükü yasanın adaletine inananların üzerindedir."[57] İşte bu yasayı ortaya koyan demokrasi iken burada adaletsizliğin kendisine atfedildiği yasa, yaşayan yasaya karşıtlık oluşturan yazılı yasalardır.

---

51 Platon (Terc. Niyazi Berkes), *Sokrates'in Savunması*, Çağdaş Matbaacılık Yayıncılık, 1998, s. 63 ve 64.

52 Eryiğit, s. 27.

53 Platon (Terc. Ari Çokona), *Sokrates'in Savunması: Euthyphron, Apologia, Kriton, Phaidon*, 6. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2015, s. 59, *39b*.

54 Platon, *Sokrates'in Savunması: Euthyphron, Apologia, Kriton, Phaidon,* s. 74, *48b*.

55 Platon, *Sokrates'in Savunması: Euthyphron, Apologia, Kriton, Phaidon*, s. 50 ve 51, *31e-32d*.

56 Miguel E. Vatter, *Living Law: Jewish Political Theology from Hermann Cohen to Hannah Arendt*, Oxford University Press, New York, 2021, s. 208.

57 Costas Douzinas (Terc. Kasım Akbaş, Umre Deniz Tuna), *İnsan Haklarının Sonu*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018, s. 51.

C. Platon

Platon, yukarıda zikredilen gerilimi hocasından miras alan ilk talebedir. Dolayısıyla Archytas'ta yazılı olarak ilk kez ifade edilen yaşayan yasanın içerik bakımından doldurulması hususunda katkılarından söz edebiliriz. Tıpkı Sokrates'te olduğu gibi Platon'un da doğrudan bu terkibi kullanmadığı, buna karşılık özellikle ilerleyen dönemlerde yaşayan yasaya atfedilen kimi özelliklerin onun filozof kral düşüncesinde benimsendiği söylenmelidir.

İlk olarak *Devlet*'te savunduğu filozof-kral rejimi, daha sonra *Devlet Adamı* eserinde savunduğu rejim ve son olarak *Yasalar*'da benimsediği rejimlerin tamamında yazılı yasaları aşabilen yetkiyi haiz yöneticilere işaret eder[58]. Burada kısaca Platon'un bu rejimi aslında bir tür ütopya olarak düşünmediği tekrar hatırlatılmalıdır. Onun ideal bir tasarıdan daha gerçekçi bir tasarıya doğru seyrettiği doğru olmakla birlikte ideal rejimden vazgeçtiği fikri doğru değildir[59]. Platon'un bu yöneticilerden beklentisine gelecek olursak onun için yetkiyle donatılmış yöneticilerin egemenliği keyfi değildir. Tam aksine bu kral tıpkı Zenon'un bilgeye ait özellikleriyle örtüşecek erdemlerle birlikte yönetir[60]. Dahası Platon'un bu düşüncesinin Stoa'yı etkilediğinin bir diğer kanıtı ise bilgelerin "özgür olmanın yanında, aynı zamanda kral olmalarıdır, çünkü krallık kimseye hesap vermeyen, ancak bilgelerin elinde var olabilen bir egemenliktir."[61]

Dahası bu bilge hükümdar erdemleri ve nitelikleriyle tıpkı Tanrı gibi olmalıdır. Nitekim hem kral hem de bilge olan kişi Tanrı'nın yasal bir taklitçisi ve hizmetkarı olacaktır.[62] Bu *mimemis* faaliyeti önemlidir. Vatter'in ifade ettiği gibi "yaşayan yasa hâline gelen Platoncu filozof-kral, yasa koyma gücünü Tanrı'ya 'hizmet etme' kapasitesinden aldığı ölçüde, kendisini yalnızca yasa koyucu değil, aynı zamanda bir tür rahip olarak da ortaya koyar."[63] Bu tür bir

---

58 *Devlet* için bkz. Platon (Terc. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz), *Devlet*, 20. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, s. 182 ve 214, *473c-e ve 501a*. *Devlet Adamı* için bkz. Platon (Terc. Furkan Akderin), *Devlet Adamı*, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s. 86, 87 ve 88, *293b-294a*. *Yasalar* için bkz. Platon (Terc. Candan Şentuna, Saffet Babür), *Yasalar*, 3. Bası, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 57, 58, 164 ve 165, *631c-632e* ve *709c-710b*. Martens'e göre bu rejim Platon'un kralın ya da yöneticinin yasa olduğunu ima eden mutlak bir yönetim fikrini kapsar. *Devlet*'te (473c-e), filozof-kralların yönetimi -herhangi bir yazılı yasa tarafından sınırlandırılmamaları anlamında- mutlaktır. Yine filozof-kral için yazılı yasanın gereksiz olduğu bir sistem inşa ettiği *Devlet Adamı* (*293b-d, 301d, 302e*) için de aynı hususlar geçerlidir. Martens, s. 33.

59 Bu tartışma için bkz. Eryiğit, s. 55, dn. 114.

60 Platon'un filozof-kralının erdemleri ve Stoacı Zenon'un erdemlerini karşılaştırmak için bkz. Platon: Platon, *Devlet*, ss. 193-197, *484c-487b*. Zenon: Diogenes Leartius, ss. 341-344, *XVII, Zenon, 117-126*.

61 Leartius, *XVII, Zenon, 125*.

62 Goodenough, s. 74.

63 Vatter, s. 24.

rejimin ideal olduğu fikrine onu ikna eden sadece Sokrates'in ölümü değildir. Aynı zamanda Archytas etkisi ve daha dolaylı olarak bir tür Pisagorculuğun da Platon'u etkilediği söylenebilir[64]. Dahası Roskam'ın da belirttiği gibi muhtemelen Pisagor'un düşüncesi ilk kez Akademi'de tanıtılmış ve Platon'un felsefesiyle uyumlu hâle getirilmiştir. Platonculuğun daha sonraki evriminde, Platoncu ve Pisagorcu bakış açıları arasındaki farkları görmek çoğu zaman imkân dahilinde değildir ve NeoPisagorcular sıklıkla Platoncu kabul edilir. Temelde Platoncu kavramlar ve fikirler aracılığıyla kendi Pisagorcu görüşlerini geliştirmişler ve bunları Aristotelesçi hammaddeyle harmanlamışlardır[65]. İleride ele alınacak NeoPisagorcular'ın filozof kral ve yaşayan yasa konseptlerine aşina olmalarında Platon'un ve hatta Aristoteles'in de önemli bir durak olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu envanter ister Stobaeus'un Antolojisi'nden ister *doksografi* geleneğinden türetilmiş olsun, burada en öz ifadesiyle Pisagor etkisiyle şekillenen Archytas-Platon sentezinden söz edebiliriz.

D. Ksenophon

Yaşayan yasa fikrinin kökenlerini incelerken kronolojik olarak bahsedilmesi gereken bir diğer düşünür yine Sokrates'in öğrencisi olan Ksenophon'dur. Hatta bilindiği üzere Sokrates'in hayatının önemli bir diğer tanığı da Ksenophon'un kaleme aldığı *Memorablia*'dır. Konumuz açısından ise asli değere sahip eseri *Cyropaedia*'dır. Aslında Ksenophon'un aracılığı Helenistik kral tasvirini çok önceden sunabilmesidir. Bu eserinde Kyros'u ideal bir kral olarak sunan düşünür onun için şu ifadeleri kullanır:

"Onların hükümdarı olarak tebaasının önüne kendi şahsında mükemmel bir erdem modeli koymaya çalışmaktan daha etkili bir şekilde (onlardaki güzele dair arzuyu) uyandıramayacağına inanıyordu. Çünkü insanların yazılı yasalar aracılığıyla bile daha iyi hale getirildiğini düşünürken, iyi bir hükümdarı **gören bir yasa** olarak değerlendiriyordu, çünkü sadece emir vermekle kalmıyor, aynı zamanda ihlal edeni görüp onu cezalandırabiliyordu. Bu inançla, artık daha şanslı olduğu için, ilk etapta tanrılara ibadetinde daha dindar olduğunu gösterdi (…) ve şafak vakti tanrılara ilahiler söylemeyi (…) tanrılara her gün kurban kesmeyi asla ihmal etmedi."[66]

64 Vatter, s. 291.

65 Roskam, s. 6.

66 Xenophon (Terc. H. G. Dakyns, Rev. F. M. Stawell), *Cyropaedia* or *The Education of Cyrus*, J. M. Dent & Sons Published, London & New York, 1914, s. 256, *Book VIII, Chapter I, Section 21-23*. Çeviri ve parantez içi bize ait.

Burada Ksenophon Kyros'un erdemlerinden bahsederken onu gören bir yasa (*βλέποντα νόμον*) olarak nitelendirmiştir. Dahası burada yazılı yasalar aracılığıyla eğitilebileceğini onaylar ama bunun yanında bizatihi yaşamıyla onlara örneklik teşkil etmenin daha önemli olduğunu vurgular[67]. Yine Kyros'un bir tür rahip özelliğinin de hükümetine eşlik ettiği aşikârdır.

Kyros'un yasayla ilişkisi alışılmadık bir ilişkidir. Burada en önemli nokta onun yasalara tabi olmayan bir rejim örnekliği sunduğudur. Kyros ideal bir kral imajı olarak, ona sunulan itaatin yasaya itaatle ikame edilmiş gibi görünür. Kyros'un adil bulduğu her şey yasa hâline gelir. Kyros kendisini kesinlikle bir adalet modeli olarak sunar, ama yasadan söz ederek (*Cyropaedia* 8.1.26) Bu görünüşteki çelişkinin açıklaması ve ardındaki mantık, Kyros'un *polis*e değil bir imparatorluğa hitap etmesinde aranmalıdır. Bu dönüşüm hukuk ve adalet arasında yeni bir ilişki kurulmasını gerektirir. Bu yönetim biçimi *polis*ten farklı olarak uyuşmazlıkları imparatorluğun kararlarıyla çözdüğünden aslında hakem sıfatıyla imparator bir tür kişiselleştirilmiş (*embodiment*) yasa hâline gelmektedir. Nitekim şaşırtıcı olmayan biçimde Helenistik krallıklar da Ksenophon'un bu eserine aşinadırlar ve bu yönetim tekniğini benimsemişlerdir[68].

Son olarak Ksenophon tarafından idealleştirilmiş bir Pers hükümdarı portresi Kyros'un yaşayan yasa kavramlaştırmasına bir başka katkısında da söz edebiliriz. Bu iddia konuyu kapsamlı biçimde ilk kez inceleyen düşünürlerden Goodenough tarafından ortaya konulmuştur. Goodenough'a göre bu fikrin kökeni *Zend-Avesta* geleneğine aittir. Pers toprakları, halkın özel bir kraliyet soyuna sahip bir ülke olduğu gibi, halkının yaşayan bir yasası olarak kralın da evidir. Hatta Ksenophon Pers kralını bizzat yasa, tebaasını gözetleyen bir yasa olarak tanımlarken yine Perslerin bir başka uygulaması da bu yaklaşımı kuvvetlendirir. Buna göre persler krallarının ve yasanın değerini anlamak için kral öldüğünde beş gün boyunca (*ἀνομία - anomia*)[69] uygulamışlardır. Tan-

67 Martens'in de belittiği gibi "Ksenophon bize bir Yunan kaynağında yazılı yasa ile kral arasındaki ilk açık karşıtlığı sunar. Karşımızda Pers kralı Kyros vardır. Kyros tebaasının önüne 'kendi şahsında mükemmel bir erdem modeli' ortaya koymaya çalışmıştır. Aslında Kyros, kralın yazılı yasadan daha üstün olduğuna inanıyordu, ... durum ne olursa olsun, karşıtlık açıktır." Martens, s. 32 ve 33. Bu durum yazılı yasa – yaşayan yasa karşıtlığının bir ürünüdür. Burada sadece yazılı yasa ve kral arasındaki karşıtlığın ilk örneğinin Platon'un filozof kralında da bulunabileceği hatırlatılmalıdır.

68 J. Joel Farber, "The Cyropaedia and Hellenistic Kingship", *The American Journal of Philology*, Cilt 100, Sayı 4, 1979, ss. 502-505.

69 Bu uygulamaya Türkçede özel bir isim önermek yerine olduğu gibi tutmayı tercih ettik. Nitekim bu uygulama kelime anlamı olarak ἀνομία *a-nomia* yani yasasızlık manasına gelmektedir. https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/LSJ/query?report=concordance&method=proxy&q=%E1%BC%80%CE%BD%CE%BF%CE%BC%CE%AF%CE%B1&start=0&end=0&head= (31.10.2024).

Fakat bu yalnızca bir tür hukuk dışı uygulamayı değil konudan da anlaşılacağı kralın ölümü üzeri-

rısal kayrayı kendinde cisimleştiren kral olmadığında Pers toprakları yasasız kalmaktadır[70].

Goodenough'a göre Hindistan'da, belki biraz Pers etkisiyle kral aynı zamanda "*dharma*" ya da ilahi yasanın cisimleşmiş hâli olarak temsil edilmiştir. Bu nedenle kral ilahi kökenlidir, tanrıların özel bir yaratımıdır ve sıklıkla tanrılardan biriyle özdeşleştirilir. Tüm toplumsal sağlık, toplumun varlığı, tamamen kralın yönetimine bağlıdır. Bu insanlar kral olmadan ölürler; çobanı olmayan sığırlar gibi zifiri karanlığa gömülürler. Burada dikkat çekici olan hususlardan biri de kralın çobanlık vasfıdır[71].

"İran'da olduğu gibi Hindistan'da ve Helen Krallıklarında, kralın dini karakteri onu devletin canlı yasası haline getirir. Kral aslında, meşhur deyimle, devletin ta kendisidir (*L'État, c'est moi*). Görüldüğü gibi, Mısır kavramları ile Pisagorcu fragmanlar arasındaki paralellikler tam da bu noktada bozulmaktadır; Mısır'da kral cisimleşmiş güneş tanrısıdır ama cisimleşmiş yasa değildir. Ancak *nomos emphyscos*'a hakkında dikkat çekici bir paralellik doğrudan İran'da elimizin altındayken ve tüm Pers gelenekleri gibi düşünceli Yunanlıların dikkatini çekmişken, tüm bu kavramın Pisagor geleneğine ve Yunan düşüncesinin diğer akımlarına Doğu'dan girdiğini hissetmemek benim için imkansızdır."[72]

Dolayısıyla Goodenough bu kavramın Yunan toplumuna Persler aracılığıyla geçtiğini düşünmektedir. Bu da Ksenophon'un neden bir Pers imparatoru aracılığıyla bu kavramı paralel şekilde ele aldığına sağlam bir delil sunar.

---

ne halkın bir tür yas durumunu ifade etmektedir. Yas ve yasa arasında kurulan bu ilişki Agamben tarafından Roma İmparatorluğunun *iustitium* uygulaması üzerinden ele alınmıştır. Benzerliğin daha iyi anlaşılması için *iustitium*'un ne olduğu ifade edilmelidir. İki anlama gelir ve bu tarih içerisinde değişmiştir, ikincil ve sonradan kazanılan anlamı "principatus devrinden sonra genellikle kamusal yas olarak", anlaşılırken, "*İustitium* ilk formuyla kamusal yas anlamından çok uzak bir anlama tekabül eder. Keza cumhuriyet devrinde *iustitium*, devlet olağanüstü hâldeyken, örneğin ani bir savaş tehdidi ya da şiddetli isyanlar sırasında bütün bir hukuk faaliyetine senatonun (*senatus consultum ultimum*) onayıyla son verilmesi anlamına gelir." Eryiğit, s. 93. Agamben için bkz. Giorgio Agamben (Terc. Kemal Atakay), *İstisna Hali*, Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 58. Her iki örnekte de yani *anomia* ve *iustitium* hem yasa/sızlık ve yas anlamına gelir. Dahası ikisinin de tarihsel örnekleri mevcuttur. Persler'in bu konudaki uygulaması beş gün *anomia*'nın sürdüğü iken; Caligula döneminde *iustitium* ilanı sadece imparatorlar da sınırlı kalmamış ve imparatorun kız kardeşi için de ilan edilmiştir. Bu süre zarfında imparator yaşayan bir yasa sayıldığından ve kardeşinin ölümü onun kamusal, hukuki ve toplumsal faaliyetlerini yerine getirmesini engellediğinden kamusal yas ve yasasızlık birlikte anlaşılmıştır. *Anomia* için bkz. *Stob. 4.ii.26.* Aktaran: Goodenough, s. 85. *İustitium* için bkz. Eryiğit, s. 95 ve 96.

70 Goodenough, s. 85.

71 Goodenough, s. 85.

72 Goodenough, s. 86. Parantez içi bize ait.

E. Aristoteles

Aristoteles yaşayan yasa fikri söz konusu olduğunda iki sebepten burada yer alır. Bu hususların ikisine de mümkün olduğunca ayrıntılı yer verilecektir; çünkü her iki hususa da gerekli ilgi duyulmamıştır. Bunlardan ilki Platon'un filozof-kral düşüncesinin bir benzerinin Aristoteles'in de ideal rejim tartışmasında sürdürüyor olmasıdır. İkincisi ise yargıcın canlı adalet olarak nitelendirilmesidir. Dolayısıyla Aristoteles'in *empsychos* terkibini benzer bir bağlamda kullandığı görülmektedir.

Konumuz açısından ilk olarak incelenmesi gereken *pambasileia παμβασιλεία* (Mutlak Krallık) rejimidir.

Aristoteles *pambasileus*un kim olduğunu şöyle açıklar:

"*1284a3* Fakat eğer üstün erdemlerinden ötürü olağanüstü bir ya da birden fazla (ama tam bir kent oluşturmak için yeterli sayıda olmayan) kişi varsa ve diğerlerinin erdemi ya da politik gücü ona (eğer bir tane varsa) veya onlara (eğer birden fazla varsa) denk değilse, o zaman bu kişiler kentin bir parçası sayılmazlar. Çünkü erdem ve politik kapasitede o kadar üstün iken, eşit payları hak ettikleri düşünülürse onlara haksızlık yapılmış olacaktır. **Böyle bir kişi muhtemelen insanlar arasında bir tanrı gibi olurdu.** *1284a11* Dolayısıyla, yasaların hem soy hem kapasite açısından eşit olanlara yönelik olması gerektiği ve diğer türden kişiler için yasa [diye bir şey] olmadığı açıktır. Zira, onlar için yasa çıkarmaya çalışan bir kişi gülünç duruma düşerdi, çünkü belki (Antisthenes'in dediği üzere; tavşanlar demagoglar gibi konuşup herkes için eşitlik talep ettiklerinde aslanların buna verdikleri şekilde yanıt verirlerdi. *1284a17* Demokratik olarak yönetilen kentlerin sürgün[73] uygulamasını koymalarının nedeni aslında budur. Tüm kentler içinde eşitliğin peşinde olanların en çok bunlar olduğu düşünülür ve bu nedenle (servetleri, dostlarının çokluğu veya herhangi bir diğer politik güç kaynağı nedeniyle) aşırı nüfuz sahibi olanları kentten belli bir süreliğine sürgün ederler.

...

1284b25 Bununla birlikte, en iyi rejimde, birisinin [politik] güç veya zenginlik veya pek çok dosta sahip olmak gibi diğer iyi şeylerde değil de, erdemde üstün olması durumunda ne yapılmasına dair önemli bir sorun doğar. Şüphesiz kimse ne böyle bir kişinin kovulması ya da sürülmesi gerektiğini söyleyecek ne de onu yöneteceklerdir. Zira bu makamları Zeus ile paylaşarak onu yönetme hakkını iddia etmek gibi bir şey olurdu. Geriye kalan (ve doğal olan) seçenek, herkesin böyle bir insana memnuniyetle itaat etmesi, böylece onun gibilerinin kentlerde sürekli kral olabilmesidir."[74]

Aristoteles için bu rejim aslında kendisinin de ifade ettiği gibi erdeme yöneldiği ve bir kişi erdemle kentin kalanını yönettiği için en iyi rejimdir. Diğer insanlar arasında yaşasa bile tıpkı Ksenophon, Platon ve Archytas'ın da daha

73 Bu ostrakismos olarak adlandırılan özel, muvakkat bir sürgündür. Bunun için bkz. Eryiğit, ss. 65-68.

74 Aristoteles, *Politika*, ss. 296-299, *1284a-1284b35*.

önce vurguladığı gibi yaşamı Tanrısal kimi yönler barındırır. Dolayısıyla Zeus analojisi burada da varlığını sürdürmektedir. Böyle biri için toplumun geri kalanının üretebileceği bir yasa bulun(a)maz; aksine bu kişi bütün bir topluma gerekli yasaları sunacaktır. Bu durumda eğer toplumun yazılı yasalarına kıyasla böyle bir kişinin kurduğu ilişkinin yine yazılı yasayı aşan yönünün görülmesi gerekecektir. Fakat Archytas'ta, Platon'da olduğu gibi bu keyfi bir yönetim anlamına gelmez erdemin ve doğal hukuk gibi başka yüksek yasa türlerinin bu kişi üzerinde bağlayıcı olduğu hatırlatılmalıdır[75].

Archytas'ın ortaya koyduğu ve yazılı yasa – yaşayan yasa arasındaki ayrım Sokrates ve Platon çizgisi ile yazılı yasanın haksızlığa yol açabileceği fikri Archytas'ın savunduğunun aksine demokrasi ile krallık rejimleri arasında bir tür gerilim formuna evrilmiştir. Burada da Sokrates, Platon ve Aristoteles arasında devamlılıktan bahsedebiliriz[76].

Aristoteles'in *Politeia* metni yalnızca Hristiyan ve hümanist siyasi görüşlerin bir kaynağı değil az bilindiğinden "kayıp" diye adlandırılabilecek krallık ve karizmatik lider geleneği için de kaynaklık teşkil eder. Aristotelesçiliğin bu krallık fragmanları Pindar'ın *nomos basileus*u için de alternatif bir referans noktasıdır. Kralın yargıları polisin yazılı yasalarını aşan ve doğal yasaların canlı uygulamalarıdır[77]. Aristoteles bu tür bir ilahi krallığın gerçek bir olasılık olduğu Helenik olmayan başka halkların da var olduğunu düşünmüştür: Goodenough'a göre üç farklı millet böyle bir "üst insan"ın varlığına inanmıştır: Persler, Romalılar ve Yahudiler. Perslerle olan ilişkisi daha önce ifade edilmişti, ilerleyen bölümlerde ise Romalılar ve Yahudiler bağlamında yaşayan yasa düşüncesi açıklanacaktır[78].

Aristoteles'in yaşayan yasa sürecine ikinci bir katkısı *ise Nikamakhos'a Etik* adlı eserinde yer alır. "Bunun için anlaşmazlık olduğu zaman yargıca başvurulur; yargıca gitmek de adalete gitmektir, nitekim yargıç canlı adalet gibi olmak

---

75 Doğal hukuka uygun davranması gerektiği hk. bkz. Eryiğit, s. 74 ve 75.

76 Goodenough bu konuda şöyle demektedir. "Kuşkusuz bu Aristoteles'in kendi düşüncesi değildir, çünkü tüm bu anlayışı hayal ürünü olarak reddeder. Delatte'ın iddia edebileceği gibi, bunu Archytas fragmanlarından almış olabilir. Ancak fragmanların genel izlenimi geç dönem oldukları yönündedir; dolayısıyla ya bu öğretinin daha önceki, muhtemelen Pisagorcu, öğretmenleri varsayılmalı ya da gerçekten böyle bir üstinsan tarafından yönetildiklerini iddia eden bir halk aramalıyız." Goodenough, s. 63. Fakat burada düşünülmesi gereken temel hususlardan biri böyle bir liderin teorik olarak varlığının imkânsız olmadığının ifade edilmiş olmasıdır. Bir ikincisi ise böyle bir halk olsun ya da olmasın Aristoteles'in bu fikri miras alacağı ve Goodenough'ın da işaret ettiği üzere Pisagorcu çizginin Platon olabileceği unutulmamalıdır. Bu fikrin filozof-kral ile olan yakınlığı daha sonra bu milletleri aramaya koyulan Goodenough tarafından gözden kaçırılmıştır. Bu son iddiaya bir kanıt için bkz. Vatter, s. 205.

77 Vatter, s. 20; Goodenough, s. 59.

78 Vatter, s. 21.; Goodenough, s. 63.

ister."[79] Aristoteles kralın yasa olabileceği bir ihtimali vurgulamasına karşılık *nomos empsychos* ifadesini kullanmamıştır. Buna karşın söz konusu yargıç olduğunda yargıcı, *oion dikaion empsychon*, yani bir tür canlı adalet olarak adlandırır[80]. Böyle bir durumda yargıç sadece hukuku uygulamakla kalmaz hukukun kendisi olur[81]. Bu yaklaşımın Orta Çağ yazın geleneğini de etkilediğini söyleyebiliriz. Kantrowicz'in de belirttiği üzere;

"Orta Çağ'ın sonları boyunca en çok okunan ve en çok alıntılanan siyaset konulu çalışmalardan biri olan 'Prenslerin Aynası'nın yazarı temel sorunları deyim yerindeyse gelecek yüzyıllar için önceden çözmüştü. Aristoteles'i iyice özümsemiş olan Aegidius Romanus da, Aristoteles'in yaptığı gibi Prensi 'Adaletin Bekçisi' diye niteledi ve onu 'adil Hukuk organı ve vasıtası' diye tanımladı. Dahası Nikomakhos'a Etik'e doğrudan göndermede bulunarak hâkimi *iustum animatum* olarak sunan paragrafı alıntılamasına rağmen, şu eklemeyi yapmayı da ihmal etmedi: *et muttum magis ipse rex*, yani 'özellikle kralın kendi için'. Aegidus bunu şu sözlerle açıklar: 'Kral ya da prens bir tür Yasadır ve Yasa bir tür kral ya da prenstir. Fakat Yasa bir tür cansız prenstir; bununla beraber, prens bir tür canlı Yasadır. Canlının cansızı aştığı gibi kral ya da prens de Yasayı aşmalıdır."[82]

Burada Aegidius, hukukun bir davranış kuralı olduğunu ve Nikomakhos'a Etik'in beşinci kitabına göre, yargıcın kendisinin ve hatta daha da ötesi, yasayı getiren kralın davranışta bir tür ölçü olduğunu iddia eder. Benzer bir durumu Engelbert'in *De regimine principum* (Prenslik Yönetimi Üzerine) adlı eserinde de görmek mümkündür. Engelbert kraliyet yönetiminin üstünlüğünün rasyonel olarak yöneten bir kralın yaşayan bir yasa olması gerçeğine dayandığını iddia eder; dolayısıyla, böyle olmayan diğer yönetim biçimlerinden üstündür[83].

Nihayet Aristoteles'in bu hususu Archytas'tan dolayı bilme ihtimalini özellikle Archytas'ın da kimi zaman yönetici yerine aynı zamanda yargı erkini de barındıran bir kuvvetle donatılmış *magistrate* ifadesini kullanmasıyla ilişkilendirebiliriz. Aristoteles'in bu görüşleri yaşayan yasa geleneğinin oluşmasına katkı sağlamış dahası yukarıda da görüldüğü üzere Orta çağ yazarları üzerinde ciddi etkilere sahip olmuştur. 13. yüzyıla ait bir dizi metinle Aristoteles aracılığıyla irtibat kurmak mümkündür. Antik Yunan düşüncesi içerisinde bu konunun ele alınacağı son düşünür İsokrates'tir.

---

79 Aristoteles (Terc. Saffet Babür), *Nikomakhos'a Etik*, 7. Bası, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 98, *5. Kitap, 1332a20*.

80 William Klassen, "The King as 'Living Law' with Particular Reference to Musonius Rufus", *Sciences Religieuses / Studies in Religion*, Cilt 14, Sayı 1, 1985, s. 67.

81 Martens, s. 34.

82 Ernst H. Kantorowicz (Terc. Ümit Hüsrev Yolsal), *Kralın İki Bedeni Ortaçağ Siyaset Teolojisi Çalışması*, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 186.

83 Tussay, s. 13 ve 14.

F. İsokrates

İsokrates, Sokrates, Platon ve Ksenophon'un krallık hakkındaki teorilerinin pratik siyasete uyarlanması bakımından önemlidir. İskender'in babası Philip'e dair düşünceleri bunun en önemli kanıtıdır. Düşünür onda tüm Yunanistan'a hükmetme hakkını görmüş ve ondan bir tür kurtarıcı figür olarak söz etmiştir. Dolayısıyla kral ve tiran arasındaki klasik ayrım İsokrates ile birlikte olumlu bir tiran olasılığının da kabulü ile sonuçlanmıştır[84].

İsokrates (II. Philip) ve Aristoteles'in (Büyük İskender) yaşadığı dönemde hakiki kralın şahsiyetiyle bir yasa koyucu hatta bizatihi yasanın kendisi sayıldığı bir anlayış gelişmiştir. Archytasçı kralın kişisel olarak bir tür ilahi-doğal yasayı temsil ettiği ve Tanrısal bir yöne sahip olduğu fragmanlar hatırlanırsa bu anlayışın tamamıyla soysuz kalmadığı yahut geleceğe sirayet etmediği de söylenemeyecektir[85]. Nitekim Archytas'ın ortaya koyduğu fikirler temelde demokratik tona sahipken, demokrasi aleyhine bu değişim Sokrates sonrası dönemde başlamış ve kraliyet tonunu Helenistik dönemin hemen öncesinde henüz İsokrates zamanında almıştır. Ayrıca Archytas ile İsokrates arasındaki mutabakat bu konularla sınırlı değildir.

Archytas'ın ortaya koyduğu yaşayan yasa figürü tebaası için bir yol göstericidir. Zeus'un çobanlık faaliyetine benzer şekilde o da vatandaşına (erdemleriyle) rehberlik etmelidir. Bu kavramın ortaya çıkardığı tezat aynı zamanda yazılı kurallardan bağımsız olarak erdemli insanın tanımlanabilecek olmasıdır. Bunun Platon, Aristoteles, Stoa ve septikler arasında paylaşılan ortak bir konsept olduğu da kolaylıkla hatırlanabilir. Filozof-kral rejimi meşru ama yazılı yasaya bağlı bir yönetim değildir. Fırtına zamanı kaptan nasıl kendi *techne*si ile rüzgâra, dalgalara özetle tabiata direnecek ve bir başkasından talimat almayacaksa bu analoji filozof-kral için de geçerlidir. Yine *pambasileus* için benzer bir husus kolaylıkla söylenebilir[86]. Goodenough'un da belirttiği gibi:

"Buraya kadar yasayı bilen ideal hükümdarın değeri, doğru emirleri başkalarına yayabilmesinde yatarken, Pisagorcu fragmanda (Archytas kastediliyor) kralın kendisi yasadır. Bu arada, ilahi ideal ahlak yasası gibi, kral da insani tüzüklerin kaynağıdır, ancak ideal bir yasa koyucudan daha fazlasıdır, çünkü yasanın kendisidir. En iyi yönetici, bu özdeşleşmenin en eksiksiz olduğu kişidir."[87]

İki düşünür arasında süreklilik ve benzerliğin en kuvvetli delillerinden biri de

84 Vatter, s. 19; Philip hakkındaki düşünceleri hariç Nikokles'e hitabında da yüceltici sıfatların sıklıkla yer aldığını dahası kralların güçleri bakımından tanrılara denk olduğuna dair yaygın inancı benimser. Goodenough, s. 57.

85 Goodenough, s. 64.

86 Goodenough s. 62.

87 Goodenough, s. 62.

Archytas'ın "yasa tapınaklara ya da kapılara değil, yurttaşların karakterlerine yazılmalıdır" ifadesidir. İsokrates ise bu düşünceyi benimsemiş ve "Kralların koyduğu yasalara itaat edin, ancak en güçlü yasanın kralların tabiatı (*disposition*) olduğunu unutmayın." şeklinde formüle etmiştir[88]. Çünkü İsokrates için erdemin korunması, ilerletilmesi yazılı yasalar aracılığıyla değil alışkanlıklar sayesinde mümkündür. Nitekim erdemin özellikle de (*ethos*) karakter erdemlerinin alışkanlıklara, huya bağlanması Aristoteles'in de paylaştığı bir düşüncedir[89].

Nihayet Antik Yunan polisi yalnızca demokrasinin icat edildiği değil, demokrasiyle ilişkisinin sorgulanması gereken bir kavramın genellikle krallık rejimi ile özdeşleşen daha sonra egemenlik aracılığıyla da tarihteki konumunu koruyan *yaşayan yasa* formülünün de yaşadığı topraklardır. Bilinen en eski edebi kayıt ve kanıt Pisagorcu Archytas'a neredeyse güvenle atfedilebilecek Stobaeus fragmanlarıdır. Burada paylaşılan birçok ortak temayı görebilir, bir koronun benzer seslerini duyabiliriz. Kralın bedeniyle, canlılığıyla, yaşamıyla yasa olduğu, bu yetkenin Tanrı'dan geldiği, yazılı yasadan üstün olduğu ve yasanın taşlara değil kalplere işlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu geleneğin Helenistik dönemin öncesinde yani uzun sürecek bir krallık döneminin başlangıcında Archytas'ın demokratik tonunun yerini krallık rejimine evrimi de anlaşılabilir.

88 Goodenough'un bu cümlesi için bkz. Isocrates, To Demonicus, Ed. George Norlin, Section 1.36, https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Isoc.+1+36&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0144. (31.10.2024) Tamamı için bkz. "Kralların karakterini örnek alın ve onların yollarını yakından izleyin. Böylece onları onayladığınız ve onlara öykündüğünüz düşünülecek ve sonuç olarak halkın gözünde daha büyük bir saygınlığa ve kraliyetin lütfuna daha sağlam bir şekilde sahip olacaksınız. Kralların koyduğu yasalara itaat edin, ancak en güçlü yasanın kralların tabiatı (*disposition*) olduğunu unutmayın. Çünkü demokraside yaşayan bir yurttaş nasıl kalabalığa saygı göstermek zorundaysa, monarşi altında yaşayan bir kişi de krala saygı göstermelidir." Konuyla ilgili ikinci bir paragraf ise *Areopagiticus* adlı eserde bulunur: "Öte yandan, doğru yönetilenlerin, revaklarını yazılı tüzüklerle doldurmaya değil, yalnızca ruhlarında adaleti beslemeye ihtiyaçları vardır. Çünkü devletler yasalarla değil, ahlakla iyi yönetilir, çünkü kötü yetiştirilmiş insanlar en ince ayrıntısına kadar hazırlanmış yasaları bile çiğnemeye cesaret edebilirler, oysa iyi yetiştirilmiş olanlar basit bir yasaya bile saygı göstermeye istekli olacaklardır." Isocrates (Terc. George Norlin), *Areopagiticus*, Cilt 2, G.P. Putnam's Sons & New York, William Heinemann Ltd & London, 1929, s. 131, *Areopagiticus*, *148,40,1*.

89 Horky, Johnson, s. 476.

II. *Nomos Empsychos* Fikrinin Helenistik Dönem ve Roma İmparatorluğu Kökenleri ve Dönüşümü

Bilindiği üzere Helenistik çağın başlangıcı hakkındaki görüşler ortak olmakla birlikte ne zaman sona erdiği hususu tartışmalıdır. Doğu Akdeniz ve Orta Doğu'da, Büyük İskender'in M.Ö. 323'te ölümü ile Mısır'ın M.Ö. 30'da Roma tarafından fethi arasındaki dönem ilk görüşü yansıtırken başka bazı araştırmacılar için bu dönem, Büyük Konstantin'in başkentini 330 yılında Konstantinopolis'e taşımasına kadar üç buçuk yüzyıl daha uzatılmıştır. İskender'in imparatorluğunun dağılmasından sonra Yunan (Helen) kültürünün yayılmasına, Yunanlıların diğer halklarla karşılaşmasına ve karışmasına dahası Yunan ve Doğu unsurlarının kaynaşmasına çerçeve oluşturan Makedon, Selevkos ve Ptolemi krallıkları da dahil olmak üzere çok sayıda krallık bu dönemde ortaya çıkmıştır[90].

Konumuz bakımından dikkat çekici kırılmalardan biri tam da bu dönemde yaşanmıştır. Nitekim Goodenough da konuyu incelerken başlangıç noktalarından biri olarak bu döneme özgü olan *Helenistic Kingship* (Helenistik Krallık) dönemi ve NeoPisagorcu metinler üzerinden yaşayan yasa fikrini araştırmaya başlamıştır. Ona göre Helenistik Çağ'da yaşayan yasa fikri yaygındır. Pek çok kişi için bu fikir kendi ülkelerinde görmek istedikleri bir idealin temsilidir. Fakat bu ülkünün hem demokratik hem de monarşik bir yansıması vardı. Bazıları bunu yasayı yöneticilerinde fiziksel olarak vücut bulmuş olarak idrak ederken bir kesim de bunun herkesin doğruları ve yanlışları kendi hayatına dahil ederek gerçekleştirebileceği bir ideal olduğuna inanıyordu[91].

Nihayet Roma tecrübesi düşünülecek olursa her ne kadar erken dönemde bunun Roma siyasetinin merkezi kavramı olduğu söylenemezse bile canlılığını kaybetmediği kolaylıkla söylenebilir. Nitekim Suentonius, Juluis Caesar'ın kendi sözlerini kanun olarak gördüğünü kaydetmiştir[92]. Dolayısıyla özellikle *Principatus* ve *Dominatus*[93] dönemlerinde mutat hâle gelecek bu fikrin Cumhuriyet devrinde de tamamıyla yok olmaması dikkat çekicidir.

---

90 https://www.britannica.com/event/Hellenistic-Age (31.10.2024).

91 Klassen, s. 71.

92 Aktaran: Martens, s. 49. Yine Principatus devrinin henüz başındayken Caligula hakkında yaşayan yasa idealiyle bağlantılı olabilecek bir dizi ifade kaydeder. Gaius, Senato tarafından kendisine verilen tam ve mutlak güce sahipti (4.14). Söylendiğine göre, "Herkese her şeyi yapmaya hakkım var" demiştir (4.29). Aktaran: Martens, s. 50.

93 Roma Tarihi'nin devirleri için bkz. "M.Ö. 754 senesinden, M.S. 565 senesine kadar süren eski Roma tarihi, siyasî bakımdan dört devreye ayrılır. Bunlar 'Krallık' (M.Ö. 754-M.Ö. 509), 'Cumhuriyet' (M.Ö. 509-M.Ö. 27), 'İlk İmparatorluk' (Principatus) (M.Ö. 27-M.S. 284) ve 'Son İmparatorluk' (Dominatus) (M.S. 284-M.S. 565) devirleridir." Ziya Umur, *Roma Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 3.

Helenistik Dönemde kralın doğası devletin yaratıcı yasasıdır. İskender'in fetihlerinden kalan topraklarda İskender'in ölümünden sonra kimi bireyler kendilerini kral olarak dayatırlar ve her biri bu toprakları diğerlerinin saldırılarından koruyabildiği kadarıyla yönetimini sürdürür. Suriyelileri, Aramileri, Fenikelileri ve Filistinlileri (Selevkos Krallığı) Antakya'daki kralın şahsından başka hiçbir şey birbirine bağlamaz. O, canlı bir yasadır ve karmaşık ülkesine uyum ya da bütünlük getiren tek anayasadır. Tanrı'nın maddeyi elinde tuttuğu ve kozmosa şekil verdiği şeklindeki benzetme yaygın biçimde kabul edilir. Bu aynı zamanda kralın, krallığı için yapması gereken temel ödevdir[94]. Bu uyum Archytas'ın konuyla ilgili ilk mektup kaynağında da vurgulanmıştır. "İşitme ve ses için uyum (*harmonia*) ne ise, hukuk da insan ruhu ve yaşamı için odur: çünkü hukuk ruhu eğitir ve yaşamı düzenler; uyum ise işitmeyi anlaşılır ve sesi uyumlu hale getirir."

Helenistik dönemin en önemli kaynağı yazıldıkları yüzyıl hakkında ciddi tartışmalar bulunan NeoPisagorcu yazarların çeşitli fragmanlarıdır. Aşağıda ilk olarak bu kişiler incelenecektir. Konuyla ilgili temel öneme sahip üç Pisagorcu yazar bulunur. Sahte Diotogenes, Sthenidas ve Ecphantus.

A. NeoPisagorcu Yazarlar

Stobaeus'un derlemesinde Pisagorcu yazarlar sözde (*pseudo*) Diotogenes, Sthenidas ve Ecphantus'a ait olduğu düşünülen *Krallık Üzerine* (*Peri Basileus-Περὶ βασιλέως*) risalelerinden alıntılar yer alır. *Krallık Üzerine* ve *Dindarlık Üzerine* risaleleri kendisine atfedilen Diotogenes, Stobaeus'ta bu iki esere atfedilen alıntılar dışında yeterince bilinmemektedir. Sadece tek bir fragmanla temsil edilen ikinci yazar, antoloji içerisinde "Pisagorcu Locrili Sthenidas" olarak yer alır. Üçüncü yazar ise Pisagorcu Ecphantus olarak adlandırılır, ancak gerçek Ecphantus M.Ö. dördüncü yüzyılda Attika Yunancasıyla yazmışken, Stobaeus'taki alıntılar ise Dorik ya da sözde Dorik bir lehçededir[95]. Bu durum ise yazarın yaşadığı dönem hakkında uzlaşmayı güçleştirmektedir.

Bu sözde fragmanlar Pisagor'un mistik yapısını temsil eden kapalı topluluklar için değil daha çok halkı Pisagorun felsefesi hakkında aydınlatmak için ders kitapları gibi tasarlanmışlardır. Thesleff bu fragmanların Güney İtalya şehirlerinde milattan önce 3. yüzyılda yazıldıklarına inanmaktadır. Hatta Ecphantus'un *Krallık Üzerine* fragmanı güçlü bir Helenistik monarşiyi varsaydığı için eserin aslen Siraküza'nın üçüncü (M.Ö.) yüzyıldaki güçlü kralı II. Hieron'a hitaben

94 Goodenough, s. 69, 99 ve 100.

95 Chesnut, s. 1314.

kaleme alınmış olabileceğini savunur[96]. Chesnut'ın da belirttiği gibi:

"Diotogenes, Sthenidas ve Ecphantus, M.S. birinci ve ikinci yüzyılların önemli Romalı siyaset yazarlarının (M.Ö.) üçüncü yüzyıldaki atalarını temsil ediyor olabilirler. Ancak ister Helenistik ataları ister Roma İmparatorluğu'nun çağdaşları olsunlar, Diotogenes, Sthenidas ve Ecphantus'a atfedilen malzemenin, siyasi düşüncenin başka türlü oldukça karanlık ve bilinmeyen bir alanını aydınlatmak için muazzam önemi, kesin yazarlık ve tarih atfetmenin zorluğundan tamamen ağır basmaktadır. Bu eserler bize, Roma-Helenistik hükümdar kültünün (yaşayan yasa) entelektüel temelini oluşturan resmi siyaset felsefesinin aşırı bir versiyonuna büyüleyici bir bakış sunmaktadır."[97]

Helenistik krallığa dair bu NeoPisagorcu risalelerde bulunan malzeme siyasi düşüncenin genel yönelimi hakkında ziyadesiyle aydınlatıcıdır. Elbette merkezi öneme sahip olan, Tanrı ile tebaası arasında bir ara konum işgal eden kral figürüdür. Kralın kendisi Tanrı'yı taklit etmelidir ve bu nedenle mükemmel erdemi hedefler. Bu şekilde, kendisi tebaası için bir model olarak hareket edebilir ve nihayetinde krallığında evrenin işleyişine uygun bir ahenk kurabilir. Bu NeoPlatoncu siyaset doktrininin özüdür. NeoPisagorcu gelenek filozof-kral idealinin unsurlarını Aristotelesçi ve Stoacı malzemeyle ve ortaya çıkan doktrini dikkatle seçilmiş Homeros yazını ile birleştirirler[98]. Kökeni ve tarihi ne olursa olsun zikredilen Pisagorcu yazarlar yaşayan yasa fikrinin gelişimi için en önemli kaynaklardan birini temsil ederler. Bu parçalarda *nomos empyschos* idealinin ana hatları çizilir. Bu kavram üzerine yapılan tüm çalışmalara rağmen henüz hiç kimse kralın yasayı nasıl somutlaştırdığını tanımlamamıştır. Kavram dört ana bölüme ayrılabilir: yaşayan yasa olarak kral; kralın Tanrı'ya yakınlığı ve onu *mimesis* faaliyeti; kralın tebaasına duyduğu sevgi ve kralın adil oluşu ve erdemi. Bu bölümlerde kral ve tebaası arasındaki uyum ve birliktelik, kralın insan sevgisi ve tebaasının velinimeti oluşu gibi spesifik kavramlar yer alır. İdeal sadece bu fragmanlarda bulunmaz. Bir dizi yazar üzerinde etkili olmaya devam etmiştir. Pisagor fragmanlarında yer alan bu temel konseptler diğer çalışmalar için de zemin işlevini yerine getirir[99].

96 Holger Thesleff, "An Introduction to the Pythagorean Writings of the Hellenistic Period", *Acta Academiae Åboensis Humaniora*, Cilt 24, Sayı 3, Åbo, 1961, s. 71, 72, 100 ve 101.

97 Parantez içleri tarafımıza aittir. Chesnut, s. 1315.

98 Roskam, s. 3 ve 5.

99 Martens, s. 38 ve 42.

1. *Pseudo*[100] Diotogenes

NeoPisagorcu *doksografi* yazarlarından inceleyeceğimiz ilk isim sözde Diotogenes'tir. Onun siyasi düşüncesinin merkezinde temel bir analoji bulunur. Tanrı dünya için neyse, kral da devlet için odur. Yani, devlet *mimesis* yoluyla kozmik düzeni kopyaladığı gibi, kral da tanrısal biçim kazanır. İyi kraldan Zeus gibi olması istenirdi: hayırsever, adil, yasaların ötesinde adil, ihtiyacı olanlara yardım eden merhametli, minnettar, kimseye yük olmayan, görkemli ve huşu uyandıran, kötülük yapanların cezalandırıcısı ve her şeyin denetleyicisi ve yöneticisi. Eğer kral insan topluluğunun fevkalade ve rasyonel bir üyesi olacaksa, o zaman tutkulardan tamamen kurtulmuş, özdenetim ve sağduyuyla tüm erdemlerle güçlendirilmiş olmalıydı. Gerçek kralı sıradan bir kraldan ayıran şey onun üstün erdemleriydi. Bu aynı zamanda krala tanrılarla olan ilahi dostluğunu kazandıran şeydi. Başka bir deyişle, kralın yüce rasyonelliği, yansıtılan tanrısallığının önemli bir nedeniydi[101].

Kendi şahsında yasaya saygılı ve devlet için yasa ve uyumun (düzenin) yaratıcısı olarak, iyi kralın *νόμος ἐμψυχος* olduğu söylenebilir. Ağzından çıkanlar yeryüzü devletinde yasa hâline gelir; çünkü, kral olarak insanüstü rolü onun yeryüzünde ilahi yasanın vücut bulması biçiminde değerlendirilir. Başka bir deyişle, kral ilahi bir kurtarıcı figürüne dönüşmeye başlıyordu; tebaasının ruhlarını uygunsuz düşünce ve tutkulardan kurtarmak, adaleti mümkün olduğu *elysium*a götürmek için ilahi haleyi kullanması bekleniyordu[102].

Yukarıdaki analiz, sözde Diotogenes'in ideal yönetici hakkındaki geleneksel Akademik düşünceyi (nihayetinde Platon'un filozof-kral idealine dayanan, Aristotelesçi unsurlarla zenginleştirilmiş) daha önceki Homeros tefsirlerinden edindiği fikirlerle birleştirerek geliştirdiğini gösterir. Diotogenes'in bu geleneksel kavrayışların mirasçısı mı olduğu yoksa bunların yaratılmasına yardımcı mı olduğu nihayetinde açık bir soru olarak kalmalıdır. Ne olursa olsun, pasajın tamamı Platoncu-Akademik ve Aristotelesçi malzemeyi geleneksel Homeros tefsiri ve Pisagorcu unsurlar ışığında yeniden şekillendiren yaratıcı siyasi düşüncenin anlamlı bir örneğini sunar[103].

---

100 Diotogenes için sahte ya da sözde ifadesinin kullanılmasının sebebi ise Tussay'a göre şöyle açıklanabilir: Stobaeus'un atfı dışında Diotogenes'e dair hiçbir yazılı kayıt bulunamamıştır ve mevcut durumda delil yetersizliği için en uygun açıklama, Diotogenes'in NeoPisagorcu bir yazar tarafından uydurulmuş bir takma ad olduğudur. Tussay, s. 72.

101 Chesnut, s. 1316.

102 Chesnut, s. 1317.

103 Roskam, s. 8.

Daha önce de açıklandığı üzere bu fikir M.Ö. beşinci-dördüncü yüzyılda Archytas tarafından ortaya atılmış ve siyasi çevrelerde hızla benimsenmiştir. Burada Roskam ilginç bir anekdot paylaşır:

"Arrianus, Cleitus'un öldürülmesinden sonra Anaxarchus'un İskender'i nasıl teselli etmeye çalıştığını anlatırken, Zeus tarafından karar verilen her şeyin adil sayılması gerektiği için adaleti Zeus'un tahtına oturtan eski bilgelerin görüşünü hatırlatır. Hikâyenin özü elbette açıktır: İskender'in yaptığı her şey (arkadaşını öldürmesi bile), tam da kral olduğu için adil sayılmalıdır. Bu görüşün potansiyel tehlikeleri elbette açıktır. Artık yaptıklarından sorumlu olmayan bir hükümdar istediğini yapabilir: o artık *ἀνυπεύθυνος*'tur(*anypeúthynos*-sorumsuzdur). Bu da Arrianus'un da fark ettiği gibi keyfi yönetime ve gücün kötüye kullanılmasına kapı açar."[104]

Yaşayan yasa öğretisinin bu kullanımının keyfiyeti ifade edip etmediğini anlamak için doğrudan sözde Diotogenes'in Stobaeus (*4.7.61.33-39 ve 4.7.62*) fragmanlarına[105] başvurabiliriz.

"O halde kral kentle, tanrının dünyayla olan ilişkisi gibi, kent de dünyayla kralın tanrıyla olan ilişkisindeki gibi aynı ilişkiyi sürdürür. Farklı parçaların bir araya getirilmesiyle oluşan kent, dünyanın düzenini ve uyumunu taklit ettiğinden, kral insanlara karşı sorumlu olmadığı bir güce sahiptir, **insanlar arasında bir tanrıya dönüşmüş olan canlı bir yasadır**."

En adil insan kral olurdu ve yasaya en uygun olan en adil kişi olurdu. Çünkü adalet olmadan kimse kral olamazdı ve yasa olmadan adalet olmazdı. Çünkü adalet yasadadır ve yasa adaletin kaynağıdır. Ancak kral **Canlı Yasa**dır ya da yasal bir yöneticidir. Bu nedenle o en adil ve en yasal olandır."

İster kamu hukukunun tamamında ister özel hukukta bireylere yönelik, yargıda bulunurken ve adaleti sağlarken, kralın evreni yöneten Tanrı gibi davranması doğrudur. Bir yandan, kamu meselelerinde kral tüm krallığı tek başına yönetimi ve liderliğiyle uyumlu hale getirirken, diğer yandan ayrıntılara ilişkin özel meseleler de aynı ahenk ve liderlikle uyumu sürdürmelidir. Kral aynı zamanda tebaasına iyilik yapmak ve onlara fayda sağlamakla da meşguldür, ancak bunu yaparken adalet ve yasadan ayrılmaz.

"Bu nedenle kral haz tarafından fethedilmemeli, kendisi hazzı fethetmelidir. **Kalabalığa**[106] **benzememeli** (aslında onlardan çok farklı olmalıdır) ve hazzı değil, insani erde-

104 Roskam, s. 14.

105 Fragmanların tarihlerini kesin olarak ortaya koyabilecek herhangi bir kanıt yoktur. Thesleff'in düşündüğünün aksine *Kraliyet Üzerine* fragmanı için M.Ö. ve M.S. birinci yüzyılda yazılmış olabileceği fikri savunulmaktadır. Tussay, s. 89. Dahası fragmanlar için Tussay'in dikkat çektiği bir başka husus söz konusudur. Tussay Archytas'tan sözde Diotogenes'e kadar bu fikirlerin aktarımında bir başka *doksografik* geleneğin oluşumundan söz eder. Bu iki risalenin, *Dindarlık Üzerine* ve *Krallık Üzerine*'nin, en azından bir şekilde M.S. birinci yüzyılda Küçük Asya'da dolaşımda olan bir *pseudopythagorica* derlemesinden gelebileceğini ileri sürer. Tussay, s. 87.

106 Burada dikkat çekici olan hususlardan biri tam da Sokrates'in ölümüyle tecrübe edilen kalabalığın ve o dönem rejimin de demokrasi olduğu hatırlanırsa Helenistik dönemde bir tür demokratik giysinin gözden düşmesidir. Nihayet Sokratik itirazın temel kaynağı kalabalığın

mi asıl hedefi olarak görmelidir. Aynı zamanda, başkalarına hükmetmek isteyen kişinin önce kendi tutkularına hükmedebilmesi de uygundur."[107]

Fragmanların tamamına hâkim olan kaide, kralın adil ve erdemli olması gerektiğidir. Dolayısıyla asıl vurgu gerçekten de adalet ve yasa üzerinedir: fikir, kralın adaleti belirlediği değil, en adil olanın kral olacağıdır. Bu yolla kralın akıllıca ve ince bir şekilde meşrulaştırılmasını sağlar[108]. Eğer adalet hukukun bir ürünü ya da işlevi ise, gerçek hukukun olduğu yerde her zaman adalet de vardır. Ama kralın kendisi resmî anlamıyla da yaşayan yasadır. O yasanın bizatihi kendisi olduğu için, adaletin de cisim bulmuş hâlidir. O hâlde krallığın en adil adamı odur, çünkü onun karakteri yasadır. Goodenough'un bu yaklaşımı çok çarpıcı bir iddia ile sona erer. "Açıkça görüldüğü üzere, bu ifade yaşayan yasa (*living law*) terimini açıklamamakta, sadece verili varsaymaktadır ki bu da okuyucuların bu ifadeye aşina olması haricinde imkansızdır."[109] Dolayısıyla Goodenough Helenistik dönemde bu fikrin okurları için aşina, yaygın ve bilinen bir terim olduğunu savunur. Özetle sözde Diotogenes'in fragmanları yaşayan yasa fikri ile başlayıp yine onunla sona erer. Fakat fragmanların Archytas ile dikkat çekici benzerliğine karşılık Archytas'ın aksine, *pseudo* Diotogenes, kralların tanrısal statüleri ve bizzat yaşayan yasalar olmaları nedeniyle hesaplanamaz bir güce sahip oldukları yeni bir yaklaşımın da başlatıcısıdır. Öyle ki bu durum Tussay tarafından semantik bir devrim diye adlandırılır[110]. Nihayet bu devrim bizlerin Roma'nın *Principatus* ve *Dominatus* devirlerindeki mutlak krallık tecrübelerini anlamamızı da kolaylaştırabilecektir. Burada ilk başta Sokrates ile başlayan dönüşüm Isokrates ile demokrasinin aleyhine sonuçlanmıştır.

---

uzmanlık bilgisine ve özelde (*aletheia-philosophia*'ya) hakikat ve felsefeye sahip olamayışıydı. Burada da benzer bir örüntüyü görmek şaşırtıcı değildir. Hatta öyle ki kelime seçimi dahi aynıdır: *πολλοῖς* (polloli - kalabalık). Tıpkı Sokrates'i konuşturan Platon'da olduğu gibi sözde Diotogenes'te kalabalık ile kral arasına mesafe koymakta ısrarcıdır. Yunanca metin için bkz. Roskam, s. 8.

107 Pasajları aktaran: Goodenough, s. 65, 67 ve 69. Ayrıca 4.7.62 için Geert Roskam, "How to Date the Timeless? The Difficult Problem of the Pseudo–Pythagorean Treatises On Kingship" Ktèma: Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques, Strasbourg, 2020, Les traités néopythagoriciens Sur la royauté, Cilt 45, s. 128, (How to Date the Timeless).

108 Roskam, s. 14

109 Goodenough, s. 65 ve 66.

110 Tussay, s. 105 ve 106.

2. Sthenidas

Antolojide sıralı biçimde yer alan bir başka isim ise Lokrili bir Pisagorcu olarak anılan Sthenidas'tır[111]. Sthenidas da Diotogenes ile paralel bir öğreti ortaya koyar. Buna göre krallık, Tanrı'nın taklididir (*mimemis*). İyi kral, cömert, azla yetinmeyi seven, nazik, tıpkı Tanrı gibi her güzel şeyin öğretmeni ve yasa koyucu olmalıdır. Sthenidas krallığın ahlaki ve rasyonel niteliklerini vurgulayarak, Helenistik dönemdeki yaygın filozof-bilge adam görüşüne tipik bir şekilde kral imgesini de bir kılıf olarak giydirir[112].

Fragman (*Stob. 4.7.63*) şöyledir:

Kral bilge bir adam olmalıdır. Çünkü böylece ilk **Tanrı'nın bir kopyası ve taklitçisi olacaktır**. Çünkü Tanrı doğası gereği ilk kral ve hükümdardır. Diğeri ise sadece doğuştan ve taklit yoluyla böyledir. Biri tüm evrende, diğeri yeryüzünde hüküm sürer. Biri sonsuza dek yaşar ve her şeyi yönetir ve kendinde bilgeliğe sahiptir, diğeri fanidir ve sadece anlayışa sahiptir. (Kral) Kendini büyük fikirli, merhametli, çok az şeyden yoksun tutarak ve altındakilere babacan bir eğilim göstererek Tanrı'yı en iyi şekilde taklit edecektir. Çünkü ilk Tanrı bu şekilde tanrıların ve insanların babası olarak tanınır. Kendisine tabi olan her şeye karşı merhametli olduğu ve liderliğinde kalıcı olduğundan; sadece her şeyin yaratıcı olmakla yetinmez aynı zamanda o güzel olan her şeyin destekçisi, öğretmeni ve herkese eşit olarak yasa koyucudur. Yeryüzünde ve insanlar arasında kral olmayı arzulayan kişi de böyle bir önder olmalıdır. Kralı ya da yöneticisi olmayan hiçbir şey iyi değildir; bilgelik ve anlayış olmadan ne kral ne de yönetici olmak mümkün değildir. Gerçekten de hem kral hem de bilge olan kişi, Tanrı'nın yasal bir taklitçisi ve hizmetkârı olacaktır[113].

Stobaeus'taki "Sokrates ve Platon, Pythagoras ile hayatın amacının Tanrı'ya benzemek olduğu konusunda hemfikirdir."[114] cümlesi Sthenidas için de geçerlidir. Hatta Platon Sthenidas gibi, gerçek devlet adamının (filozof-kral) bilgiyle hükmettiğinde, devleti uyumlu hâle getirdiğinde, iyinin çeşitli unsurlarını bir araya getirip kötüyü reddettiğinde, sadece taklit etmekle kalmayıp ilahi imgeyi yeniden ürettiğini söylemiştir. Goodenough bu *mimemis* konseptinin Pisagor-Platon mistisizminin bir parçası olduğunu söyler[115]. Tanrısal taklit yoluyla Sthenidas için de kralın yaşayan yasa olduğu fikri onaylanır[116].

111 Goodenough bu kişinin gerçekte yaşadığını düşünmemizi gerektiren hiçbir kanıt olmadığını belirtir. Goodenough, s. 73.

112 Chesnut, s. 1318.

113 Parantez içi bize ait. Aktaran: Goodenough, s. 73 ve 74.

114 *Stobaeus, II, 7, 3*. fr. Aktaran: Goodenough, s. 74.

115 Goodenough, s. 74.

116 Tussay, s. 94 ve 95. Ayrıca bkz. Martens, s. 40.

3. Ecphantus

Bir diğer NeoPisagorcu yazar ise Ecphantus'tur. Archytas'ın çağdaşı olduğu kabul edilmektedir[117]. Dahası yaşayan yasa kavramının Diotogenes ve Sthenidas'a kıyasla en kapsamlı yeniden üretimi Ecphantus'ta bulunur[118]. Fragmanlar (*Stob. 4.7.64-65-66.*) şöyledir:

Birçok kanıttan da anlaşılacağı gibi, her hayvanın doğası kozmosla ve içindekilerle tam bir ahenk içindedir. Çünkü evrenle birlikte nefes aldığı ve aynı anda hem en iyi hem de kaçınılmaz olan bu sıralamaya sıkı sıkıya bağlı olduğu için, evrenin nizamını takip eder. Evrensel düzene ve her bir şeye özgü olan akışa uygun olarak yönlendirilir. Bu nedenle Kozmos adını alır ve canlı varlıkların en mükemmelidir. Çok sayıda ve farklı doğaya sahip olan parçalarında, kökenine en uygun olan ve tanrısallıkta daha büyük bir paya sahip olan tek bir canlı varlık hüküm sürer. Ve ebedi Tanrı'nın doğasına, tanrısallığa ilk ve en yüksek uygunluğa sahip olan şeyler onun gibi olmayı arzu eder . . . Ay altı alemde ise kötücül doğa gelişim gösterir. Ancak insan en yüksek gelişimine yerküredeki çevreyle ulaşmıştır ama **onlar içinde en ilahi olan kraldır.** O, ortak doğamızdaki daha iyi unsurlardan aslan payını talep eder. O, aynı malzemeden oluştuğu ölçüde, **dünyevi çadırında gerçekten de insanlığın geri kalanı gibidir; ama kralı yaratırken kendisini bir arketip olarak kullanan yüce Sanatkâr tarafından yoğurulmuştur**. **Buna göre kral, yüce kralın bir kopyası olarak tek ve eşsiz bir yaratıktır.** Bir yandan kendisini yaratanla her zaman iç içedir, öte yandan **tebaası için asaletin ışığıdır.** Çünkü o bu ışık tarafından yargılanır ve onaylanır. Tıpkı kanatlı yaratıkların en kudretlisi olan kartalın[119] güneşle yüz yüze geldiği gibi. Böylece kraliyet,

117 Vatter, s. 25; Goodenough, s. 75 vd.

118 Martens, s. 38.

119 Goodenough bu kısım hakkında uzun bir açıklama yapar. Bunun sebebi buradaki kartal sembolünün temsili üzerinden güneş kültünü benimseyen Mısır'a oradan da Persler'e geçiş yapmasıdır. Bu kısım yaşayan yasa fikrinin Yunanlılara nereden geçtiğinin de tartışıldığı bölümdür. Burada bahsedilen kartal Aristoteles'in *Ἱστορίαι περὶ τῶν ζῴων (Historiai peri tōn zōiōn* - Hayvanların Tarihi) adlı eserinde geçmektedir. Bu deniz kartalı için Aristoteles şunları söyler: "... deniz kartalı çok keskin görüşlüdür ve yavruları uçmadan önce güneşe gözlerini alıştırmaya çalışır ve bunu yapmayı reddeden birini döver ve onu güneşin yönüne doğru döndürür ve bu süreçte birinin gözleri sulanırsa, onu öldürür ve diğerini yeniden yetiştirir. Deniz kenarında yaşar ve daha önce de söylendiği gibi deniz kuşlarıyla beslenir." Aristotle (Terc. Darcy Wentworth Thompson), *Works of Aristotle Volume IV: Historia Animalum*, Ed. J. A. Smith, W. D. Ross, Clarendon Press, Oxford, 1910, Book IX, *620a*. Ecphantus daha sonra bu kraliyet ışığı fikrini Yunan kartal efsanesiyle birleştirmiştir. Kraliyet kartalı gözünü kırpmadan güneşe bakabilen tek canlı varlıktır. Yukarıda da görüldüğü gibi testi geçemeyenler liyakatsiz olarak kabul edilirdi. Hatta bu fragmanda daha sonra kraliyet tahtının ele geçirilmesinde liyakatsiz olanların doğal biçimde eleneceğinin anlatıldığı kısımla da uyumludur. Nitekim güneşe gözünü dikme yeteneğine sahip olamayanlar gerçek bir kartal olamazlardı ve yuvadan atılıp terk edilirlerdi. Ecphantus, bu analoji sayesinde kralın meşruiyetinin, makamının onu durmaya zorladığı kraliyet ışığı tarafından test edildiğini söyler. İlahi ve göz kamaştırıcı ışık gaspçıları kör eder ve bozguna uğratır. Kraldan, içinde durduğu kraliyetin ilahi ışığını kirletmemesi için yüksek bir saflık beklenir. Dahası buradaki güneş ışığının Platon'da mağaradan içeri sızan iyinin ışığı biçiminde tevil edilebileceği fikri de savunulmaktadır. Burada kraliyetin Tanrı'dan kaynaklanan, varoluşun her aşamasında yüksek bir noktayı aydınlatan bir ışık olduğu görülmektedir. İnsanlar arasında sadece krala dokunur. Görünüşe göre bu ışık bir kişiyi aydınlatıp onu kral yap-

ilahi karakteri ve göz alıcılığıyla, meşru bir iddiaya sahip olanlar dışında görülemez. Çünkü piç gaspçılar gözleri kamaşmış halde ve yükseklere tırmananları yakalayan bir baş dönmesiyle yalanlanırlar. Ancak kraliyet, eğer ona talip olanlar ona uygun bir şekilde uyum sağlar ve onu kullanabilirlerse ulaşılabilir bir şeydir. Bazı insanların en kutsal yerleri bile veya sırf karşılaşmakla bile karşıdakini kirlettiği gibi kraliyet makamındaki kişi de doğası gereği saf ve ışıltılı olmalıdır ki, kendi kusurlarıyla kraliyetin üstün parlaklığını lekelemesin. **Ve bu şekilde asalet içinde yaşayan (kral), onun (Tanrı) kusursuz doğasını paylaşmalıdır.** Ve sıradan insanlar söz konusu olduğunda, eğer günah işlerlerse, en kutsal arınmaları, bulundukları yerde işleri düzenleyen ister yasa ister kral olsun, kendilerini yöneticilere benzetmekte bulacaklardır. Çünkü hiç kimse içinde ve bir parçası olduğu dünyanın varlığından kuşku duymayacağı gibi, hiç kimse de başkalarına hükmeden kendi efendisine karşı duyarsız kalamaz. Kozmik düzenin büyüklüğü, hükmedilmeyen hiçbir şeyin bulunamayacağı ve bir anlamda hükmetmenin öğretmeni olduğu gerçeğinden kaynaklanır. **Çünkü erdeminde [Tanrı'yı] taklit eden [kral], taklit ettiği kişi ve tebaası tarafından aynı anda sevilirse, güzelliği hemen ortaya çıkar**. Çünkü Tanrı tarafından sevilen hiç kimse insanlar tarafından nefret edilmez, çünkü ne yıldızlar ne de tüm evren Tanrı'ya düşman değildir, aksine liderden nefret etselerdi onu itaatle izlemezlerdi. Ancak iyi yönetimin hem kral hem de tebaası için geçerli olmasına neden olan şey Tanrı'nın iyi yönetmesidir. O halde dünyevi kralın, göksel kralın erdeminden hiçbir şekilde yoksun kalamayacağını varsayıyorum; ama kral nasıl gökten insana inmiş yabancı bir şeyse, herhangi biri de onun erdemlerinin Tanrı'nın eseri olduğunu ve Tanrı aracılığıyla kralın erdemleri haline geldiğini düşünebilir. Dikkatle incelendiğinde temel gerçeğin aşağıdaki gibi olduğu görülecektir: İnsan ırkı için her şeyin ilki ve en gereklisi, evrendeki her şeyi yöneten efendinin olduğu kadar, insanlar üzerindeki kralın da paylaştığı müştereklikliktir. Çünkü sevgi ve birliktelikten ayrı olarak varoluş imkansızdır, siyasi bedenler örneğinde de görülebileceği gibi, normalde birliktelik (ortak yaşam) olarak adlandırılan şeyi hesaba katmazsak, bu tür sıradan birliktelik (ortak yaşamdaki karşılıklı bağımlılık) Tanrı ve Kral'ın doğasına aykırıdır, çünkü isteklerini karşılamak için birlikte çalışmak ve böylece karşılıklı yardımda bulunmak zorunda kalacak kadar muhtaç değildirler. Hem Tanrı hem de Kral mükemmel bir erdemdir. Ama bir kentteki ortak amaca yönelik alaka evrenin birliğinin (ortaklığının) bir taklididir. Şimdi, hükümetten pay almayan hiçbir şehir yaşanabilir olmazdı. **Bunun için yasalara ve hem yöneten hem yönetilen tarafından bir tür sivil düzene ihtiyaç vardır.** Bu unsurlardan ortak bir iyi (*common good*), yani tebaanın uysal itaatinden kaynaklanan bir tür ince ahenk ve akort ortaya çıkar. Erdemle yöneten kişiye kral denir ve öyledir, çünkü tebaasıyla Tanrı'nın evrenle ve evrendeki şeylerle sahip olduğu aynı sevgi ve birlikteliğe sahiptir. **Ve bir babanın oğluna, bir çobanın koyunlarına ve bir yasanın ona uyanlara karşı hissettiği gibi, ilk olarak kralın tebaasına, ikinci olarak da onların krala karşı tam bir iyi niyet taşıması gerekir**. Kutsal ve ilahi bir zihniyete sahip olduğu ölçüde, o gerçekten bir kraldır. Çünkü bu zihniyete uyarak tüm iyi şeylere neden olacak, ancak kötülüğe sebep olmayacak-

maz, Tanrı kralı da ışıkla birlikte gökten indirir, onun tapınağında etten ve kandan yapılmıştır. Bkz. Goodenough, s. 77 ve 78; Chesnut, s. 1319.

tır. Ve herkesle ortak ilişkiler sürdüren biri olarak açıkça adil olacaktır. Nitekim ortak yaşam eşitlikten oluşur ve eşitliğin dağıtımında adalet en önemli rolü oynasa da birlikteliğin (ortak yaşamın) de bunda payı vardır. Eşitlikten pay verirken adaletsiz olmak ya da eşitlikten pay verirken toplumsal olmamak mümkün değildir. Kendi kendine yeten insanın tutumlu olduğundan şüphe edilebilir mi? Çünkü savurganlık iktidarsızlığın, o da isyanın anasıdır. İnsani hastalıkların çoğu ondan kaynaklanır. Ancak kendine yeterlilik savurganlığı ya da onun yavrularını doğurmaz. Aksine, ilk varlık münezzeh biçimde tüm şeyleri yönetir, ancak kendisi hiçbir şey tarafından yönetilmez; işte bu, Tanrı'nın ve kralın ortak özelliğidir: yönetici olmak (ancak kimse tarafından yönetilmemek bu yüzden ona "kendi kendine yeten" denir). Bunun bilgelikten (*φρόνησις-phronesis*) ayrı olarak gerçekleşemeyeceği ve Tanrı'nın evrenin bilgeliği olduğu ise aşikârdır. Çünkü evren bir düzen ve intizam içinde bir arada tutulmaktadır ve bu da akıl (*nous*) olmaksızın gerçekleşemez. Aklı olmayan kral da şu erdemlere sahip olamazdı: adalet, kanaatkârlık, birliktelik (ortak yaşam) ve bunların kız kardeşleri."[120]

Archytas'ta görülen birçok konseptin Ecphantus'ta da tekrar ettiğini kolaylıkla söyleyebiliriz: Siyasi düzenin yönetici, yönetilen ve yasalardan oluşması, kralın adil ve erdemli olması gerektiği, kralın Tanrı'nın taklidi olması, çoban imgesinin devamlılığı, ahenk ve akort gibi müzik terimlerinin uyumu karşılamak için tercih edilmesi gibi.

Ecphantus hem göksel hem ay-altı hem de yeryüzü düzlemlerinin üzerinde konumlandırıldığı bir tür göksel hiyerarşiye göre şekillendirilmiş bir kozmos tasavvur eder. Ast-üst ilişkileriyle belirlenmiş bu düzenin ise nitelikli bir unsuru kraldır[121]. Fragmandaki ilginç noktalardan biri Tanrı'nın sıradan insanlara kıyasla üst bir mevkie yerleştireceği kralı yaratırken kendisini bir arketip olarak kullanıp kralın hamurunu yoğurması ve ona şekil vermesidir. Kral sıradan insanlardan ne kadar üstün olursa olsun, onların evrenle uyum içinde yaşamalarını sağlayacak temel araçtır. Kendisine tabi olanlar için bir baba, sürüsü için bir çoban olmalıdır. Platon'da da benzer bir analoji bulunur fakat Platon'un iyi çobanı ve kralın baba tasviri Ksenophon tarafından Perslerle ilişkilendirilir[122]. Tebaası için bir yasa olan erdemli kral, kendi erdemine katılım yoluyla tebaasının erdemli yaşamlar sürmesine olanak tanır: Bu birliktelik kralın taklit edilmesinin ve ona itaat edilmesinin doğrudan bir sonucudur[123]. Kral ayrıca ilahi olan aklın ve bilgeliğin de taşıyıcısıdır. Böylece kralın düşünceleri de kutsal ve ilahi sayılmalıdır. Tanrı nasıl evrenin bilgeliği (*φρόνασις- phronesis*) ise kral da dünyevi bilgeliktir. Kralda tüm bu niteliklerin *logos*un, *phronesis*in ve ilahiliğin kralda cisimleşmesi (*embodiment*) onu diğer erdemlerin pınarı hâline

120 Aktaran: Goodenough, ss. 75-86.

121 Tussay, s. 95.

122 Platon için bkz. *265d ve 268a*. Goodenough, s. 84.

123 Martens, s. 40.

de getirir: adaletin, öz denetimin ve geri kalan her şeyin[124].

Ecphantus'un kraliyet felsefesinin, kraliyet makamının meşhur olmasa bile, tamamen bilindik bir açıklaması olduğu sonucuna varabiliriz. Dolayısıyla Helenistik dönemde artık bu kullanıma aşina bir siyaset felsefesiyle karşılaşırız. Dönemin hükümdarlarının resmî ünvanlarına bakıldığında, bu anlayışın eş zamanlı devletin resmî doktrini olduğu da görülür. Bu ünvanların anlamı ne kadar tartışmalı olursa olsun, Helenistik çağ boyunca genel olarak artan popülerlikleri tartışılmazdır. Özellikle kurtarıcı, üstün, hayırsever sıfatları neredeyse kraliyetin demirbaş ünvanları hâline gelmiştir. Bunların dini öneminin yanında evrensel kullanımları da büyük bir siyasi öneme sahiptir. Örneğin kurtarıcı ünvanı kralın tebaası için askeri koruma ve güvenliği temsil ettiğini ima etmenin yanında Goodenough'a göre Ecphantus'un kralı toplumun kurtarıcısı olarak görmesiyle anlamı kesinlikle zenginleşir, hayırsever sıfatı ile daha sonra sık sık yan yana gelmesi ilk kez bu fragmanda karşılık bulur. Kralın şahsında tanrısal kayranın açığa çıkması aynı zamanda toplumun kurtuluşudur[125].

"Böylece, belki de sonunda, yaşayan yasa kavramının ardında yatan anlamı kavradık; bu, kralın kişisel olarak krallığının anayasası olduğu, kendisine bağlı tebaanın tüm yasalarının nihai olarak onun iradesiyle şekillendirilmesi ve uygulanması gerektiği anlamına gelir. Dahası, Helenistik dünyanın giderek her şeyden daha çok istediği, dinamik ve kişisel bir tanrı tasavvurunu onlara sunarak tebaasını günahlarından kurtarır."[126]

Dolayısıyla NeoPisagorcu doksagrafilerden çıkarılan ortak sonuç yaşayan yasayı bütün bir hukuk düzeninin en yetkili normu saymaktır. Bunu yaparken de aşkın olan ile arasında kurulan benzerlikten faydalanır[127].

---

124 Chesnut, s. 1319 ve 1320.

125 Goodenough, s. 98.

126 Goodenough, s. 91

127 Buna rağmen aralarında önemli farklar olduğu da söylenebilir. Fragmanlardaki tartışmalarda "NeoPisagorcu özellikler olsa da, her üç *Περὶ βασιλείας* (Krallık Üzerine) incelemesi de Platoncu geleneğin kavramsal çerçevesi içinde yorumlanmalıdır ve hepsi birbiriyle ilişkili iki Platoncu temel fikir tarafından yönetilmektedir: Bir yandan kozmik hiyerarşi fikri, diğer yandan tanrısal *mimesis* konseptine duyulan esaslı ihtiyaç. Yine de, her bir risalenin bu fikirlere ilişkin anlayışında önemli farklılıklar vardır. Pseudo-Diotogenes'in Kraliyet Üzerine'sinde herhangi bir incelikli göksel hiyerarşiye dair hiçbir işaret yoktur; daha ziyade tanrı ile sıradan insanların üstünde yer alan kral arasında bir analoji kurulur. Diğer iki *Περὶ βασιλείας* risalesi, pseudo-Ecphantus'un göksel, ay-altı ve yersel varlık düzlemleri ayrımında ve pseudo-Sthenidas'ın tanrılar hiyerarşisinde kendini gösteren çok daha sofistike, üçlü bir kozmolojik bölünmeye geri dönüyor gibi görünmektedir. Sadece ilk tanrıdan bahsetmesine rağmen, o da tanrıların ve insanların babası olarak adlandırılır." Tussay, s. 96.

B. Rhetorica ad Alexandrum

NeoPisagorcu yazarlardan sonra bilinen en eski delil *İskender'e Söylev (Rhetorica ad Alexandrum)* metnidir[128]. Yazarı hususunda tartışma olduğundan burada metnin adı başlık olarak seçilmiştir. Roma İmparatorluğunun ve dolayısıyla Stoa düşüncesinin yaşayan yasa kavramıyla nasıl ilgilendiğini incelemeden önce bir geçiş olarak bu metni de incelemek gerekmektedir. Her ne kadar NeoPisagorcu *doksografi* içinde yer alamasa da Cicero gibi filozofları etkilediği düşünüldüğünden süreç içerisinde bu metne yer verilmesi elzemdir. Bu risale uzun zaman Aristoteles'e atfedilmişse de günümüzde daha ziyade Lampakoslu Anaksimenes'e[129] ait olduğu kabul edilmektedir[130]. Ayrıca metnin orijinal biçimini korumadığı özellikle Helenistik döneme uygun biçimde yenilendiği düşünülmektedir[131]. Bu sebeple metnin birinci yüzyılda geçirdiği olası dönüşüm neden bir geçiş metni olarak düşünüldüğünü de kolaylıkla açıklar.

Metnin önemli parçaları şöyledir:

"Bu nedenle, devletler geleneksel olarak ortak hukuk tarafından en asil yola yönlendirildiklerinden, kraliyet yönetiminiz altında olanları avantajlı bir politikaya yönlendirme kapasitesi de aklınıza bağlı olacaktır. Aslında, basitçe ifade etmek gerekirse, hukuk, devletin ortak bir anlaşmasına uygun olarak tanımlanan ve **insanların her konuda nasıl davranmaları gerektiğini ortaya koyan yaşayan akıldır** (*logos empsychos*).

(...)

İnsanların büyük bir kısmının davranışlarını ya yasaya ya da sizin yaşamınıza ve ilkelerinize göre düzenlediğini bilmelisiniz. Bu nedenle, bu uğraşlarla meşgul olanların erdemin unsurları aracılığıyla onlardan adil bir kopya çıkarabilmeleri ve böylece kendilerini kötülüğe yönlendirmeyip iyiliğe katılmayı arzulayabilmeleri, tüm Yunanlıları ve yabancıları aşmak için her türlü çabayı göstermelisiniz."[132]

Archytas ile başlayan ve hemen hemen aynı döneme (M.Ö 4. yüzyıl) tarihlenen ilk yazım tarihi ile *İskender'e Söylev* metnindeki ortak ton yazılı yasa ile kral arasındaki karşıtlıktır. Dahası yine Archytas'ın tartıştığı demokrasi rejimi ile yaşayan yasa arasındaki ilişkiyi de inceler. Rejim demokrasi ise tebaa adalet için yasaya başvurur. Bir kralın yönetiminde olanlar için ise tebaa adalet

128 Martens, s. 42.

129 M.Ö. 380-320 yılında yaşadığı tahmin edilmektedir. Donald Russell, "Anaximenes (2)", in *The Oxford Classical Dictionary*, 2. Bası, Ed. N. G. L. Hammond, H. H. Scullard, Clarendon Press, Oxford, 1976, s. 62.

130 Paul Wendland, "Die Schriftstellerei des Anaximenes von Lampsakos III. Anaximenes' Rhetorik", *Hermes*, Cilt 39, 1904.

131 Goodenough, s. 91.

132 Aristotle (Terc. H. Rachkam), *Problems II: Books XXII-XXXVIII and Rhetorica ad Alexandrum*, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge, 1937, ss. 267-271, *1420a-1421a15*.

için kralın aklına (*logos*) başvurur (*1420a, 20-23*). Kralın aklı demokraside hukukun işlevini yerine getirir. Her ne kadar söylevde *nomos empsychos* ifadesi kullanılmasa da onun yerine geçen aynı işlevi görmek için sunulan *logos empsychos* (yaşayan akıl) terkibi kullanılmaktadır. Ayrıca tebaanın erdemli olması için kralı taklit etmesi gerektiği de vurgulanır (*1420b12-19*). Son olarak Cicero'nun da bu fikirden etkilendiği dolayısıyla kavramın 1. yüzyılda yaygın olduğu Martens tarafından ifade edilir[133].

C. Cicero

Elbette kronolojik olarak yaşayan yasa fikrinin adımlarını takip edersek Antik Yunan yazınından sonra Roma İmparatorluğunun egemenlik sahasında geziniriz. Bu başlık da dahil olmak üzere sonraki süreçte yer vereceğimiz düşünürler için farklı olan tek şey bu da değildir. Bu düşünürler sadece NeoPisagorcu ve NeoPlatoncu etkilerin değil aynı zamanda Stoacı geleneğin de izlerini taşırlar. Bunlardan ilki ve en kilit rollerden birini yerine getiren isim ise şüphesiz Cicero'dur. Nitekim o Yunan ve Roma kültürleri arasındaki körfezin güvenli köprüsüdür[134]. O Platon, Aristoteles ve Xenophon'un eserlerini ve hatta bir hatip olarak İsokrates'i de çok iyi bilmektedir[135]. Dolayısıyla Cicero, yaşayan yasa literatürü için bu makaleye de konu edinilen önemli isimlerin pek çoğunun yaşamını ve eserlerini düşüncesine dahil etmiştir. Dahası bir Stoacı olduğundan Stoa'nın o dönemde yaygınlaşan bir başka görüşünü de paylaşır. Buna göre hakikatte hukuk yazılı kurallardan ibaret değildir. Mutlak olarak yazılı kurallar hakikati yansıtmayabilir. Bunun farkında olarak bütün bir tebaanın değil ama ayrıcalıklı kişilerin söz gelimi Sokrates ve Chrysippus'un erdemleri sayesinde bazı yasaları çiğneyebildiklerini iddia eder. "Hiç kimse Socrates ya da Aristippus kent adeti ve geleneğine aykırı bir şey söyledi ya da yaptı diye kendisinde de aynısını yapabilme hakkının bulunduğunu düşünme yanlışına düşmesin, zira bu adamlar yüce ve kutsal erdemlerinden ötürü böyle bir ayrıcalığa hak kazanmıştır."[136] Böylece bilge tüm yasalara değil en öz biçimde doğa yasalarına boyun eğen kişidir. "Eğer adil ve iyi insanlara düşen yasalara boyun eğmekse, bunlar hangi yasalar olacak? Mevcut yasalar mı? Oysa erdem tutarsızlığı kabul etmez..."[137] Oysa itaat edilecek doğru yasayı yalnızca Stoacı bilge bilir. Hatta

133 Martens, s. 43.

134 Eryiğit, s. 80 ve 81.

135 Lester Kruger Born, "Animate Law in the Republic and the Laws of Cicero", *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Cilt 64, 1933, s. 129.

136 Cicero (Terc. Cengiz Çevik), *Yükümlülükler Üzerine*, 5. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, s. 64, *I. Kitap, XLI, 148*.

137 Cicero (Terc. Cengiz Çevik), *Devlet Üzerine*, 2. Bası, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018, s. 196, *III. Kitap, XI, 18*. Ayrıca bu konu hk. bkz. Martens, s. 22. Bu konuda Brad Inwood ayrıca ko-

öyle adlandırılsın ya da adlandırılmasın bilgeliğin erdemlerine sahip olmayan *de facto* krallara kıyasla asıl kraldır[138]. Eğer doğa yasasını izlerken yazılı bir yasayı çiğneyecek olursa, kişi akıl tarafından yönlendirilecektir: davranışlarını yönlendiren içine işlemiş olan rasyonaliteye itaat etmektedir. Yazılı yasa üzerinde tüm yetkiye sahiptir. O, böyle bir durumda yazılı yasalara değil doğa yasasına tabi olmalıdır[139]. "Bazı durumlarda ... [bilgenin] Zeus'un daha yüksek yasasıyla tutarlı kalabilmek için hemcinslerinin yaşadığı ön kabulleri ya da kuralları ihlal etmekten başka seçeneği yoktur."[140] Sonuç olarak bilge, doğayla uyuşmayan ya da akla karşı gelen yasaları çiğneyebilir. Sıradan bir insan beşerî kanunlarla bağlı olsa da bilge değildir.

Okurun kolaylıkla fark edeceği üzere daha en başından beri yaşayan yasa kavramı söz konusu olduğunda demokrasi-krallık karşıtlığı tıpkı yazılı yasa-yaşayan yasa karşıtlığı gibi kendini gösterir. Dahası tebaanın durumu rejime hâkim olacak yönetimi belirlediğinden hiç değilse burada bir mütekabiliyet görebileceğimizden siyasal rejimlere ilişkin görüşlerle yaşayan yasa arasında ayrılmaz bir bağ bulunur. Bu konu hakkında Cicero da tıpkı Aristoteles gibi bir pozisyonu savunur. Aristoteles için ideal rejim yukarıda anlatıldığı gibi *Pambasileia* iken böyle bir rejim sağlanamadığında en iyi ikinci yönetim oligarşi ve demokrasinin karşımı (*politeia*) olan bir tür karma sistemdir. Cicero ise buna yakın görüşü Scipio üzerinden anlatır.

Scipio krallığı savunurken onu diğer tüm basit yönetim biçimlerine tercih edeceğini söyler, çünkü iyi bir kral bir babayı çağrıştırır, halkıyla ve onların sorunlarıyla bir babanın oğullarıyla ilgilendiği gibi ilgilenir. Erdem devletinde (krallık) bu biçim yalnızca mümkün değil, aynı zamanda en iyisidir; ancak ortalama koşullar altında en iyi pratik yönetim biçimi karma bir biçimdir[141]. Bu konuda

---

nunun Aristoteles ile de benzer yönünü ortaya koyar ve yazılı yasaları daha katı bir konumda değerlendirirken, doğal yasaların daha yüksek ve esnek kurallar olduğunu vurgular. "Çünkü bilge (Aristoteles'in bilgesinde olduğu gibi) kaba ve hazır ama katı ahlak kurallarını çiğnerken, daha yüksek ama daha esnek bir anlamda doğa yasasına itaat etmektedir." Brad Inwood, "Commentary on Striker" *Proceedings of the Boston Area Colloquium of Ancient Philosophy*, Cilt 2, Sayı 1, 1986, s. 101.

138 Cicero (Terc. Raphael Woolf), *On Moral Ends*, Ed. Julia Annas, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 89, *Book III, 75*.

139 Martens, s. 26.

140 Martens, s. 29. Alıntı Vander Waerdt'in 1989 Princeton Üniversitesi'nde savunduğu doktora tezine atıftır. Fakat bu kaynağa ulaşma imkânımız olmamıştır. Bu sebeple; Aktaran: Martens, s. 29.

141 Born, s. 130. Chesnut ayrıca Cicero'nun rejimlerle ilgili tartışmasını *yaşayan yasa* ifadesini açıkça kullanmasa da bu fikre kesinlikle uzak olmadığı şeklinde yorumlar. Chesnut, s. 1326. Dahası Scipio'nun en iyi yönetim biçimi olarak krallıktan bahsettiği pasajda, krallığın kendine özgü doğasını koruduğu sürece en iyi rejim olduğunu söyler. Bu doğa hükümdarın sonsuz gücü (*potestas*), adaleti (*iustitia*) ve bilgeliği (*sapientia*) aracılığıyla tüm halkın güvenliğinin,

Yükümlülükler Üzerine adlı metninde süreci şöyle anlatır:

"Bana öyle geliyor ki, Herodotus'un anlattığı gibi sadece Medler arasında değil, aynı zamanda atalarımızın arasında da yüksek ahlaklı insanlar adalet işlesin diye kral yapılmıştır. Nitekim savunma gücünü yitiren yığınlar, daha güçlü olan kişiler tarafından bastırıldığında, korunma amacıyla erdeminden emin oldukları bir adama sığınır, o da bu zayıf insanları yapılan haksızlıklara karşı korur ve yüksek ile aşağı sınıftan insanları hak eşitliğini gözeterek bir arada tutmak için onları adil koşullar oluşturarak yönetirdi. Devlet yasası oluşturma ile kral atamanın mantığı aynıdır. Yasa daima eşitliği gözetmelidir, aksi halde o yasa olamaz. İnsanların hakkı adil ve iyi bir adam tarafından güvence altına alındığında insanlar bununla mutlu olabiliyordu. Ancak böyle bir durum ortadan kalkınca, herkese her daim tek ve aynı sesle seslenen yasalar bulundu."[142]

Buraya kadarki kısımdan Cicero'nun sadece Aristoteles ile değil genel olarak yaşayan yasa fikrinin tarihi ile kendi arasında barındırdığı kimi ortak temaları görmek mümkündür. İlki yazılı yasanın yönetimi ve kralın yönetimi arasında bir ayrıma gider. Yasaya ya da krala ihtiyaç duymamızı aynı nedene bağlar: adaleti gerçekleştirmek. Fakat eşitliği gözeten yasalar aslında adil kralların eksikliğinden doğmuştur. Burada bir öncelik sonralık ilişkisinden bahsedebiliriz. Dahası kralın yasa yerine geçebildiğini de kolaylıkla çıkarabiliriz. Hatta yaşamının bir tür yasa olarak da anılabileceğini ifade eder.

"[52] Kuşkusuz devlet erdemle yönetildiğinde, bundan daha görkemli ne olur? Tabii başkalarına buyurmakta olan kişi, hiçbir arzuya köle değilse ve vatandaşları için oluşturup onları <uymaya> çağırdığı yasaları kendi de tümüyle kucaklamışsa? Böyle biri kendisinin uymadığı yasaları halka dayatmaz, **aksine yaşamını vatandaşlarının önüne yasa diye koyar**. Eğer böyle bir lider her şeyi doğru bir şekilde idare edebilseydi, daha fazlasına ihtiyaç duymazdı, herkes en iyinin ne olduğunu görüp üzerinde uzlaşabilseydi, kimse seçilmiş liderler aramazdı."[143]

İkincisi bunun soykütüğü hakkında tıpkı Goodenough'un NeoPisagorcu yazarlar üzerinden yaptığı gibi Pers kökenini önerir. Farklı olarak bunun Roma'nın Erken Dönem Krallık devrinde de olduğunu savunur. Üçüncüsü Zeus-çoban analojisi üzerinden *mimesis* konseptini benimser. Dahası kralların Tanrı'yla yakınlığı Romulus örneği üzerinden de ifade edilir. Kralların aldığı ünvanlar şöyledir: baba (*pater*), vatanın koruyucusu (*patriae custos*), tanrı (*deus*)[144]. Dördüncü bir nokta ise hem Archytas ile hem de Aristoteles ile Cicero arasın-

---

sükûnetinin ve huzurunun korunması olarak tanımlanır. Born, s. 131.

142 Cicero, (Terc. Cengiz Çevik), *Yükümlülükler Üzerine*, 5. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, s. 87, *II. Kitap, XII, 41-42*.

143 Cicero, *Devlet Üzerine*, s. 143, *I. Kitap, XXXIV, 52*.

144 Cicero, *Devlet Üzerine*, s. 150 ve 151, *I. Kitap, 64*. Ayrıca Born, s. 135. *Deus* sıfatı için ise ayrı bir açıklama yapmak iyi olacaktır. Hemen Cicero'dan sonraki dönemde ve özellikle *Dominatus* devrinde yaygın bir şekilde krallar için bu sıfat kullanılacaktır. Recai Galip Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s. 383, 384 ve 432.

daki paralelliği ortaya koyar. Bu magistralar hakkında bir pasajdır. Romalı düşünür toplumu yönetenlerin yasalar gibi olması gerektiğini söyler; yani kişisel husumetten değil, adalete göre yönetmelidirler. *Yasalar*'da, Yunan düşünürlerinin ifadelerine en yakın paralellikte olan kısım yer alır. "Peki, magistratus'un yasalara uygun olan, doğru ve yararlı şeyler buyurup dikte etme yetkisi olduğunu görüyorsun. Dolayısıyla, nasıl ki yasalar magistratus'lara buyuruyorsa, magistratus'lar da halka buyurur; doğru bir şekilde denebilir ki, **magistratus konuşan yasadır, yasa da dilsiz magistratus**."[145] Bu ifade genellikle Archytas'a paralel şekilde okunmuştur[146]. Nitekim Archytas'ın *Stob. 4.1.135.* fragmanı hatırlanırsa "Yasalardan canlı olan (yaşayan) kraldır (*νόμων δὲ ὁ μὲν ἔμψυχος βασιλεύς*), cansız olan ise yazılı olandır." ifadesi ile Cicero arasındaki uyum kolaylıkla görülebilecektir. Dahası Archytas'ta hemen fragmanın devamında *magistra*lardan bahseder. Bu da benzerliğe katılan unsurların sayısını arttırmaktadır. Oysa Archytasçı paralellik inkâr edilemez olsa da asıl benzerliğin *Nikamakhos'a Etik*'te yer alan "Bunun için anlaşmazlık olduğu zaman yargıca başvurulur; yargıca gitmek de adalete gitmektir, nitekim yargıç canlı adalet gibi olmak ister." düşünceleri ile Cicero fragmanın organik yapısı benzerdir. İkisi de yargıcın görevlerinden söz ederken adil olmaları gerektiğini ve bunun canlılık (konuşmak gibi) unsurlarıyla analojilerini pekiştirirler. Burada yargıcın konuşuyor olması da canlı oluşu da adaleti dikte etmeleriyle ilişkilidir. Bu ikisi arasındaki uyum bir tesadüfün eseri gelişmemiş, süreklilikleriyle sağlanır.

Cicero, yukarıda bir kısmına işaret edilen Helenistik siyaset teorisi terimlerini sıklıkla kullanmaktadır. Başta Caesar ve Pompey olmak üzere bazı Romalılar, prensliğin alınmasından önce bu ünvanlardan bazılarıyla onurlandırılmışlardı. Cicero'nun bundan bihaber olması pek mümkün değildir. Suentonius aktardığı Juluis Caesar'ın kendi sözlerini yasa gibi değerlendirmesi bu hususu kuvvetlendirir. Born'un veciz ifadeleriyle "Hukukun cisimleşmiş hali olarak kralın şahsı devletti ve bu nedenle devlet onda vücut bulmuştu."[147]

---

145 Cicero (Terc. Cengiz Çevik), *Yasalar Üzerine*, 4. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 68, *III. Kitap, II. Bölüm*.

146 Born, s. 134. Bunun yanında Tussay *lex loquens* (konuşan yasa) deyiminin eşi benzeri görülmemiş uygulaması nedeniyle, Cicero'nun büyük olasılıkla bir Yunan kaynağını gevşek bir şekilde takip edildiğine inanır. Cicero'nun yasaları ile Platon'un Yasalar'ı arasında güç bir bağ olduğunu fakat Cicero'nun bu kullanımının Platoncu olmadığını vurgular. Bu sebeple Tussay, bu aktarım için Archytas ile bağlantı kurmanın mantıklı olduğunu düşünür. NeoPisagorcu *pseudo* metinlere erişimi olduğundan ve bu yazım geleneğinin bir yeniden yorumu olduğu fikrini savunur. Daha sonra bu fragmanın Philo'ya etkilerini tartışır. Kanaatimce yukarıda da belirttiğim gibi bu metinlerin yanında Cicero'nun Aristoteles ile paralelliği gözden kaçırılmaktadır. Platon konusunda Tussay ile hemfikir olsam da Cicero'nun bu kullanımı Aristoteles'ten almış olma ihtimali daha yüksektir.

147 Born, s. 136.

Özetle, *Devlet Üzerine* ve *Yasalar* eserlerinde devletin başındaki kişinin kişisel nitelikleri, özellikle de bilgelik ve adalet büyük önem taşır. Bunlar aracılığıyla yönetici yasa ile özdeşleştirilir. Helenistik krallığa ait terimleri ideal devlete referansla kullanır. Cicero'nun elinde bu fikre ulaşabileceği çok sayıda eser vardır. Bu malzemenin en azından bir kısmıyla bile (Archytas ve Aristoteles gibi) yaşayan yasa fikrinin bilincindedir. Nihayet bunu benimseyerek siyaset felsefesinin diğer ilkeleri arasına kattığını inkâr edilemez bir şekilde göstermektedir[148].

D. Philo

Cicero'dan sonra konu hakkındaki en önemli tanıklardan biri İsa'nın da çağdaşı İskenderiye'li Philo'dur. Hatta onsuz yürütülecek bir çalışmanın kapatılması güç bir eksiklikle malul olacağı söylenebilir. Nitekim Philo yaşayan yasa düşüncesiyle detaylı olarak ilgilenmiş ve ayrıca bu konseptin teolojiyle ilişkisini de inşaya çabalamıştır. Fikrin soy kütüğüne sunduğu kaynak ve anlam zenginliği dolayısıyla Philo daha detaylı bir araştırmayı hak eder. Bu sebeple, aşağıda fikirlerinin askıda kalmaması ve zihnine daha iyi nüfuz etmek adına biyografisine de kısaca yer verilecektir.

Philo, İskenderiye'nin seçkin Yahudi ailelerinden birinin üyesidir. Ayrıca Roma imparatorluk ailesiyle özel ilişkileri tarih metinlerinde yer almaktadır. Bu aile Yahudi halkının önemli soylarından biri olan Herodianların da akrabasıdır. Bu değerli soyağacına rağmen, Philo'nun kendisine dair çok sayıda kanıt yoktur. Genellikle doğumu M.Ö. yirminci yıla tarihlenir. Ailesiyle ilgili bazı veriler dikkate alınırsa bu tarihlendirme mutlak değildir. Philo'un ağabeyi İskender, Roma hükümeti adına vergi toplayan memurlardan biridir. Ayrıca İmparator Claudius'un annesi Antonia'nın Mısır'daki mülklerine kâhyalık yap-

148 Born, s. 137. Benzer bir husus Martens tarafından da ifade edilir. Cicero ve Seneca gibi düşünürler yaşayan yasa fikrinin sürekliliğine katkı sunarlar. Martens, s. 167. Öyle ki o, orta çağ boyunca kullanılacak bir ünvanın da savunucusudur. Bu *princeps*ten başkası değildir. "Roma devletinin hâlihazırda bulunan durumunu batan bir gemiye benzetir ve Platon'un gemi-kaptan, analojisinde olduğu gibi üstün değerlerden pay almış bir yöneticinin göreve gelmesi gerektiğini düşünür. Cicero için bu yönetici *princeps*tir, birinci yurttaştır. Ayrıcalıklı ve özel bir yurttaş türüne işaret eden *princeps* kararlılık, ciddilik, ruh dinginliği gibi erdemleriyle diğer vatandaşlardan ayrılır. Yüce bir vatandaş olarak *princeps* devletlerde gerçekleşmesi kaçınılmaz bozulmaları, değişimleri öngörür ve iyi bir kaptan gibi devletin rotasını doğruya yönlendirir. Dahası erdemleriyle cumhuriyetin hizmetinde bulunduğu için birinci yurttaş sıfatını taşımaya hak kazanmıştır. Birinci yurttaş yönetimi, keyfi olmayıp aksine cumhuriyetin mevcut kurumları arasında bir denge unsuru hâlini almalıdır. İşte bozulan durumu tamire ehil kişi erdemli, saygı duyulan, öğütlerine itibar edilen, otorite (özellikle manevi anlamda) sahibi bir hükümdardır. O, geri kalan bütün vatandaşlara kendini ayna olarak sunacak, zekâsının ve hayatının parlaklığını onlara yansıtacak güneştir." Eryiğit, s. 85. Burada güneş anolojisinin de NeoPisagorcu doksografi geleneği ile örtüşmesi dikkate şayandır.

mıştır. Varlıklı ve son derece saygın bir iş adamı olduğu konusunda tarihçiler hemfikirdir. Sadece bu vazifeleri bile onu İskenderiye aristokrasisine ve yerel Yahudi halkının liderleri arasına yerleştirmek için yeterlidir. Oldukça yüksek meblağdaki bir serveti yönettiği kaydedilmiştir. Hatta İskender yukarıda zikredilen malvarlığı sayesinde Kudüs'teki mabedin dokuz kapısına altın ve gümüş kaplamaları yaptıran kişidir. Tüm bu örnekler İskender'in en azından aile reisi olarak, en büyük çocuk olarak hareket ettiğine delil sayılabilir. Nitekim aile serveti üzerindeki bu yetki ve genel olarak resmî görevlerin tamamının aile adına hareket edecek kişiye verileceği yahut devredileceği düşünülürse bu durum daha çok kesinlik kazanır. Bu nedenle Philo büyük olasılıkla M.Ö. 13-10 yılları arasında ikinci bir oğul olarak dünyaya gelir. Kardeşlerine verilen Roma yurttaşlarının taşımaya layık görüldüğü isimler ve kardeşlerin bulundukları mevkiler, edindikleri onur görevleri, ailenin ya İskenderiye'de bulundukları sırada ya da henüz şehre gelmeden önce Roma vatandaşlığına sahip oldukları lehinde bir karinedir[149].

Tussay'a göre Philo'nun hayatına dair en sağlam kanıtlar Caligula'nın tahta çıkmasıyla birlikte İskenderiye'deki Yahudiler üzerindeki baskının (sinagoglara yerleştirilen Caligula resim ve heykelleri, Yahudilerin vatandaşlıktan çıkarılması, sürgün edilmeleri ve bir tür pogrom) azaltılması ve özgürlükleri için imparatora gönderilen elçilik vazifesini yürütmesine dairdir. Caligula öldürülene kadar Roma'da bulunur. Buradan tekrar İskenderiye'ye dönüp dönmediği ise bilinmemektedir. Hayatı hakkındaki belgelerin azlığına rağmen hakkında şunları biliyoruz: Kilise Babaları tarafından el üstünde tutulmuş, 36 risale yayımlamış, Antik Yunan düşüncesini teolojik bir perspektifle reforma çabalamış ve kutsal kitaptaki düşüncenin pagan düşüncesine üstünlüğünü kanıtlamaya çalışmıştır[150].

Bu 36 risalenin bir kısmı onun felsefesini ve felsefe bilgisini de iyi bir şekilde ortaya koyar. Tussay'in de veciz şekilde ifade ettiği gibi: "Philocu külliyatta çeşitli Platoncu, Aristotelesçi, Stoacı, Epikürcü ve NeoPlatoncu fikirler bulunabilir. Ancak Philo üzerindeki en büyük etki şüphesiz Platon'a aittir. Öyle ki Jerome, Yunanlılar arasında (Platon philonises ya da Philo platonises) 'ya Platon Philo'yu taklit ediyor ya da Philo Platon'u taklit ediyor.' şeklinde bir deyiş olduğunu bildirir."[151] Elbette Philo üzerinde etkili bir diğer ekol ise Pisagor

149 Tussay, s. 109 ve 110.; Richard A. Horsley, "The Law of Nature in Philo and Cicero," *The Harvard Theological Review,* Cilt 71, Sayı 1-2, 1978, s. 52.

150 Tussay, s. 111 ve 112. Chesnut, s. 1328, 1329 ve 1330. Dahası Vatter, Philo'nun Yunan felsefesini vahiyle sentezlediğini, Platon ve Aristoteles gibi düşünürleri bir din adamına çevirdiğini ayrıca dini etkiyle birlikte yeni bir doğal hukuk perspektifi ortaya koyduğunu ileri sürer. Vatter, s. 3, 12 ve 13.

151 Tussay s. 113.

ve NeoPisagor ekolüdür. Öyle ki İskenderiyeli Clement, ondan iki farklı yerde Pisagorcu diye bahseder[152]. Her halükârda onun yaşayan yasa idealinin, tüm bu kaynakların beslediği bir nehir olduğunu söyleyebiliriz.

Philo'nun ortaya koyduğu çok sayıda eserinin anlamlı bir bölümü Tevrat'a ve buradaki yasa kavramına, doğa yasası kavramına, yazılı olmayan yasa ve yaşayan yasa kavramı gibi yasanın çeşitli anlamlarına dairdir. Fakat sadece üç farklı kitapta (her biri farklı patrikler için İbrahim, Yusuf ve Musa için söylenmiştir) *νόμος ἔμψυχος* terkibine başvurur[153]. Philo yaşayan yasa ifadesini daha önce incelenen gelenekten farklı olarak dünyevi krallar için değil Patriklere, peygamberlere hitaben kullanır. Aşağıda Philo'nun hem bu ifadelerinin geçtiği hem de konuyla ilişkisi hayati olan fragmanları verilecek daha sonra bu fragmanlar detaylı biçimde incelenecektir.

On Abraham, I. 4-6:

"Şimdi bunlar, erdemleri **kutsal kitaplardaki sütunlar gibi kalıcı ve sürekli olarak kaydedilen**, yalnızca kendilerini övmek amacıyla değil, aynı zamanda tarihlerini okuyanlara öğüt vermek ve onları davranışlarını taklit etmeye yönlendirmek için de kusursuz ve **hayranlık uyandırıcı bir şekilde yaşamış olan kişilerdir. Çünkü bu kişiler yaşayan ve rasyonel (rational) yasalardır** ve asıl yasa koyucu onları iki nedenden ötürü yüceltmiştir. İlki, bu şekilde verilen hükümlerin doğaya aykırı olmadığını göstermek istediği için; ikincisi de bu kitaplarda yer alan yasalara göre yaşamak isteyenlere bu yaşamın çok zor ya da zahmetli olmadığını kanıtlamak için. Çünkü ilk insanlar, yasalar yazılı hale getirilmeden önce, yasamanın yazılı olmayan ilkesine kolayca ve kendiliğinden itaat etmişlerdir. Bu nedenle, yazılı yasaların, eskilerin yaşamının bir anısından başka bir şey olmadığını, benimsedikleri eylemleri ve akıl yürütmeleri antik bir ruhla geriye doğru izlediğini söyleyebiliriz. Bu ilk insanlar, hiç kimsenin takipçisi ya da öğrencisi olmadan, ne yapmaları ya da ne söylemeleri gerektiği kendilerine bir öğretici tarafından öğretilmeden, kendi doğal dürtülerine kulak vererek, doğuştan gelen bir erdem tarafından yönlendirilerek ve doğanın kendisini, aslında olduğu gibi, yasaların en eskisi ve usulüne uygun olarak kurulmuş olanı sayarak, doğaya uygun davranışları benimsemişlerdir: Gerçekte bütün yaşamlarını yasa yapmakla geçirmişler, hiçbir zaman kasıtlı olarak kınanacak bir şey yapmamışlar, kazara yaptıkları hatalar için Tanrı'ya yakarmışlar, dualar ve yakarışlarla onu yatıştırmışlar, böylece hem kasti hem de taksirle gerçekleştirdikleri eylemler için bütün bir erdem ve refah yaşamının tadını çıkarmışlardır."[154]

152 *Stob. 1.15.72.4* ve *2.19.100.3*, Aktaran: Tussay, s. 115.

153 Tussay, s. 117 ve 122.

154 Philo (Terc. C. D. Yonge), *The Works of Philo: Complete and Unabridged*, Hendrickson Publishers, Massachusetts, 1993, s. 543, *On Abraham, I. 4-6*.

On Abraham, III. 16:

Bu nedenle yasa koyucular ve yeryüzündeki her devletin yasaları, özgür insanların ruhlarını iyi umutlarla doldurmak için büyük bir gayretle çalışırlar. Ancak herhangi bir tavsiye olmadan ve böyle olması emredilmeden yine de umutlu olan kişi, bu erdemi doğanın içine yerleştirdiği yazılı olmayan, kendi kendine öğretilen bir yasa ile edinmiştir.[155]

On Abraham, XLVI. 273:

İbrahim›in kendisine olan inancına hayran kalan Tanrı, vaat ettiği armağanları yeminle doğrulayarak ona karşılık verdi ve artık konuşmaları Tanrı'nın insanla konuştuğu gibi değildi, bir dostun dostuyla olduğu gibiydi.[156]

On Abraham, XLVI. 276:

Ulusumuzun ilk yazarı ve kurucusunun yaşamı böyledir. Kimilerinin düşüncesine göre o yasalara uyan biridir. Oysa benim gösterdiğim gibi **kendisi bizzat Tanrı'nın yazılı olmayan yasası ve adaletidir.**[157]

On Joseph, XXIX, 173-175:

"Komplolarını kurarken onlara karşı çıkan kardeşlerin en büyüğü şöyle dedi: 'Yapılanlar için pişmanlık duymak faydasızdır. Size suçun büyüklüğünü kanıtladım ve öfkenize yenik düşmemeniz için yalvarıp yakardım, ama tavsiyemi kabul etmeniz gerekirken kötü öğütlerinize kulak verdiniz. Böylece kendi irademizin ve dinsizliğimizin ödüllerini topluyoruz. Onun için kurduğumuz komplo sorgulanıyor, **ama sorgulayan Tanrı'dan ya da Tanrı'nın sözünden ya da yasasından başka bir insan değil**."[158]

On Joseph, XVI, 86-88:

"Çünkü gece gündüz kırbaç altında, kelepçeler içinde ya da olası her türlü sıkıntıya katlanmak zorunda kaldıkları işkenceler ve cezalar yerine, onun bilgece sözleri ve felsefe öğretileriyle azarlanırken, öğretmenlerinin davranışları tüm sözlerden daha fazla etki yaratıyordu. **Çünkü onların önüne ölçülü yaşamını ve her türlü erdemi, usta bir işçiliğin orijinal bir resmi gibi koyarak,** ruhlarının uzun süredir devam eden rahatsızlıkları azaldıkça, geçmişleri için kendilerini kınayan ve aşağıdaki gibi sözlerle pişmanlık duyan, tamamen tedavi edilemez gibi görünenleri bile dönüştürdü: 'Ah, ilk başta bulamadığımız bu büyük nimet eskiden neredeydi? **Bakın, üzerimizde parladığında bir aynadaki gibi yanlış davranışlarımızı görüyor ve utanıyoruz**."[159]

---

155 Philo, *The Works of Philo*, s. 544, *On Abraham, III. 16.*

156 Philo (Terc. F. H. Colson), *Volume VI*, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, William Heinemann Ltd, Cambridge, Massachusetts, 1984, s. 133, *On Abraham, XLVI. 273-275.*

157 Philo, *The Works of Philo,* s. 574, *On Abraham, XLVI. 276.*

158 Philo, *Volume VI*, s. 225, *On Joseph, XXIX, 173-175.*

159 Philo, *Volume VI*, s. 183, 184 ve 185, *On Joseph, XVI, 86-88.*

On Moses I, XXVIII. 162:

"Ama belki de Musa'nın da kaderinde ulusunun yasa koyucusu olmak olduğu için, kendisi çok önceden, Tanrı'nın takdiriyle, **yaşayan ve konuşan (*speaking - logikos*) (*νόμος ἔμψυχός τε καὶ λογικὸς*) bir yasaydı**, çünkü bu takdir onu yasa koyucu bir makama yerleştirdi, henüz bu atamadan haberi yoktu."[160]

On Moses II, I. 4-5:

"Yapılması gerekeni emretmek ve yapılmaması gerekeni yasaklamak bir krala yakışır; ama yapılması gerekeni emretmek ve yapılmaması gerekeni yasaklamak özellikle yasaya aittir, böylece **kral aynı zamanda yaşayan bir yasa ve yasa da adil bir kraldır.** Ancak bir kral ve bir yasa koyucu sadece insani şeylere değil, ilahi şeylere de dikkat etmelidir, çünkü ne kralların ne de tebaanın işleri ilahi takdirin müdahalesi olmadan iyi gitmez. Bu nedenle, Musa gibi bir adamın ilk kâhinliğe sahip olması gerekliydi, öyle ki, mükemmel bir şekilde yerine getirdiği kurbanlarla ve Tanrı'ya hizmet etmenin doğru yolunu mükemmel bir şekilde bilerek, duaları olumlu bir şekilde dinleyen merhametli Tanrı'dan hem kendisi hem de yönettiği halk için kötülükten kurtuluş ve iyiliğe katılım için yalvarabilsin."[161]

On Moses II. II.11:

"Ve kutsal yazıları okuyanlar iyi bilirler ki, bu ilkeler onun içinde doğuştan olmasaydı, Tanrı'nın yönlendirmesiyle bu kutsal yazıları asla derleyemezdi. Sahip oldukları şeylerin en takdire şayan olanını, yani, yukarıda saydığım ve tanımladığım erdemleri en açık şekilde sergileyen, ortaya koyan ve bu erdemler bizzat onun koyduğu yasalar haline gelen kişi (Musa); onları (erdemleri) kullanmaya layık olanlara (inanan kimselere) kutsanmış ve **ruhunda saklı olan orijinal örneklerin sadık kopyalarını ve taklitlerini verdi**."[162]

---

160 Philo, *The Works of Philo*, s. 626, *On Moses I, XXVIII. 162*. Burada geçen ifade logikos olup, A Greek-English Lexicon bakacak olursak iki temel anlama gelmektedir. Bunlardan ilki konuşma iken ikincisi ise logos kökünden geldiği için akıl (reason) olmaktadır. Bkz. https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/LSJ/navigate/44/1/1684/?byte=1417002 (31.10.2024). Hâl böyleyken üzerinde tam bir uzlaşı oluşmamaktadır. Fakat Tussay bunu konuşan yasa olarak çevirmeyi tercih eder ve bu kullanımın (*νόμος ἔμψυχός τε καὶ λογικὸς* - yaşayan ve konuşan yasa) eşsizliğini vurgular. Tussay, s. 123-127. Fakat hemen hatırlatmak gerekir ki yaşayan yasa literatürü ile birlikte konuşan yasa kullanımının da yalnızca Philo'ya özgü olmadığı hatırlatılmalıdır. Philo'dan önce ve sonra bu kullanımla karşılaşmak mümkündür. Örneğin; Philostratus (M.S. 3. yüzyıl) tarafından kaleme alınan *Sofistlerin Yaşamı* adlı eserin *Mektup Nasıl Yazılır* adlı risalesinde, Philostratus, İmparatorluk Sekreteri olarak atandıktan sonra bazı mektuplarını uygun olandan daha tartışmalı bir üslupla, bazılarını da anlaşılmaz bir dille yazan Aspasius'a yönelik şöyle der: "Çünkü bir İmparator mektup yazarken retorik kıyaslar ya da akıl yürütme yolları kullanmamalı, yalnızca kendi iradesini ifade etmelidir; yine anlaşılmaz olmamalıdır, **çünkü o yasanın sesidir** ve anlaşılırlık yasanın yorumcusudur". Bkz. Philostratus (Terc. Wilmer Cave Wright), Eunapius, *The Lives of the Sophists*, William Heinemann, London, 1922, s. 313.

161 Philo, *The Works of Philo*, s. 648, *On Moses II, I. 4-5.*

162 Philo, *The Works of Philo*, s. 649, *On Moses II. II. 11.*

İskenderiyeli Philo dokuz farklı parçada, üç farklı peygamberin hayatında yaşamlarıyla yasa olduklarına dair örnekler bulur, onları izlenecek bir rol model olarak karşımıza çıkarır. Tüm bu örnekliklerin daha önce görmüş olduğumuz yaşayan yasa kavramından farkları ve benzerlikleri bulunur.

Philo'nun daha önce sahip olduğu düşünce yapısının kökenlerine değinilmişti. Bu köken temelde antik Yunan metinleri ve kutsal metin arasında yürüttüğü arabuluculukla yakından ilişkilidir. Daha önemlisi Philo tıpkı Archytas'ta ve sonraki düşünürlerde de olduğu gibi belli başlı sorunları tevarüs etmiştir. Bunlardan en önemlisi yazılı yasanın hiyerarşik konumu ile ilgilidir.

Yazılı yasa ile ilgili problem bir yanıyla keyfilik problemidir. Eğer yazılı yasa basitçe belirli bir toplumun uzlaşısı ise eninde sonunda bu uzlaşıya dayandığından bunun değişebilir olduğu ve mutlak olmadığı kabul edilmelidir. Doğal hukukun bir fikir olarak daha en başından karşı çıktığı temel hususlardan biri keyfi yasaların adalet ve hakiki manada hukukla nasıl ilişkilendirileceği ve yorumlanacağıdır. Burada üretilecek bir çözüm ise yazılı yasaların keyfi olma risklerini daha yüksek ve değişmez bir hukukla çözmek ihtiyacı olmuştur. Tıpkı Platon'da olduğu gibi yazılı yasalar ideal değil alternatif rejimlerin ürünleridir. Her ne kadar bunun da tali bir iyilik olduğu aşikâr olsa da yazılı olmayan yasa türlerinin (doğal, yaşayan, gelenek, dini) önemi Antik Yunan filozofları ve Philo için ortaklaşır[163]. Burada Cicero'nun yazılı hukuk ve doğal hukuk arasında kurduğu ilişkiyi hatırlamak yeterli olacaktır. O, yazılı yasaların doğal hukukun bir kopyası ve taklidi olduğunu savunmuştur. "Ancak doğru bir yasa ile gerçek adaletin sağlam ve canlı bir örneğine sahip değiliz, sadece gölgelerden ve taslaklardan yararlanıyoruz. Keşke bunlara da uysak! Zira bunlar bile doğa ile hakikatin en iyi örneklerinden oluşmuştur."[164] Temel bir şekilde ifade edersek Philo için de yazılı yasa ve daha yüksek yasalar arasında daha en başta bir gerilim söz konusudur. Burada yazılı yasa lehine tek şerh Tanrı'nın bizatihi yasayı kaleme aldırmak istediği durumda söz konusudur.

Nitekim Philo yukarıda zikredilen fragmanların neredeyse tamamında yazılı yasa ve yüksek yasalar arasında ayırım yapmıştır: "Kendisi bizzat Tanrı'nın yazılı olmayan yasası ve adaletidir.", "Bu erdemi doğanın içine yerleştirdiği yazılı olmayan, kendi kendine öğretilen bir yasa ile edinmiştir.", "Çünkü ilk insanlar, yasalar yazılı hale getirilmeden önce, yasamanın yazılı olmayan ilkesine kolayca ve kendiliğinden itaat etmişlerdir." vd. buraya kadar ki örnekler bile bu ikiliği yansıtmak için yeterlidir. Philo aşikâr biçimde patriklere yazılı yasaya uygunluğu değil onları aşan bir elbiseyi, yaşayan yasa payesini yakıştırmıştır.

163 Martens, s. xv.

164 Cicero, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 138, *III. Kitap, XVII, 69.*

Bunun yanında Philo için önemli olan hususlardan biri ilk önce Cicero'da terkip olarak karşımıza çıkan doğal hukuk, doğal yasa kullanımının yaygınlaşmasıdır. Philo yüksek yasanın çeşitli türlerini de ele almıştır. Bunlardan biri de doğal yasalar, doğal hukuktur. Koester'in yapmış olduğu titiz bir incelemenin sonuçları gösterir ki: İskenderiyeli Philo'dan önce bu terkip son derece nadir rastlanır bir ifadedir. Oysa Philo sıklıkla ve felsefesinde ciddi bir yer tutacak şekilde bunu kullanır. Onun düşüncesi, doğa yasası kavramının geliştiği topraklardan biridir[165]. Fakat bu toprakta hatta bir ağaca benzetmek gerekirse yeşeren ürün basit bir taklitten fazlasıdır. Philo bu düşünceyi sadece beslememiş kendi aşısıyla çeşitlendirmiştir. Doğa yasası onun görüşünde daha önce hiç olmadığı kadar Tanrı fikriyle bağlantılıdır ve Tanrı burada da merkezi bir pozisyondadır. Doğa yasası onu yaratan ve çekip çeviren Tanrı ile birlikte ele alınmalıdır[166].

Doğa yasası ve ilahi olanın birlikteliği dolayısıyla doğa yasası ile patriklerin yahut yaşayan yasaların ayrımının nasıl yapılacağı yahut aralarındaki varsa hiyerarşik ilişkinin nasıl kurulacağı okurun aklına bir soru olarak gelebilecektir. Philo'nun bu konuda yeterince açıklayıcı olmadığı hatırda tutularak aşağıdaki hususlar söylenebilir. Musa yasayı ilk defa ortaya koyan kişidir. Tur dağından ya da bugün pek iyi bildiğimiz şekliyle on emirden önce yasadan söz edildiğinde yazılı olmayan yasadan bahsedildiği anlaşılmalıdır. Buradan hareketle Musa öncesi peygamberlerin yahut patriklerin aslında yasanın yerini alan kişiler olduğu düşünülmelidir. Musa, yasalarıyla Tur'dan indikten sonra ise diğer yasaların artık hiyerarşi olarak sıralarını doğa yasasının en iyi taklidi olan Musa yasasına bıraktığı kabul edilmelidir. Nitekim Musa yasaları ile önceki peygamberlerin eylemleri arasında temel bir fark bulunur. Musa'dan sonra yasa onun yaşamına ve muhakemesine rağmen devamlılık arz eder. Oysa önceki patriklerin sürekli hayatları ve davranışlarıyla tebaalarını, müminlerini aydınlatmaları gerekmekteydi[167]. Tussay'in ifadesiyle:

"Patriklerin kendileri yasadır. Mükemmel erdemli yaşamlar sürmüş ve doğru aklın emirlerini özgürce izlemişlerdir ve bu nedenle bu yazılı olmayan yasalar, yani Philonik

165 Horsley, s. 35. Dahası Cicero ve Philo doğa yasası söz konusu olduğunda benzer ifadeler kullanırlar. Örneğin hem Cicero hem de Philo hukuku yapılması gerekeni emretmek ve yapılmaması gerekeni yasaklamak biçiminde tanımlarlar. Hatta Philo "Yapılması gerekeni emretmek ve yapılmaması gerekeni yasaklamak bir krala yakışır; ama yapılması gerekeni emretmek ve yapılmaması gerekeni yasaklamak özellikle yasaya aittir." (*On Moses II, I. 4-5.*) diyerek bunu özellikle hem krallık hem de başka rejimler için de yasa üzerinden onaylar. Genel olarak yapılması gerekeni emretmek ve yapılmaması gerekeni yasaklamak Stoacıların benimsediği ortak bir tanımdır. Horsley, s. 37 ve 39.

166 Martens, s. 85.

167 Tussay, s. 117, 119 ve 120.

doğa yasasının yaygın anlamıyla gerçekten birdir. Onların sözleri ve eylemleri Musa yasasında somutlaşır ve böylece doğa yasasının mükemmel bir kopyasını oluşturur. Bununla birlikte, Musa'nın yasası yine de doğa yasasıyla tam olarak özdeş değildir. Ancak, Musa'nın yasaları tek başına 'sağlam, sarsılmaz, değişmez, kendi doğasının mühürleriyle damgalıdır'. Pratik anlamda, Musa yasası bu sebeplerle 'doğa yasasının gerçek ve makul bir kopyasıdır' ve 'öyle olmayan yasalardan, yani Yahudi olmayanların yasalarından zorunlu olarak üstün olmalıdır."[168]

Buraya kadarki kısımda Philo'nun yazılı yasa, yazılı olmayan yasalardan doğa yasaları ve patrikler hakkındaki görüşleri incelenmiş olup makalenin asıl öznesi olan yaşayan yasa hususunda söyledikleri de ayrıca araştırılmalıdır.

Yazılı yasanın hiyerarşik konumunu sarsabilecek bir diğer kategori ise yaşayan yasadır. Pisagorcu terminolojiyi iyi bir şekilde uygulayan Philo Tanrı'nın velilerini (kral) yazılı yasalar ile karşıtlık içerisinde görür. Kral yasanın yerine geçer hatta bizatihi yasa olur. Philo bu kişileri, yaşayan yasa idealini doğa yasasına bağlayarak güçlü kral kavramının gücünün çoğunu tüketir. Tanrı'nın en mükemmel taklidi, Philo'nun elinde doğa yasasına uyan/uygun kişidir[169]. Philo da Archytas ile başlayan *mimesis* konseptinin sürekliliğini onaylar. Dolayısıyla burada mutlak ve keyfi bir yönetimi değil daha ziyade sınırları erdem ve doğa yasalarıyla çizilmiş bir figür görürüz. Bu kişiler tabiatları ya da özleri gereği tanrısal değildir fakat erdemi Aristotelesçi manada huy hâline getirdikleri için ve erekleri (*telos*ları) iyiliğe, erdeme dönük olduğu ölçüde tanrısallaşan kişilerdir[170].

Bu kimseler kendilerini Tanrı'ya adayan, yaşamları ve eylemleriyle doğa yasasının kendilerinde cisimleştiği bilge kişilerdir. Bu sebeple sıradan insanlar ile Tanrı arasında bir tür arabulucu ya da şefaatçidirler. Helenistik dönemin temel yapısına aykırı olarak Philo için bu figürlerin dünyevi krallar olmasına gerek yoktur. Öyle çağırılsalar da çağırılmasalar da kraldırlar[171]. Philo ayrıca bu fragmanlarda daha önce kendine rastlanmayan bir terkip kullanır. Musa'yı nitelerken (*On Moses I, XXVIII. 162.*) onun için yaşayan ve konuşan bir yasa der. Daha önce gösterildiği üzere konuşan *magistrate* kalıbıyla Aristoteles ve Cicero'da karşılaşmıştık. Fakat Philo muhtemelen bu gelenekten beslenmiş ama bunu hakimler için değil Musa için kullanmış ve bu iki fikrin belki ortak kökenlerini de onaylamıştır. Hatta tüm bu düşünürlerin ortak bir kaynaktan,

168 Tussay, s. 121.

169 Martens, s. 90 ve 91.

170 Chesnut, s. 1328 ve 1329.

171 Tussay, s. 123. Burada Platon ve Philo arasında dikkat çekici bir benzerlik vardır. Platon da bilgeleri biz sıradan insanlar ister krallık makamında görelim ister bu payeyi onlara vermeyelim aslında doğru şekilde onlara kral dememiz gerektiğini düşünür. Platon, *Devlet Adamı*, s. 86, *293a*. Benzer bir husus Philo'da da bulunmaktadır.

kayıp bir *doksografi*den, beslenmiş olabilecekleri de varsayılabilir[172]. Kanaatimce Tussay'in Cicero ve Philo'yu ortak düşünmeye sevk eden kayıp metin iddiası bu hususta bir açıklama sunabilme yeteneğine sahip olsa da Aristoteles'in bu terkibi Cicero'dan önce kullandığı gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Böyle bir kayıp eser olsun yahut olmasın Aristoteles'in farkındalığı Sokrates'in idamından sonra kamu hukuku ve siyasal rejimler bağlamında bir gelenekle ilişkilendirilmelidir. Platon ile başlayan ve daha sonra Aristoteles'in de katkı sunduğu filozof-kral ve mutlak krallık rejimi bu yazarları (Platon ve Aristoteles) doğrudan yaşayan yasa kavramının tarihine kayıp olmayan eserler bağlamında dahil etmektedir. Dolayısıyla bir *doksografi* olsun ya da olmasın konuşan yasa kullanımı Arisoteles ve Cicero kanalıyla Philo'ya ulaşmış olabilir.

Philo ile buraya kadar aktarılan yaşayan yasa idealine eserlerinde yer veren düşünürler arasında bir başka önemli paralellik ise erdemlerin ruha işlenmesi gerektiğidir. Yasalar tabletlere, sütunlara, ağaçlara ya da bir hayvanın derisine değil insanların kalplerine ve ruhlarına yazılmalıdır. Helenistik krallık teorisinde Tanrı'nın bir taklidi olarak kralın vatandaşlarını ahlaki açıdan geliştirmesi gerektiği vurgulanmıştır[173]. İskenderiyeli için de bu konsept korunmuştur. "Onların önüne ölçülü yaşamını ve her türlü erdemi, usta bir işçiliğin orijinal bir resmi gibi koyarak" (...) "üzerimizde parladığında bir aynadaki gibi yanlış davranışlarımızı görüyor ve utanıyoruz." cümleleri ya da "ruhunda saklı olan orijinal örneklerin sadık kopyalarını ve taklitlerini verdi." cümlesi bu duruma örnek olarak sunulabilir.

Philo bağlamında yaşayan yasanın karakterini Martens çok güzel şekilde özetlemiştir:

"Yine de yaşayan yasa kavramı, en azından Musa söz konusu olduğunda, **(i)** Helenistik fragmanlarda sahip olduğu tüm anlamlara sahiptir. İdealin "krallık" ve benzersiz yönleri Philo'da kaybolmamıştır. **(ii)** Musa bir kraldı ve daha spesifik olarak, o bir yaşayan yasadır (*νόμος ἔμψυχός*). Bir kanun koyucu olmadan çok önce, o yaşayan ve konuşan (*νόμος ἔμψυχός τε καὶ λογικὸς*) bir yasadır. **(iii)** İyiliği (*εὔνοια - eunoia*) nedeniyle kraldır. **(iv)** Doğası gereği kötülükten (*μισοπόνηρος - misoponēros*) nefret eder ve amacı tebaasına fayda sağlamaktır. **(v)** Tanrı ile yakın bir ilişki içindedir. **(vi)** Krallık makamı Tanrı'nın ona bahşettiği bir makamdır ve bu adaleti (*δικαιοσύνη - dikaiosynē*) nedeniyle bahşedilmiştir. **(vii)** Tanrı'nın dostu (*κοινωνός - koinōnos*) olarak görülmüş ve bundan dolayı unsurlar (nesneler yahut şeyler) ona itaat eder. **(viii)** Tanrı'ya yakınlığı onu diğer insanlar için bir model haline getirir. "Güzel ve tanrısal", olanı taklit etmek için (*μιμέομαι – mimeomai*). **(ix)** Tebaasının da ona öykündüğü (*ζηλωταί - zēlōtai*)

172 Tussay, s. 129.

173 Chesnut, s. 1329; Richardson, s. 520.

söylenir."[174]

Okurun da rahatlıkla fark edeceği üzere Archytas'tan bu yana yaşayan yasanın temel özellikleri neredeyse sabit kalmıştır. Ancak Philo'nun Helenistik dönem yazarlarından başka bir sebeple de Archytas'ın ilk örnekliğine yaklaştığı söylenebilir. Özellikle Sokrates'in idamından sonra demokrasi ve yaşayan yasa arasındaki bağın zayıfladığını gösterildi; oysa, Philo yaşayan yasaları demokrasi rejimiyle yeniden ilişkilendiren önemli bir düşünürdür. O, Roma'nın yasa-üstü kral temsillerine karşılık anayasal sınırlara bağlı olması gereken bir yönetim modeli ortaya koyar. Burada şüphesiz yönetimin hududunu belirleyen Tanrı ve doğa yasalarıdır. Her ne kadar Tanrısal açıdan bakıldığında O'nun göksel yönetimi bir tür monarşi olsa da bir kez Tanrı burayı düzenledikten sonra yaratılanların tamamı Tanrı'nın yüceliği karşısında eşit biçimde dizilirler (insanlar kendi aralarında ve diğer canlılar da kendi düzenlerinde) ve bir tür demokratik anlayış evrene hâkim olur[175]. Musa doğa yasasını kodifiye edip insanları yönetirken, başka bir deyişle insanlara doğru ve yanlışın bilgisini işaretlerken yine de gökyüzü devletinin bir tebaasıdır ve oradaki kurallar tarafından yönetilir. Her ne kadar sıradan insanlar ona davranışlarını düzenleyen standartları sunamayacak olsa da bu standartları olmadığı anlamına gelmez. İşin ilginç yanı egemenlik kurumu bu sınırlamadan hâlâ muaftır. Ne yapacağımızı, giyeceğimizi hatta düşünebileceğimizi devlet söyler, biz devleti kayıt altına alamayız. Yasayı oluşturan bu yasa-üstü ayrıcalığa sahiptir. Yine de Philo için Musa'nın amacı keyfi bir yönetim sunmak değildir; yasa-üstü bu yönetimin nihai amacı bir demokrasi inşa etmektir. "Onları dünyanın uçlarından bir araya getirecek (…) doğanın gerçek demokrasisinin sonunda ortaya çıkacağı bir krallık kuracak, herkesin sonunda vatandaşı olduğu göksel şehirde her insan eşit olacaktır."[176] Dolayısıyla Philo, Platoncu filozof-krala demokratik bir hedef verir[177]. Platon'la birlikte rafa kaldırılan bir yaklaşımı tekrar gündeme getirir. Platon'un *Devlet*'indeki filozof-kralın aksine İbrani Devletinde kral halkın her bir üyesiyle aynı seviyeye yerleştirilir[178]. Nihayet Philo, Cicero gibi doğa yasasının kopyasına sahip Helenistik toplulukları gerçek yasaya (konuşan ve yaşayan yasalar aracılığıyla aktarılan Tanrı'nın yasasına) ikna etmek ister. Bunu yaparken Musa'yı ve yasalarını, Antik Yunan ve Helenistik dönem düşünürlerinden

174 Martens, s. 91 ve 92. İçerdeki küçük Romen rakamlarıyla yapılan numaralandırma tarafımıza aittir.

175 Vatter, s. 30; Erwin R. Goodenough. *An Introduction to Philo Judaeus*. 2. Bası, Basil Blackwell, Oxford, 1962, s. 65.

176 Goodenough, *Philo Judaeus*, s. 70. Ayrıca s. 69; Vatter, s. 32.

177 Vatter, s. 33.

178 Vatter, s. 55 ve 56.

ödünç aldığı kıyafetler giydirerek süsler[179].

Sonuç olarak buraya kadar yaşayan yasa fikrinin kavramsal izahatı yapıldı ve özellikle siyasal rejimler bakımından dönüşümünü incelendi. Bir sonraki başlıkta ise her ne kadar yaşayan yasa kavramını doğrudan kullanmış olsa da yaşayan yasa fikrinin çeper düşüncelerini etkilemek bakımından önemli bir isim olan ve bütün erken dönem kaynaklarını tüketmek adına Seneca'nın fikirlerine yer verilecektir.

E. Seneca

Seneca, erken *Principatus* döneminde yaşamış ve Nero'ya akıl hocalığı yapmış orta dönem Stoa filozofudur. Stoa'nın temel ilkelerini savunur ama içinde yaşadığı Roma güçlü imparatorların egemen olduğu bir coğrafya olduğundan bunun gereklerini de kabul eder. Daha önce de ifade ettiğim üzere o, doğrudan yaşayan yasa terkibini kullanmamış fakat Roma İmparatorluğundaki önemli pozisyonu dolayısıyla bu fikrin gelişimine katkı sağlamıştır. Hocalığını ve danışmanlığını yaptığı Nero, büyük yetkilerle donatılmış bu imparatorlardan yalnızca biridir. Seneca bunun bilincinde olarak Nero tahta çıktığı gibi[180], Nero'yu bilgelik ve ahlak ile şekillendirmeye, ona bu reçeteyle rehberlik etmeye çalışır. Amacı, Antik Yunan ve Stoa geleneğine uygun olarak bilgi ve erdemin yönetime hakimiyetinin teminidir. Ancak Seneca, imparatoru bu değerlere yönlendirirken, onun çocukluğundan itibaren sahip olduğu mevki ve gücü göz ardı etmez[181]. Bu sebeple İmparator'a tahta çıktığında kendine bakacağı bir ayna olarak sunduğu yazısı oldukça dikkat çekici bir açılışa sahiptir:

"Bütün ölümlülerin içinden ben mi beğenildim ve yeryüzünde tanrıların görevini üstlenmek için ben mi seçildim? Ben budunlar için yaşamın ve ölümün belirleyicisiyim; her bir kişinin nasıl bir göreve ve konuma sahip olacağı benim elimdedir; talih ölümlülerin her birine ne verilmesini istediğini benim ağzımla açıklar; insanlar ve kentler coşkularının sebebini benim yanıtımdan anlarlar; ben lütufkâr ve merhametli olmadıkça hiçbir yer gönençli olmaz; benim rahmetimin durdurduğu bu binlerce kılıç benim bir buyruğumla çekilecektir; hangi soyların topyekûn yok edilmesi, hangilerinin yerinin değiştirilmesi, özgürlüğün hangilerine verilmesi, hangilerinden geri alınması, hangi kralların köleleştirilmesi ve hangilerinin başının krallık şerefiyle taçlandırılması gerektiği, hangi kentlerin yıkılacağı, hangilerinin yükseleceği konusunda hüküm vermek benim işimdir."[182]

Seneca, Nero'ya onun tanrılar tarafından seçilmiş bir lider olduğunu ve insan-

179 Vatter s. 129.

180 M.S. 55-56 yılında, Seneca (Terc. Bedia Demiriş), *Hoşgörü Üzerine-Ruh Dinginliği Üzerine*, 3. Bası, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2019, s. 17.

181 Eryiğit, s. 90.

182 Seneca, *Hoşgörü Üzerine*, s. 29 ve 30.

lara hükmetmesi için gönderildiğini hatırlatır. İmparatorun, halkların yaşamı ve ölümü üzerinde mutlak yetkiye sahip olduğunu, insanların mutluluğu ve acılarının onun elinde olduğunu ve kaderin onun sözleriyle belirlendiğini vurgular. Seneca'ya göre, imparatorluk gücü bilgelikle birleştiğinde yönetim aydınlanmış bir karakter kazanacaktır. Bu nedenle, prensin insanlar arasında bir "yaşayan yasa" olarak varlığını reddetmez, fakat bu yetkilere ahlaki bir nitelik kazandırmaya çaba gösterir[183].

Senaca'nın temel düşünce ve motivasyonlarından biri bilgelik, akıl ve erdem sayesinde insanın tanrılarla eşit hâle geleceğine inanmasıdır. Dahası Platoncu analojiyi de sürdürür. İnsan bedeni nasıl akıl ve ruh tarafından yönetiliyorsa, bir beden olarak devlet de imparator tarafından yönetilmelidir. Seneca genç imparator Nero'nun, Roma'nın sıradan yurttaşlarını (bedeni) yönlendiren ve organize eden devletin ruhu ve imparatorluğun büyük aklı olduğunu vurgular. "Çünkü o, devleti bir arada tutan zincirdir, imparatorluğun o zihinsel yetisi uzaklaştırıldığında, kendileri için bir yük, başkaları için bir ganimet değilseler kendiliklerinden hiçbir şey olamayacak olan bu binlerce kişinin, içine çektiği yaşamsal soluktur."[184] Özetle, iyi bir imparator ilahi aklın ya da *logos*un cisimleşmiş hâlidir. Bu şekilde, Tanrı dünya için neyse, dünyevi hükümdar da devlet için odur. Dolayısıyla Senaca'da aynı *mimesis* motifini kolaylıkla görebiliriz[185].

Nitekim genel manada bilgi özel olarak bilgelik ve bilge, faniliğin kısıtlarından kurtulmanın ve Tanrı gibi ölümsüz bir varlık olarak anılmanın tek yoludur. Seneca, yalnızca bilge insanın beşerî yasalardan bağımsız olabileceğini ve her çağın ona bir Tanrı gibi hizmet ettiğini belirtir. "Sadece bilge insan soyunun yasalarından muaftır, her çağ ona tanrıymış gibi hizmet eder."[186] Bu sebeple imparator/lar ahlak ve bilgeliği kuşanmalıdır ki devlet ruhu ve aklıyla tebaasını, bedenini iyiye yönlendirebilirsin[187].

183 Eryiğit, s. 91.

184 Seneca, *Hoşgörü Üzerine*, s. 35.

185 Chesnut, s. 1326.

186 Senaca (Terc. C. Cengiz Çevik), *Mutlu Yaşam Üzerine ve Yaşamın Kısalığı Üzerine*, 2. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 68.

187 Eryiğit, s. 91.

F. Gaius Musonius Rufus

Yaşayan yasa fikrinin bir başka doğrudan kullanımını tarihsel olarak Musonius Rufus'ta görmek mümkündür. *Krallık Üzerine* adlı risale Stobaeus Antolojisinde yer almış ve bu konudaki fikirleri günümüze kadar aktarılmıştır. Bu kısmın alt başlığı ise *Kralların Aynı Zamanda Felsefe Öğrenmeleri Gerektiği Üzerine*'dir. Burada Suriyeli bir kral[188] Rufus'a gelip tavsiye ister ve o da felsefe öğrenmesi gerektiğini ve bunun nedenlerini açıklar. Eğer bir kralın asli vazifesi tebaasını korumak ve onlara fayda sağlamaksa; kralların neyin iyi neyin kötü olduğunu, neyin insanlara zarar vereceğini neyin merhem olacağını bilmesi gereklidir. Bunu yapabilmek için de kralın felsefe bilgisiyle kendini donatarak lehe ve aleyhe olan hususları öğrenmesi zorunludur. Bu sayede adaleti gözetebilir[189]. Rufus için kralın sahip olması gereken özellikleri ve felsefe öğrenmesini gerektiren maddeleri şu şekilde sıralayabiliriz: **(i)** Bir kralın ilk görevi halkını korumak ve onlara fayda sağlamaktır. Bu amaçla, bir kral neyin iyi, kötü, yararlı ya da zararlı olduğunu ayırt edebilmelidir. **(ii)** Kralın tebaası arasında adaleti sağlaması gerekir. Adalet hakkında felsefi bir altyapısı olmayan bir kişinin adil olması beklenemez, bu yüzden felsefe öğrenmek adaletin doğasını kavramak için elzemdir. **(iii)** Kral hem kendini hem de tebaasını kontrol edebilmelidir. Özdenetim ve disiplin felsefeyle öğrenilir. **(iv)** Felsefe, ölüm ve başkaca zorlukların zannedildiği gibi kötü olmadığını öğreterek kişiye cesaret kazandırır. Kral hem kendi hem de tebaası için cesur olmalıdır. **(v)** Bir kral, düşmanlarına karşı argümanlarıyla üstün gelebilmeli, doğruyu yanlıştan ayırt edebilmelidir. Bu ise ancak felsefeyle mümkündür. **(vi)** Kral akıllı biri olmalı ve kendine hâkim olabilmelidir. **(vii)** Yardımsever, şefkatli ve insancıl davranmalıdır. **(viii)** Zorluklar karşısında sabırlı olmalı ve planları hakkında sebatkar olmalıdır[190].

Yukarıdaki listeye bilinçli olarak yaşayan yasa hakkındaki fikirlerini eklemedim bu hususta ise şöyle demektedir:

"Genel olarak iyi bir kralın sözlerinde ve eylemlerinde hatasız ve kusursuz olması büyük önem taşır, eğer gerçekten de **eskilere göründüğü gibi "yaşayan bir yasa" olacaksa**, **iyi bir yönetim ve ahenk sağlayacaksa**, kanunsuzluğu ve anlaşmazlığı bastıracaksa, **Zeus'un gerçek bir taklitçisi ve onun gibi halkının babası ola-**

188 Klassen'e göre kralın adı zikredilmediği için karşılaşmanın gerçekleşme ihtimali Rufus'un bunu kendine itibar kazandırmak için kaleme almış olduğu ihtimalden daha kuvvetlidir. Klassen, s. 64.

189 Musonius Rufus (Terc. Cora E. Lutz), "Musonius Rufus: The Roman Socrates", (VII, *That Kings Also Should Study Philosophy*), *Yale Classical Studies,* Cilt 10, Yale University Press, New Haven, 1947, s. 61.

190 Lutz, ss. 61-67. Benzer bir liste Klassen tarafından da verilir. Kıyaslamak için bkz. Klassen, s. 64 ve 65.

caksa. Ama üstün bir doğaya sahip olmayan, mümkün olan en iyi eğitimi almayan ve bir insana yakışan tüm özelliklere sahip olmayan biri nasıl böyle bir kral olabilirdi? ... **Kendi adıma, iyi bir kralın doğrudan ve zorunlu olarak bir filozof, filozofun da bir kral olduğuna inanıyorum.**"[191]

Bu pasajda en dikkat çekici hususlardan biri Rufus'un eskilere göründüğü gibi diyerek yaşayan yasa hakkındaki fikirlerinin orijinal olmadığını itiraf etmesidir. Rufus'a gelindiğinde bu fikrin zaten yaygın olduğu ve eski bir kullanıma sahip olduğu kabul edilmelidir. Elbette M.S. 1. yüzyılda bunun bilinen bir kavram olduğunu görmek ilginçtir[192].

Musonius'un bu fikri hangi kaynaklar aracılığıyla edindiğini doğrudan bir atıfla görme şansı bulunmamıştır. Fakat yine de açık seçik bir kullanım mevcuttur. Dahası kavramlaştırmanın genel bir kabul gördüğü izlenimi verir. Bu sebeple onun olası kaynakları hakkında yalnızca fikir yürütmek gerekecektir[193].

Fragmanın dikkat çekici yanlarından biri ahenk ve uyum hususunu vurgulamasıdır. Bu konseptin Antik Yunan'da bulunabilecek ilk kaynak olan Archytas'ta da mevcut olduğu okur tarafından hatırlanacaktır. İkinci bir benzerlik ise kralın hem Zeus'un bir taklidi olması hem de Zeus'un bir baba figürü olarak ele alınmasıdır. Bunun da yine Archytas'ta görüldüğü ve baba imajının ise NeoPisagorcu metinlere ortak şekilde yayıldığı açıklanmıştı. Elbette adalet ve erdeme yapılan vurgu tüm bu kavramın gösterdiğim tarihine içkin ortak temalardan biridir. Son olarak ayırt edici bir özellik olarak filozof-kral vurgusudur. Bu perspektif hatırlanırsa Platon ve Ksenophon tarafından savunulmuştu. Bu görüşün daha sonra Cicero ve Seneca gibi düşünürlerce Stoa sütunlarına yazılmış olması mümkündür. Buradan da yine bir Stoacı olan Rufus'a aktarılması büyük bir olasılıktır. Tussay'in de belirttiği gibi "eskilerin" kralı yaşayan yasa olarak düşünmesine yaptığı açık vurgu Rufus'un bu literatüre hâkim olduğu manasına gelmelidir. Hatta burada Arşitas'ı ve NeoPisagorcuları aklında tutarak bu metni kaleme aldığı iddiasını da güçlendirir[194].

Musonius için bu terimin kesin anlamı ise "Kralın bizzat kendi ülkesinin anayasası olduğu, kendisine bağlı yerel yönetimlerin yasalarının nihai olarak onun iradesi tarafından şekillendirildiği ve ifade edilmesi gerektiği, (...) Helenistik dünyanın giderek her şeyden daha çok istediği şeyi, Tanrı'nın dinamik ve kişisel bir vahyini ileterek tebaasının günahlarından kurtarıcısı olduğu"[195] şeklinde

191 *Stobaeus, 4.7.67.94 vd.* Aktaran: Lutz, s. 65.

192 Bu durum krallar için ifade edilen yaşayan yasa kavramının M.S. 1. yüzyılda geçerli olması gerektiğini ve Helenistik dönemde uzun süredir kullanıldığını kanıtlamaktadır. Martens s. 47.

193 Martens, s. 44.

194 Tussay, s. 90.

195 Klassen, s. 68.

verilebilir. Ancak hem Musonius hem de Hıristiyan çağdaşları, bir davranış rehberi olarak yasanın canlı biri tarafından güçlendirildiği ihtimalini diri tutmuşlardır. Yasaya hayat veren ve böylece takipçileri için yasayı gerçeklik formuna büründüren bir kral, bilge ya da otorite figürünü aktarır[196].

G. Plutharkos

Erken İmparatorluk döneminde yaşayan yasaya dair siyaset felsefesinin en ünlü düşünürlerinden bir diğeri de Orta dönem Platonculardan Plutharkos'tur. O hem Nero ve Caligula gibi kuvvetli ve aşırı imparatorları sınırlandırmaya çalışmış, hem de ilahlık iddialarını zayıflatmak, Tanrı'nın oğlu gibi göstermek isteyen kişilerin elinden bu imparatorları kurtarmak istemiştir. Her ne kadar kralların tanrısallaştırıldığı sembolleri gördüğünde alay etse de ilkesel olarak Stoa geleneğiyle uyumlu biçimde bilgi ve erdem sayesinde kişilerin ilahileşebileceğini de kabul eder[197]. Stoa Okulu ile benzer temalar taşıdığı gibi NeoPisagorcu yazarlarla da şu hususlarda ortaklaşır: Bilge bir kral Tanrı'nın *mimesi*dir, kendini ve tutkularını kontrol etmeli, *logos* (akıl) tarafından yönetilmelidir, yurttaşların önünde onlara tutulan bir aynadır ve nihayet yaşayan bir yasadır[198]. Bunun ayrıca Rufus ve Seneca ile de paralel olduğu kolaylıkla görülecektir.

Plutharkos'a göre insanların ilk bakışta uhrevi olanla kurduğu ilişkiyi anlamanın biri olumsuz biri de olumlu iki yolu bulunur. Gerekçesiz bir ilahlaştırmayı reddederken, erdemli ve *logos*tan pay alan bir yönetimde bu aşkınlığı onaylar. İyi bir kral, ilahi *logos*un kendi zihnine yerleştiği kişidir. Böylece kendisi yaşayan bir *logos* (*ἔμψυχος λόγος empsychos logos*) hâlini alacaktır. *Logos* onun

196 Klassen, s. 71.

197 Chesnut, s. 1322.

198 Roskam, *How to Date the Timeless,* s. 125. Bu paralellikler hakkında ayrıca bkz. "Plutarkhos'un daha önceki sözde Pisagorcu geleneğe aşina olduğunu ve ona dayandığını göstermektedir. Böyle bir sonuç elbette daha az aceleci değildir, ancak a priori olarak mantıksız da değildir." Roskam, *How to Date the Timeless*, s. 130. Roskam'ın önerdiği bir diğer benzerlik ise Platon ile kurulur. Aşağıda sunduğumuz fragmanların da göstereceği gibi Plutarkhos'un fragmanları Platoncu siyaset felsefesi ile paralel okunmalıdır. Aslında Plutarkhos Platoncu filozof-kral düşüncesini kendi dönemine uyarlar. Dahası bu eser, Plutarkhos'un filozof modeli; hükümdarı eğitmek, onun ahlaki gelişimine katkıda bulunmak ve böylece hükümdarın şahsında tüm topluma fayda sağlayarak kendi yararlılığını en üst düzeye çıkarmak için siyasete katılmaya ikna etmeye çalışır. *Eğitimsiz Bir Hükümdar*'a eserinde olduğu gibi *En Gerekli Olan Prenslerle Filozofların Münazarasıdır* eserleri benzer temalara değinirler ve tıpkı Seneca'da ve Rufus'ta olduğu gibi benzer bir noktaya odaklanırlar. Bu Platon ve Ksenophon'un öğütlediği filozof hükümdar düzenidir. Dahası Roskam'ın kurduğu bu paralellik benim Rufus ve Platon'dan beslenen gelenek arasında kurduğum bağa da dolaylı bir kanıt sağlar. Benzer bir yorumu o Plutharkos için yaparken bizlerin de Rufus için yapması anlaşılabilirdir. Roskam, *How to Date the Timeless*, s. 130. Dikkat çekici bir diğer nokta ise yalnızca Platon geleneğinden beslenen düşünürlerin neredeyse tamamının demokrasi değil monarşi yanlısı olmalarıdır.

zihninde konuşan bir ses olarak hükümdarlığının vazifelerini hatırlatmalıdır. Tebaasının kurtuluşunu sağladığı gibi aynı zamanda bir rol model olarak sürekli karşılarında bulunacaktır. Eğer adalete uygun yönetir, erdemli ve ölçülü bir yaşam sürerse Tanrı'nın bir sureti hâline gelebilirdi[199]. Özetle o, Helenistik kutsal krallığın aşırılıklarına ve sapkınlıklarına karşı mesafeli olmasına karşın, Roma hükümdarlarının insanlar arasında bir tanrı olduğunu da (*deus noster*) kabul eder. Gerçekten de erdemli bir imparator tıpkı güneşin ilahi imgesi gibi ilahi sayılmalıdır ve adaletin görünür yansımasıdır. Böylece göksel *Logos* ya da *Nomos*, yeryüzü devletini tanrısal bilgelik ve erdemle yöneten bir insanın ruhuna yerleştirilmiştir[200].

Bu genel açıklamalardan sonra Plutharkos'un bu kavramın analizini yapabilmeyi sağlayan *Eğitimsiz Bir Hükümdar (Ad principem ineruditum, 779d-781a)* metni incelenebilir.

"Hükümdar önce kendisi üzerinde kontrol sağlamalı, ruhunu düzenlemeli ve karakterini inşa etmeli, ardından tebaasını kendi modeline uydurmalıdır. Kendi üzerinde hüküm süremeyen, başkalarını da hüküm altına alamaz; kültürsüz biri hocalık yapamaz, düzensiz biri düzen kuramaz. Kendi içinde hiçbir kuralı olmayan kişi, başkalarına kural koyamaz. (780bc)

O halde bir prensi yönetmeye kimin gücü yetecektir? Hiç kuşkusuz yasa; (Pindar'ın dediği gibi) 'tüm ölümlülerin ve ölümsüzlerin kralı olan yasa', kitaplarda yazılı olmayan, tahta ya da taş üzerine kazınmamış olan ama yaşam dolu bir şekilde içinde barındırdığı onu izleyen ve zihnin yönetimsiz kalmasına asla müsaade etmeyen **yaşayan yasa *(νόμος ἔμψυχος)*** ile bir hükümdar olacaktır." (780c)

Yöneten kişi, her şeyi emreden **Tanrı'nın imgesidir**. Böyle bir hükümdar, heykeltıraşlar Phidias, Polykleitus veya Myron gibi sanatçılara ihtiyaç duymaz. Fakat erdemiyle **Tanrı'nın imgesi olarak kendini biçimlendirir** ve böylece herkesin en çok hoşuna giden ve en çok hayran kaldığı Tanrı'nın imgesini yaratır. (780ef)

Çünkü Tanrı, gücünün ve görkeminin açık göstergeleri olarak güneşi ve ayı gökyüzüne yerleştirdiği gibi, **Tanrı gibi en doğru yasaları koyan, onun temsilcisi ve vekili olan bir prensin görkemi de yeryüzünde göz kamaştırıcıdır.** (780f) [201]

Plutharkos için önceki gelenekle benzer olarak temelde şu hususlar ileri sürülebilir: O da hükümdarın önce kendi üzerinde egemen olmasını daha sonra tebaasını yönetebileceğini ileri sürer, yönetici Tanrı'nın bir *mimesis*idir. Bu

199 Chesnut, s. 1323.

200 Chesnut, s. 1324.

201 Çeviriler iki kaynak esas alınarak yapılmıştır bunlardan ilki: Plutarch (Terc. Bernadotte Perrin), *The Complete Works of Plutarch*, *To An Uneducated Ruler*, Delphi Classics, East Sussex, 2013, ss. 2960-2965, *779d-783b*. İkincisi ise Roskam, *How to Date the Timeless?*, ss. 127-130. kısımlarıdır. İnternet erişim için bkz. https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0326%3Asection%3D1 (31.10.2024)

taklidin esas unsuru erdemidir. Bunun yanında Plutharkos'un M.Ö. dördüncü yüzyılda ifade edilen kavramsallaştırmayı iyi bildiğini kolaylıkla görebiliriz. Ancak o kendi sesini katarak bu konu hakkında bir şeyler söylemeye isteklidir. Dikkat çekici olan bir tür yazısız yasa olan yaşayan yasa terkibini kullanırken aynı zamanda bunun diğer taş levhalara ya da kitaplarda yazılı olmayan yasalara gönderme yaparak açıklar ve süreç boyunca yazılı yasa ve diğerleri arasındaki ayrımı vurgular. Nihayet hükümdarı doğrudan bir yaşayan yasa olarak görmez. Bunun yerine canlı aklın yasası (*ἔμψυχος λόγος*) tarafından yönlendirilen ve kendisinde bunu yaşatarak yasa hâline gelen bir hükümdardan bahseder. Dolayısıyla Plutharkos'un fragmanları bu hususta daha titiz ve daha dikkatlidir. Doğrudan bu payeyi yöneticilere vermekten çekinir. Burada içerisinde yaşadığı Roma tecrübesinin onu detaycı davranmaya sevk ettiği savunulabilir. Daha önce değinilen İskender'in Cleitus'un öldürülmesi hadisesi hatırlanırsa onu teselli etmeye çalışan filozof, İskender'e kendisinin canlı bir yasa ve adalet olduğunu hatırlatmıştı. Plutharkos'a göre bu öğüt İskender'i teselli etse bile aynı zamanda daha fevri bir yönetim sürmesine de neden olmuştur. Bu sebeple onun hükümdarlara doğrudan yaşayan yasa demek yerine yaşayan bir akıl (*logos*) olduğunu hatırlatması incelikli bir yaklaşımdır ve amacı yöneticileri aşırılık ve sapkınlıklardan uzak tutmaktır. Nihayet yaşayan akıl denilse de imparatorun yasanın cisimleşmiş hâli olarak algılanacak olması değişmez tek farkla ki artık impartorun emirlerinin ve kararlarının arkasında Stoa'nın imparatorları vasata çekmeye çalıştığı akıl, erdem ve felsefenin bilgeliği bulunur[202].

Plutharkos'un iki kaynaktan ciddi biçimde etkilendiği görülmektedir. Bunlardan ilki Platon çizgisi iken bir diğeri yine anlamlı benzerliklerin bulunduğu NeoPisagorcular ile birbirlerine bağlandıkları Arcyhtasçı malzemedir. Buna bağlı gelişen iki sonuç vardır. Birincisi Plutharkos, Platon'un fikirlerini kullanırken onu döneminin ihtiyaçlarıyla revize etmiştir. İkincisi ise sözde Pisagorcu yazarlar ile kurulacak bağ Archytasçı fikirlerin bu döneme gelene kadar kaybolmadığını, gözden düşmediğini ve zamana direnebildiğini gösterir[203].

Nihayet burada sonuca katılabilecek birkaç hususu makalenin kapsamını da çok aşmadan belirtmek gerekirse, sürecin kesinlikle Plutharkos ile son bulmadığı söylenebilir. Pek çok Hristiyan düşünürü ve devamında ise Doğu Roma İmparatorluğu bu payeyi tıpkı batılı öncülleri gibi kullanmıştır. Kısaca bunlara değinmek başkaca çalışmalara bu kökenleri inceledikten sonra yol gösterebi-

202 Roskam, *How to Date the Timeless?*, s. 135. Goodenough'un da isabetli şekilde belirttiği gibi burada *logos* ve *nomos* birbiriyle yer değiştiren kavramlar hâlini almıştır. "Yaşayan yasa kavramı *Logos* ile tamamen özdeşleştirilmiştir. Gerçek kral evrensel *Nomos*'un cisimleşmiş temsilidir ve bu hâliyle *Logos*'un cisimleşmiş temsilidir. Goodenough, s. 95.

203 Roskam, *How to Date the Timeless?*, s. 136, 137 ve 138.

lecektir. Nitekim bu sayede *Giriş* kısmında belirttiğimiz devamlılığın da bir delilini sunabilmek imkânı bulunmaktadır.

Örneğin Clement *The Stromata* adlı eserde iki yerde ve *Instructor* adlı eserinde bu konu hakkında şöyle söyler:

"Şimdi Musa, daha etraflı söylemek gerekirse, iyi huylu Söz tarafından yönetilen canlı bir yasaydı."[204] *(Strom. 1.26.167-168)*

"Elealı yabancı, kral ve devlet adamının yaşayan bir yasa olduğunu söyler. Yasayı yerine getiren, Baba'nın isteğini yapan, Matta 21:31 yüce bir sütuna yazılmış ve görme gücüne sahip olan herkese tanrısal erdemin bir örneği olarak sunulmuştur. Yunanlılar, Lacedæmondaki eforinin tahta üzerine Yasa'nın yazılı olduğu sütunlarını bilirler. Ama benim yasam, yukarıda da söylendiği gibi hem asil hem de canlıdır ve doğru akıldır."[205] (*Strom. 2.4.18.4-19.3*)

"Söz'ün yasaları (aklın yasaları) böyledir (teselli edici sözler Rabbin parmağıyla taş levhalara değil, insanların yüreklerine yazılmıştır, ancak bu yüreklerde bozulmadan kalabilirler. Bu nedenle yürekleri taştan olanların levhaları, çocukların imanı yumuşatılmış yüreklere kazınabilsin diye kırılmıştır."[206] (*The Instructor, 3.12.94.1.1-4.)*

Bir diğer kilise babası ise Clement'ten açıkça etkilendiğini bilebildiğimiz Eusebius'tur[207]. Fakat onun yaşayan yasa kullanımının çok daha mesiyanik bir kullanım olduğu söylenmelidir. "Her şeyde var olan ve her şeye yayılan tek bir canlı aktif yasa ve akıl tarafından, tek bir bilge bağ ile Tanrı'nın Sözü ve O'nun yasası tarafından birleştirilmiş ve bağlanmıştır."[208] Benzer şekilde Lactantius "Çünkü yeryüzünde güzel ve doğru ahlak bulunmadığından, yeni bir isim koymak ve tapınak kurmak için sözleri ve örneğiyle yeryüzüne gerçek ve kutsal ibadeti yayabilecek, yaşayan yasa olarak bir öğretmen gönderdi."[209] diyerek bu mesiyanik kültürü beslemiştir. Hatta John Chyrsostom Philo'dan farklı olarak yalnızca patrikleri değil havarileri de yaşayan yasa olarak nitelendirmiştir. Dahası havariler yanlarında tabletlere kazınmış olarak yasaları tutmak zorun-

---

204 Clement (Terc. William Wilson), *The Writings of Clement of Alexandria* Christian Library, Cilt 4, Clement of Alexandria Cilt 1, T. and T. Clark Edinburgh, s. 461.

205 Clement, *The Stromata*, Kitap II, Bölüm IV, https://www.newadvent.org/fathers/02102.htm (31.10.2024).

206 Clement, *The Writings of Clement of Alexandria*, s. 337 ve 338. https://www.newadvent.org/fathers/02093.htm (31.10.2024).

207 Nitekim kütüphanesinde *The Stromata*'nın 8 cildinin tamamı ve Philo'nun *İbrahim Üzerine* adlı metni bulunmaktadır. Tussay, s. 135.

208 Eusebius of Caesarea (Terc. W. J. Ferrar), *Demonstratio Evangelica*, 1920, Kitap IV, Bölüm II, https://www.tertullian.org/fathers/eusebius_de_06_book4.htm (31.10.2024).

209 Lactantius, *Divine Institutes*, Kitap IV (Of True Wisdom and Religion), Bölüm 25, Of the Advent of Jesus in the Flesh and Spirit, that He Might Be Mediator Between God and Man, https://www.newadvent.org/fathers/07014.htm (31.10.2024). Bu kısmın çevirisi başka bir eserde Cengiz Çevik tarafından yapılmıştır. Cengiz Çevik, "Policraticus'ta Yasanın Efendisi ve Kölesi Olarak Kral", *Felsefi Düşün*, Sayı 10, 2010, s. 34.

da kalmadıklarından bir yanıyla Musa'dan üstün sayılmalıdır[210]. Havarilerden sonra piskoposlara kadar bu düşüncenin sirayet ettiği vurgulanabilir. Dolayısıyla dini literatürle sentezlendiğinde yaşayan yasa kilisenin ve din adamlarının üstünlüğünün bir nişanesi hâline gelmiştir. Bu sayede okur Orta Çağ'a her ne kadar değinmek fırsatını bulamasak da papalığın bu ünvanı nasıl elinde tutabildiğine dair fikir edinebilecektir. Gregorios kendi hocası Büyük Basil için, duygusal bir söylevinde Basil'in yaşayan bir yasa olduğunu vurgulamıştır[211]. Bu fikrin kilise hiyerarşisi içinde hızla ve nispeten daha demokratik bir görünüm içerisinde yahut Senaca gibi düşünürlerin belirttiği gibi *cosmopolis*in üyesi ve kendini erdeme adayan kişilerce elde edilebileceğini görebiliriz. Daha sonra bu mesiyanik anlayış Themistius, gibi düşünürler aracılığıyla İmparatorluk tahtına kazınmıştır. Themistius'un saray ve çevresini ilgilendiren söylevlerinde νόμος ἔμψυχος fikriyle dört kez karşılaşırız ve Themistius'un hemen önce zikredilen kendine özgü konumu dikkate alındığında, bu durum imparatorluk saray ideolojisinin bir ifadesi olarak görülebilir[212]. Tussay bu ifadenin izini Pelusiumlu Isidore, Gazalı Procopius, Proclus, Olympiodorus ve nihayet İmparator Justinianus'a kadar sürer[213]. Nihayet bu süreç prenslerin ve daha sonra modern egemenlik kuramının bölünemez, devredilemez, süreklilik unsurları gibi

---

210 Tussay, s. 138. Bu fark için ayrıca bkz. "Çünkü birincisinin daha iyi olduğunu Tanrı hem sözleriyle hem de yaptıklarıyla ortaya koymuştur. Nuh'a, İbrahim'e, onun soyuna, Eyüp'e ve Musa'ya da yazılarla değil, onların zihinlerini temiz bularak Kendisi konuşmuştur. Ama bütün İbrani halkı kötülük çukuruna düştükten sonra, yazılı bir söz, tablolar ve bunlarla verilen öğütler ortaya çıktı." John Chrysostom, *Homilies on Matthew*, 1. 1., https://www.newadvent.org/fathers/200101.htm (31.10.2024). Yaşayan yasa ifadesi için ayrıca bkz. "Her şeyde iyi işlere örnek ol: başkalarının önünde bir model, yaşayan bir yasa, iyi yaşamın bir kuralı ve standardı olarak Hıristiyan yaşamının bir örneği ol, çünkü bir öğretmen böyle olmalıdır. Sözde, konuşmada, hayırseverlikte, imanda, gerçek saflıkta, ölçülülükte kolaylıkla konuşabilsin." John Chrysostom, *Homily 13 on First Timothy*, Timothy 4:11-14, https://www.newadvent.org/fathers/230613.htm (31.10.2024).

211 Söylev için bkz. "Ben, Gregory, yarı ölü, ikiye bölünmüş, büyük birlikteliğimizden kopmuş ve ondan ayrıldıktan sonra tahmin edilebileceği gibi kolay olmayan acılarla dolu bir hayatı sürüklerken, rehberimi kaybettiğime göre artık sonumun ne olacağını bilmiyorum. Ve şimdi bile, görevimi yerine getiremediğim takdirde, gece görümlerinde uyarılıyor ve eğitiliyorum. Şimdiki amacım, övgülerime ağıtları karıştırmak ya da bu kişinin kamusal yaşamını betimlemek ya da tüm zamanlar için ortak bir erdem resmi ve tüm kiliseler ve tüm ruhlar için yararlı bir örnek yayınlamak değil, yaşayan bir yasa olarak göz önünde tutabileceğimiz ve yaşamlarımızı doğru bir şekilde yönlendirebileceğimiz, onun öğretisine tamamen insiye olmuş olan sizlere, sizi gören ve sizin tarafınızdan görülen biri olarak gözlerinizi ona dikmenizi ve böylece Ruh tarafından mükemmelleştirilmenizi tavsiye etmektir." Gregory Nazianzen, *Orations*, Oration 43.80, https://www.newadvent.org/fathers/3102.htm (31.10.2024)

212 Tussay, s. 141. Ayrıca Tussay şöyle demektedir: "Bence tüm bu örnekler, Themistius'un νόμος ἔμψυχος fikrini anlamasının merkezinde, imparatoru yasanın kaynağı, yazılı metninden üstün ve onun üstünde ve bu nedenle de iyiliksever bir imparator olarak görmesinin yattığını oldukça iyi göstermektedir." Tussay, s. 142.

213 Tussay, s. 143.

kralın yasayla bağlı olmadığı bir anlayışa evrilmiştir. Nitekim yazılı yasa hem kralın uhdesindedir hem de yazılı yasa kavramını ister demokratik ister monarşi rejiminin sınırları dahilinde kullanalım yaşayan yasaya kıyasla elverişsiz bir araç sayılmıştır. Dahası hukukun en önemli kodlarından biri olan *Corpus Iuris Civilis* külliyatına da bu geleneğin dahil edildiği hatırlatılmalıdır. *Novella* da şöyle denmektedir: "İmparator az önce formüle ettiğimiz kurallara tabi değildir, çünkü Tanrı onu insanlara cisimleşmiş bir yasa olarak vererek yasaların kendisini onun kontrolüne tabi kılmıştır."[214]

Sonuç

Öncelikle kavramın erken dönem tarihi okurla paylaşılmıştır. Burada karşılaşılan ilk mektup kaynak Archytas'a ait olup metnin tonu demokratiktir ve M.Ö. dördüncü yüzyıl Yunan dünyası hakkında önemli bilgiler içerir. Burada ilk kez yaşayan yasa ifadesi kullanılmış bunun yanında yasaların taş levhalara ya da sütunlara yazılı olmasının değil insanların karakterlerine işlenmesi gerektiği savunulmuştur. Yine septiklerin itirazlarıyla daha da belirgin hâle gelen yazılı yasa ve diğer yasalar arasında dönemin ruhuna uygun biçimde ayrım yapılmış, rejimin erdeme yönelmesi zorunluluğu vurgulanmıştır. İktidarın tanrısal düzeni ve uyumu taklit etmesi gerektiği düşünülmüştür. Ayrıca Yunanlıların bu düşünceyi aldığı ve kendi siyaset fikirlerine uyarladığı bir köken olarak Perslerdeki güneş kültünün izlerine de rastlanmaktadır.

Elbette Archytas'ın ilk örnekliği zaman içerisinde farklı filozoflar tarafından çeşitli biçimlerde yorumlanmıştır. Hristiyanlık tecrübesine kadar olan süreci genel hatlarıyla ele alırsak aşağıdaki sonuçlara varabiliriz.

Antik Yunan Dönemi hakkında;

(i) Süreçte yer verilen Antik Yunan filozofları Archytas'a uygun olacak biçimde yazılı yasa ve diğer yüksek yasalar arasındaki ayrıma uymuştur.

(ii) Yine neredeyse tamamında yasaların yazılı olması değil kalplere işlenmesi gerektiği düşünülmüştür.

(iii) Hepsi rejimin erdeme yönelmesi gerektiği hususunda uzlaşı içerisindedir.

(iv) Yine neredeyse tamamında rejimin ilahi düzenin taklidi olduğu görülmektedir.

(v) İlginç hususlardan biri Archytas'tan sonra yaşayan yasa fikriyle uyumlu olduğu düşünülen siyasal rejimin demokrasi değil monarşi olduğu düşünülmüştür. Genellikle yaşayan yasa konsepti monarşi ile birlikte zikredilmiştir. Bunun

214 I. Justinian, *The Novels of Justinian* (*Novella*), 105, Bölüm II, IV. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/ (31.10.2024)

için önerilen temel kırılma Sokrates'in idamı ile başlayan demokrasi karşıtlığıdır. Yine de burada söylemek istediğim Platon'un, Aristoteles'in tam manasıyla monarşi rejimini benimsediği değildir. En ideal rejim açıklamalarında (filozofkral ve *pambasileia*) ve yaşayan yasa kavramına yaklaştıkları noktada bunun tam manasıyla bir monarşi olduğu verisidir. Nitekim bu monarşi tonunun Helenistik dönemde daha yoğunlaşacağı kolaylıkla söylenebilir.

(vi) Nihayet bu dönemin kendisinden sonra gelecek düşünürleri besleyen ve kaynak oluşturan bir yanı bulunmaktadır. Kronolojik olarak takip eden süreçlerde örneğin Aristoteles'in canlı (yaşayan) adalet terkibi ya da Ksenophon'un gören yasa terkibine benzer kullanımlarla karşılaşmaktayız.

Helenistik Dönem ve Roma İmparatorluğu hakkında;

(i) Burada yer alan tüm düşünürler tıpkı Antik Yunan geleneğine uygun biçimde rejimin erdeme yönelmesi gerektiğini savunmuştur.

(ii) Yaşayan yasanın Tanrı'nın *mimesis*i olduğunu kabul etmişlerdir.

(iii) Tek bir istisna dışında hepsi ideal rejimin monarşi olduğu hususunda hemfikirdir. Bu dönemde monarşiye duyulan sempatinin tonu çok daha yoğundur. Bir istisna olarak Philo göze çarpmaktadır ve demokratik bir istisna oluşturabiliyor olmasının sebebi büyük oranda konunun dinsel perspektifle ele alınmasında saklıdır. Nitekim Philo için imparator da Tanrı devletinin bir tebaasıdır ve onun sınırlandırmalarından muaf değildir. Benzer bir husus Stoa düşüncesinde de gizlidir. Akıl hepimize ortak verildiği için kişi bilgeliğe yaklaştığı ölçüde bu payeyi kuşanmaya da hak kazanır. Bu bir aileye soyu vb. özellikleri sebebiyle sunulmaz. Dolayısıyla ortaya çıkan ilginç bir sonuç yaşayan yasa payesini taşıyan hükümdar üzerindeki sınırlandırma arttıkça rejimin demokrasiye fakat azaldıkça monarşiye yaklaşmasıdır. Her ne kadar kavramın erken tarihinde yaşayan yasalar üzerinde erdem, adalet, doğal hukuk gibi kısıtlar olsa da bunlara ayırılan kaynak ve çaba çoğaldıkça daha sınırlı bir hükümdar fikri de görebilmekteyiz. Her halükârda ister monarşi ister demokrasi olsun bu iktidarın keyfi olmadığı söylenmelidir.

(iv) Bir başka sonuç bu dönemde doğrudan yaşayan yasa ifadesine yer veren metinlerle daha sık karşılaşıldığıdır.

(v) Yine pek çok yazar yazılı yasanın eksiklerinin, uzlaşının keyfiyetinin bu kişilerin erdemi aracılığıyla kapatılabileceğine inanmaktadır.

(vi) Archytas'ta bulunan güneş sembolü bu dönemde de Ecphantus ve Plutharkos aracılığıyla tekrar edilmiştir.

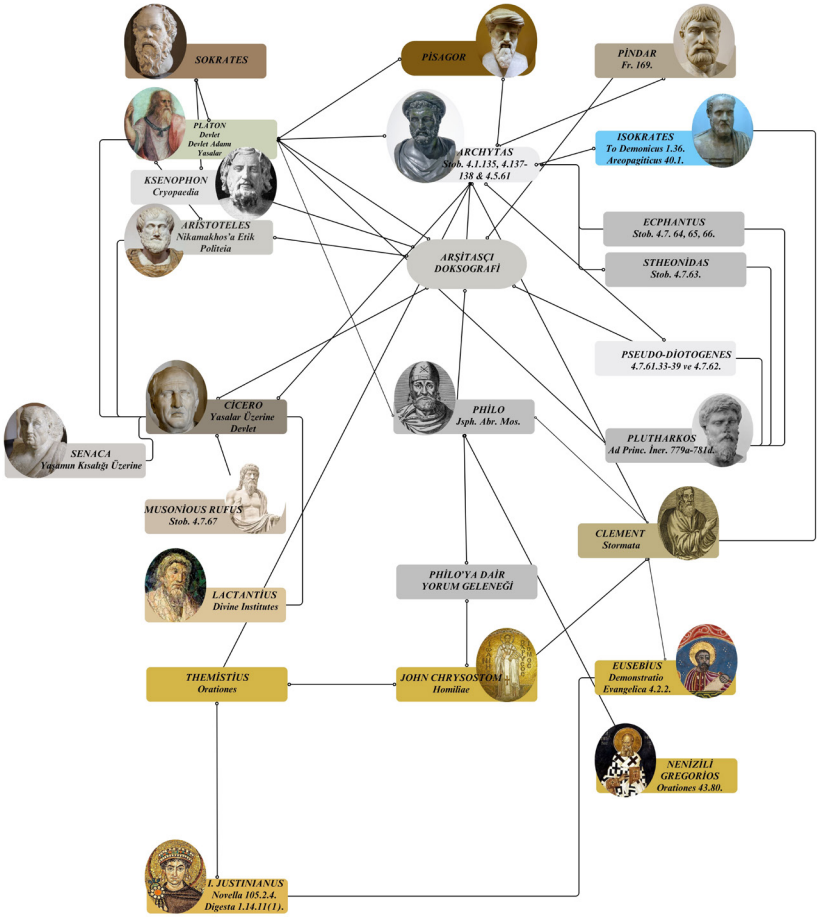
(vii) Daha önce Platon ve Ksenophon'da bulunan hükümdarı felsefeye alıştırmak ve keyfiyetini bir tür bilgeliğe çevirme teşebbüsü Seneca ve Musonius Ru-

fus tarafından benimsenmiştir.

Nihayet tüm bu düşünürleri izleyen üç yüzyıl içinde (M.S. 5. yüzyıla kadar) dahi bu kavramı doğrudan kullanan pek çok isimden söz edebiliriz. Bu durum yaşayan yasa terkibinin bir hukuk kavramı hâline geldiği, dahası yaygınlaştığının çok daha somut bir göstergesidir. Yukarıda kısaca değinilen Clement, Lactantius, Themistius, John Chyrsostom, Eusebius, Nenizili Gregorios, I. Justinianus gibi pek çok önemli isim bu kavram üzerine yazmış ve üretmiştir. Hatta bu kavramın kimi kök hukuk metinlerini doğrudan etkilediği bile söylenebilir. Dolayısıyla düşünürler tarafından konuya artan ilgi ve krallık rejimi savunucuları için konunun işlevselliği ziyadesiyle dikkat çekicidir. Bu ivmenin Orta çağ ve sonraki dönemler için de korunduğu görülecektir. Bu da yaşayan yasa niteliğinin egemenliğin, bölünemez ve sürekli olması gibi diğer unsurlarından biri hâlini nasıl aldığını açıklayabilir. O hâlde bu konu egemenlik üzerine yapılacak bir araştırma için de vazgeçilmez duraklardan birini oluşturur.

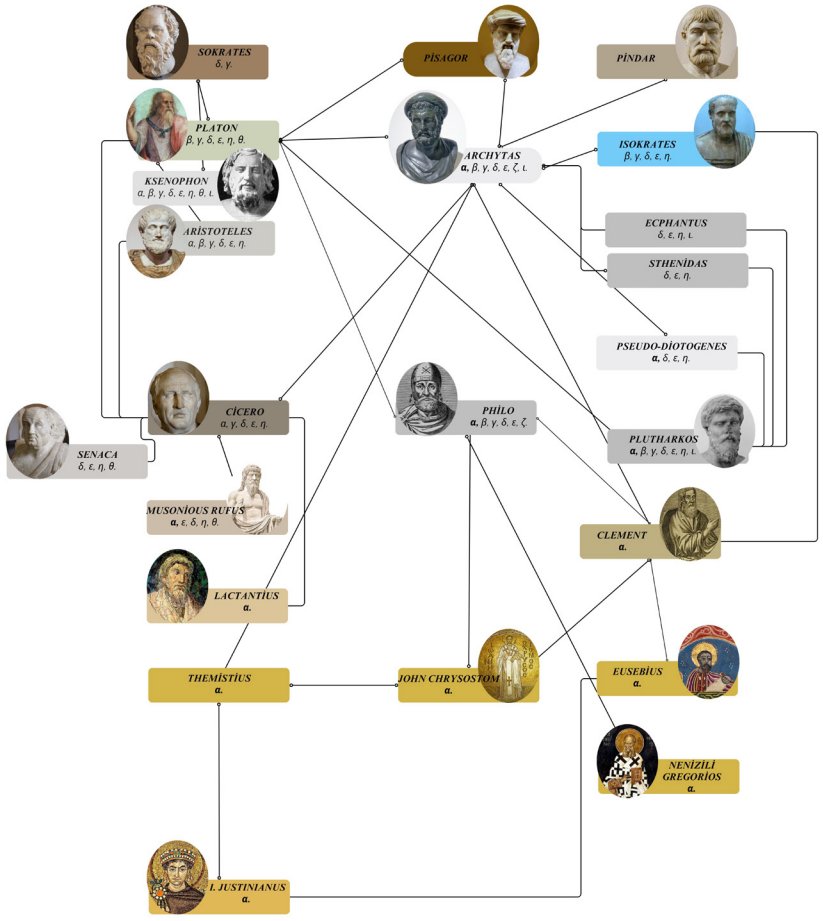
EK-1

Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος) Fikrinin Erken Dönem Soy Kütüğü



EK-2

Nomos Empsychos (νόμος ἔμψυχος) Fikri ve Kavram Haritası



Semboller ve kavramlar arasındaki bağlantılar aşağıda verilmiştir:

α: Yaşayan yasa ifadesini kullanan filozofları ifade eder. Ayrıca benzer biçimde konuşan yasa, gören yasa ve yaşayan akıl kullanımlarını da buraya dahil ettim. Fakat doğrudan yaşayan yasa terkibini kullananları kalın (*bold*) biçimde gösterdim.

β: Yasalar insanın ruhuna hitap etmeli, huy (karakter, *ethos*) hâlini almalıdır görüşünü savunan filozoflar sembolize eder.

γ: Yazılı yasa ve diğer yüksek yasalar ikilemini ortaya koyan filozoflar.

δ: Rejimin erdeme yönelmesi gerektiğini savunan filozoflar.

ε: Yaşayan yasanın Tanrı'nın *mimesis*i olduğu ya da olması gerektiği fikrini karşılar.

ζ: İdeal rejimin demokrasi olduğunu savunan filozoflar.

η: İdeal rejimin monarşi olduğunu savunan filozoflar.

θ: Kralın felsefe öğrenmesi gerektiğini vurgulayan filozoflar.

ι: Güneş sembolüne yer verip tartışan, yaşayan yasa kavramının Pers kökeniyle bağlantı kurulabilecek filozoflar.

KAYNAKLAR

- Agamben, Giorgio (Terc. Kemal Atakay), *İstisna Hali*, Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Archytas (Terc. André Laks, Glenn W. Most), *Early Greek Philosophy Western Greek Thinkers: Vol IV*, Ed. André Laks, Glenn W. Most, Harvard University Press, Cambridge & London, 2016.
- Aristides, P. Aelius (Terc. Charles A. Behr), *The Complete Works: Volume II. Orations XVII–LIII*, E. J. Brill, Leiden, 1981.
- Aristoteles (Terc. Saffet Babür), *Nikomakhos'a Etik*, 7. Bası, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Aristoteles (Terc. Özgüç Orhan), *Politika*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Aristotle (Terc. H. Rackham), *Problems II: Books XXII-XXXVIII and Rhetorica ad Alexandrum*, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge, 1937.
- Aristotle (Terc. Darcy Wentworth Thompson), *Works of Aristotle Volume IV: Historia Animalum*, Ed. J. A. Smith, W. D. Ross, Clarendon Press, Oxford, 1910.
- Born, Lester Kruger, "Animate Law in the Republic and the Laws of Cicero", *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Cilt 64, 1933.
- Cengiz, Çevik, "Policraticus'ta Yasanın Efendisi ve Kölesi Olarak Kral", *Felsefi Düşün*, Sayı 10, 2010, ss. 26-45.
- Chesnut, Glenn F., "The Ruler and the Logos in Neopythagorean, Middle Platonic, and Late Stoic Political Philosophy", *Religion (Heidentum: Römische Religion, Allgemeines [Forts.])*, Ed. Wolfgang Haase, De Gruyter, Boston, 1978.
- Chrysostom, John, *Homilies on Matthew*, 1. 1., https://www.newadvent.org/fathers/200101.htm (31.10.2024).
- Chrysostom, John, *Homily 13 on First Timothy*, Timothy 4:11-14, https://www.newadvent.org/fathers/230613.htm (31.10.2024).
- Cicero (Terc. Cengiz Çevik), *Devlet Üzerine*, 2. Bası, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018.
- Cicero (Terc. Raphael Woolf), *On Moral Ends*, Ed. Julia Annas, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Cicero (Terc. Cengiz Çevik), *Yasalar Üzerine*, 4. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.
- Cicero (Terc. Cengiz Çevik), *Yükümlülükler Üzerine*, 5. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018.
- Clement, *The Stromata*, Kitap II, Bölüm IV, https://www.newadvent.org/fathers/02102.htm (31.10.2024).
- Clement (Terc. William Wilson), *The Writings of Clement of Alexandria*, Christian Library, Cilt 4, Clement of Alexandria Cilt 1, T. and T. Clark Edinburgh.
- Clement, *The Writings of Clement of Alexandria*, s. 337 ve 338. https://www.newadvent.org/fathers/02093.htm (31.10.2024).
- Douzinas, Costas (Terc. Kasım Akbaş, Umre Deniz Tuna), *İnsan Haklarının Sonu*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.
- Ehrlich, Eugen (Terc. Artun Mimar), *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Eryiğit, Abdullah, *Yasa-üstü İnsan: Platon'dan Agamben'e Hukuk ve Yasa İkileminde İnsan*, Runik Yayınları, İstanbul, 2021.
- Eusebius of Caesarea (Terc. W. J. Ferrar), *Demonstratio Evangelica*, 1920, Kitap IV, Bölüm II, https://www.tertullian.org/fathers/eusebius_de_06_book4.htm (31.10.2024).
- Farber, J. Joel, "The Cyropaedia and Hellenistic Kingship", *The American Journal of Philology*, Cilt 100, Sayı 4, 1979, ss. 497-514.
- Goodenough, Erwin R., "The Political Philosophy of Hellenistic Kingship", *Yale Classical Studies*, Cilt 1, 1928, ss. 55-105.
- Goodenough, Erwin R., *An Introduction to Philo Judaeus*. 2. Bası, Basil Blackwell, Oxford, 1962.
- Gregory, Nazianzen, *Orations*, Oration 43.80, https://www.newadvent.org/fathers/3102.htm (31.10.2024).
- Hesiodos (Terc. Azra Erhat, Sabahattin Eyüpoğlu), *Theogonia & İşler ve Günler*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016.
- Horky, Phillip Sidney; Johnson, Monte Ransome, "On Law and Justice: Attributed to Archytas of Tarentum", *Early Greek Ethics*, Ed. Phillip Sidney Horky, Monte Ransome Johnson, Oxford University Press, Oxford, 2020, ss. 455-490.
- Horsley, Richard A., "The Law of Nature in Philo and Cicero," *The Harvard Theological Review,* Cilt 71, Sayı 1-2, 1978, ss. 35-59.
- I. Justinian, *The Novels of Justinian (Novella)*, 105, Bölüm II, IV. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/ (31.10.2024).
- Inwood, Brad, "Commentary on Striker", *Proceedings of the Boston Area Colloquium of Ancient Philosophy*, Cilt 2, Sayı 1, 1986, ss. 95-101.
- Isocrates (Terc. George Norlin), *Areopagiticus* Cilt 2, G. P. Putnam's Sons & New York, William Heinemann Ltd. & London, 1929.
- Isocrates, *To Demonicus*, Ed. George Norlin, Section 1.36, https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Isoc.+1+36&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0144 (31.10.2024).
- Kantorowicz, Ernst H. (Terc. Ümit Hüsrev Yolsal), *Kralın İki Bedeni Ortaçağ Siyaset Teolojisi Çalışması*, Bilge Su Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Klassen, William, "The King as 'Living Law' with Particular Reference to Musonius Rufus" *Sciences Religieuses / Studies in Religion*, Cilt 14, Sayı 1, 1985, ss. 63-71.
- Lactantius, *Divine Institutes*, Kitap IV (Of True Wisdom and Religion), Bölüm 25, Of the Advent of Jesus in the Flesh and Spirit, that He Might Be Mediator Between God and Man, https://www.newadvent.org/fathers/07014.htm (31.10.2024).
- Laertius, Diogenes (Terc. Candan Şentuna), *Ünlü Filozofların Yaşamları ve Öğretileri*, 3. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Martens, John W., *One God, One Law: Philo of Alexandria on the Mosaic and Greco-Roman Law*, Brill Academic Publishers, Boston & Leiden, 2003.
- Montaigne (Terc. John Florio), Essays, Kitap III, Bölüm XIII, Of Experience, 1603, https://hyperessays.net/florio/book/III/chapter/13/ (31.10.2024).
- Nelken, David, "Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities", *Theoretical Inquiries in Law*, Cilt 9, Sayı 2, 2008, ss. 443-471.

- Okandan, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.
- Philo (Terc. C. D. Yonge), *The Works of Philo: Complete and Unabridged*, Hendrickson Publishers, Massachusetts, 1993.
- Philo (Terc. F. H. Colson), *Cilt VI*, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, William Heinemann Ltd., Cambridge, Massachusetts, 1984.
- Philostratus, Eunapius (Terc. Wilmer Cave Wright), *The Lives of the Sophists*, William Heinemann, London, 1922.
- Platon, *Devlet*, 20. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.
- Platon (Terc. Furkan Akderin), *Devlet Adamı*, Say Yayınları, İstanbul, 2011.
- Platon (Terc. Niyazi Berkes), *Sokrates'in Savunması*, Çağdaş Matbaacılık Yayıncılık, 1998.
- Platon (Terc. Ari Çokona), *Sokrates'in Savunması: Euthyphron, Apologia, Kriton, Phaidon*, 6. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2015.
- Platon (Terc. Candan Şentuna, Saffet Babür), *Yasalar*, 3. Bası, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Plutarch (Terc. Bernadotta Perrin), *The Complete Works of Plutarch*, To an uneducated ruler, Delphi Classics, East Sussex, 2013.
- Roskam, Geert, "How to Date the Timeless? *The Difficult Problem of the Pseudo–Pythagorean Treatises On Kingship" Ktèma: Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, Strasbourg, 2020, Les traités néopythagoriciens Sur la royauté, Cilt 45, ss. 125-142.
- Roskam, Geert, "Some Fresh Air into the Neopythagorean Tradition: The Fragments on Kingship By Diotogenes", *The Cambridge Classical Journal*, Cilt 66, ss. 203-220.
- Rufus, Musonius (Terc. Cora E. Lutz), "Musonius Rufus: The Roman Socrates", (VII, That Kings Also Should Study Philosophy), *Yale Classical Studies,* Cilt 10, Yale University Press, New Haven, 1947.
- Runia, David T., "What is Doxography?", Ed. Philip J. Van Der Eijk, Ancient *Histories of Medicine: Essays In Medical Doxography and Historiography in Classical Antiquity*, Brill, Leiden, 1999, ss. 33-57.
- Russell, Donald, "Anaximenes (2)", Ed. N. G. L. Hammond, H. H. Scullard, *The Oxford Classical Dictionary*, 2. Bası, Ed. N. G. L. Hammond, H. H. Scullard, Clarendon Press, Oxford, 1976.
- Schmitt, Carl (Terc. Emre Zeybekoğlu), *Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, 2. Bası, Dost Kitabevi, Ankara, 2005.
- Schofield, Malcolm, *The Stoic Idea of the City*, Chicago Press, Chicago, 1999.
- Senaca (Terc. C. Cengiz Çevik), *Mutlu Yaşam Üzerine ve Yaşamın Kısalığı Üzerine*, 2. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.
- Seneca (Terc. Bedia Demiriş), *Hoşgörü Üzerine-Ruh Dinginliği Üzerine*, 3. Bası, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2019.
- Stertz, Stephen A., "Pseudo-Aristides: ΕΙΣ ΒΑΣΙΛΕΑ", *The Classical Quarterly*, Cilt 29, Sayı 1, 1979, ss. 172-197.
- Stertz, Stephen A., "Themistius: A Hellenic Philosopher-Statesman in the Christian Roman Empire", *The Classical Journal*, Cilt 71, Sayı 4, 1976, ss. 349-358.

- Thesleff, Holger, "An Introduction to the Pythagorean Writings of the Hellenistic Period", *Acta Academiae Åboensis Humaniora*, Cilt 24, Sayı 3, Åbo, 1961.
- Thesleff, Holger, *The Pythagorean Texts of the Hellenistic Period [Pythagorean],* Åbo*, 1965*.
- Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi: Sosyoloji Açısından Hukuk*, 3. Bası, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969.
- Tussay, Ákos, *A History of the Nomos Empsychos Ideas*, Pázmány Péter Catholic University, Doctoral School of Law and Political Sciences, Budapest, 2022.
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Vatter, Miguel E., *Living Law: Jewish Political Theology from Hermann Cohen to Hannah Arendt*, Oxford University Press, New York, 2021.
- Wendland, Paul, "Die Schriftstellerei des Anaximenes von Lampsakos III. Anaximenes' Rhetorik", *Hermes*, Cilt 39, 1904, ss. 499-542.
- Xenophon (Terc. H. G. Dakyns, Rev. F. M. Stawell), *Cyropaedia* or *The Education of Cyrus*, J. M. Dent & Sons Published, London & New York, 1914.

İnternet Kaynakları

- https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/LSJ/navigate/44/1/1684/?byte=1417002 (31.10.2024).
- https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/LSJ/query?report=concordance&method=proxy&q=%E1%BC%80%CE%BD%CE%BF%CE%BC%CE%AF%CE%B1&start=0&end=0&head= (31.10.2024).
- https://www.britannica.com/event/Hellenistic-Age (31.10.2024).
- https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0326%3Asection%3D1 (31.10.2024).
- https://plato.stanford.edu/entries/doxography-ancient/ (31.10.2024).

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Ana ve Babanın Tedip Hakkı*

Parental Right to Discipline in the Context of the Crime of Intentional Injury

Ahmet KILIÇ**

ÖZ

Çocuk haklarına ilişkin gelişmeler, ana ve babanın çocuk üzerinde icra edebileceği hareketlerin sınırlanması sonucunu doğurmuştur. Böylece tedip hakkının sınırları ve hatta varlığı tartışmalı hale gelmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda tedip hakkını düzenleyen ayrı bir hüküm bulunmamaktadır ve bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tedip hakkına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ceza hukukundaki görüş ayrılığı ise kasten yaralama suçunu oluşturan ve bedensel ceza olarak nitelendirilen hareketlerin tedip hakkı kapsamında kalıp kalmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Ana ve baba tarafından uygulanan bedensel cezaların tedip hakkı kapsamında kaldığı kabul edilecek olursa kasten yaralama suçu bakımından tipik olan hareketlerin hukuka uygun olduğu, aksi kabul halinde ise bedensel cezaların kasten yaralama suçunu oluşturduğu sonucuna varılacaktır. Her iki kabulün de hem ceza hukukunda hem de özel hukukta pek çok sonuç doğurması, söz konusu mesele için çok yönlü bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Meselenin kapsamlı şekilde ele alındığı bu çalışmada, Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemeler ve görüşler ile uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemelere de yer verilmiştir. Sonuç olarak ise tedip hakkının basit bedensel cezaları da kapsadığı ve kasten yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği görüşü savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Tedip hakkı, kasten yaralama, bedensel ceza, velayet, hakkın kullanılması.

ABSTRACT

Developments in children's rights have resulted in restrictions on the actions that parents can take toward their children. Thus, the limits and the very existence of the right to discipline have become controversial. There is no specific provision

* Makale gönderim tarihi: 05.09.2024. Makale kabul tarihi: 20.02.2025. Ahmet Kılıç, "Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Ana ve Babanın Tedip Hakkı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 255-282, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.7.

** Dr., Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 0000-0002-4774-4985, a.kilic@aybu.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

regarding the right to discipline in the Turkish Civil Code No. 4721. After this code came into force, different opinions have arisen regarding the right to discipline. The disagreement in criminal law concentrates on whether acts that constitute intentional injury and are considered corporal punishment fall within the scope of the right to discipline. If corporal punishments applied by parents are accepted as falling within the scope of the right to discipline, the typical actions concerning the crime of intentional injury are regarded as lawful. Otherwise, it is concluded that such actions constitute the crime of intentional injury. Because both interpretations have many consequences in both criminal law and private law, the issue in question requires a multifaceted evaluation. In this study, which deals with the issue comprehensively, the regulations and opinions in German and Swiss law and the regulations in international conventions are also included. In conclusion, it is argued that the right to discipline includes minor corporal punishment and can be a ground of justification in terms of the crime of intentional injury.

Keywords: Right to discipline, intentional injury, corporal punishment, custody, use of a right.

Giriş

Ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümler esas olarak Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) yer almaktadır. Bu hükümler her iki taraf için çeşitli hak ve yükümlülükler öngörmektedir. Bu kapsamda yer alan ve çalışmanın konusunu oluşturan tedip hakkının (terbiye hakkı, disiplin hakkı, uslandırma hakkı) kasten yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı hususunda TMK'daki düzenlemeler belirleyici niteliktedir. Ayrıca usulüne göre yürürlüğe konulmuş bazı uluslararası sözleşmelerde tedip hakkı ve bu hakkın sınırları bakımından önem arz eden düzenlemeler yer almaktadır. Pozitif hukuktaki söz konusu durum ve hukuk sisteminin birliği ilkesi nedeniyle tedip hakkının hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı hususunda çok yönlü bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulur.

Çalışmanın kapsamı, terbiye amacıyla icra edilen ve kasten yaralama suçu bakımından tipik olan bedensel ceza niteliğindeki yöntemlerin tedip hakkı kapsamında kalıp kalmadığı ve buna bağlı olarak hukuka uygun olup olmadığı sorusuyla sınırlıdır. Bedensel ceza kavramıyla fiziksel nitelik arz eden ve bir davranışa tepki olarak icra edilen hareketler kastedilir. Bedensel ceza ile bu cezanın gerekçesi olan davranışın eşzamanlı olması zorunlu değildir. Ayrıca mevcut bir saldırıyı veya tehlikeyi sonlandırmaya yönelik fiiller bedensel ceza kapsamında değerlendirilmemelidir. Bir saldırının veya tehlikenin olduğu hallerde icra edilen fiiller bakımından başka hukuki kurumlar gündeme gelir ve bunlar çalışmanın kapsamına dahil değildir. Ancak bu hallerde ilgili kurumun sınırı kasten aşılırsa bedensel cezanın söz konusu olabileceği ifade edilmelidir.

Terbiye amacıyla icra edilen bedensel ceza en azından basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamaya neden olursa hem kasten yaralama suçunun hem de TCK m. 232/2'deki disiplin yetkisini kötüye kullanma suçunun oluşacağı söylenebilir. Bu suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisi olduğu[1], kasten yaralama suçunun dışlayan suç niteliğini haiz olduğu ve tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığına ilişkin tespitin çalışmanın konusunu oluşturan fiiller bakımından disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu için de geçerli olduğu gerekçesiyle disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu ayrıca değerlendirilmeyecektir. Diğer bir deyişle, tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı kabul edilecek olursa en azından basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamaya neden olan failin cezai sorumluluğu kasten yaralama suçuna dayalı olarak belirlenecektir; zira bu durumda disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu, görünüşte içtima ilişkisi bağlamında dışlanan suç niteliğindedir. Tedip hakkının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği aksi durumda ise ne kasten yaralama ne de disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu durumda kasten yaralama suçu, bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için; disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu ise maddi unsurlar sağlanmadığı için oluşmaz. Bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan fiillere ilişkin cezai sorumluluk, TCK m. 232/2'deki disiplin yetkisini kötüye kullanma suçuna bağlı olarak değişmez.

Sınırları yukarıda ifade edilen bu çalışmada, öncelikle tedip hakkının Türk hukukundaki varlığı ve şartları incelenecektir. Ardından, özellikle Alman ve İsviçre pozitif hukuku ile Türk, Alman ve İsviçre doktrinindeki görüşlerden yararlanılarak Türk hukukunda tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı hususundaki görüşümüz ifade edilecektir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatları da değerlendirilecektir. Son olarak ise Yargıtay Ceza Genel Kurulunun tedip hakkı bakımından önem arz eden güncel içtihadı incelenecektir.

I. Türk Hukukunda Tedip Hakkı

Ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen temel kurumlar soy bağı ve velayettir. Çalışmamız bakımından velayete ilişkin düzenlemelerin belirle-

1 TCK m. 232'nin gerekçesindeki şu açıklamanın yerinde olmadığı kanaatindeyiz: *"Maddenin ikinci fıkrasında faille mağdur arasında belirli ilişkiden kaynaklanan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.*

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen davranışın kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir."

yici nitelik arz ettiği söylenebilir. Velayet, çeşitli hak ve yükümlülüklerden oluşur[2]. Çocuğun eğitimi, bu kapsamda yer alan ve hem hak hem de yükümlülük niteliğini haiz hususlardan biridir[3]. TMK m. 340/1'e göre ana ve baba; çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük; genel eğitim, mesleki eğitim ve dini eğitimden oluşur[4]. Mülga Medeni Kanun döneminde umumi terbiye olarak ifade edilen[5] ve TMK m. 340/2'de yer almasına rağmen kanunda tanımlanmayan genel eğitim; iyi ile kötünün ayırt edilmesini sağlamayı[6], belirli bir disiplinin verilmesini[7], çocuğu toplumsal yaşama hazırlamayı, çocuğa kendi başına toplum içinde yaşamak için gerekli temel becerileri kazandırmayı ve kültürel bilgileri aktarmayı[8] ifade eder. Yine bu yükümlülük; çocuğun dürüst, ahlak sahibi, kötü alışkanlıkları olmayan bir birey olarak yetiştirilmesini gerektirir[9]. Kısaca genel eğitim yükümlülüğü okul eğitiminden ibaret değildir, çocuğun terbiye edilmesini de içerir[10]. Ayrıca TCK m. 31'deki yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeden hareketle çocuğun algılama ve irade yeteneğinin geliştirilmesinin de eğitim yükümlülüğü kapsamında yer aldığı söylenebilir[11].

Çift taraflı bir ilişki olan velayet, çocuk bakımından da hak ve yükümlülükler içerir. Bunlardan biri, TMK m. 339/2'de düzenlenen ana ve babanın sözünü dinleme yükümlülüğüdür. Ana ve babanın eğitim yükümlülüğünü yerine ge-

---

2 Aydın Zevkliler, Emre Cumalıoğlu, Mehmet Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III - Aile Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 407; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 407; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 341.

3 Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 277; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 379.

4 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 379.

5 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz: 2*, 2. Bası, Matbaacılık, İstanbul, 1950, s. 331.

6 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 498.

7 Gülçin Elçin-Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 28.

8 Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayıları, İstanbul, 2012, s. 126.

9 Oğuzman, Dural, s. 278; Kılıçoğlu, s. 498. Akıntürk ve Ateş'e göre genel eğitim *"çocuğun erdemli, onurlu, vatanını ve milletini seven dürüst ve namuslu bir insan olarak yetişmesi için gerekli olan telkinlerde bulunmak, çocuğa daima iyi şeyler öğretmek, onun kötü yollara sapmaması ve kötü alışkanlıklar edinmemesi için gerekli her türlü özeni ve çabayı sarfetmeyi"* ifade eder. (Akıntürk, Ateş, s. 412)

10 Bkz. Zevkliler, Cumalıoğlu, Acabey, s. 411; Elçin-Grassinger, s. 27; Kılıçoğlu, s. 498.

11 Eğitimin, toplumun değer hükümlerine ve ahlak anlayışına uygun olması gerektiğini ifade eden ve bu nedenle benzer yönde olduğu kabul edilebilecek görüş için bkz. Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 651.

tirebilmesi, çocuğun söz dinleme yükümlülüğüne bağlıdır[12]. Çocuğun söz dinleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise tedip hakkı gündeme gelir[13]. Çocuğun eğitimi için gerekli yöntemlere başvurabilme yetkisini ifade eden tedip hakkı, eğitim yükümlüğünün bir parçası ve tamamlayıcısıdır[14].

Tedip hakkı, mülga Medeni Kanun'un aksine[15] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum tedip hakkının Türk hukukunda hâlen kabul edilip edilmediğine ilişkin farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu hususta, mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'yla benzer bir yolun izlendiği söylenebilir[16]. Tedip hakkına ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'ndaki açık düzenleme, velayete ilişkin hükümlerin içinde tedip hakkının da bulunduğu ve ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı gerekçesiyle 1976 yılında kaldırılmıştır[17]. Buradan hareketle tedip hakkının kanunda açıkça düzenlenmemesini, bu hakkın kabul edilmediği şeklinde yorumlamanın yerinde olmayacağı söylenebilir[18, 19].

Kanaatimizce tedip hakkı, velayetin ve özellikle eğitim yükümlülüğünün bir parçasıdır[20]. Tedip hakkının ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç yoktur. Esas olarak TMK m. 339 ve m. 340'taki düzenlemeler ile tedip hakkının kanunda yer aldığı ve kapsamının belirlendiği kabul edilmelidir. TCK m. 232/2'deki "*terbiye hak-*

---

12 Oğuzman, Dural, s. 280; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 378.

13 Haluk Tandoğan, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1965, s. 181; Velidedeoğlu, s. 330.

14 S. Hülya İmamoğlu, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 1, 2005, s. 177; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 249; Oğuzman, Dural, s. 281.

15 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu m. 267: "*Ana baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir.*"

16 İmamoğlu, s. 176.

17 Bkz. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 05.06.1974, s. 77.

18 Bkz. Dominik Schöbi, Susanne Kurz, Brigitte Schöbi, Gisela Kilde, Nadine Messerli, Brigitte Leuenberger, *Bestrafungsverhalten von Eltern in der Schweiz. Physische und psychische Gewalt in Erziehung und Partnerschaft in der Schweiz: Momentanerhebung und Trendanalyse*, Universität Freiburg, Institut für Familienforschung und -beratung, 2017, s. 73.

19 İsviçre hukukunda artık tedip hakkının *(Züchtigungsrecht)* kabul edilmediğini, eğitim yükümlülüğü kapsamında çocuğun cezalandırılabileceğini, ancak cezanın bedensel ve ruhsal bir zarara sebep olmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo)*, 13. Bası, Schulthess, Zürich, 2009, s. 497. Bu görüşün oluşmasında özellikle ÇHS'nin etkili olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Severin Bischof, *Stärkung der Kinderrechte als Präventivschutz vor häuslicher Gewalt,* Dike Verlag, Zürich, 2016, s. 169.

20 Benzer yönde görüş için bkz. Emine Akyüz, "Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi", *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 667; Hatemi, Serozan, s. 349; Oğuzman, Dural, s. 281.

kından doğan disiplin yetkisi" ifadesi de Türk hukukunda tedip hakkının kabul edildiğinin kanuni göstergelerinden biridir[21]. Aksi kabul halinde ana ve babanın eğitim yükümlülüğünü yerine getirmesi çeşitli durumlarda zorlaşır ve hatta imkânsız bir hal alır. Bu durumun velayetin amacına hizmet etmediği açıktır. Tedip hakkının yerini profesyonel yardımın veya hâkim tarafından belirlenen önlemlerin aldığı görüşü ise aile kurumunun tabiatına aykırı olmakla birlikte pek çok durum için yavaş ve işlevsiz bir alternatifi savunmak anlamına gelir.

Özetle, Türk pozitif hukukunda ana ve baba için tedip hakkı tanınmaktadır[22]. Tedip hakkı kapsamında kalan hareketlerin hakkın kullanılması bağlamında hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Asıl tartışılması gereken husus ise tedip hakkının sınırlarıdır ve bu husus, kasten yaralama suçunu oluşturan fiiller bakımından çalışmanın devamında ele alınacaktır.

II. Tedip Hakkının Şartları

Türk hukukunda tedip hakkının kabul edildiğine ilişkin yukarıdaki tespitten sonra bu hakkın şartlarının ortaya konulması gerekir. Eğitim veya terbiye amacıyla başvurulan yöntemler çocuğun haklarına müdahale teşkil edebilir. Söz konusu yöntemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi, tedip hakkının şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır.

Terbiye edilmesi gereken bir davranışın varlığı, tedip hakkının ilk şartıdır[23]. Terbiye edilmesi gereken davranışlar, genel eğitim yükümlülüğünün kapsamından hareketle belirlenmelidir. Bunlar suç teşkil eden davranışlarla sınırlı değildir. Terbiye edilmesi gereken bir davranışın bulunmadığı hallerde ise tedip hakkı gündeme gelmez. Örneğin, ana babanın hukuka veya ahlaka aykırı

---

21 Bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 549, (Genel Hükümler).

Tedip hakkının TCK m. 232/2'de örtülü biçimde tanımlı olduğunu ifade eden karar için bkz. Yargıtay 3. CD, 01.06.2017, E. 2016/13902, K. 2017/7800.

22 Aynı yönde görüş için bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 354; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *Genel Hükümler*, s. 549.

Türk hukukunda tedip hakkının varlığını sürdüğü ancak hakkın sınırlarının velayete hâkim ilkeler ışığında belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. İmamoğlu, s. 185 vd.

Açıkça düzenlenmemesine rağmen tedip hakkının TMK'da varlığını sürdürdüğü yönündeki görüş için bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 188.

Tedip hakkının kaldırıldığı ve bunun yerinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Mehmet Erdem, Aslı Makaracı-Başak, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 458.

23 Bernhard Hardtung, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4*, 4. Bası, C. H. Beck, 2021, § 223, kn. 134; Torsten Noak, "Zur »Abschaffung« des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht", *Juristische Rundschau*, 2002/10, s. 403; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Vahlen, 2017, s. 336; İmamoğlu, s. 180.

talebini yerine getirmeyen çocuğa bedensel ceza uygulanması tedip hakkı kapsamında değerlendirilemez[24]. Çocuğun iradi olmayan davranışları da terbiye edilmesi gereken davranış olarak nitelendirilemez[25].

Tedip hakkının ikinci şartı, çocuğun terbiye edilmesi amacıyla başvurulan yöntemin ölçülü olmasıdır[26]. Türk hukukunda özellikle bu şart üzerinde durulduğu söylenebilir. Ölçülülük bahsinde ilk olarak düzeltilmek istenen hatalı davranışın ağırlığı önem arz eder[27]. Terbiye edilmek istenen davranış ne kadar ağır ise başvurulabilecek yöntem de her hâlükârda bir üst sınır olmakla birlikte, o kadar ağır olabilir. Daha basit bir yöntemle çocuğu terbiye etmek mümkün olmasına rağmen daha ağır bir yönteme başvurulması halinde bu şartın sağlanmayacağı ifade edilmektedir[28]. Yöntemin ölçülü olup olmadığının tespitinde çocuğun genel durumu, yaşı, cinsiyeti, beden ve ruh sağlığı ile eğitim durumu da belirleyici niteliktedir[29]. Yine terbiye yönteminin icra edilme biçimi ile terbiye yönteminin icrasından önce yaşanan süreç de ölçülülük şartı bakımından önem arz eder. Ayrıca ölçülülük bahsinde ana ve babanın takdir yetkisine bir dereceye kadar saygı gösterilmesi gerekir[30]. Kasten yaralama suçu bakımından tipik olan hareketlerin tedip hakkı kapsamında kalıp kalmadığı sorusu da ölçülülük şartıyla ilişkilidir ve bu husus çalışmanın devamında ayrıca ele alınacaktır.

Tedip hakkının subjektif nitelikte olan üçüncü şartı ise yöntemin eğitim veya terbiye amacıyla icra edilmesidir[31]. Eğitim veya terbiye amacına öfke ve heyecan gibi duygular da eşlik edebilir. Tek başına bu durum subjektif şartın sağlanmadığı anlamına gelmez[32]. Ancak salt sadistik duygularla icra edilen hareketler tedip hakkı kapsamında değerlendirilemez[33].

Tedip hakkının şartları bağlamında incelenmesi gereken bir diğer husus, bu hakka kimlerin sahip olduğudur. Çalışmamız ana ve babanın çocuk üzerinde icra ettiği hareketlerle sınırlı olduğu için bu hususta tüm ihtimaller incelen-

---

24 İmamoğlu, s. 180.

25 Bkz. İmamoğlu, s. 180.

26 Hardtung, § 223, kn. 134; Kühl, s. 337; Elçin-Grassinger, s. 28. Doktrinde, gereklilik ve uygunluk gibi hususları ayrı şartlar olarak kabul eden görüş için bkz. Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 6. Bası, C. H. Beck, 2021, s. 321 ve 322; Kühl, s. 337 vd.

27 Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. Bası, C. F. Müller, 2020, kn. 607; Kühl, s. 338; Noak, s. 404.

28 İmamoğlu, s. 182.

29 Wessels, Beulke, Satzger, kn. 607; Noak, s. 404.

30 Jörg Eisele, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 6. Bası, Verlag W. Kohlhammer, 2021, s. 114; Murmann, s. 322; Kühl, s. 337.

31 Kühl, s. 338; Wessels, Beulke, Satzger, kn. 607; Noak, s. 404.

32 Kühl, s. 338; Noak, s. 404.

33 Kühl, s. 338; Hardtung, § 223, kn. 134; Noak, s. 404.

meyecektir. Yukarıda da ifade edildiği gibi ana ve babanın tedip hakkı velayete dayanmaktadır. Ana ve baba, velayet hakkına sahip olduğu süre boyunca tedip hakkına da sahiptir. Ancak TMK m. 335/2 gereği on sekiz yaşını dolduran kişiler üzerinde de ana ve babanın velayeti devam edebilir. Bu durum için uzatılmış velayet kavramı kullanılmaktadır[34]. Eğitim yükümlülüğünün niteliği ile algılama ve irade yeteneğinin on sekiz yaşını doldurana kadar gelişim gösterdiğini kabul eden TCK m. 31 dikkate alındığında, velayet devam etse bile velayet altındaki kişinin (çocuğun) on sekiz yaşını doldurmasından sonra tedip hakkının mümkün olmadığı kabul edilmelidir[35]. Ayrıca TMK m. 314/1'deki "*Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer.*" düzenlemesi nedeniyle evlat edinenin de tedip hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

III. Ana ve Babanın Tedip Hakkı Kasten Yaralama Suçu Bakımından Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olabilir mi?

Ana ve babanın çocuk üzerinde icra edebileceği hareketlerin kapsamı sadece Türk hukukunda tartışma konusu olan bir mesele değildir. Ayrıca çok sayıda devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, mezkûr meselede hukuk sistemlerini birbirine yaklaştırmaktadır. Bu nedenle diğer ülkelerin pozitif düzenlemeleri ile doktrinlerinde ileri sürülen görüşler Türk hukuku için yol gösterici olabilecek niteliktedir. Bu başlık altında da Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemeler ve görüşler ile ÇHS'nin ilgili hükümlerine ve AİHM kararlarına yer verilerek Türk hukukunda tedip hakkının kasten yaralama suçunu oluşturan hareketleri kapsayıp kapsamadığına ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

A. Alman Hukuku

Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'de çocuğun şiddet, fiziksel ceza, ruhsal yaralanma ve diğer aşağılayıcı yöntemler olmaksızın bakılma ve yetiştirilme (eğitilme) hakkının olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu hüküm, tedip hakkının adım adım sınırlandırıldığı uzun bir değişim sürecinden sonra 2000 yılında genel anlamda bu halini almıştır[36]. Bu maddede 2023 yılında yapılan son değişiklik ise ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişki bakımından önem arz etmemektedir[37].

---

34 Erdem, Makaracı-Başak, s. 443.

35 Uzatılmış velayetin ana ve babaya eğitim hakkı tanımadığı yönündeki görüş için bkz. Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 131; Velidedeoğlu, s. 328; Öztan, s. 631
Uzatılmış velayetin velayete ilişkin tüm yetkileri içermediği yönündeki görüş için bkz. Erdem, Makaracı-Başak, s. 443.

36 Bkz. Claus Roxin, Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Bası, C. H. Beck, 2020, s. 916.

37 Maddenin mevcut hâli şu şekildedir: *"Das Kind hat ein Recht auf Pflege und Erziehung unter Ausschluss von Gewalt, körperlichen Bestrafungen, seelischen Verletzungen und anderen*

Her ne kadar söz konusu hüküm herhangi bir istisna öngörmeden kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerin tedip hakkı kapsamında kabul edilmeyeceğini açıkça ifade etse de Alman ceza hukuku doktrininde hâlâ farklı yönde görüşler savunulmaktadır. Alman ceza hukuku doktrinindeki hâkim görüş, Alman Medeni Kanunu'ndaki söz konusu düzenleme nedeniyle çocuk üzerinde icra edilen ve kasten yaralama suçunu oluşturan terbiye amaçlı hareketlerin artık hukuka uygun olmadığı yönündedir[38]. Aksi yönde olduğu söylenebilecek görüşlerin ise gerekçeleri çeşitlilik arz etmektedir. Bir görüş, Alman Medeni Kanunu'ndaki söz konusu düzenlemeden sonra terbiye amacıyla icra edilen hareketlerin hukuka uygunluk bahsinde değil, kasten yaralama suçunun tipikliği bahsinde ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Alman Anayasası m. 6/2'deki "*Çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür.*" hükmüne de dayanan bu görüş; aşağılayıcı olmayan terbiye amaçlı bedensel cezaların kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturmayacağını, ancak bunun dar kapsamlı bir istisna olduğunu savunmaktadır[39]. Meseleyi hukuka uygunluk bahsinde ele almakla birlikte aşağılayıcı olmaya önem atfeden bir diğer görüşe göre ancak tedip hakkına başvurularak birçok ana ve babanın istenmeyen şekilde kriminalize edilmesinin önüne geçilebilir[40]. Fiziksel cezayı istisnasız şekilde reddeden Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemenin Alman Anayasası'na aykırı olduğunu ifade ederek hâlâ tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olduğu da savunulmaktadır[41]. Alman Anayasası m. 6'ya dayanan ve cezanın genel ve özel önleme amacına atıf yapan bir diğer görüş, tedip hakkının şartlarının sağlandığı ve ilgili yöntemin toplumda anlayışla karşılandığı hallerde hareket haksızlık teşkil etmeye devam etmesine rağmen failin cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır[42, 43].

---

entwürdigenden Maßnahmen."

Maddenin bir önceki hali ise şu şekildedir: *"Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig."*

38 Ralf Eschelbach, *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 60. Bası, C. H. Beck, 01.02.2024, Züchtigungsrecht kn. 2 vd.; Anette Grünewald, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 7/1*, 12. Bası, De Gruyter 2018, § 223, kn. 52 vd.; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Bası, C. H. Beck, 2020, s. 180; Roxin, Greco, s. 920; Hardtung, § 223, kn. 127 vd.

39 Wessels, Beulke, Satzger, kn. 606.

40 Kühl, s. 342.

41 Murmann, s. 321.

Bedensel cezaların tümünü yasaklayan düzenlemenin Alman Anayasası'na aykırı olduğu yönündeki bir diğer görüş için bkz. Noak, s. 408.

42 Christian Jäger, "Vom Umgang des Strafrechts mit dem zivilrechtlich verankerten Züchtigungsverbot", *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt/De Gruyter european law pub, 2010, s. 696.

43 İspanyol pozitif hukukunda da Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye benzer bir düzenleme olma-

Söz konusu görüş ayrılığının yanı sıra olması gereken hukuka (*de lege ferenda*) ilişkin de çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bazı durumlarda bedensel cezanın doğru olmamakla birlikte insani açıdan anlaşılabilir olduğunu kabul eden bir görüş; tedip hakkı kapsamında değerlendirilebilecek yöntemler için şahsi cezasızlık sebebi öngörülmesi gerektiğini, böylece bedensel ceza haksızlık teşkil etmesine rağmen ana ve baba cezalandırılmayacağı için Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlenmenin sebep olduğu olumsuz durumun giderileceğini belirtmektedir[44]. Bir diğer görüş ise mevcut durumda bedensel cezaları da kapsayan bir tedip hakkını kabul etmek için ileri sürülen argümanların Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'deki açık düzenlemeye aykırı olduğunu ve ivedi bir gereklilik olarak nitelendirdiği söz konusu düzenlemenin değiştirilmesini engellediğini ifade etmektedir[45].

B. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak benzer bir düzenleme yapmaya yönelik bir çabanın olduğu ifade edilmelidir[46]. İsviçre hukukunda, bedensel cezalar bakımından kasten yaralama suçunun yanı sıra İsviçre Ceza Kanunu m. 126'da yer alan saldırı suçu *(Tätlichkeiten)* önem arz etmektedir. Saldırı suçuyla (İsviçre Ceza Kanunu m. 126) toplumsal anlamda tolere edilebilecek düzeyi aşmakla birlikte

---

sına rağmen basit ve ölçülü disiplin yöntemlerinin kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılmaması gerektiğini savunan ve gerekçeleri çeşitlilik arz eden görüşler doktrinde ileri sürülmektedir. (İspanyol hukukundaki görüşler için bkz. Miguel Díaz y García Conlledo, "Zum elterlichen Züchtigungsrecht", *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 2015, s. 325 vd.) Örneğin *Díaz y García Conlledo*, önemsiz kabul edilebilecek terbiye amaçlı hareketlerin kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturmadığı gerekçesine dayanmakta ve bu görüşün ÇHS m. 19'a aykırı olmadığını savunmaktadır. Yazarın ÇHS'ye uygunluk bakımından gerekçelerini ise tüm basit bedensel cezaların insan hakları ihlaline neden olup olmadığı hususunun ilgili maddede açık olmaması ve ÇHS'nin çocuğa karşı şiddet içeren tüm yöntemleri suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmemesi oluşturur. (Díaz y García Conlledo, s. 334 vd.)

44 Roxin, Greco, s. 921 vd.

Benzer yönde bir diğer görüş için bkz. Wolfgang Mitsch, "Kinder und Strafrecht", *Juristische Ausbildung*, 7, 2017, s. 803.

Çocuğa yönelik şiddet olaylarının çoğunda geçerli bir cezalandırma gerekçesinden bahsedilemeyeceği, bu olayların çoğunda öfkeli ve çaresiz ebeveynlerin olduğu belirtilerek cezasızlık gerekçesinin hukuka aykırılık bahsinde değil, kusurluluk bahsinde aranması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. Walter Gropp, Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Bası, Springer, 2020, s. 262.

45 Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1*, 10. Bası, C. F. Müller, 2009, s. 110.

46 Bkz. Postulat Bulliard-Marbach Christine, Schutz von Kindern vor Gewalt in der Erziehung, (20.3185).

Yakın geçmişte de İsviçre Medeni Kanunu'nda benzer bir düzenleme yapmaya yönelik çalışmalar olmuştur. Ancak mevcut düzenlemelerin çocuğu şiddetten korumak için yeterli olduğu kabul edilerek aile hayatına yönelik yeni bir düzenleme yapmaktan kaçınılmıştır. Bkz. Margot Michel, "Höchste Zeit für den endgültigen Abschied vom elterlichen Züchtigungsrecht", *Recht*, 1, 2021, s. 56.

kasten yaralama suçu için aranan boyutta bir zarara neden olmayan ve vücut bütünlüğüne yönelen basit nitelikteki hareketler cezalandırılmaktadır[47]. Bu suçun oluşması için mağdurun acı duyması veya korkması gerekmez[48].

Tedip hakkının bedensel cezaları kapsayıp kapsamadığı hususunda İsviçre ceza hukuku doktrini ile özel hukuk doktrinindeki hâkim görüşler farklı yöndedir. Ceza hukuku doktrinindeki hâkim görüş, kapsamı sınırlı olmakla birlikte tedip hakkının bedensel cezalar bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olabileceğini kabul ederken özel hukuk doktrinindeki hâkim görüş aksi yöndedir[49].

Ceza hukuku doktrinindeki tartışmalar, tedip hakkının saldırı suçu (İsviçre Ceza Kanunu m. 126) bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Hareketlerin kasten yaralama suçunu oluşturacak ağırlığa ulaştığı hallerin tedip hakkı kapsamında kalmadığı doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir[50]. İsviçre ceza hukuku doktrinindeki bir görüş; ana ve babanın sınırlı bir tedip hakkına sahip olduğunu, saldırı suçunun sınırlarını aşmayan bedensel cezaların hukuka uygun olabileceğini kabul etmektedir[51]. Bir diğer görüş ise ana ve babanın hafif bedensel cezaya başvurma hakkının olduğunu ifade etmekle yetinmektedir[52]. Aksi yöndeki görüş ise çocuğu terbiye etmek amacıyla başvurulan bedensel cezalar bakımından bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemeyeceğini savunmaktadır. Ancak saldırı suçunun oluşması için bile hareketlerin belli bir ağırlığa ulaşması gerektiği, bu niteliği haiz olmayan basit bedensel cezaların saldırı suçunun tipikliğini oluşturmayacağı ifade edilmektedir[53]. İsviçre Yargıtayı ise tedip hakkının hukuka uygunluk ne-

---

47 BGE, 08.03.1991, 117 IV 14; Gian Ege, *StGB Annotierter Kommentar*, Stämpfli Verlag, 2020, Art. 126 kn. 1; Stefan Trechsel, Christopher Geth, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 4. Bası, Dike Verlag, 2021, Art. 126 kn. 1.

48 BGE, BGer, 13.09.2019, 6B_227/2019; Ege, Art. 126 kn. 1.

49 Bkz. Nadine Ryser-Büschi, *Familiäre Gewalt an Kindern,* Schulthess Juristische Medien, 2012, s. 220; Nicola Moser, "Verschiedene Lebensmodelle - ein Haftpflichtrecht: Kann das gehen?", Ed. Marc Hürzeler, Frédéric Krauskopf, *Personen-Schaden-Forum 2023*, Zentrum für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht, 2022, s. 21.

50 Bkz. Barbara Loppacher, *Erziehung und Strafrecht*, Schulthess Verlag, 2011, s. 35, Erziehung.

51 Wolfgang Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 4. Bası, Stämpfli Verlag, 2020, Vor Art. 14 kn. 13.

Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Barbara Loppacher, "Welchen Schutz bietet das Strafrecht zum Schutz der Kinder vor Misshandlungen?", Ed. Christian Schwarzenegger, Rolf Nägeli, *Achtes Zürcher Präventionsforum: Kinder als Opfer von Kriminalität*, Schulthess Verlag, 2015, s. 58, Misshandlungen.

52 Trechsel, Geth, Art.126 kn. 7.

Benzer yönde kabul edilebilecek görüş için bkz. Günter Stratenwerth, Felix Bommer, *Schweizerisches Strafrecht*, *Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 8. Bası, Stämpfli Verlag, 2022, s. 53.

53 Loppacher, Misshandlungen, s. 58; Ege, Art. 126 kn. 4; Ryser-Büschi, s. 223.

deni olma vasfını tamamen reddetmemektedir. Ancak Mahkeme, kesin sınırlar çizmemekle birlikte, özellikle saldırı suçunu oluşturan hareketlerin tekrarladığı hallerin (bu durum için daha ağır ceza öngörülmekte ve şikâyet şartı aranmamaktadır) tedip hakkı kapsamında kalmadığını kabul etmektedir[54].

C. Türk Hukuku

Türk ceza hukuku doktrininde tedip hakkının kapsamına ilişkin fikir birliği yoktur. Doktrindeki güncel görüşlerden biri, tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olabileceğini kabul etmektedir[55]. Aksi yöndeki görüş ise insan hakları anlayışındaki gelişmelere atıf yaparak tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olamayacağını savunmaktadır[56]. Ayrıca doktrinin bir kısmı, tedip hakkına ilişkin güncel gelişmelere veya görüşlere atıf yapmakla yetinerek herhangi bir görüşü açıkça benimsememektedir[57].

Özel hukuk doktrinine bakılacak olursa, tedip hakkının açıkça düzenlendiği mülga Medeni Kanun döneminde bu hakkın kasten yaralama suçunu oluşturan hareketleri de kapsadığı kabul edilmekteydi[58]. Elbette bu görüş kasten yaralama suçunu oluşturan tüm hareketlerin tedip hakkı kapsamında kaldığını kabul etme-

---

Loppacher, tedip hakkını düzenleyen hüküm kaldırılırken bu hakkın İsviçre Medeni Kanunu m. 301 vd. hükümlerde *(TMK m. 339 vd.)* içkin olduğu belirtilmesine rağmen söz konusu hükümlerin bedensel cezaları hukuka uygun kabul edebilmek için yeterli olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Loppacher, Erziehung, s. 39 ve 40.

54 Bkz. Ryser-Büschi, s. 220 ve 221.

55 M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 243, (Özel Hükümler); Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler-I*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 258; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, "Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86)", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt 1*, Beta Yayınları, 2014, s. 390; Demirbaş, s. 354.

Basit bedensel cezaların hukuka uygun olduğu yönündeki görüş için bkz. Hamide Zafer, "Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2009, s. 161.

56 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 247; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 328; Handan Yokuş-Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 228; Serap Keskin-Kiziroğlu, "Kasten Yaralama", *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 143; Ali Kemal Yıldız, "Kasten Yaralama Suçu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 28, 2015, s. 63.

Aynı yönde kabul edilebilecek bir diğer görüş için bkz. Ayşe Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Beta, İstanbul, 2009, s. 129.

57 Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 239; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 260.

58 Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi II: Aile Hukuku İkinci Cilt*, 3. Bası, Saka Matbaası, 1952, s. 244; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 490; Velidedeoğlu, s. 330; Oğuzman, Dural, s. 281; Hatemi, Serozan, s. 350; Köprülü, Kaneti, s. 249.

mekte, tedip hakkının şartlarının gerçekleştiği hallerde bir hukuka uygunluk nedeninin olabileceğini ve her hâlükârda bir üst sınırın olduğunu vurgulamaktaydı. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra ise bedensel cezaların veya şiddet içeren yöntemlerin tedip hakkı kapsamında kalmadığı doktrinin bir kısmı tarafından savunulmuştur[59]. Ancak özel hukuk doktrininin önemli bir kısmının bu hususta ki görüşünü açıkça ifade etmediği söylenebilir.

Yargıtay ise yakın tarihli kararlarında, kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerin tedip hakkı kapsamında kalmadığını kabul etmektedir[60]. Yargıtayın içtihatları, düzeltilmesi gereken bir davranışın olduğu hallerde basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamaya neden olunsa bile tedip hakkından bahsedilemeyeceği yönündedir[61]. Böylece Yargıtay, TCK m. 86/2 kapsamında

---

59 Sera Reyhani-Yüksel, *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 72; İmamoğlu, s. 187.

Tedip hakkının kaldırıldığını ifade ederek bedensel cezaların hukuka aykırı olduğu kabul eden görüş için bkz. Erdem, Makaracı-Başak, s. 458.

60 Yargıtay CGK, 08.11.2023, E. 2023/345, K. 2023/579; Yargıtay 1. CD, 02.03.2021, E. 2021/1609, K. 2021/2884; Yargıtay 3. CD, 22.06.2020, E. 2020/4833, K. 2020/7208; Yargıtay 3. CD, 15.01.2020, E. 2019/16235, K. 2020/855; Yargıtay 18. CD, 08.10.2015, E. 2015/4916, K. 2015/6926.

61 "(O)ğlu olan mağdur ...'ı sigara içerken görmesi üzerine yüzüne iki tokat attığına ilişkin sanığın ikrarı ve mağdur beyanları karşısında, sanığın sabit olan üzerine atılı kasten yaralama suçundan mahkumiyetine karar verilmesi yerine, 'eyleminin tedip hakkı kapsamında kaldığı, suç oluşturmadığı' şeklindeki olaya uygun düşmeyen ve kanuni olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş." (Yargıtay 3. CD, 26.11.2019, E. 2019/17622, K. 2019/21618.)

"Sanığın kovuşturma aşamasında yaşı küçük mağdur kızı ile suç tarihinde telefonlarına yanıt vermemesine ve gezmemesi gereken insanlarla gezdiği için sinirlenerek sert olmamak suretiyle hafifçe sol eliyle mağdurun yanağına vurduğunu savunduğu ve mağdurun aşamalardaki mağdur ve tanık anlatımları ile adli raporu ile doğrulandığı şekilde yaralandığı olayda, sanığın altsoya karşı basit yaralama suçundan cezalandırılması yerine 'sanığın eyleminin terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kullanılması sınırları içerisinde olduğu' şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi" (Yargıtay 3. CD, 22.05.2019, E. 2019/3619, K. 2019/11145.)

"(S)anığın, suç tarihinde 10 yaşında olup, okuldan kaçtığını öğrendiği oğlunu bütün gün arayıp, akşam saatlerinde sigara içerken gördüğünde sinirlenerek birden fazla kez tokat atmak suretiyle dövdüğü olayda, TCK'nin 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümleri de değerlendirilerek, sanığın beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan oğluna karşı üzerine atılı kasten yaralama suçundan mahkumiyeti yerine, terbiye hakkından ... disiplin yetkisinin kullanıldığından ve sanığın yaralama kastı ile hareket ettiğine dair şüphe bulunduğundan bahisle, yasal olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiş." (Yargıtay 3. CD, 16.05.2018, E. 2017/15543, K. 2018/8884.)

"(S)anığın, kızı olan mağdurun bir arkadaşının evinden izinsiz para aldığını öğrenmesi üzerine bu olaya kızarak haksız tahrik altında kızı olan mağdurun yüzüne 6-7 defa tokat vurarak adli raporunda belirtildiği şekilde yaraladığı olayda, atılı suçtan mahkumiyeti yerine, 'sanığın tedip hakkı nazara alındığında sanığın amacının kızını dövmek değil, o anda kontrolünü kaybetmiş olmanın verdiği refleks şekilde hareket ettiği, kastının bulunmadığı' şeklindeki olaya uygun düşmeyen ve yasal olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş." (Yargıtay 3. CD, 18.04.2018, E. 2017/13028, K. 2018/7128.)

"Suç tarihinde ileri derecede alkollü olan mağdurun taşkınlık çıkarması ve taşkınlıklarına devam etmesi üzerine sanığın oğlu olan mağduru elleriyle darp etmek suretiyle basit tıbbi müdahale ile gi-

kalan bedensel cezaların ölçülü olmadığını kabul etmektedir.

D. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

ÇHS m. 19, çocuklara yönelik bedensel cezalar bakımından mezkûr sözleşmedeki temel düzenlemedir[62]. Söz konusu madde, taraf devletlere çocuğun ana ve babasının yanındayken her türlü bedensel veya zihinsel saldırıya karşı korunması için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel bütün uygun önlemleri alma yükümlülüğü getirmektedir. AİHM'nin de atıf yaptığı[63] Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin ÇHS'ye ilişkin 13 sayılı Genel Yorumunda[64], ne kadar hafif olursa olsun çocuğa karşı her türlü şiddetin ÇHS m. 19 bağlamında kabul edilemez olduğu ve bu hususta bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Çocuk Hakları Komitesinin 8 sayılı Genel Yorumunda[65] ise ÇHS'nin bedensel ceza niteliğindeki tedip yöntemlerine izin veren kanuni düzenlemelerin kaldırılmasını gerektirdiği belirtilmiştir. Yine aynı Genel Yorumda, ÇHS'nin ana ve baba tarafından uygulanan tüm bedensel cezaların bir yargılama konusu yapılmasını gerektirmediği, çocukların bağımlı

---

derilir şekilde yaraladığı, buna ilişkin dosya içerisinde ... Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün 19/02/2014 tarihli raporunun mevcut olması karşısında, mahkumiyeti yerine 5237 Sayılı TCK'nin 232/2 maddesinde örtülü biçimde tanımlı olan tedip hakkının kapsamının geniş yorumlanarak yasal olmayan gerekçeyle sanık hakkında beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiş." (Yargıtay 3. CD, 01.06.2017, E. 2016/13902, K. 2017/7800.)

62 ÇHS m. 19: "1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. 2. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir." (Resmî Gazete, 27.01.1995 tarih ve 22184 sayı.)

Bu maddenin Türkçe çevrisinde bazı hataların olduğu ifade edilmelidir. İlk olarak *"her türlü"* ifadesinin yeri yanlıştır. Çevirinin *"...her türlü bedensel veya zihinsel şiddete, ... karşı korunması için ..."* şeklinde yapılması gerekir. Ayrıca Türkçe çeviride, orijinal metinde yer alan *appropriate* kelimesinin karşılığı yer almamaktadır. Bu eksiklik *"yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün uygun önlemleri alırlar."* şeklindeki bir ifadeyle giderilebilir. Çocuk Hakları Komitesinin ÇHS'ye ilişkin 13 sayılı Genel Yorumunun açıklık getirdiği hususların başında da *"her türlü"* ve *"uygun"* ifadeleri gelir.

63 Bkz. AİHM, Tlapak ve Diğerleri/Almanya, B. No: 11308/16 - 11344/16, 22.03.2018, s. 59; AİHM, D.M.D./Romanya, B. No: 23022/13, 03.10.2017.

64 General Comment No. 13 (2011) The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13), 18.04.2011.

65 General Comment No. 8 (2006) The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (CRC/C/GC/8), 02.03.2007.

konumu ile aile ilişkilerinin özgün samimi yapısı nedeniyle her olayda ebeveynin yargılanmasının veya aileye devlet tarafından müdahalede bulunulmasının çocuğun üstün yararına aykırı olacağı vurgulanmıştır. Ayrıca ebeveynlerin şiddet içermeyen disiplin yöntemlerinin, çocuğun sağlıklı gelişimi için gerekli olduğu da söz konusu Genel Yorumda dile getirilmiştir.

ÇHS m. 5'te ise Sözleşme'de çocuğa tanınan hakların kullanılmasında uygun yönlendirme ve rehberlik yapma bakımından ana ve babanın sorumluluklarına ve haklarına saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Her ne kadar bu madde geniş kapsamlı bir tedip hakkının tanınmasına imkân tanıyacak nitelikte olsa da Çocuk Hakları Komitesinin 8 sayılı Genel Yorumunda, ÇHS m. 5'teki uygun yönlendirme ve rehberlik ifadesine ilişkin yorumun Sözleşme'nin bütünüyle uyumlu olması gerektiği ve bu düzenlemenin, şiddet içeren disiplin yöntemlerinin hukuka uygun kabul edilmesine imkân tanımadığı belirtilmiştir.

Özetle; Çocuk Hakları Komitesinin yorumlarına göre ÇHS, çocuğa yönelik bedensel cezaların hukuka uygun kabul edilmemesini gerektirmekte birlikte tüm bedensel cezalar için ceza yargılamasını zorunlu kılmamaktadır. Ancak ÇHS m. 19'un iç hukukta tüm bedensel cezaları doğrudan doğruya yasaklamadığı, diğer bir deyişle doğrudan doğruya uygulanabilir olmadığı, kanaatindeyiz. Ayrıca uluslararası sözleşmelerin; aile hayatına ilişkin olan, toplumlar arasında önemli farklılıkların bulunduğu ve pek çok toplumda hukuka uygun kabul edilen bir meseleye yönelik oldukça katı sınırlar içeren yasaklar öngörmek için uygun bir araç olmadığı da ifade edilmelidir.

AİHM; çocuğa yönelik bedensel cezaları işkence yasağını düzenleyen AİHS m. 3 ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen AİHS m. 8 kapsamında ele almakta, devletin şiddeti önlemeye yönelik kişiler arasındaki hareketleri de kapsayan bir pozitif yükümlülüğünün olduğunu kabul etmektedir[66]. AİHM, AİHS m. 3'ün ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için kötü muamelenin belli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini kabul etmektedir[67]. Bu husus; hareketlerin devamlılığı, fiziksel ve zihinsel etkileri ile mağdurun özellikleri başta olmak üzere somut olayın tüm koşullarının birlikte değerlendirilmesiyle tespit edilmektedir[68]. Kötü muamelenin belli bir ağırlığa ulaşmadığı durumların ise özel hayata saygı başlığı altında ele alınan fiziksel ve psikolojik (manevi) bütünlüğün korunmasıyla bağlantılı olarak AİHS m. 8'i ihlal edebileceği kabul edilmektedir[69].

66 Bkz. AİHM, F.O./Hırvatistan, B. No: 29555/13, 22.04.2021; AİHM, Z ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, B. No: 29392/95, 10.05.2001.

67 AİHM, X ve Diğerleri/Bulgaristan, B. No: 22457/16, 02.02.2021; AİHM, Costello-Roberts/Birleşik Krallık, B. No: 13134/87, 25.03.1993.

68 AİHM, X ve Diğerleri/Bulgaristan, B. No: 22457/16, 02.02.2021.

69 AİHM, Wainwright/Birleşik Krallık, B. No: 12350/04, 26.09.2006.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla AİHM'nin ana ve baba tarafından uygulanan basit bedensel cezalara ilişkin bir kararı yoktur. AİHM'nin konuya yaklaşımını ve zaman içerisindeki görüş değişikliğini ortaya koyabilmek için öğretmen tarafından uygulanan bedensel cezaya ilişkin bir karara yer verilecektir.

AİHM'nin 1993 tarihli bir kararına konu olan olay şu şekildedir: Yedi yaşındaki bir öğrenci disiplinsiz hareketleri nedeniyle öğretmenler tarafından uyarılmıştır. Çocuğa, benzer hareketlerin devam etmesi üzerine son olarak lastik tabanlı bir ayakkabıyla üç defa kalçaya vurma cezası verilmiş ve bu ceza, kimsenin olmadığı bir yerde uygulanmıştır[70]. AİHM, söz konusu bedensel cezanın muhatabın fiziksel veya manevi bütünlüğü üzerindeki etkisinin AİHS m. 8'i ihlal edecek boyuta ulaşmadığına karar vermiştir. Böylece AİHS m. 8'in ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için bile bedensel ceza niteliğindeki tedip yöntemlerinin belli bir ağırlığa ulaşması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak yakın tarihli kararlarında AİHM, söz konusu karardan bu yana çocuklara yönelik disiplin yöntemlerine ilişkin sosyal tutumun ve hukuki standartların çocukların her türlü şiddetten korunmasına yönelik olarak gelişim gösterdiğini, bunun da uluslararası belgelere ve Mahkemenin içtihatlarına yansıdığını ifade etmiştir[71]. Bu bağlamda, örneğin, çocuğa karşı kötü muamele niteliğindeki bedensel cezanın herhangi bir nedenle hukuka uygun kabul edilmesinin AİHS m. 3'e aykırı olacağı ifade edilmiştir[72]. Ayrıca Mahkeme, Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye atıf yaparak devletlerin çocuğa karşı her türlü bedensel cezayı yasaklayan kanuni düzenleme yapmasını takdire şayan bulmuştur[73].

E. Görüşümüz

Her ne kadar TMK'da açıkça düzenlenmese de tedip hakkının Türk hukukunda varlığını sürdürdüğü ve asıl tartışılması gereken hususun, bu hakkın sınırları ve özellikle kasten yaralama suçunu oluşturan hareketleri kapsayıp kapsamadığı sorusu olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Türk hukukunda Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye benzer bir düzenleme olmadığı için tedip hakkının kapsamı yorum yoluyla belirlenmelidir. Kanaatimizce, tüm bedensel cezaların ölçüsüz olduğu görüşü yerinde değildir. Ana ve babanın çocuğa yönelen ve kasten yaralama suçunu oluşturan hareketleri tedip hakkı bağlamında hukuka uygun kabul edilebilir. Hakkın kullanılması başlığı altında ele alınması gereken bu kabulün kanuni dayanağı, TMK m. 339 ve m. 340'ta yer alan velayete ilişkin düzenlemelerdir.

---

70 AİHM, Costello-Roberts/Birleşik Krallık, B. No: 13134/87, 25.03.1993.

71 AİHM, F.O./Hırvatistan, B. No: 29555/13, 22.04.2021.

72 AİHM, D.M.D./Romanya, B. No: 23022/13, 03.10.2017.

73 AİHM, Tlapak ve Diğerleri/Almanya, B. No: 11308/16 - 11344/16, 22.03.2018.

Savunduğumuz görüş, aksi yöndeki görüşe nazaran tedip hakkının ölçülülük şartının daha geniş yorumlanmasını gerektirir ve bu nedenle ölçülülük şartına ilişkin görüşümüzü ayrıca açıklamakta yarar vardır. Tedip hakkının ölçülülük şartı bağlamında iki aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır. İlk olarak ilgili ailenin mensup olduğu sosyal sınıfın ortalama ebeveyninden somut olayda nasıl bir tepki vermesinin bekleneceği tespit edilmelidir. Bu hususta özellikle hatalı davranışın ağırlığı, çocuğun fiziksel ve ruhsal özellikleri, çocuğun eğitim durumu, terbiye yönteminin icra biçimi ve terbiye yönteminin icrasından önce yaşanan süreç belirleyici niteliktedir. Ortalama ebeveynden beklenen tepkinin verildiği ya da daha hafif bir tepkinin verildiği hallerde ölçülülük şartının sağlandığı kabul edilmelidir. Ayrıca ana ve babanın takdir yetkisine belli ölçüde saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki görüşe aşağıda yer verdiğimiz gerekçelerle katıldığımız için somut olaydaki tepkinin ortalama ebeveynin tepkisinden nispeten ağır olduğu hallerin de ölçülü olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. İkinci aşamayı oluşturan bu noktada ebeveynin aile hayatına veya özel hayata ilişkin makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı tespit edilmelidir. Örneğin, ana ve/veya babanın aile hayatına ilişkin süregelen bir durum nedeniyle yorgun olması, çocuğu için kaygılanması, ani gelişen bir durum nedeniyle çocuğun eğitiminde çaresiz kalması, çocuğun tam anlamıyla dış dünyaya yansımayan bir özelliğinin somut olayda ön plana çıkması makul gerekçe olarak kabul edilebilir. Ancak her hâlükârda tedip hakkı bakımından bir üst sınırın olduğu ve basit bir tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek nitelikte yaralamaya neden olan bedensel cezaların tedip hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği da ifade edilmelidir. Bu kabule göre örneğin; çocuğunu uyuşturucu madde kullanırken gören babanın çocuğuna tokat atması veya sopayla çocuğunun koluna vurması, tüm uyarılara rağmen çocuğunun hâlâ sigara içtiği gören babanın çocuğun kulağını çekmesi veya kalçasına tekme atması, gençlik çetesine dahil olduğunu öğrendiği çocuğunun bir süre evden çıkmasını engellemek isteyen annenin makul bir şiddet uygulaması, tüm gün ev işleriyle uğraştığı için yorgun ve sinirli olan annenin şımarıkça davranarak evi kirleten çocuğun bacağına terlikle vurması halinde kasten yaralama suçunun maddi ve manevi unsurlarını sağlayan bedensel cezanın hukuka uygun olduğu kabul edilebilir.

Tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olabileceği yönündeki mezkûr görüşümüzün gerekçeleri ile aksi yöndeki görüşün sakıncalarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Bir yöntemler bütününü ifade eden tedip hakkının kapsamı zamana ve mekâna göre değişiklik arz eder. Günümüz Türk toplumunda tüm bedensel cezalardan ari bir tedip hakkının kabul gördüğünü söylemek gerçekçi olmayacaktır. Ana ve babanın tedip hakkının sınırları, her zaman bir üst sınır ol-

makla birlikte, toplumsal gelişime paralel olmalıdır. Her ne kadar hukukun toplumu şekillendirme fonksiyonu olsa da tedip hakkını sınırlayan düzenlemelerin toplumsal gelişimden hızlı olması, pek çok ana ve babanın ceza hukuku yaptırımlarına muhatap olmasına[74] ve aile bütünlüğünün basit bedensel cezalar nedeniyle bile bozulmasına neden olur. Aile bütünlüğünün bozulması ise çocuğu eğitmek için icra edilen basit bir bedensel cezanın neden olduğu olumsuz etkinin çok daha ötesinde bir olumsuz etkiye neden olabilir. Böylece çocuğun korunması amacıyla ihdas edilen düzenlemeler, bu amacın tam tersi bir durumun oluşmasına neden olur. Tedip hakkının kapsamına ilişkin söz konusu zamansal ve mekânsal değişkenlik ise hâkim tarafından dikkate alınması gereken bir husus olup belirli periyotlarda kanun değişikliği gerektirmez.

2. Tüm bedensel cezaların hukuka aykırı olduğu kabulü, açıkça dile getirilmese bile tedip hakkının reddi anlamına gelecektir. Bedensel veya zorlayıcı cezaları kapsamayan bir tedip hakkı, içi boş bir kavram niteliğini haiz olacaktır. Bu durumda tedip hakkının ana ve babaya bir yetki verdiğini söylemek güç olduğu için bir haktan söz etmek de mümkün değildir. Ancak aile yapısının ve çocuğun özgün niteliği ile ana ve babanın yükümlülükleri, yeri geldiğinde ana ve babanın çocuğa etkili ve hızlı bir müdahalede bulunma imkanına sahip olmalarını gerektirir. Basit bedensel cezaları da kapsayan tedip hakkı bu gerekliliği karşılayabilir. Söz konusu gereklilik ile basit bedensel cezaları da kapsayan tedip hakkı arasındaki ilişki ise özellikle şu haller üzerinden açıklanabilir:

2a. Ana ve baba, çocuğun davranışlarını kontrol altında tutmakla yükümlüdür. Bu bağlamda ana ve baba, mevcut bir zarar veya tehlikeyi önlemenin yanı sıra çocuğun meyilli davranışları nedeniyle gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan bir zarar veya tehlikenin önünü alma ihtiyacı da duyabilir. Ana ve babanın çocuk üzerindeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ise gerçek olmayan ihmali suçlar (TCK m. 83 ve m. 88) ve taksirli suçlar (TCK m. 85 ve m. 89 gibi) oluşabilir. Ayrıca TMK m. 369 gereği ev başkanının[75] çocuğun davranışları nedeniyle kurtuluş kanıtı getirilebilen bir kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Madem çocuğun davranışları nedeniyle ana ve babanın cezai ve hukuki sorumluluğu doğabilmektedir, o halde ana ve babaya çocuğun davranışlarını düzeltmeye gerçek anlamda imkân tanıyan bir hakkın (etkili bir yolun) tanınması gerekir. Bu ihtiyaç, kapsamı katı şekilde sınırlanmamış bir tedip hakkıyla giderilebilir. Aksi kabul, ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için gerekli araçlardan (haklardan) mahrum bırakılması anlamına gelebilir. Diğer

74 Benzer yönde görüş için bkz. Zafer, s. 160.

75 Velayete sahip olmaları şartıyla ana ve babanın küçük ailede ev başkanı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Dural, Öğüz, Gümüş, s. 407.

bir deyişle tedip hakkının kapsamının gereğinden fazla sınırlanması, ana ve babanın etkin şekilde müdahale etmesine izin verilmeyen bir süreçten cezai ve hukuki anlamda sorumlu olmalarına neden olabilir.

2b. Çocuğun hatalı davranışlarının yine çocuk üzerinde sebep olacağı bedensel, zihinsel ve hukuki sonuçların ana ve baba üzerinde psikolojik etkileri vardır. Ana ve baba, çocuğun özellikle etkisi uzun süre devam edecek bir zarar görmemesi için bazı davranışları hızlı bir şekilde düzeltmeye ihtiyaç duyabilir. Harici müdahalelerle her zaman giderilemeyecek olan aile hayatına ilişkin bu ihtiyaç, etkili şekilde kullanılabilen bir tedip hakkıyla giderebilir. Ayrıca ana ve baba, çocuğun zarar göreceği korkusu veya telaşıyla hatalı bir davranışa karşı objektif anlamda ağır kabul edilebilecek bir tepki de gösterebilir. Tehlikeye ve çocuğun özelliklerine bağlı olarak söz konusu ağır tepkinin belli ölçüde tolere edilmesi gerekir. Zira ağır tepkinin asıl sebebi, ana ve babanın çocuğa ilişkin endişesidir. Tedip hakkının bedensel cezaları da kapsadığı kabulü ve ölçülülük şartının yukarıda ifade ettiğimiz şekilde yorumlanması bu gerekliliği karşılayabilir.

2c. Anayasa m. 38/5'te yer alan nemo tenetur ilkesi gereği ana ve baba, çocuğun işlediği suçu yetkili makamlara bildirmeye zorlanamaz. Çocuk tarafından işlenmekle birlikte yetkili makamlarca faili tespit edilemeyen bir suç, aile içinde çözülmesi gereken bir probleme dönüşebilir. Bu durumda ana ve baba, çocuğu terbiye etme ihtiyacı duyabilir. Etkili bir şekilde kullanılabilen tedip hakkı, suçun basit ve münferit olduğu hallerde çocuğun uyarılmasına ve ıslah edilmesine imkân tanıyabilir.

2d. Söz dinleme yükümlülüğünün yanı sıra TMK m. 322 gereği çocuğun; ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde aile bireylerine yardım etme, saygı ve anlayış gösterme ve aile onurunu gözetme yükümlülüğü vardır. TMK m. 347/2'de ise çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu katlanılamayacak derecede bozuyorsa son çare olarak çocuğun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirmesinin hâkimden istenebileceği düzenlenmiştir. Ana ve baba, ailenin huzur ve bütünlüğüne yönelik söz konusu yükümlülüğü ihlal eden davranışlara hızlı ve etkili şekilde müdahale etme ihtiyacı duyabilir. Hâkim tarafından alınan tedbirlerin her zaman bu nitelikleri haiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Etkili bir müdahale imkânı tanıyan tedip hakkı hem bu ihtiyacı karşılayabilir hem de TMK m. 347/2'deki çocuğun başka bir yere yerleştirilmesine ilişkin tedbire gerçek anlamda son çare olma vasfını kazandırır.

3. Kasıtlı bir suç işlenmesine bağlanan sonuçlar ve ceza hukukunun son çare olma ilkesi dikkate alınmaksızın tüm bedensel cezaların yasaklanması, korunmak istenen menfaatin bizzat bu yasakla ihlal edilmesine neden olabilir. Tedip

hakkının şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen basit bedensel cezaların kasten yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilecek olursa, ceza hukukunun son çare olma ilkesi dikkate alındığında, bedensel cezayı uygulayan ebeveynden TMK m. 348/1 gereği velayetin kaldırılması ya da TMK m. 347 gereği çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi gerekir. Zira ebeveyn, çocuğun eğitimine ilişkin öyle bir fiil icra etmiştir ki hukuk sisteminin son çare olarak öngördüğü yaptırıma başvurulmuştur. Bu durumda TMK m. 346'daki koruma önlemlerinin yeterli olmayacağını söylemek mümkündür. Diğer yandan, basit bedensel cezaların suç olarak kabul edildiği durumda bedensel cezayı uygulamayan ana veya baba da ihmali suçlardan sorumlu olabilir. Şöyle ki, örneğin, hırsızlık yaptığını öğrendiği çocuğunun kulağını çeken babayı gören anne, babanın hareketini engellemezse ihmali suretle kasten yaralama suçundan (TCK m. 88) sorumlu olabilir. Bu durumda ihmali davranışta bulunan ebeveynden de velayetin kaldırılması gerekebilir. Ayrıca TCK m. 53 gereği ana ve babanın velayet hakkını kötüye kullanmak suretiyle bir suç işlemesi halinde cezanın infazı sürecince ve cezanın infazından sonra işlemeye başlayacak bir süre boyunca velayet hakkının kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Sonuç olarak ise tüm basit bedensel cezaların hukuka aykırı kabul edilmesi, velayetin kaldırılmasını veya çocuğun aile ortamından uzaklaştırılmasını yaygın hale getirecektir. Bu durum ise çocuk üzerinde basit bedensel cezadan daha olumsuz sonuçlara neden olabilir. Yine bu nedenle savunduğumuz görüşün ÇHS'ye aykırı kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. ÇHS'nin yegâne amacı bedensel cezaları yasaklamak değildir. ÇHS m. 9'da üstün yararı gerektirmedikçe çocuğun ana ve babasından ayrılmaması gerektiği belirtilmektedir. ÇHS m. 19 için hukuka uygunluk nedenlerine dayalı istisna öngörülmemesi halinde, basit bir bedensel ceza nedeniyle bile çocuğun aile ortamından uzaklaştırılması gündeme gelir. Böylece çocuğun üstün yararı ve Sözleşme'nin diğer hükümleri ihlal edilebilir. Bu nedenle ÇHS'nin yasaklamayı amaçladığı fiiller için Sözleşme'nin amacına aykırı olmayacak şekilde hukuka uygunluk nedenlerinin gündeme gelebileceği ve tedip hakkının da bunlardan biri olduğu kabul edilmelidir.

4. Velayet hakkı kural olarak on sekiz yıl boyunca her an devam eder ve bu süreçte aile farklı aşamalardan geçer. Sosyal hayatın zorlukları, ebeveynlerin yükümlülükleri ve velayet sürecinin uzunluğu dikkate alındığında çocuğun yanlış bir davranış sergilemesi, ana ve babanın normalden daha fazla sinirlenmesine ve objektif anlamda ağır kabul edilebilecek bir tepki vermesine neden olabilir. Ana ve babadan, bu kadar uzun ve zorlu bir sürecin her anında pedagojik bakımdan ideal tepkiyi vermesi beklenemez. Yukarıdaki maddede ifade edildiği gibi, tüm bedensel cezaların hukuka aykırı kabul edilmesi, kasten yaralama suçunu oluşturan basit bir bedensel ceza nedeniyle aile ortamının bozulmasına

neden olur. Tedip hakkının basit bedensel cezaları da kapsadığı kabulü ise bu cezaların çocuk için ideal olan aile ortamının devamlılığına imkân tanıyacak şekilde tolere edilmesini sağlar ve böylece söz konusu beklenemezliğe cevap verilmiş olur. Elbette bu açıklamalar aile bütünlüğünün çocuğun üstün yararından öncelikli olduğu anlamına gelmez. Basit bedensel cezanın çocuk üzerindeki olumsuz etkisi ile aile bütünlüğünün devamının çocuğa sağlayacağı yarar arasında bir denge gözetilmelidir ve bu hususta, tedip hakkının ölçülülük şartı belirleyici niteliktedir.

5. Tedip hakkının hiçbir bedensel cezayı kapsamadığı kabulü ve çocuğun eğitimine ilişkin hususlarda ana ve babanın katı şekilde sınırlanması, devlet tarafından aile hayatına gereğinden fazla müdahalede bulunulmasına yol açabilir. Bu durum ise Anayasa m. 20/1'de yer alan aile hayatına saygı hakkını ihlal edebilir. Ayrıca bedensel cezanın uygulanmasına neden olan davranış, çocuğun özel hayatına ilişkin olabilir ve bunun üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi çocuğun üstün yararına aykırı olabilir veya özellikle çocuk tarafından istenilmeyebilir. Tüm bedensel cezaların yasaklanması, bunların pek çoğunun ceza yargılamasına konu olmasına ve üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesine neden olur. Böylece çocuğun özel hayata saygı hakkı ihlal edilebilir. Ayrıca basit bedensel ceza nedeniyle ceza yargılamasının söz konusu olduğu hallerde çocuğun ana ve/veya babası aleyhine beyanda bulunması gerekebilir ve bu durum, çocuk üzerinde bedensel cezadan daha ağır sonuçlara neden olabilir.

Tedip hakkı kapsamında bazı bedensel cezalara izin verilmesi halinde sınırın aşılma tehlikesiyle karşılaşılacağı için bu görüşün yerinde olmadığı dile getirilmektedir[76]. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin tamamı için sınırlar vardır ve bu tehlike tüm hukuka uygunluk nedenlerinde gündeme gelebilir. Tedip hakkına özgü olmayan bu husus, tüm bedensel cezaları yasaklamak için kabul edilebilir bir gerekçe değildir.

Kasten yaralama suçu bağlamında tedip hakkının sadece dayak atmak üzerinden tartışılması yerinde değildir[77]. Tedip hakkının bazı bedensel cezaları da kapsadığı kabulü, doğrudan doğruya ebeveynlerin çocuğa dayak atabileceği anlamına gelmez. Kesin bir sınırdan söz edilememekle birlikte dayak veya dayak atma, kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerin belli bir ağırlığa ulaşmasını ifade eder. Bir fiilin tedip hakkına dayalı olarak hukuka uygun kabul edilebilmesi için ise ölçülü olması gerekir ve dayak atma şeklinde icra edilen terbiye yönteminin kural olarak ölçülü olmadığı söylenebilir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle tüm bedensel cezaları hukuka aykırı

76 Hakeri, s. 328.

77 Benzer yönde görüş için bkz. Zafer, s. 152.

hale getirecek Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye benzer bir düzenlemenin Türk hukuku için yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim söz konusu düzenleme Alman ceza hukuku doktrinindeki tartışmaları sonlandıramamıştır. Örneğin, *Roxin*'e göre yaygın olan durum, şefkate dayalı ve genellikle problemsiz bir ebeveyn-çocuk ilişkisinde münferit çatışmalar nedeniyle bedensel cezaya başvurulmasıdır. Tüm bedensel cezaları kapsayan düzenlemeler yapılırken yaygın durumun göz önünde bulundurulması gerekir. Yazara göre tedip hakkının şartlarını sağlayan ve kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturan tüm disiplin yöntemleri için ceza hukukuna başvurulması aile huzurunu bozabilir ve ceza yargılamasının damgalayıcı etkisi de dikkate alındığında ebeveynler ile çocuk arasında güven problemine neden olabilir. Dolayısıyla mevcut kanuni durumun aile huzuruna ve çocuğun gelişimine vereceği zarar, kabul edilemez olsa bile bedensel bir cezadan sonra ilişkilerin aile içinde düzeltildiği durumun vereceği zarardan çok daha ağır olabilir[78]. Biz de bu tespitlerin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca Yargıtay kasten yaralama suçu bağlamında tedip hakkına uygulama alanı tanımadığı için Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye benzer bir düzenlemeye Türk hukukunda yer verilmesinin mevcut uygulamada değişikliğe neden olmayacağı da ifade edilmelidir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, basit nitelikte bile olsa bedensel cezanın çocuk üzerinde olumsuz bir etkisinin de olabileceği kabul edilmelidir. Tüm bedensel cezaları yasaklamak, yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle bu olumsuz etkiyi gidermek için uygun bir yöntem değildir. Bunun yerine, bedensel cezanın hukuka uygun kabul edildiği durumlar için, bedensel cezanın çocuğun eğitiminde en ideal yöntem olmadığı gerekçesiyle, çocuğu ve/veya ebeveynleri destekleyici ve eğitici tedbirler öngörülebilir.

F. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Güncel İçtihadına İlişkin Değerlendirme

Tedip hakkının kapsamına ilişkin görüşümüzü ifade ettikten sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (Yargıtay CGK) güncel içtihadını değerlendirmekte ve görüşümüzü ilgili olaya uygulamakta yarar görmekteyiz. Güncel içtihadın[79] konusunu oluşturan olay şu şekildedir: 10 yaşını doldurmuş olan mağdur, okul saati yaklaşmasına rağmen telefonla oyun oynayarak vakit geçirmektedir. Mağdurun annesi olan fail "*okulun saati geliyor hazırlan*" diyerek mağduru uyarmasına rağmen mağdur oyun oynamaya devam etmiştir. Akabinde fail mağduru hızlıca giydirmiş ve ikili dışarı çıkmak için kapıya yönelmiştir. Mağdur, ayakkabısını giyeceği sırada merdivenlerden yukarıya doğru çıkmaya

78 Roxin, *Greco*, s. 921.

79 Yargıtay CGK, 08.11.2023, E. 2023/345, K. 2023/579.

başlamış, fail de mağdurun arkasından giderek terlik ile mağdurun baldırına bir defa vurmuş ve basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralamaya neden olmuştur[80].

İlk derece mahkemesi "*sanığı kastının çocuğu yaralamaya ilişkin olmadığı, talim ve terbiye hakkı kapsamında okula geç kalmasını engellemek amacıyla mağdurun okula gitme yönünde acele etmesi için baldırına terlikle vurduğu, terlikle vurma eyleminin velinin talim ve terbiye hakkı kapsamında kaldığı ki sanığın tek amacının çocuğunun okula geç kalmasını engellemek olduğu*"nu ve yaralama kastının olmadığını ifade ederek CMK m. 223/2-c uyarınca beraat kararı vermiştir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, kasten yaralama suçunun tüm unsurlarının oluştuğunu ifade ederek "*sanığın söz konusu eyleminin tedip ve terbiye hakkı kapsamında olduğundan bahisle yasal olmayan gerekçe ile sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi*" nedeniyle bozma kararı vermiştir.

İlk derece mahkemesi direnme kararı vermesi üzerine ise Yargıtay CGK, "*bir zarar suçu olan kasten yaralama bakımından özel kastın aranmaması nedeniyle bu suçun işlenmesi için bilme ve isteme unsurları ile neticenin gerçekleşmesinin yeterli olması karşısında Yerel Mahkemece sanığa yüklenen eylemin sübutu kabul edilmesine rağmen bu kabulle çelişki oluşturan ve Kanun'da yer almayan eylemin talim ve terbiye amacıyla gerçekleştirilmesi biçimindeki gerekçenin kanun koyucunun aradığı anlamda yasal ve yeterli gerekçe olarak değerlendirilemeyeceği"*ni ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını *"Anayasa'nın 141 ve CMK'nın 34, 230 ve 232. maddelerinde öngörülen şekilde yasal ve yeterli gerekçeyi içermemesi*" nedeniyle bozmuştur.

Kanaatimizce, söz konusu fiil tedip hakkı kapsamında kalmaktadır ve bu nedenle hukuka uygun kabul edilmelidir. Çocuğun okula geç kalması ve elektronik cihazlarla gereğinden fazla vakit harcaması, terbiye edilmesi gereken davranış niteliğindedir. Annenin terbiye amacıyla hareket ettiği ve fiilin ölçülü olduğu da söylenebilir. Zira anne; öncelikle çocuğu uyarmış, çocuğun benzer davranışlar sergilemesi üzerine çocuğun yaşına uygun kabul edilebilecek basit bir bedensel cezaya başvurmuştur. Annenin aksi kanaate varmayı gerektirecek fiilden önceki ve sonraki bir davranışı da kararda yer almamaktadır.

İlk derece mahkemesi tedip hakkına (talim ve terbiye hakkına) dayanarak kasten yaralama suçu bakımından beraat kararı vermiş olmasına rağmen bu kararın gerekçesi hatalıdır. Somut olayda kasten yaralama suçunun maddi ve

80 Kararda, farklı anlama gelebilecek ifadelerin yer aldığını belirtmekte fayda vardır.

manevi unsurları gerçekleşmiştir. Fiilin terbiye amacıyla icra edilmesi yaralama kastı bakımından önem arz etmez. Tedip hakkı hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınmalıdır. Bu nedenle beraat kararının CMK m. 223/2-c'ye değil, CMK m. 223/2-d'ye dayanması gerekir.

Yargıtay CGK ise tedip hakkının kanunda yer almadığını ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını gerekçe yönünden hukuka aykırı bulmuştur. Kanaatimizce, Yargıtay CGK'nın söz konusu kararda tedip hakkına ilişkin değerlendirme yapmaması bir eksikliktir. Mahkemenin kasten yaralama suçu bakımından tedip hakkını açıkça reddeden bir değerlendirme yapması ya da tedip hakkının sınırlarını belirlemesi yerinde olurdu. Yine de tedip hakkının kanunda yer almadığına ilişkin değerlendirme, Yargıtay CGK'nın tedip hakkını kasten yaralama suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmediği şeklinde yorumlanabilir. Bu kabulün ise yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olmayacağına ilişkin kabul, haksızlık yanılgısı bakımından önem arz edebilir. Basit bedensel cezayı uygulayan ebeveyn, tedip hakkı veya genel olarak velayet hakkı nedeniyle bu fiilin hukuka uygun olduğunu düşünerek hareket etmiş olabilir. Bu durumda dolaylı haksızlık yanılgısı söz konusu olur ve hata kaçınılmaz ise TCK m. 30/4 gereği fail cezalandırılmaz. Mezkûr kararda bu hususun değerlendirilmemesi de bir eksiklik olarak kabul edilebilir.

Sonuç

Özellikle Kıta Avrupasında, ÇHS'nin de etkisiyle, çocuğa yönelik tüm bedensel cezaları yasaklama eğilimi vardır. Ancak medeni kanunlarda yapılan bu yöndeki değişikliklere karşı ceza hukuku doktrininde bazı çıkış yollarının arandığı görülmektedir. Bunun nedeni, çocuğa yönelik tüm bedensel cezaları yasaklayan düzenlemelerin ceza hukukunda doğurduğu sonuçların birçok sakıncayı da bünyesinde barındırması ve kanun değişikliği yapılırken bunların yeteri kadar irdelenmemesidir. Bedensel cezaları yasaklama eğiliminin Türk hukukunda da olduğu söylenebilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından tipik olan hareketleri kapsamadığı görüşü ağırlık kazanmış, Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir.

Tedip hakkının Türk hukukundaki dayanağı TMK m. 339 ve m. 340'taki düzenlemelerdir ve bu hakkın ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç yoktur. Kanaatimizce; tüm bedensel cezaların ölçüsüz olduğu söylenemez, basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralamalar tedip hakkı kapsamında kalabilir. Elbette bu ihtimal, tedip hakkının şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır ve söz konusu şartlar şu şekilde sıralanabilir: terbiye edilmesi gereken bir davranışın varlığı, yöntemin ölçülü olması, yöntemin eğitim veya terbiye amacıyla icra edilme-

si ve tedip hakkına sahip kişi tarafından terbiye yönteminin uygulanması. Bu noktada ön plana çıkan tedip hakkının ölçülülük şartı bağlamında öncelikle ilgili ailenin mensup olduğu sosyal sınıfın ortalama ebeveyni esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Somut olaydaki terbiye yönteminin ortalama ebeveyn tepkisinden nispeten ağır olduğu hallerde ise aile hayatı veya özel hayata ilişkin makul bir gerekçenin olup olmadığı tespit edilmeli ve böylece ana ve babaya belli ölçüde takdir yetkisi tanınmalıdır. Ölçülülük şartını genişlettiği ifade edilebilecek olan görüşümüzün gerekçeleri ile aksi yöndeki görüşün sakıncaları kısaca şu şekildedir: 1. Tedip hakkının sınırları ile toplumsal gelişim birbirine paralel olmalıdır. 2. Çocuk sahibi olmanın hukuki ve psikolojik sonuçları nedeniyle ebeveynler, çocuğa etkili ve hızlı müdahalede bulunma ihtiyacı duyabilir ve tedip hakkının katı şekilde sınırlanması bu ihtiyacın karşılanmasına engel olabilir. 3. Tüm bedensel cezaları yasaklamak çocuğun aile ortamından uzaklaştırılmasını yaygın hale getirir ve bu durum çocuğun üstün yararına aykırı sonuçlar doğurur. 4. Velayet sürecinin uzunluğu ve zorluğu nedeniyle ebeveynler bazen objektif anlamda ağır kabul edilebilecek tepkiler verebilir. Çocuğun üstün yararı gereği bu tepkilerin belli ölçüde tolere edilmesi gerekir. 5. Aile hayatına ve özel hayata saygı hakkı, devletin aileye yönelik müdahalesinin sınırlı olmasını gerektirir.

ÇHS gereği Alman Medeni Kanunu m. 1631/2'ye benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda yer alması gerektiği ileri sürülebilir. ÇHS m. 19'a dayanan bu yönde bir düzenleme, çocuğa yönelik bedensel cezaların tamamını yasaklayıcı nitelikte olsa da Sözleşme'nin diğer hükümlerini ihlal edici sonuçlara neden olabilir. Tedip hakkının kasten yaralama suçu bakımından tipik olan tüm fiiller için hukuka uygunluk nedeni olma vasfını yitirmesinin doğuracağı sonuçlar, bedensel cezayı uygulayan ebeveynin hapis cezası veya adli parasına mahkûm olmasıyla sınırlı değildir. Ebeveynlerin çocuğa karşı bir suç işlemesine bağlanan hukuki sonuçların başında çocuğun aile ortamından uzaklaştırılması gelir. Bu durumun çocuk üzerindeki olumsuz etkisi, basit bir bedensel cezanın olumsuz etkisinden daha ağır olabilir. Bu nedenle tüm bedensel cezaları yasaklamak yerine bedensel cezanın uygulandığı haller için ebeveynlere ve/veya çocuğa yönelik destekleyici ve eğitici tedbirler öngörülebilir. Böylece bedensel cezanın olumsuz etkileri giderilebilir.

AİHM'nin ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ebeveynler tarafından uygulanan basit bedensel cezalara ilişkin bir kararının olmadığı, ancak çocuklara yönelik bedensel cezalar bakımından AİHS m. 3 veya m. 8 bağlamında ihlal kararı verme eğilimi gösterdiği söylenebilir. Tedip hakkının şartlarını sağlayan bedensel cezaların hukuka uygun kabul edildiği durumlar için bu yönde bir karar verilmesinin yukarıdaki gerekçeler nedeniyle yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- Akyüz, Emine, "Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi", *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1999.
- Artuk, M. Emin; Gökcen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Artuk, M. Emin; Gökcen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi II: Aile Hukuku İkinci Cilt*, 3. Bası, Saka Matbaası, 1952.
- Bischof, Severin, *Stärkung der Kinderrechte als Präventivschutz vor häuslicher Gewalt,* Dike Verlag, Zürich, 2016.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 05.06.1974.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, "Zum elterlichen Züchtigungsrecht", *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 2015.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- Ege, Gian, *StGB Annotierter Kommentar*, Stämpfli Verlag, 2020.
- Eisele, Jörg, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 6. Bası, Verlag W. Kohlhammer, 2021.
- Elçin-Grassinger, Gülçin, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Erdem, Mehmet; Makaracı-Başak, Aslı, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Eschelbach, Ralf, *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 60. Bası, C. H. Beck, 01.02.2024.
- Frister, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Bası, C. H. Beck, 2020.
- Gemalmaz, H. Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- General Comment No. 13 (2011) The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13), 18.04.2011.
- General Comment No. 8 (2006) The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (CRC/C/GC/8), 02.03.2007.
- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat, "Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86)", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt 1*, Beta Yayınları, 2014.
- Gropp, Walter; Sinn, Arndt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Bası, Springer, 2020.

- Grünewald, Anette, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 7/1*, 12. Bası, De Gruyter 2018.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Hardtung, Bernhard, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4*, 4. Bası, C. H. Beck, 2021.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- İmamoğlu, S. Hülya, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 1, 2005, ss. 165-190.
- Jäger, Christian, "Vom Umgang des Strafrechts mit dem zivilrechtlich verankerten Züchtigungsverbot", *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt/De Gruyter european law pub, 2010.
- Keskin-Kiziroğlu, Serap, "Kasten Yaralama", *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Köprülü, Bülent; Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Vahlen, 2017.
- Loppacher, Barbara, "Welchen Schutz bietet das Strafrecht zum Schutz der Kinder vor Misshandlungen?", Ed. Christian Schwarzenegger, Rolf Nägeli, Achtes Zürcher Präventionsforum: Kinder als Opfer von Kriminalität, Schulthess Verlag, 2015, ss. 51-68.
- Loppacher, Barbara, Erziehung und Strafrecht, Schulthess Verlag, 2011.
- Maurach, Reinhart; Schroeder, Friedrich-Christian; Maiwald, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1*, 10. Bası, C. F. Müller, 2009.
- Michel, Margot, "Höchste Zeit für den endgültigen Abschied vom elterlichen Züchtigungsrecht", *Recht*, 2021/1.
- Mitsch, Wolfgang, "Kinder und Strafrecht", *Juristische Ausbildung*, 2017/7.
- Moser, Nicola, "Verschiedene Lebensmodelle - ein Haftpflichtrecht: Kann das gehen?", Ed. Marc Hürzeler, Frédéric Krauskopf, *Personen-Schaden-Forum 2023*, Zentrum für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht, 2022.
- Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, 6. Bası, C. H. Beck, 2021.
- Noak, Torsten, "Zur »Abschaffung« des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht", *Juristische Rundschau*, 2002/10.
- Nuhoğlu, Ayşe, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Oğuzman, Kemal; Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler-I*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Postulat Bulliard-Marbach Christine, Schutz von Kindern vor Gewalt in der Erziehung, (20.3185).
- Reyhani-Yüksel, Sera, *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Roxin, Claus; Greco, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Bası, C. H. Beck, 2020.
- Ryser-Büschi, Nadine, *Familiäre Gewalt an Kindern,* Schulthess Juristische Medien, 2012.
- Schöbi, Dominik; Kurz, Susanne; Schöbi, Brigitte; Kilde, Gisela; Messerli, Nadine; Leuenberger, Brigitte, *Bestrafungsverhalten von Eltern in der Schweiz. Physische und psychische Gewalt in Erziehung und Partnerschaft in der Schweiz: Momentanerhebung und Trendanalyse*, Universität Freiburg, Institut für Familienforschung und -beratung, 2017.
- Stratenwerth, Günter; Bommer, Felix, *Schweizerisches Strafrecht*, *Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, 2022.
- Tandoğan, Haluk, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1965.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Trechsel, Stefan; Geth, Christopher, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 4. Bası, Dike Verlag, 2021.
- Tuor, Peter; Schnyder, Bernhard; Rumo-Jungo, Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo)*, 13. Bası, Schulthess, Zürich, 2009.
- Usta, Sevgi, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Usta, Sevgi, *Velayet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz: 2*, 2. Bası, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1950.
- Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. Bası, C. F. Müller, 2020.
- Wohlers, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 4. Bası, Stämpfli Verlag, 2020.
- Yıldız, Ali Kemal, "Kasten Yaralama Suçu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 28, 2015, ss. 47-96.
- Yokuş-Sevük, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Zafer, Hamide, "Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2009, ss. 119-172.
- Zevkliler, Aydın; Cumalıoğlu, Emre; Acabey, Mehmet Beşir, *Medeni Hukuk III - Aile Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Bilişim Sistemlerinden Delil Elde Edilmesine Yönelik İşlemler (CMK m. 134) Hakkında Bir Değerlendirme*

An Assessment of Procedures for Obtaining Evidence from Information Systems (CPC Art. 134)

Şenel SARSIKOĞLU**

ÖZ

Bilişim sistemlerinin insanların günlük rutininde yaygın olarak kullanımı, herhangi bir bilgisayar kaydından adres, telefon ve banka hesapları gibi çok sayıda bilgiye ulaşılmasını temin etmektedir. Söz konusu elektronik verilerin kişisel veri niteliğinde olması, özel hayatın gizliliği bağlamında hukuki tartışmalara sebep olmaktadır. Bu durum, klasik koruma tedbirlerinin yanında bilişim sistemlerinden verilerin elde edilmesine yönelik yeni araştırma yöntemlerinin uygulandığı kendine has bir delil hukuku doğurmuştur. Zira elektronik devrelerden oluşan bilgisayar verilerinin, ancak elle tutulabilir ve gözle görülebilir hale getirildikten sonra ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmesi mümkündür. Öte yandan anayasal hükümlere göre temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturan, içerisinde arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerini barındıran bu tedbirlerin kanun ile ayrıntılı ve açık bir şekilde düzenlenmesi zorunludur. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 134. maddesine göre; "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine" karar verilebilir. Bununla birlikte, detaylı hükümlere yer vermesi gereken ve zikredilen koruma tedbirlerinin öngörüldüğü kanun maddesi kapsamlı olarak düzenlenmemiş ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara cevap vermede yetersiz kalmıştır. Söz konusu maddede yapılan değişiklikler de eleştirilere maruz kalmaya devam etmektedir. Çalışmamızda bilgisayar verilerinden delil elde edilirken başvurulan

* Makale gönderim tarihi: 17.10.2024. Makale kabul tarihi: 17.03.2025. Şenel Sarsıkoğlu, "Bilişim Sistemlerinden Delil Elde Edilmesine Yönelik İşlemler (CMK m. 134) Hakkında Bir Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 283-317, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.8

** Dr. Öğr. Üye., Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, 0000-0002-2204-8422, senels@kastamonu.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

koruma tedbirlerine ilişkin olarak doktrin ve uygulama açısından yargısal içtihatlar ışığında değerlendirmelerde ve eleştirilerde bulunulması ile kanuni düzenlemede yer verilen hükümlerin hukuk devleti ilkesi bakımından yaratabileceği muhtemel problemlere ve çözüm önerilerine yer verilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siber Suçlar, bilişim sistemleri, delil, Ceza Muhakemesi Kanunu, arama kopyalama elkoyma.

ABSTRACT

The widespread use of information systems in people's daily routines allows access to a large amount of information such as addresses, telephone numbers and bank accounts from any computer record. The fact that the electronic data in question is personal data causes legal discussions in the context of privacy. This situation has given rise to a unique law of evidence where, in addition to classical protection measures, new research methods are applied to obtain data from information systems. Because it is possible for computer data consisting of electronic circuits to be used as evidence in criminal proceedings only after they are made tangible and visible. On the other hand, according to constitutional provisions, these measures, which constitute an intervention in fundamental rights and freedoms and include search, copy and seizure operations, must be regulated in detail and clearly by law. According to Article 134 of the Criminal Procedure Code No. 5271 (CPC); "In the investigation conducted for a crime, in the presence of strong suspicions based on concrete evidence and in the absence of the possibility of obtaining evidence by any other means, the judge or, in cases where there is a risk of delay, the public prosecutor may decide to search the computer and computer programs used by the suspect and the computer logs, to make copies of the computer records, to decipher these records and to convert them into text." However, the article of the law, which should include detailed provisions and envisage the mentioned protection measures, was not regulated comprehensively and was insufficient to respond to the problems arising in practice. The amendments made to the article in question continue to be subject to criticism. In our study, we aim to make evaluations and criticisms regarding the protection measures used while obtaining evidence from computer data in the light of judicial precedents in terms of doctrine and practice, and to include possible problems and solution suggestions that the provisions included in the legal regulation may create in terms of the principle of the rule of law.

Keywords: Cyber crimes, information systems, evidence, criminal procedure law, search copy seizure.

Giriş

Teknolojik gelişim beraberinde bilişim sistemleri kullanılarak ika edilen suçların sayısı ve çeşitlerinin artmasını getirmiştir[1]. Bu suçlarla mücadele etmek

1 Bilişim suçlarının "truva atı" (trojan horse), "salam tekniği" (salam techniques), "ağ solucanları"

ve cezalandırmak görevini haiz devletin klasik yöntemlerle delil etme çabasının zaman zaman yetersiz kalması daha yeni ve teknik delil elde etme prosedürlerinin kullanılmasının yolunu açmıştır. Gerçekten de ceza yargılamasının amacı olan hakikatin bulunması, adaletin sağlanması ve hukuki barışın muhafazası[2] için önemi haiz olan delillerin[3] toplanarak ve korunarak bozulmaya uğramaksızın olayı yargılayacak merciin huzuruna taşınması temel bir sorun oluşturur[4]. Bu bakımdan ceza muhakemesinde nelerin delil olarak sunulup sunulamayacağından, bunların nasıl sunulup hangi amaçlarla kullanılacağına kadar kanunilik ilkesi kapsamında birçok kural bulunur. CMK da "sanıktan delile değil, delilden sanığa ulaşılması" prensibini benimsemekte; soruşturma evresinde delil toplama yetkisini haiz Cumhuriyet savcılığı ve emri altındaki kolluk güçlerine çeşitli araştırmalar yapma ve tedbirlere başvurma hususlarında önemli yetkiler vermektedir[5]. Ceza muhakemesinde hakikatin (maddi

---

(network worms), "sırtlama" (piggybacking), "mantık bombaları" (logic bombs), "bilgisayar virüsleri" gibi çok çeşitli işlenme şekilleri ve türleri bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tayfun Ercan, İrem Erdal, *Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemine Girme Suçu ve Özel Hukuk Boyutu,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 41. Bununla birlikte; bilişim sistemleri kullanılarak işlenebilecek suçlara dair küçük bir bakış açısı sunmak adına; *"Lübnan'da 17 Eylül 2024 tarihinde çağrı cihazlarının eş zamanlı patlatılması suretiyle ikisi çocuk 12 kişinin öldüğü, 2323 kişinin yaralandığı"* olayı hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. Anadolu Ajansı Haber Sitesi, 19.09.2024, https://www.aa.com.tr/tr/dunya/lubnan-telsiz-ve-cagri-cihazlarinin-patlatilmasiyla-ilgili-bmgkya-sikayette-bulunmaya-hazirlaniyor/3335387 (26.09.2024).

2 Hakan Karakehya, "Ceza Muhakemesinin Amacı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt 65, Sayı 2, 2007, s. 138.

3 Friedrich-Christian Schroeder (Terc. Cumhur Şahin), "Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 5, Sayı 1-2, 1996 (Özel Sayı), s. 279. Yazarın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m. 6/2,3'teki asgari haklar vasıtasıyla önlendiğini ifade ettiği sanık bakımından en tehlikeli davranış biçimlerinden bir tanesi de *"delillerin kolluk tarafından tahrifi ve buna karşılık duruşmada durumun düzeltilmesi imkanının olmayışıdır."* Gerçekten de bilişim sistemleri bakımından CMK m. 134'te düzenlenen tedbirlere başvurulduğunda elektronik delillerin hassas yapısı nedeniyle bunların olay yerinden toplanırken çeşitli kurallara uyulmasını zorunlu kılar, aksi delilin kaybı yahut tahrif edilmesini sonuçlar. Dolayısıyla, ceza soruşturmalarında adli bilişimin önemi ve elektronik delillerin yönetimi için standartlaştırılmış kurallar ve prosedürler geliştirme ihtiyacı her an kendini gösterir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Naeem Allah Rakha, "Cybercrime and the Law: Addressing the Challenges of Digital Forensics in Criminal Investigations", *Mexican Law Review,* Cilt 16, Sayı 2, 2024, s. 23.

4 Hock Lai Ho, "The Legal Concept of Evidence", Ed. Edward N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Aralık 2021, s. 1 vd. https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal/ (26.09.2024). Yazar, günümüzde dahi tüm hukuk sistemleri için ortak bir delil ve ispat yaklaşımı bulunmadığını, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuku arasında önemli farklılıklar bulunduğunu haklı olarak ifade etmektedir. Bu bakımdan hattı zatında önemli bir husus olan delil ve değerlendirilmesi, hayatın ve hukukun her alanı açısından elektronik vasfa sahip delillerden söz edildiğinde daha da önemli bir hal almaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çetin Arslan, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Cilt 3, Sayı 2, 2015, s. 254.

5 Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi,* Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2006, s. 208.

gerçeğin) "her ne pahasına olursa olsun" peşine düşülmesi kabul edilmez[6]. Bu makamların öncelikle delil elde etme yasağına ve kanunun öngördüğü kurallara harfiyen uymaları gerekir[7]. Nitekim, ceza muhakemesinde "kanuna aykırı" toplanmış bulguların, birer delil olarak kabul görmesi imkân dahilinde değildir. Delillerin "kanuna aykırı" olarak toplanması, bu delillerin ileri sürülmesi talebinin red gerekçesidir (AY 38/6; CMK 206/2-a). Dolayısıyla isnat edilen suç, "hukuka uygun" olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir (CMK 217/2)[8]. Anlaşılacağı üzere, bir delilin dışlanması için herhangi bir "kanuni" koşula uyulmaması yeterliyken, bir delilin kabulü için tüm "hukuki" düzenlemelere uygun bir delil toplama sürecinin yürütülmesi elzemdir.

Ceza muhakemesinde delil, suç teşkil eden eylemin belli bir kişi tarafından işlendiği ya da işlenmediği hususunda yargı makamının kesin bir kanaate varmasını sağlamak için kullanılan, cezai uyuşmazlığı oluşturan vakıanın bir bölümünü veya tamamını temsil edebilen, duyu organlarıyla idrak edilebilecek nitelikte ve maddi bir yapıya sahip olan, hukuk düzenince kabul gören araçlara denir[9]. Başka bir ifadeyle delil, hâkimin hakikati ortaya çıkarmak için kullandığı ispat vasıtalarının bütününü ifade eder[10].

---

6 Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğreti),* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 36. Bununla birlikte ifade edelim ki ceza muhakemesinde hakikatin ortaya çıkarılması, bir yandan suçların cezasız kalmamasını sağlarken diğer yandan da toplumsal davranış kurallarına uyumu sağlayarak toplumsal barışın devamına hizmet etmektedir.

7 Friedrich-Christian Schroeder, Torsten Verrel (Terc. Salih Oktar), *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 105.

8 Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) 12.02.2019 tarih ve 272-86 sayılı kararında; *"usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın, sanığın kemeri çözdürülüp, pantolonunu indirmesi sağlanarak iç çamaşırından sarktığı görülen peçetenin bulunduğu yerden alınması suretiyle ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddenin, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olduğu ve bu delilin hükme esas alınamayacağına"* hükmedilmiştir. Buna karşılık; CGK 24.01.2019 tarih ve 380-52 sayılı kararında; *"görevlilerce, sanık Ö.F.'nin de içerisinde olduğu araçta yapılan kontrolde, aracın dışarıdan bakıldığında görülebilen yerinde bulunan uyarıcı nitelikteki tabletlere el konulması, gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceğinden adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek olmadığına"* hükmedilmiştir. Kararlar için bkz. Abdulhalik Yıldız, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020) Cilt 2,* Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2020, s. 95 vd.

9 M. Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü,* İstanbul Üniversitesi Yayın No: 442, Hukuk Fakültesi No: 98, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s. 156; Baha Kantar, *Ceza Muhakemeleri Usulü: Birinci Kitap: Umumi Hükümler,* Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1957, s. 259; Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 274, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 333.

10 Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 25; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma-Gezer, Yasemin F. Saygılar-Kırıt, Esra Alan-Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok-Villemin, Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 299.

Belli bir kişinin suç oluşturan eylemi ika edip etmediğine ilişkin olarak "basit şüphe" ile yola çıkılan ceza muhakemesi sürecinde, bu kişinin suçu işlediğinin sübuta ermesi, diğer bir deyişle "belliliğe ulaşılması" halinde mahkûmiyet kararı verilerek bu süreç sona erdirilir. Ceza muhakemesinde ispat için sabit oluş (sübut) aranmakta olup bunun haricinde mahkûmiyet kararı verilememekte ve "şüpheden sanık yararlanır" prensibi işlerlik kazanmaktadır[11]. Kanun koyucu tarafından tayin edilen kurallara ve ceza muhakemesine hâkim olan prensiplere aykırı elde edilen bir delil, hukuka aykırı delil niteliğinden dolayı suçun sabit oluşuna etki edecek nitelikteki mutlak bir delil dahi olsa kullanılamaz. Ceza muhakemesi düzenimizde hukuka aykırı deliller bakımından "mutlak değerlendirme yasağı" bulunmakta ve hâkime takdir hakkı tanınmamaktadır[12]. Bu yaklaşımdan hareketle düzenleme, doktrin ve yüksek yargı içtihatları açısından "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" koruma tedbirlerine dair çalışmamızda sistematik değerlendirmelere yer verilmiştir.

I. Kanuni Düzenleme ve İlgili Kavramlar

Şüpheli veya sanık hakkında isnat edilen suçla ilgili delil elde edilmesi için "arama" (CMK 116 vd.); "elkoyma" (CMK 123 vd.); "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" (CMK 134) gibi tedbirlere de başvurulabilmektedir.

Arama koruma tedbiri, CMK 116. maddesi 1. fıkrasında; *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabil*ir." şeklinde düzenlenmiştir.

Elkoyma koruma tedbiri, CMK 123. maddesi 1. fıkrasında; *"İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır."* şeklinde düzenlenmiştir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, CMK 134. maddesi 2. fıkrasında; *"Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün ya-*

11 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1325; Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 233.

12 Koca, s. 223; Ahmet Gökcen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 328.

pılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Hukuksal niteliği itibariyle "arama" ve "elkoyma" koruma tedbirlerinin özel bir görünüşünü oluşturan "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" koruma tedbirleri temel hak ve hürriyetler açısından başta özel hayat, ticari ve bilimsel sırlar ile mülkiyet olmak üzere müdahale oluşturması sebebiyle sıkı koşullara bağlanmakta; kapsamı kişi ve konu yönünden sınırlandırılmakta ve kural olarak fiziki ortamda değil, yalnızca elektronik ortamda delilleri bulunan siber suçlar (işlenirken bilişim sistemlerinin kullanıldığı suçlar) bakımından uygulanabilmektedir[13]. Siber suç kavramının kullanılması hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bunun yerine bilişim suçu, dijital suç, elektronik suç, e-suç, bilgi çağı suçu, yüksek teknoloji suçu, sibernetik suç, bilişim alanında suç, bilgisayar suçu, internet suçu, internet alanında suç kavramları da birbirinin yerine kullanılır[14]. Biz ise çalışmamızda uluslararası alanda genellikle kullanılan siber suç kavramını tercih etmekteyiz[15]. Bununla birlikte; siber suç kavramın içeriği hakkında da uluslararası alanda ve Türk doktrininde bir uzlaşmanın olduğunu söylemek güçtür[16]. Kolayca bir tanım yapmak gerekirse siber suç, bilişim sistemleri aleyhine ya da bunlar aracılığıyla işlenen suçlardır[17]. Bu açıklamalar karşısında CMK 134. maddesinde yer alan koruma tedbiri bakımından "bilgisayar", "bilgisayar kütüğü", "internet" ve "bilişim sistemi" gibi bazı kavramlar açıklandıktan sonra söz konusu koruma tedbirinin incelenmesi lazım gelmektedir. Bu kavramların ortaya konulması, bilişim sistemlerinin nasıl çalıştığına ve verileri nasıl depoladığına dair genel bir bakışı temin eder. Bu ise elektronik delillerin elde

13 Centel, Zafer, s. 448.

14 Regner Sabillon, Jeimy Cano, Victor Cavaller, Jordi Serra, "Cybercrime and Cybercriminals: A Comprehensive Study", *International Journal of Computer Networks and Communications Security,* Cilt 4, Sayı 6, Haziran 2016, s. 166. Yazarlar, siber suç kavramının tek bir tanımının olamayacağını, en kolay şekilde bilgisayar verilerini ya da sistemlerini etkileyen işleyiş biçimine dayanan bir dizi eylem veya davranış olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir.

15 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1146.

16 Siber suç faaliyetlerinin genellikle üç kategoriye ayrıldığı ifade edilmektedir. Bunlar; *"teknolojinin bir suçun işlenmesinde önemli bir rol oynadığı durumlar (elektronik dolandırıcılık, kara para aklama, çocuk pornografisi); teknolojinin bir suçu işlemek için kullanıldığı durumlar (kimlik hırsızlığı, bilgisayar sabotajı, ayrıcalıklı bilgilerin çalınması) ve teknolojinin bir suçun ikincil bir yönü olarak kullanıldığı durumlar (veri ve görüntü depolama, internet ve hücresel iletişim)."* James W. Osterburg, Richard H. Ward, *Criminal Investigating: A Method for Reconstructing the Past,* 6. Bası, 2010, s. 548.

17 Peter Stephenson, Keith Gilbert, *Investigating Computer-Related Crime,* 2. Bası, 2013, s. 4; Murat Önok, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 19, Sayı 2, 2013 (Özel Sayı), s. 1231.

edilmesi veya silinen bilgilerin nasıl kurtarılıp incelenebileceğini anlamak bakımından önemlidir[18].

Bilgisayar, diğer bir deyişle elektronik beyin, sözlükte "birtakım bilgileri hafıza denen kısımlarına kaydedip bir program veya kurala uygun olarak değerlendiren, problemleri çabucak çözen elektronik cihaz"[19] olarak tanımlanmaktadır[20]. Bilgisayar, donanım ve yazılımdan oluşan unsurları sayesinde tek başına çalışabildiği gibi benzer cihazlardan oluşan bir ağa (network) dahil olarak da çalışabilir.

Bilgisayar kütüğü, verilerin ve işlemlerin tutulduğu yer anlamında; olay kayıtları (loglar), verilerin saklandığı yerler (veritabanları/databaseler) ve veri saklanan donanımlar (harici harddiskler, flash bellekler, hafıza katları) gibi unsurlardan meydana gelir[21]. Ayrıca internet ortamında verilerin tutulduğu yerler olarak; ücretli veya ücretsiz bulut depolama alanları (OneDrive, Dropbox, Google Drive) da bilgisayar kütüğü kavramına dahildir[22].

İnternet, inter(connetted/national) ve net(works) kelimelerinin kısaltılmış

---

18 Eoghan Casey, *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet*, 3. Bası, 2011, s. 437. Yazar, tüm dijital verilerin temelde birler ve sıfırların, yaygın olarak bit olarak adlandırılan kombinasyonları olduğunu ifade etmektedir.

19 Kubbealtı Lugatı, https://www.lugatim.com/s/bilgisayar (26.09.2024).

20 Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi'nin 22.02.2024 tarih ve E. 2023/18292 K. 2024/1844 sayılı kararında; *"CMK'nın 134. maddesinde geçen bilgisayar teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunun CMK'da açık bir şekilde belirtilmediğinden, CMK'nın 134. maddesinin uygulamada; bilgisayar, akıllı telefonlar, GPS cihazları, donanım ve yan donanımlar, verileri dijital olarak kaydetme ve işleme yeteneğinde olan her türlü dijital cihazları kapsadığına"* hükmedilmiştir.

Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=7cd-2023-18292.htm&kw=%60cmk+134%60+%60bilgisayar%60&cr=yargitay#fm (27.09.2024).

21 CGK 18.10.2023 tarih ve E. 2018/16-124 K. 2023/538 sayılı kararında; *"CMK'nın 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. Adli Ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma" kenar başlıklı 17. maddesinde el koyma sırasında zorunlu kılınan yedekleme işleminin, "bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımlar hakkında" uygulanmasının dayanağının da bu düzenlemeler olduğu anlaşılmakla, sanığın kendisine ait olmadığını savunduğu CD'lerin bilgisayar kütüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden imajları alınmadan içeriklerinin belirleyici delil olarak kabul edilmesinin 5271 Sayılı CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğuna"* hükmedilmiştir. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-16-124.htm&kw=%60CMK+134%60&cr=yargitay#fm (27.09.2024).

22 Osman Yaşar, Cengiz Otacı, *Ceza Muhakemesi Kanunu Cilt 1,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1109.

hali ve dünyadaki en yaygın bilgisayar ağının karşılığı olarak ifade edilmektedir[23]. Bilgisayarlar bu ağa, IP[24] adresleri üzerinden bağlanırken internetteki diğer bilgisayarlar da yine bu IP adresi üzerinden ilgili bilgisayara ulaşır[25]. Bilgisayar, bilgisayar benzeri veya bilgisayar dışı elektronik araçların iletişimini sağlayan bu ağ üzerinde[26] siber suç olarak isimlendirilen eylemlerin çoğu işlenmektedir. Ayrıca internet üzerinden akan veriler ele geçirilmeye, çalınmaya veya değiştirilmeye karşı hassastır. Çalınan yahut kötüye kullanılan veriler daha sonra bireysel çıkar sağlamak amacıyla kullanılabildiği gibi hırsızlık, dolandırıcılık ya da kumar ve benzeri yasadışı eylemlerde de failler tarafından kullanılabilmektedir[27].

Elektronik delil (e-delil), dijital bir cihaz üzerinde saklanan ya da bu cihazlar aracılığıyla iletilen ve ceza muhakemesi bakımından değeri olan bilgi yahut veriler olarak tanımlanabilir[28]. Elektronik ortamda muhafaza edilen bu bilgiler, muhakeme konusu maddi olayla ilgili ve güvenilir olduğu hallerde e-delil olarak kabul edilecektir. Bunların veri saklama özelliğine sahip her türlü medya, aygıt veya ortamdan elde edilebilmesi mümkündür[29].

Bilişim sistemi hakkında doktrin ve uygulamada çok sayıda tanım yapılmaktadır[30]. Bununla birlikte en kapsayıcı tanım, "Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik" 3/1-b bendinde yapılmıştır. Bu bentte yer alan hükme göre; bilişim sistemi, "bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi" anlatmaktadır. Dolayısıyla bir iletişim şekli olarak bilişim sistemi, çok sayıda cihaz ve unsurdan meydana gelmektedir. Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki ceza muhakemesinin amacına daha uygun olacağını düşündüğümüz "bilişim sistemi" kavramı CMK 134'üncü madde başlığında "bilgisayar" kavramı yerine kullanılmalı ve bu yönde kanuni değişikliğe gidilmelidir.

---

23 Ömer Demirci, *Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 27.

24 IP (Internet Protokol) adresleri, bilgisayarların internet trafiğine dahil olduklarında kullandığı bir nevi kimlik numarası niteliğindedir.

25 Murat Semiz, *En Güncel İçtihatlar ve Uygulamadan Örnekleriyle Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 21.

26 Ercan, Erdal, s. 29.

27 Nguyen The Sang, Bui Bao Trung, "Cybercrime in the Digital Age: Challenges and Implication for Prevention", *International Journal of Social Science and Human Research,* Cilt 5, Sayı 11, Kasım 2022, s. 5082.

28 Şenel Sarsıkoğlu, "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Cilt 6, Sayı 22, 2015, s. 439.

29 Yaşar, Otacı, s. 1109.

30 Ercan, Erdal, s. 19; Demirci, s. 23.

II. Amacı

CMK 134'üncü maddesinde düzenlenen koruma tedbirlerinin amacı, soruşturma veya kovuşturma konusu cezai uyuşmazlık hakkında delil elde edilmesi ve muhafaza altına alınıp ceza muhakemesinde ikame edilerek maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu bakımdan bu tedbirlerin hâkim kararıyla olsa da bir kişinin özel hayatına ilişkin çok sayıda verinin bulunduğu bilgisayar verilerinin yalnızca cezai uyuşmazlık konusu olan suçla alakalı olan kısmına dair uygulanması esastır[31]. Bu amacın dışına çıkılması elde edilen delilleri en başından itibaren hukuka aykırı hale getirir. Nitekim maddede göze çarpan husus, çok sıkı koşullar eşliğinde bu koruma tedbirine başvurulmasıdır. Hâkim kararının, kuvvetli şüphenin varlığının, başka türlü delil elde etme imkanının bulunmamasının birer şart olarak zikredilmesi tedbire her olayda başvurulmasının önüne geçilmesinin kanun koyucu tarafından amaçlandığını göstermektedir. Bununla birlikte; düzenlemenin arama zamanı, aranacak kişinin sıfatı ve yasa yolu gibi çok önemli hususlara değinmediği ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından aranan güvencelerin kişilere sağlanmadığı ifade edilmektedir[32]. Esasında yasal şartlara uyulmaksızın elde edilecek deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacak olsa da yasal şartlara riayet edilerek delil elde edilmesi bir yönüyle maddi gerçeğin aydınlatılmasını sağlarken diğer yönüyle de kişilerin haksız yere suçlanmaması, kişisel verilerin gizliliğinin sağlanması ve lüzumsuz veri toplanmasının önlenmesini sonuçlayacaktır.

III. Kapsamı

A. Kişi Bakımından

CMK 134'üncü maddesi hükümlerinde düzenlenen tedbirler öncelikle şüphelinin (ya da sanığın) "kullanımında olan" bilgisayar, sistemleri veya kütükleri hakkında uygulanabilir. Her ne kadar CMK 134'üncü maddesi yalnızca şüpheliden bahsetmişse de bu tedbirlerin özel arama ve elkoyma tedbirleri olduğu düşünüldüğünde ve ceza muhakemesinde kanunda boşluk olan hallerde hakkında hüküm bulunmayan duruma en çok benzeyen durumu düzenleyen hukuk kurallarının uygulanması kabul edildiğinden[33] CMK 116'ncı ve devamı maddelerinde düzenlenen genel hükümlerin aleyhe sonuç doğurmamak ko-

31 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 437; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 391.

32 Yaşar, Otacı, s. 1106.

33 Centel, Zafer, s. 50. Yazarlar, kural olarak, kıyas yapılabileceğini ancak sınırlayıcı ve istisnai hükümlerin söz konusu olması halinde benzetme yoluyla boşluk doldurulamayacağını ifade etmektedir.

şuluyla (aleyhe kıyas yasağına riayet edilerek) kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bununla birlikte kıyasın mümkün olup olmadığı konusunda katı veya esnek yaklaşımlara rastlanmaktadır. Kıyasın mümkün olmadığını savunan görüş, koruma tedbirlerinin sıkı şekil şartlarına tabi olduğunu ve genel arama hükümleriyle genişletici kıyas yapılması halinde temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir[34]. Bu görüşün kabul edilmesi halinde CMK 116'ncı ve devamındaki madde hükümleri CMK 134'üncü maddesi için uygulanma kabiliyetine sahip olmayacak ve dolayısıyla dijital delillerin niteliği gereği yalnızca bu maddede düzenlenen istisnai koşullara uyulması gerekecektir. Kıyasın mümkün olduğunu savunan görüş ise dijital veriler üzerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma sürecinin yeterince detaylı olmadığından hareketle boşlukların CMK 116'ncı ve devamındaki madde hükümleriyle doldurulması gerektiğini; mesela arama kararının nasıl alınacağı, arama sırasında kişilerin haklarının ne olduğu ve aramanın uygulanma usulü gibi hususlarda kıyasa başvurulabileceğini belirtmektedir[35]. Ayrıca CMK 134'üncü madde hükmüne göre yapılan arama sonrasında verilecek belge yönünden genel aramaya ilişkin CMK 121'inci maddesi hükmünden istifade edilebilecektir[36]. Yine CMK 134'üncü madde hükmünün avukat bürolarında nasıl uygulanacağı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde avukat bürolarında bulunan bilişim sistemlerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri hakkında CMK 130'uncu maddesi kıyasen uygulanabilecektir[37]. Kaldı ki 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) döneminde dahi telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi ortak özelliği yeni, yapısı gereği gizlilik içeren ve modern koruma tedbirlerinin CMUK'ta düzenlenmediği ve fakat konuyla ilgisi oldukça dolaylı olan 91'inci maddenin ilk fıkrasındaki "Maznuna gönderilen mektuplar vesair

34 Neslihan Ateş-Benek, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Cilt 10, Sayı 2, 2022, s. 388 vd.

35 Mesela, "şüpheli hakkında soruşturma süresi içinde cumhuriyet savcısınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da şüpheli hakkında kovuşturma sonucunda beraat kararı verilmesi halinde elde edilen kopyalar ve çözümü yapılan metinlerin yok edilip edilmeyeceği, yok edilecekse ne kadar süre içerisinde yok edileceği gibi soruların cevabının CMK 134'üncü maddesinde bulunmadığı; bu konuyla ilgili yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu; bununla birlikte sorunun çözümüne yönelik CMK 137'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının kıyasen uygulanabileceği" ifade edilmektedir. Osman Gazi Ünal, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma,* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, s. 127; Salih Keskin, "Bilişim Suçlarında Ceza Muhakemesi Kanununun 134. Maddesindeki Hükümlerin Uygulanmasında Yaşanan Aksaklıklar", *KÜSBD,* Cilt 11, Sayı 2, 2021, s. 663.

36 Ateş-Benek, s. 392.

37 Ateş-Benek, s. 403.

mersule ve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir." hükmüne kıyas yoluyla dayanılarak uygulanmış olduğu ifade edilmektedir[38]. Bu görüşün kabul edilmesi halinde ise özel hükmün önceliği ilkesine halel gelmeksizin CMK 134'üncü maddesinde açıkça düzenlenen konularda CMK 116'ncı ve devamındaki madde hükümleri uygulanmayacak ve fakat CMK 134'üncü maddesinde açıkça yer almayan hususlarda CMK 116'ncı ve devamındaki hükümleri aleyhe sonuç doğurmamak koşuluyla (aleyhe kıyas yasağına riayet edilerek) uygulanma kabiliyeti kazanacaktır[39].

Buna göre, yalnızca soruşturma aşamasında şüphelinin değil, ayrıca kovuşturma aşamasında da sanığın kullanımında olan cihazlarda da bu tedbirlere başvurulabilir[40]. Ayrıca kanun koyucu, cihazların şüphelinin (ya da sanığın) kullanımında olmasını kâfi görmüş; zilyetlik ya da mülkiyeti altında bulundurmasını aramamıştır[41]. Bu itibarla kişilerin malik (asli zilyet) veya feri zilyet ya da alelade elinde bulunduran (zilyet yardımcısı) olduğu hallerde de ilgili bilgisayar, sistemleri veya kütükleri hakkında tedbire başvurulabilir. Mesela, şüphelinin (ya da sanığın) kullandığı cihazın kendisi ya da herhangi bir kişinin elinde, üstünde, arabasında, evinde, işyerinde ele geçirilmesi mümkündür.

Ayrıca doktrinde kişilerin "özel hayat beklentilerinin azaldığı yahut ortadan kalktığının varsayıldığı" hallerde artık genel arama kararı ile bu tedbirlerin uygulanabileceği, bu kararı da CMK 134'üncü maddesine göre karar vermeye yetkili makamın vereceği belirtilmektedir. Kurum ve şirket bilgisayarları açı-

---

38 Faruk Yasin Turinay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 70, Sayı 2, 2021, s. 484. Yazar, *"hukuki durumun belirtildiği şekilde olduğu dönemde doktrinde konunun açık hükümle düzenlenmesi gerektiğinin belirtilmekle olduğunu; ancak mevcut durumda postada elkoymaya ilişkin hükmün kıyas yoluyla uygulanmasının kaçınılmaz olduğunun da savunulduğunu"* söylemektedir.

39 Dilek Özge Uğraş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *TBBD,* Sayı 154, 2021, s. 111. Yazar, CMK m. 134 hükmünün, genel arama karşısında özel hüküm niteliğinde olduğundan bahisle *"arama sırasında hazır bulunması gereken kişilere ilişkin CMK m. 120 hükmünün"* kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

40 Aynı yönde, Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 284; Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 376; İhsan Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Hukuk Dergisi,* Cilt 2, Sayı 9, Ağustos 2010, s. 25; A. Caner Yenidünya, Zafer İçer, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 449. Aksi yönde, Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, s. 1098. Son yazarlar, bu görüşlerine gerekçe olarak; *"kanunun koruma tedbirine soruşturma aşamasında başvurulabileceğini açıkça belirtmesini"* ve *"maddede sanıktan değil, yalnızca şüpheliden bahsedilmesini"* işaret etmektedir.

41 Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 322. Yazar, *"bulut bilişim gibi çok kullanıcılı sistemlerde yalnızca kişinin kullanımında olan hesaba ait veriler hakkında tedbire başvurulabileceğini, hizmet veren kuruluşun tüm sunumcu bilgisayarlarında arama yapılamayacağını"* haklı olarak ifade etmektedir.

sından ise bunlarda şirket sırları veya müşterilere ait kişisel verilerin bulunması hallerinde aramayı yapanlar bakımından hukuki ve cezai sorumluluğa yol açmaması adına üçüncü kişilerin özel hayat beklentilerinin korunması ve bu hususta özenli davranılması gerekmektedir[42]. Ancak, ifade edilmelidir ki şüphelinin (ya da sanığın) "kullanımında olmayan" cihazlar hakkında bu tedbirlerin uygulanabilmesi imkân dahilinde değilken[43], "kullanımında olan" cihazların kimde yahut nerede olduğunun ise önemi bulunmamaktadır.

CMK 134'üncü maddesinde yer alan tedbirlerin muhatabı şüpheli (ya da sanık) olmakla birlikte şikayetçi veya mağdur bakımından söz konusu tedbirlerin uygulanıp uygulanmaması konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle siber suçlar bakımından bu kişilere ait bilişim sistemlerine delil elde edilebilmesi için başvurulması zaman zaman tek alternatif olarak karşımıza çıkabilir[44]. Ancak, suç şüphesi altında olmayan kişilere ait cihazlar bu tedbirin konusu oluşturmaz[45]. Doktrinde bu hallerde şikayetçi ya da mağdurun rızasının alınması şartıyla bu kişilere karşı işlenen suçlarda hedef olarak kullanılan bilişim sisteminde Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla arama yapılabilmesi yönünde mevzuat değişikliğine gidilmesi önerilmiştir[46].

Cumhurbaşkanı hakkında 1982 Anayasası 105'inci maddesi uyarınca meclis tarafından karar verilmedikçe soruşturma yapılması mümkün değildir. Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve milletvekilleri hakkında 1982 Anayasası 83'üncü maddesine göre dokunulmazlığın kaldırılması kararı verilmedikçe herhangi bir ceza muhakemesi işlemi yapılamaz. Soruşturma ve kovuşturma engellerinin kaldırılması ile bu kişiler hakkında CMK 134'üncü maddesi uyarınca kullandıkları bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerine ilişkin tedbir kararı verilebilir. Yüksek mahkeme başkan ve üyeleri ile hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkında da tedbir kararı alınabilmesi için öncelikle kendileriyle ilgili mevzuata göre açılmış bir suç soruşturması bulunmalıdır. Ancak bundan sonradır ki tedbir kararı vermeye yetkili merci tarafından bu tedbirlere başvurulabilir[47]. Biz, bu kişilerin sahip ola-

42 Gökhan Yaşar Duran, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma" *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 14, Sayı 173-174, Ocak-Şubat 2019, s. 186.

43 Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 939. Yazarlar, *"üçüncü kişilere ait bilgisayarlarda bu koruma tedbirlerinin uygulanabilmesinin şartı olarak, şüpheli tarafından bunların kullanılmış ya da kullanılıyor olmasını"* göstermiştir. Bu şartlar altında tedbire hükmedilmesi durumunda CMK 117'nci maddesindeki usul kıyasen uygulama alanı bulur. Yenidünya, İçer, s. 450.

44 Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 580.

45 Baştürk, s. 28.

46 Değirmenci, s. 324.

47 Değirmenci, s. 327.

bileceği bilgi ve belgeler bakımından CMK 125'inci madde hükümlerinin uygulanabileceği düşünüldüğünde ve söz konusu maddede yer alan "devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir" açık hükmü karşısında devlet sırrı niteliğindeki bilgi ya da belgelerin yer aldığı cihazlar hakkında soruşturma aşamasında bu tedbirlere başvurulamayacağını düşünmekteyiz[48]. Ayrıca dava şartının arandığı ancak henüz dava şartının gerçekleşmediği hallerde soruşturma yapılmasına engel bulunmamakla birlikte bu şartlar gerçekleşmeden temel hak ve hürriyetleri kısıtlayan söz konusu tedbirlere başvurulması ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına gelebileceğinden tedbir kararının verilmesi için şartın gerçekleşmesi beklenmelidir[49].

Avukatların kişisel bilgisayarlarına ilişkin istisnai bir düzenlemeye de mevzuatta yer verilmemiştir[50]. Avukatlara ait bilgisayarlarda, sistemlerinde veya kütüklerinde tedbirlerin uygulanması gündeme geldiğinde CMK 134'üncü maddesinin CMK 130'uncu madde hükümleriyle beraber uygulanması gerekir[51]. Buna göre, tedbirlere yalnızca hâkim tarafından verilecek karar üzerine başvurulabilir olup uygulanması Cumhuriyet savcısının gözetiminde yapılır. Arama baro başkanının yahut onu temsilen bir avukatın nezaretiyle mümkündür. Nezaret deyimi, hangi arama kıstaslarının uygulandığı; hangi dosyaların kopyalandığı ve hangilerine elkonulduğunun denetlenmesi durumunu anlatmak üzere kullanılmıştır. Bununla birlikte, doktrinde avukat bürosundaki aramada hazır bulunan baro başkanı veya baro başkanını temsilen bulunan avukatın görevinin büroda tedbirlerin uygulanacağı cihazların bulunmasıyla sona ereceği ileri sürülmektedir[52]. Biz, bu aşamadan sonra da CMK 130'uncu madde hükümlerinin kıyasen uygulanmaya devam olunması gerektiğini düşünmekteyiz.

B. Konu Bakımından

Kanun koyucu tarafından bilgisayarlarda, sistemlerinde veya kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanabileceği suçlar açısından herhangi bir suç kataloğuna yer verilmiş değildir[53]. Bu sebeple tedbirlerin tüm suç

48 Benzer şekilde; Duran, s. 235.

49 Duran, s. 221.

50 Baştürk, s. 28. Yazar, *"avukatlara ait bilişim araçları yönünden ayrı bir düzenleme öngörülmediğinden, CMK m.134'ün avukatlar yönünden de aynı koşullarda uygulama yeteneği olduğunu"* ileri sürmektedir.

51 Özbek, Doğan, Bacaksız s. 392. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Haziran 2007 tarihli Smirnov-Rusya kararında *"yeterli şüphe sebepleri yokken avukatın bilgisayarında arama yapıldığı ve meslek sırrının saklanması hususunda kanunda bir güvence öngörülmediği"* gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

52 Duran, s. 195.

53 Yaşar, Otacı, s. 1113; Baştürk, s. 26. Son yazar, *"tasarıda iki yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda bu tedbire yer verilmişken adalet komisyonunda bu kısmın*

tipleri için uygulanabileceği şeklinde bir izlenim söz konusu olmakla birlikte kural olarak, arama ve elkoymanın özel görünüm şekillerini oluşturan bu tedbirlerin sıkı koşulları düşünüldüğünde "başka şekilde delil elde etme imkânı bulunmayan" yani klasik koruma tedbirlerinin kâfi gelmediği tek alternatif olarak bilişim sistemlerinden delil elde edilebilen suç tipleri olan siber suçlarda uygulanabilir[54]. Bunlar haricindeki suç tipleri bakımından tedbir kararı verilirken öncelikle "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin" bulunduğu; "başka şekilde delil elde etme imkanının" ise bulunmadığı dikkatle araştırılmalıdır. Dolayısıyla internetin temel bir insan hakkı olarak telakki edildiği yirmi birinci yüzyılda günlük rutinimizin merkezi bir konumuna yerleşen bilişim sistemlerinin suç olgusu içeren hemen her yerde bulunabileceği hakikati karşısında bu suçların sınırlı sayı (tahdidilik) ilkesine göre belirlenemeyeceğini ve katalog suçlar listesine kanun koyucu tarafından yer verilmemesi hususunu eleştiren görüşlere katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Gerçekten de örneğin, tutuklama koruma tedbiri açısından CMK 100'üncü maddesinde bir kataloğa yer verilmişken uygulamada söz konusu düzenlemenin adeta bir "tutuklama mecburiyeti" olarak anlaşıldığı görülmektedir. Bu noktada kanaatimizce esas çözüm, her koruma tedbiri bakımından katalog suç listesi tutmaktansa hakimlerin tedbir kararı verirken yapacakları değerlendirmelerde ölçülülük ve akla gelen son çare olma ilkeleri ekseninde temel insan hakları ile koruma tedbirinin uygulanmasından beklenen fayda arasında bir denge tutturmasından geçmektedir[55]. Doktrinde buna uyulmamasının AY 13'ünci maddesi bağlamında ölçülülük ilkesi ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı ve bu yönüyle son derece sakınca doğuracağı belirtilmektedir[56].

Nitekim söz konusu tedbirler, temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale içer-

---

madde metninden çıkarılmasının isabetsiz olduğunu, ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan her fiil için bu tedbire başvurabilmesi imkanının oranlılık ilkesinin ihlali anlamı taşıyabileceğini" ifade etmektedir.

54 Kişilerin şahıs ve mal varlıklarına yönelen eylemler ile bizzat sistemin kendisini ele geçirmeyi hedefleyen bu suçlara *"hacking, bot-net/d-dos saldırıları, bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, velileri yok etme ya da değiştirme, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, nitelikli hırsızlık ve dolandırıcılık, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları ile online kumar ve çocuk pornografisi"* gibi suçları örnek gösterilebilir. Ayrıca bkz. Metin Turan, *Bilişim Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 71 vd.

55 Gerçekten de devletin, etkin kontrolünün bulunmadığı alanlarda bilhassa "siber alanda" dahi temel hak ve hürriyetler bakımından yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar; temel haklara saygı ve bunlara gerekli özeni gösterme, ülke dışındaki yükümlülükler ve uluslararası işbirliği ile şeffaflık ve hesap verebilirlik şeklinde tezahür etmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Berkant Akkuş, "Devletin Etkin Kontrolünün Bulunmadığı Siber Alanda İnsan Hakları Yükümlülükleri Nelerdir?", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 6, Sayı 1, 2024, s. 159 ve 160.

56 Yaşar, Otacı, s. 1113.

diği için "olağan dışı-istisnai-ikincil" nitelikte ve akla gelen son çare (ultima ratio) olarak uygulanır. Bunun bir neticesi olarak, her suç araştırmasında "acaba kişinin elektronik cihazlarında herhangi bir şeye rastlayabilir miyiz, bunlara da bir bakalım" şeklinde düşünülemeyecek olup tedbirlere başvurulmasını gerektiren somut olguların muhakkak karar merciine sunulması gerekir[57]. Dolayısıyla bilişim sistemlerinden elde edilecek delillerin hukuka uygun yolla elde edildiğinden bahsedebilmek için kanun koyucu tarafından kuvvetli şüphenin yanında kümülatif bir şart olarak aranan "başka bir surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması" koşulunun gerek savcının talebine ve gerekse karar mercii hâkimin kararına somut olgular şeklinde yansıması bu tedbirlere ultima ratio ilkesine riayet edilerek başvurulduğunu gösterir. Ancak, pratikte bu koşula özen gösterilmediği ifade edilmekle birlikte, siber suçlarda şüpheli ve sanıklar kadar vakitle de bir yarışın bulunduğundan bahsedilmektedir[58]. Bu gerekçeye ceza muhakemesinde koruma tedbirleri bakımından kabul edilen akla gelen "son çare olma" ilkesi düşünüldüğünde iştirak etmek pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında; "*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma CMK'nın 134. maddesinde düzenlenmiş olup, ... tamamı "dijital delil" olarak adlandırılan, suistimale müsait olan verilerin; sıhhatini ve güvenliğini sağlamak amacıyla ve bireyin özel hayatına, kişisel verilerine yönelik olumsuz tesirleri göz önünde tutularak "son çare" olarak başvurulabilecek "özel koşullara bağlı" bir koruma tedbiri olması nedeniyle, genel adli aramadan ayrıksı ve istisnai olarak ayrıntılı şekilde ...*" hükümlere yer verildiği belirtilmektedir[59].

Söz konusu koruma tedbirleri, esasen bilgisayar verilerine ilişkin olarak uygulanır. Ancak bu verilerin içerisinde yer aldığı cihazlar olarak CMK 134'üncü maddesinde bilgisayarlar, sistemleri ve kütüklerinden bahsedilmiştir. Bilgi teknolojilerindeki gelişim, akıl almaz bir hızla devam etmekte olup neredeyse her gün veri işleyen, saklayan ve ileten birçok yeni cihaz kişilerin kullanımına sunulmaktadır. Doktrinde de bilişimin bilginin elektronik araçlarla otomatik olarak işlenmesi süreci olduğu, bilgilerin saklanması, işlenmesi, organize edilmesi, değerlendirilmesi, çoğaltılması ve iletilmesiyle ilgili işlevleri otomatik olarak gerçekleştiren sistemlerin bilişim sistemi olarak kabul edildiği ifade edilmektedir[60]. Bu özelliklere sahip tüm

57 Baştürk, s. 27.

58 Rezan Epözdemir, "Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri", *Terazi Hukuk Dergisi,* Cilt 13, Sayı 142, Haziran 2018, s. 92.

59 CGK 22.10.2019 tarih ve E. 2017/7-961 K. 2019/622 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2017-7-961.htm&kw=%60CMK+134%60&cr=yargitay#fm (27.09.2024).

60 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 851; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* Adalet Yayınevi, Ankara,

cihazlar bakımından CMK 134'üncü maddesinde yer alan tedbirlerin uygulanabilir[61]. Cep telefonları, cep bilgisayarları, CDler, DVDler, USBler, hafıza kartları, harici diskler, fotoğraf makineleri ve onların hafıza kartları, akıllı saatler, akıllı kartlar bu cihazlara örnek verilebilir[62]. Nitekim CMK 134'üncü maddesinde "bilgisayar kütüğü" kavramına yer verilmesi sayesinde CD, DVD, USB gibi bilgisayar olmamakla birlikte "dijital veri içeren"[63] tüm donanımlar da madde kapsamında değerlendirilir[64]. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında; *"Sanığın kendisine ait olmadığını savunduğu CDlerin bilgisayar kütüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden imajları alınmadan içeriklerinin belirleyici delil olarak kabul edilmesinin 5271 s. CMK'nin 134. md. düzenlenen usule aykırı olduğuna"* hükmedilmiştir[65].

2019, s. 555; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 963; Tezcan, Erdem, Önok s. 1150.

61 Ünal, s. 95; Yenidünya, İçer, s. 449.

62 Betül Gül Şarsel, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma,* Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017, s. 99.

63 Gerçekten de dijital delilin bir donanım aygıtında bulunması halinde, ceza yargılamasında asıl delili oluşturan donanım aygıtının kendisi değil, donanım aygıtında bulunan dijital delildir. Alaaddin Egemenoğlu, "Proving the Crime of Threat Through Digital Evidence in the Light of the Supreme Court Decisions", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 7, Sayı 2, 2024, s. 483.

64 Yaşar, Otacı, s. 1108.

65 CGK 18.10.2023 tarih ve E. 2018/16-124 K. 2023/538 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-16-124.htm&kw=%60CMK+134%60&cr=yargitay#fm (27.09.2024). Yüksek mahkeme, söz konusu kararında CMK 134'üncü ve 135'inci maddelerin ayrımına ilişkin olarak; *"Bilgisayarlarda, bilgisayar programları, bilgisayar kütükleri veya diğer araçlarda yapılacak aramanın konusu "elektronik veri"dir. Bu araçlarda arama işleminde amaç suçla bağlantılı her türlü elektronik veriye ulaşmaktır. Bu kapsamda bilgisayardaki mevcut klasördeki dokümanların tümü taranabilir. Bilgisayarda, şüpheli veya sanığın internet ortamında çeşitli programlar ya da sosyal iletişim siteleri (Msn Messenger, Facebook, Twitter vb.) vasıtasıyla gerçekleştirdiği iletişime ilişkin kayıtların aranması, CMK'nın 135. maddesine göre değil, CMK'nın 134. maddesine göre yapılabilir. Zira CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, teknik araçlarla iletişimin tespitini, dinlenmesini ve kayda alınmasını kapsamaktadır. CMK'nın 135. maddesine göre yapılan iletişimin dinlenmesi ve kaydı, geçmişe dönük olarak değil geleceğe dönük olarak yapılabilir. Diğer bir ifadeyle geçmişte gerçekleşen iletişimin dinlenebilmesi, kayda alınabilmesi mümkün değildir. Ancak internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kayıt altına alındığından bu iletişim kayıtları hakkında CMK'nın 134. maddesindeki koruma tedbiri kapsamında arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanabilir. Bireyin e-posta, yazışma ve haberleşmeleri CMK'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilirken, bireyin kendisine e-posta ile gelen bir yazı, resim, görüntü veya ek dosyayı kullandığı bilgisayara veya taşınır belleğe kaydettiğinde, artık bu belge haberleşme hürriyetinin dolayısıyla iletişimin denetlenmesinden çıkıp CMK'nın 134. maddesi kapsamında bilişim cihazına kayıtlı bilgi ve belgeye dönüşecektir. Kriptolu haberleşme sonucunda silinmiş mesajların gerek bilgisayarda gerekse sistem üzerinde ele geçirilmesi de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetimi kapsamında olmayıp bu gibi hâllerde CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbiri söz konusu olabilir."* şeklinde içtihatta bulunmuştur.

IV. Koşulları

A. En Azından Soruşturma Evresine Başlanılmış Olmalıdır[66]

CMK 134'üncü maddesi sırasıyla "soruşturma, hakim ve şüpheli" kavramlarına yer verirken "kovuşturma, mahkeme ve sanık" kavramlarından ise bahsetmemiştir. Bu durum, doktrinde uzlaşmanın sağlanamamasına ve iki değişik

66 6 Ocak 2017 tarih ve 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 27'nci maddesi ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu 6'ncı ek maddesine eklenen; *"Polis, sanal ortamda işlenen suçlarda, yetkili Cumhuriyet başsavcılığının tespiti amacıyla, internet abonelerine ait kimlik bilgilerine ulaşmaya, sanal ortamda araştırma yapmaya yetkilidir. Erişim sağlayıcıları, yer sağlayıcıları ve içerik sağlayıcıları talep edilen bu bilgileri kolluğun bu suçlarla mücadele için oluşturduğu birimine bildirir."* hükmü sayesinde polise sanal (siber) ortamda bir "araştırma" yetkisi tanınmış idi. Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM), 19.02.2020 tarih E. 2018/91 ve K. 2020/10 sayılı kararı ile bu hükmü iptal ederek polise tanınan sanal (siber) ortamda "araştırma" yetkisine son vermiştir. AYM kararı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mehmet Bedii Kaya, Polisin Sanal Devriye Yetkisini İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, https://mbkaya.com/hukuk/polis-sanal-devriye-siber-kolluk-aym-iptal.pdf (27.09.2024).

Yargıtay 3'üncü Ceza Dairesi'nin 07.03.2024 tarih ve E. 2022/11685 K. 2024/3488 sayılı kararında yer verilen karşı oy yazısında da vurgulandığı üzere; *"... polise siber ortamda tanınan sanal ortamda araştırma yetkisi iptal edilmiştir. Bu tarihlerden sonra ve önce Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun genel hükümlerine göre Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda suç araştırması yapılacağı aşikardır ve hazırlık soruşturması nasıl başlayacağı kanunumuzda açıkça düzenlenmiştir. Polise sanal yetki verilen dönem dışında kalan suç tarihinde de soruşturmanın Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun genel hükümlerine göre Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda suç araştırması yapılacağı aşikardır ve hazırlık soruşturması nasıl başlayacağı kanunumuzda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla suç tarihinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre soruşturma ve suç delillerinin toplanması zorunludur. Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK. 160/1 m.). Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla her türlü araştırmayı yapabilir (CMK. 161/1 m.). Yargıtay Ceza Daireleri ve Ceza Genel Kurulu kararlarında istikrarlı bir şekilde soruşturmayı Cumhuriyet Savcısını başlatacağı ve soruşturma işlemlerini Cumhuriyet Savcısını talimatıyla yapılabileceği açıkça kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.12.2007 tarihinde vermiş olduğu 2007/247-257 Sayılı kararında "Soruşturma evresinin asıl yetkilisi olan Cumhuriyet savcısı ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için soruşturmaya başlayacaktır. Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına yönelik olarak hangi tür olaylarda hangi yolları takip edebileceğine ilişkin mevzuatımızda çok açıklık bulunmamakla birlikte soruşturma yöntemleri uygulamanın getirdiği benzer olaylardaki hareket tarzı yoluyla kazanılan ve mesleki birim olarak isimlendirilebilecek tecrübe, yargısal kararlar ve öğreti maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için Cumhuriyet savcısının yolunu aydınlatmaktadır." demek suretiyle Cumhuriyet savcısının hukuk içerisinde kalarak Ceza Muhakemeleri Kanunun'daki usul işlemlerini ve (hükümleri riayet etmek suretiyle) soruşturmada yürüteceği yöntemi kendisinin belirleyeceğini benimsemiştir; ancak Cumhuriyet savcısının bu serbestliği sınırsız, hukuk düzenine ve evrensel hukuk kurallarına aykırı olamaz. Ayrıca ünlü ceza hukukçusu Rudolf Von Jhering'in değimi ile "şekil keyfiyetin düşmanı hürriyetin ikiz kardeşidir." ilkesinde belirtildiği gibi Cumhuriyet savcısı ve kolluk birimleri ceza soruşturmasında Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen usul kurallarına uymak zorundadır. Usul kurallarına uymadan hukuka aykırı elde edilen deliller soruşturma ve kovuşturmada kullanılamaz (CMK m. 147, 217/2, 206/2-a, 230/1-b, 289/1-i)."* Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-16-124.htm&kw=%60CMK+134%60&cr=yargitay#fm (28.09.2024).

alternatifin savunulmasına sebebiyet vermiştir. Birinci alternatif, kanun koyucu tarafından bilgisayar verilerinde arama yapılması; bilgisayar verilerinin kopyalanması ve bilgisayar verilerine elkonulması tedbirlerinin yalnızca soruşturma evresine müteallik olarak düzenlendiği ve kovuşturma evresinde bu tedbirlere başvurulamayacağını öne sürer[67]. Gerekçe olarak, aleni yapılan duruşmada mahkemece bu tedbirlere karar verilmesi durumunda ilgililerin bunu öğrenerek verileri yok edeceği ve delil elde edilmesi amacına ulaşılamayacağını belirtir. İkinci alternatif, mahkemelerin re'sen (kendiliğinden) araştırma yetkisini haiz olduğu ve ceza muhakemesi sistemimizde kovuşturma evresinde delil toplanmasını yasaklayan hükümler olmadığı gerekçesiyle kovuşturmada da bu tedbirlere müracaat edilebileceğini ifade eder[68]. Bize göre, CMK 134'üncü maddesi uyarınca en azından soruşturma evresine başlanılmış olmalıdır[69]. Bu itibarla ceza soruşturması niteliğini haiz olmayan disiplin ya da idari soruşturma başlatıldığı hallerde yahut bir hukuk davasında bu tedbirlere başvurulamaz. Fakat, CMK 192'nci maddesine göre kovuşturmada mahkeme tarafından delillerin ikame edilmesinde bir sakınca bulunmamalıdır[70]. Yargıtay Ceza Ge-

67 Epözdemir, s. 91; Duran, s. 219; Yaşar, Otacı, s. 1115; Yenisey, Nuhoğlu, s. 435, yazarlar, *"maddede sadece şüpheliden söz edildiği gerekçesiyle tedbire kovuşturma aşamasında başvurulamayacağı"* kanaatindedir. Centel, Zafer, s. 449, yazarlar *"açık duruşmada tedbire karar verilmesi halinde ilgililerin kayıtları yok edeceği gerekçesiyle kovuşturmada bu tedbirin yarar sağlamayacağı"* düşüncesindedir. Bahri Öztürk, Behiye Eker-Kazancı, Sesim Soyer-Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 204, yazarlar, *"kanun koyucunun CMK 129'uncu ve 133'üncü maddelerinde hem soruşturma hem kovuşturma evresinden açıkça bahsederken; CMK 134'üncü maddesinde yalnızca soruşturma evresi deyimini kullanmasının bilinçli bir tercih olduğunu ve kanunilik ilkesi gereği tedbirin bu evreye münhasır olarak uygulanacağı"* görüşündedir. Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 692, yazar, *"lafzi yorum sonucunda maddede geçen hakim ibaresinin sulh ceza hakimi olarak anlaşılması halinde tedbire sadece soruşturma evresinde başvurulabileceğini"* belirtmektedir.

68 Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 480; Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 376; Soyaslan, s. 284; Baştürk, s. 25; Yenidünya, İçer, s. 449. Son yazarlar, bu araştırma ve ispat aracı elde etme yönteminin yalnızca soruşturma evresine müteallik olarak düzenlenmesinin eksik olduğu görüşündedir. Buna göre, kanunda kovuşturma evresi için de düzenleme yapılması gerekir. Aksi bir uygulama, kanunilik ilkesi uyarınca hukuka aykırıdır.

69 Yargıtay 8'inci Ceza Dairesi'nin 14.05.2014 tarih ve 3415/12298 sayılı kararında kovuşturma aşamasında da CMK 134'üncü maddesinin uygulanabileceğine yönelik olarak; *"sanığın suçlamaları kabul etmeyerek kullandığı modemin şifreli olduğunu ve kötü niyetli kişiler tarafından şifresinin kırılıp kullanılabileceğini savunması karşısında, sanığın bilgisayarına elkonulup hard diski incelenerek suça konu siteye ait bilgisayarlar arasında bağlantı ve veri akışı olup olmadığının saptanmasına"* hükmedilmiştir.

70 Muharrem Özen, Gürkan Özocak, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirlerinin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi,* Sayı 1, 2015, s. 62. Yazarlar, *"CMK 134'üncü maddesi uyarınca işlem yapılabilmesi için öncelikle bir suç soruşturmasının varlığının gerekmekte olduğunu; ancak bu şartı dar yorumlamamak gerektiğini; zira kovuşturma aşamasında eksik deliller söz konusu ise bu aşamada da CMK 134'üncü maddesi gereğince koruma tedbiri kararı verilebileceğini"* ifade etmektedir.

nel Kurulu da 2017 tarihli bir kararında bu görüşe yer vermektedir[71]. Zira ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin (hakikatin) ortaya çıkarılmasına hizmet edebilecek delillerin CMK 134'üncü maddeye başvurulması yoluyla elde edilmesi imkânı kovuşturma evresi bakımından ortadan kaldırılmamalıdır. Nihayetinde yapılması gereken, kanun koyucu tarafından kovuşturma evresini de içine alan bir değişikliğe gidilmesidir[72]. Ancak bu noktada mevcut durum bakımından ifade etmek isteriz ki özel hükmün önceliği ilkesine halel gelmemesi için CMK 134'üncü maddesinde açıkça düzenlenen konularda CMK 116'ncı ve devamındaki madde hükümlerinin uygulanamayacağını ve fakat CMK 134'üncü maddesinde açıkça yer almayan hususlarda CMK 116'ncı ve devamındaki hükümlerinin aleyhe sonuç doğurmamak koşuluyla (aleyhe kıyas yasağına riayet edilerek) kıyas yoluyla uygulanma kabiliyetinin olduğunu düşünmekteyiz.

B. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebepleri Bulunmalıdır

CMK 134'üncü maddesinde düzenlenen koruma tedbirleri bakımından katalog suçlara yer verilmemiştir. Bununla birlikte; söz konusu tedbirlere başvurulabilmesi için "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" aranmaktadır. Bu koşul, yalnızca CMK 134'üncü maddesi bağlamında bilgisayar verilerinde arama yapılması; bilgisayar verilerinin kopyalanması ve bilgisayar verilerine elkonulması tedbirlerinin uygulanabilmesi için değil, ayrıca "tutuklama; taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma; şirket yönetimi için kayyım tayini; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme" tedbirlerinde öngörülen bir "ortak koşul" olarak ittihaz edilir[73]. Nitekim, ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden biri de soruşturma ya da kovuşturma konusu suçun işlendiği hususunda belli derecede şüphe bulunmasıdır[74]. Buna haklı görünüş, diğer bir deyişle görünüşte haklılık denir[75]. Gerçekten de

---

71 CGK 18.10.2023 tarih ve E. 2017/16-956 K. 2017/370 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html (27.09.2024).

72 Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet Hukuku*, s. 582; Ateş-Benek, s. 389. Yazarlar, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerine ilişkin sınırların kanunla düzenlenmesi gerekliliğinden hareket etmektedir.

73 Duran, s. 221.

74 Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 214; Centel, Zafer, s. 350. "Şüphe" kavramı, koruma tedbirleri bakımından önemli olduğu gibi ceza muhakemesi evreleri açısından da yani soruşturmanın başlayabilmesi ve kovuşturmaya geçilebilmesi için de önemli bir unsurdur.

75 Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1 Genel Kısım,* Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 680; Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 661.

bir koruma tedbirine başvurulmasının haklılığı ancak muhakeme neticesinde anlaşılır. Bu itibarla görünüşte haklılıkla yetinmek gerekir. Aksi kabul, hiçbir koruma tedbirine başvurulamamasını sonuçlar. İşte, haklı görünüş için aranan şüphe derecesi çoğu koruma tedbiri gibi CMK 134'üncü maddesi bakımından da kuvvetli şüphe olarak kabul edilmiştir[76]. Kuvvetli şüphenin varlığı, kişinin isnat edilen suçu işlediği ve büyük ihtimalle hakkında mahkûmiyet kararı verileceği yönünde güçlü bir delilin bulunduğunu ve buna dayanılarak arama kararı verildiğini güvencelemektedir[77]. Yani delil o kadar kuvvetlidir ki ilk görünüşe göre bu delil, büyük ihtimalle mahkumiyete götürecektir. Söz konusu durum, doktrinde; bir soruşturmada hem kuvvetli suç şüphesini gerektiren somut delillerin olması hem de "başka şekilde delil elde etme imkânı bulunmaması" şartlarının birlikte aranmasının çelişkili ve anlam karmaşasına neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir[78]. Zira kuvvetli şüphenin varlığı, soruşturma makamının elinde iddianame düzenlenmesine yeter derece delil bulunduğu anlamına gelir[79]. Kanaatimizce kanun koyucu burada CMK 134'üncü maddesinde düzenlenen tedbirlerin arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel bir görünüşünü oluşturmasından dolayı başvurulmasını sıkı şartlara bağlayarak istisnai niteliğini vurgulamakta ve karar alma mekanizmasındaki hukuk uygulayıcılarının dikkatini bu yöne çekmektedir.

Kuvvetli şüphenin her somut olayda iki yönlü olarak araştırılması gerekir[80]. İlkin, soruşturma ya da kovuşturma konusu suçu şüphelinin işlediği; ikinci olarak da bu kişiye ait bilgisayar verilerinden delil elde edilebileceğine ilişkin olarak kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Bu itibarla kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliğindeki bu tedbirin uygulanması bakımından sırf bir delil etme imkanının bulunması ile yetinilmemeli, bunun belli bir yoğunluğa ulaşmış olması ihtimali de barındırması ayrıca aranmalıdır. Bu bakımdan tedbir kararının gerekçesinde hangi "somut delillere" dayanılarak karar verildiğinin açıkça belirtilmesi gerekir.

6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, CMK 134'üncü maddesi hükmüne "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" deyimi eklenmiştir[81]. Bu ibarenin, bilimsel ve yargısal içtihatların şüphe dereceleri bakımından

76 Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç, s. 203.

77 Yaşar, Otacı, s. 1113.

78 Yaşar, Otacı, s. 1114; Nurhan Soylu, *Dijital Delillere El Konulması Sürecinde CMK 134. Madde Hükümlerinde Görülen Problemler ve Çözüm Önerileri,* Üsküdar Üniversitesi Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü Adli Bilimler Anabilim Dalı, 2021, s. 140.

79 Soylu, s. 140.

80 Değirmenci, s. 352.

81 Değirmenci, s. 347. Yazar, bu değişiklik öncesinde CMK 134'üncü maddesi bağlamında herhangi bir şüphe derecesine yer verilmemesinin sebebinin, CMK 116'ncı maddesindeki ara-

kabul ettiği "basit, yeterli ve kuvvetli şüphe" kavramları ile beraber okunduğunda hangi manaya geldiği hususunun tereddütlere yol açtığı gerekçesiyle eleştiriye maruz kalmıştır[82]. Bize göre, burada esas vurgulanması gereken, kanun koyucunun temel hak ve hürriyetler açısından ciddi bir müdahale niteliğindeki bu tedbirlerine başvurulurken şüphe sebeplerinin "somut delillerle" desteklenmesini talep etmesidir. Böylece kanun koyucu tarafından, yalnızca görünüşte haklılık ile yetinilmemiş ayrıca maddi gerçeğin bir parçası olan şüphe sebeplerinin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması temin edilmiştir.

C. Başka Şekilde Delil Elde Etme İmkânı Bulunmamalıdır

Ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılırken temel hak ve hürriyetlere en az müdahale oluşturan ve en az sınırlama getiren koruma tedbirlerine başvurulması ölçülülük ilkesinin gereğidir[83]. Her aşamada araçla amacın; yöntemle hedefin muvazene içinde olması aranır[84]. Eğer, klasik koruma tedbirlerine başvurularak delil elde edilebilecek ise bilgisayar verilerinde arama yapılması; bilgisayar verilerinin kopyalanması ve bilgisayar verilerine elkonulması tedbirlerinin uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder. Bu itibarla, bilgisayar verilerine ilişkin koruma tedbirlerine başvuracak olan hâkimin öncelikle başka şekilde delil elde imkânı bulunmadığına dair kararına gerekçe yazması gerekir[85]. Nitekim, başka şekilde delil elde etme imkânı bulunmaması koşulu, bu düzenlemenin ikincil ya da akla gelen son çare (ultima ratio) olduğunu gösterir[86]. Ayrıca CMK 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında *"gecikme olmaksızın iade edilir"*

---

maya ilişkin şüphe derecesi olan makul şüphenin bilgisayar verileri için öngörülen koruma tedbirleri açısından da uygulanması olduğunu belirtmiştir. Gerçekten de arama koruma tedbirinin özel bir görünümünü arz eden bu tedbirler bakımından genel norm niteliğindeki aramaya ilişkin CMK 116 vd. maddelerindeki hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olmuştur.

82 Duran, s. 222; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 392. Son yazarlar, kuvvetli şüphe sebepleri kavramının kuvvetli şüphe olmadığı; basit ve yeterli şüphe arasında yeni bir dereceyi ifade ettiği; yeni bir şüphe derecesinin belirlenmesi zorunluluğu varsa bunun kanuni bir tanımlama ile yapılmasının yerinde olacağı görüşündedir. Biz de şüphe derecelerinin kanunen belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşe iştirak etmekle birlikte, söz konusu koruma tedbirinin tedbiri uygulayanlar açısından sırf delil etme imkânı olduğu gerekçesiyle başvurulamayacak ve fakat somut delillerle makul bir ihtimal seviyesine ulaştıktan sonra başvurulabilecek bir tedbire işaret etmek amacıyla kanun koyucunun şüphe sebepleri kavramını kullandığını düşünmekteyiz.

83 Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 481.

84 Schroeder, Verrel, s. 97; Kunter, s. 662; Centel, Zafer, s. 351; Toroslu, Feyzioğlu, s. 215.

85 Yenisey, Nuhoğlu, s. 436; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma-Gezer, Saygılar-Kırıt, Alan-Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok-Villemin, Tok, s. 523.

86 Özen, s. 766. Yazar, bununla birlikte yaşadığımız teknoloji çağında *"bilgisayarların en kolay delil elde etme yollarından biri olduğunu ve bu tedbirin ikincillik özelliğinin lafzi düzenlemede kaldığını"* haklı olarak belirtmiştir. Bu noktada CMK 134'üncü maddesine soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı ve sulh ceza hakimince verilecek kararlar bakımından gerekçeli olma zorunluluğu getirilmesi önerisinde bulunmaktadır. Gerçekten de bu madde kapsamında verilecek kararların hukuka uygunluğunun denetimi açısından gerekçe kritik öneme haizdir.

ifadesine yer verilmesi tedbirlerin geçici niteliğini vurgulamaktayken son fıkrasındaki *"elkoymaksızın da ... verilerin ... kopyası alınabilir"* deyimi oranlılık ilkesine işaret etmektedir[87].

Bilgisayar verilerine ilişkin koruma tedbirleri uygulanırken esas olan, bilgisayar verilerinde arama yapılması; bunların kopyalanması ve soruşturma ya da kovuşturma konusu suça dair "verilere" elkonulmasıdır. Dolayısıyla kural olarak, bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerine elkoyma olmaksızın uygulanmalıdır. İstisnai olarak, "şifrenin çözülememesi sebebiyle sisteme girilememesi; gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması[88] hallerinde" şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması işlemlerinin yapılmasıyla sınırlı biçimde ve gerekçe göstermek suretiyle bu araç ve gereçlere elkonulabilir[89]. Nitekim bu işlemlerin yapılması halinde elkonulan cihazların derhal iade edilmesi gerekir[90]. Bu ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Fakat, bazı suçlar bakımından cihazların iade edilmesi mahzurlu sonuçlar doğurabilir. Mesela, TCK 245'inci maddesi uyarınca yapılan soruşturma ya da kovuşturmada yapılan elkoymanın konusu olan içerisinde mağdurların kredi kartı bilgilerinin olduğu bilgisayarın iade edilmesi gibi. Doktrinde bu hallerde eşya müsaderesi uygulanabileceği haklı olarak ifade edilir[91]. Bize göre, uygulamada adeta bir kural olarak uygulanan söz

87 Baştürk, s. 27.

88 İşlemin uzun sürecek olması nedeniyle bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerine elkonulabilmesi istisnası, 7145 sayılı ve 25 Temmuz 2018 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikten sonra CMK 134'üncü maddesine eklenmiştir. Biz, bu istisnanın dikkatle uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim, içerisinde milyonlarca veri barındıran bilgisayarların aranması ve kopyalanması işlemleri belli bir zamanı alır. Neredeyse her siber suçta birden fazla cihazla muhatap olan kolluk görevlilerinin bu istisnai gerekçeye dayanarak tüm araç gereçlerle ilgili olarak elkoyma işlemi yapması mümkündür. Böylesi bir uygulama kanun koyucunun ayrıca ve açıkça sıkı şartlar öngörerek düzenlediği CMK 134'üncü maddesinin uygulanmayarak genel elkoyma hükümlerinin uygulanmasını sonuçlayacaktır. Bu bakımdan elkoyma işleminin ölçülülük ilkesine ve nihayet hukuka uygun olduğunun denetlenebilmesini sağlamak üzere kolluk görevlilerince her somut olayda; neden elkoyma işlemine başvurulduğu ayrıntılı olarak tutanaklara yazılmalı ve bu durum şüpheli ya da sanık ve işlem tanıkları ile imza altına alınmalıdır.

89 CGK 25.02.2020 tarih ve E. 2016/8-544 K. 2020/127 sayılı kararında; *"bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozma suçundan yapılmakta olan soruşturmada CMK 134'üncü maddesi uyarınca verilen karar doğrultusunda yapılan aramada sabit disklerin ele geçirildiği, bu materyallerin ardından sebebi belirtilip bu husus tutanağa geçirilmeden ve mahallinde sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılmadan söz konusu sabit disklere el konularak teknik inceleme için İstanbul Emniyet Müdürlüğü, Asayiş Şube Müdürlüğü, Ar-Ge Büro Amirliği'ne getirildiği, kural olarak bulundukları mahalde incelenmeleri gereken suça konu sabit disklere hem CMK 134'üncü maddesi hem de objektif olarak kabulü gereken zorunlu sebebe bağlı bir gerekçe gösterilmeden elkonulamayacağına"* hükmedilmiştir. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-8-544.htm&kw=%602016/8-544%60+&cr=yargitay#fm (27.09.2024).

90 Özbek, Doğan, Bacaksız s. 394; Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 480.

91 Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 205. Yazarlar, ayrıca bu durumlar için kanuni düzenleme yapılmasının gerekliliğine işaret etmiştir.

konusu istisnai haller olmaksızın her somut olayda bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerine elkoyma işlemi yapılması, "hukuka aykırılık" teşkil etmekte ve ele geçirilen delillerin de "yasak delil" mahiyetinde olması nedeniyle açıkça maddi gerçeğe ulaşılmasını ve suçlulukla mücadeleyi engeller niteliktedir. Olması gereken, tedbir kararı alınırken de tedbirler uygulanırken de ölçülülük ilkesinin unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık hususlarının varlığının aranmasıdır. Aksi hal, elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılamamasını sonuçlar.

V. Karar Vermeye Yetkili Merci

Tedbirlere başvurulabilmesi için Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararı gereklidir. Söz konusu tedbirlerin mülkiyet gibi temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getirmesi bakımından yalnızca hâkim kararıyla uygulanabilmesi güvenceli olmuştur. Burada hâkim ile kastedilen CMK 162'inci maddesi uyarınca sulh ceza hâkimidir[92]. Verilecek karar, CMK 134'üncü maddesi gereğince şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda, sistemlerde ve kütüklerde "arama yapılması", bunlardan "kopya çıkarılması" ve "bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesi" işlemlerine yöneliktir. Hâkim kararında bu işlemlere ayrıca ve açıkça yer verilmemişse genel nitelikteki bir arama kararıyla ilgili tedbirlere başvurulması imkân dahilinde değildir.

7145 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" Cumhuriyet savcısı tarafından[93] da tedbirlere ilişkin olarak karar verilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu karar, yirmi dört (24) saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört (24) saat içinde açıklar. Sürenin dolması ya da hâkim tarafından aksine karar verilmesi durumlarında çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler hemen imha edilir. Bu noktada ifade edilmelidir ki "gecikmesinde sakınca bulunan hal" olmaksızın tedbirlere başvurulması gerek tedbir kararının kendisini gerekse de tedbir uygulanarak ele geçirilen delilleri hukuka aykırı hale getirir[94]. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının bu istisnai yetkiyi kullanabilmesi için hâkimden karar talep etmesi halinde tedbirlerin uygulanamaz hale gelmesi ya da tedbirlerden beklenen faydanın elde edilememesi tehlikesiyle karşılaşması gerekir. Cumhuriyet savcısı, her somut olayda denetime imkân verecek şekilde hâkim kararı almasının gecikmeye sebebiyet vereceğini, bunun da sakınca doğuracağını düşündüren bilgi ve bel-

92 Duran, s. 224; Yusuf Başlar, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri", *UMD,* Cilt 3, Sayı 3, 2013, s. 90.

93 Baştürk, s. 28. Yazar, Cumhuriyet savcısının "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" tedbir uygulaması için izin vermeye yetkili kılınmasını "sınırlamanın hakim kararıyla yapılabileceği" unsuru yönünden uygun olmayacağını ifade etmektedir.

94 Schroeder, Verrel, s. 97; Centel, Zafer, s. 350.

gelere kararında yer vermelidir. Bu kararda ayrıca ve açıkça arama ve elkoyma tedbirlerine başvuracağı belirtilmelidir. Nitekim, arama ve elkoyma tedbirleri arasında tedbirin ağırlığı ile öncelik ve sonralık yönünden fark bulunur. Kanun koyucu, bu hiyerarşiyi dikkate alarak öncelikle "özel arama" hükmü nitelindeki CMK 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasını ihdas etmiş; bu koruma tedbiri ile amaca ulaşılamaması halinde uygulanmak üzere CMK 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında "özel elkoyma" hükmünü düzenlemiştir. Bu tedrici düzenleme dikkate alınmaksızın kolluk görevlilerince uygulama yapılırsa elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün olmaz. Çünkü, ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak bilgisayarlarda veya programlarında ya da kütüklerinde bulunması umulan bir delilin genel bir arama kararı ile ele geçirilmesi, özel nitelikteki arama veya elkoyma tedbirlerinin uygulanma gerekliliğini ortadan kaldırır[95]. Ancak, doktrinde elkoyma ihtiyacının kanunda sayılan hallere münhasır olmadığı; mesela, terör ya da örgütlü suçlarda olay yerinin fiziksel güvenliğinin teminiyle alakalı problemler çıkabileceği veya fiziksel ortamda kesintisiz enerji temin sorunu yaşanabileceği gerekçesiyle genel bir elkoyma nedenine kanunda yer verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[96]. Biz, bu ihtimallerde genel elkoyma kararıyla da bu neticeye ulaşılabileceğinden dolayı zikredilen görüşe iştirak etmemekle birlikte elkoyma tedbirini uygulayan makamların hukuka aykırılık iddialarının önüne geçmek için titizlikle davranması, bilişim sistemlerinden delil elde edilmesine yönelik düzenlemenin dereceli yapısına uygun ve ölçülülük ilkesini esas alan bir pratiğin oluşturulması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca kanun değişikliği öncesinde cumhuriyet savcılarına ya da kolluk görevlilerine bu yetkinin verilmemesi ve söz konusu tedbirlere yalnızca hâkim kararıyla başvurulabilmesinin altında yatan gerekçe bilgisayar verilerinin tahrifata ve sahte delil üretimine açık yönleri olmuştur. Bununla birlikte temel hak ve özgürlükler bağlamında kanuna eklenen hüküm, cumhuriyet savcısınca verilecek tedbirlere ilişkin kararların hâkim tarafından denetime elverişliliği cihetiyle yerindedir[97].

---

95 Yaşar, Otacı, s. 1115. Yazarlar, arama ile bulunması umulan delilin silinmiş, dosya yolu değiştirmiş ya da çeşitli sebeplerle hemen ulaşılması mümkün bir şekilde bulunmadığı durumlarda bilgisayarın adli kopyasının alınması gerekliliğinin doğduğunu haklı olarak belirtmektedir.

96 Mehmet Bedii Kaya, "Hukuki Açıdan Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim", Ed. Şeref Sağıroğlu, Mustafa Şenol, *Siber Güvenlik ve Savunma Problemler ve Çözümler,* Grafiker Yayınları, Ankara, 2019, s. 267.

97 Özen, s. 764. Yazar hem hâkim kararıyla tedbire başvurulmasının hem de cumhuriyet savcısı tarafından verilecek kararların hâkim onayına sunulmasının oldukça isabetli olduğunu haklı olarak ifade etmektedir.

VI. Uygulama

Birçok temel hak ve hürriyete henüz mahkûmiyet hükmü verilmezden önce doğrudan doğruya müdahale oluşturan koruma tedbirlerinin uygulama sınırlarının çizilmesi keyfiliğin önlenmesi bakımından önemlidir[98]. CMK 134'üncü maddesinde öngörülen sistem, öncelikle suç delili olarak kullanılabilecek bilgisayar verilerinin elde edilerek bunların zarar görmemesi ve manipüle edilmemesi açısından muhafaza altına alınmasını öngörür. Söz konusu elektronik nitelikteki verilen üzerinde yapılacak inceleme, veri kayıplarının da önlenmesi adına donanımlar üzerinde değil, bunlardan alınan kopyalar (imajlar) üzerinde yapılır[99]. Buna göre, bilişim konusunda uzman kolluk görevlilerince kural olarak, bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerine elkoyma olmaksızın sistemdeki verilerin tamamının yahut bir kısmının kopyası alınabilecek; kopyası alınan ve suçla ilgili olan veriler kâğıda yazdırılacak[100]; bu husus tutanağa kaydedilerek ilgililerce imza altına alınacaktır. Bu itibarla, arama ve kopyalama tedbirlerinin uygulanması amacıyla elektronik cihazların bulundukları yerlerden elkoyma suretiyle alınarak bir diğer yere taşınmaları gerekmez[101]. Bununla birlikte "adli bilişim" uzmanlar tarafından titizlikle yürütülmesi gereken ayrı bir alana karşılık gelmektedir. Adli bilişim uygulaması; "ön inceleme ve olay yeri tespiti", "delil toplama", "analiz" ve "raporlama" olmak üzere dört ana adımdan oluşmaktadır[102]. Bu safhaların kimi zaman saatler kimi zaman da gün boyu

98 Hakan Serdar Çöpoğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", *ABD,* Cilt 77, Sayı 1, 2019, s. 163. İnsan hakları açısından uygulamada koruma tedbirlerine bir kontur oluşturma gayreti, "kanunilik" ilkesinin gereği olan "belirlilik" ilkesinin bir tezahürüdür. Gerçekten de çalışma konumuz CMK 134'üncü maddesi hükmünde yer alan koruma tedbirlerinin ne zaman, kimin tarafından, nerede ve ne şekilde yerine getirileceğinin açık, net ve anlaşılabilir şekilde ortaya konulması vatandaşlar nezdinde hukuk devleti ve kanunilik ilkesine işlerlik kazandıracağı gibi uygulamacılar bakımından da tereddütlerin ortadan kalkmasına hizmet edecektir.

99 Duran, s. 225.

100 Metin haline getirme unsuru bakımından günümüzde bilişim sistemlerinin hemen her yerde ve çoğu işte kullanıldığı düşünüldüğünde zamana ve maliyete mal olabilecek binlerce hatta on binlerce sayfalık çıktılarla karşılaşılacağı; harici aygıtlara yüklenilecek verilerden aranılan bilgiye ulaşmanın daha kolay olacağı ve bu yönüyle kanun maddesindeki metin haline getirme ifadesinin işlevsiz olduğu haklı olarak belirtilmektedir. Baştürk, s. 29.

101 Baştürk, s. 29; Ünver, Hakeri, s. 939. Son yazarlar, CMK 134'üncü maddesinin 5'inci fıkrasından hareketle bilgisayarlara elkoymaksızın verilere erişmenin mümkün olduğu hallerde bilgisayarların tamamına elkoyma işlemi uygulanarak kişilerin şahsi veya ticari kullanımına engel olunmamasının amaçlandığını haklı olarak ifade etmektedir.

102 Özen, Özocak, s. 51 ve 52. Yazarlar, adli bilişim sürecinde; *"delillerin bulunduğu ortamın boşaltılması ve kamera ile sürecin takip edilmeye başlanması; delillerin toplanması bağlamında, plastik eldivenler vasıtası ile gerekli bilgisayarın açılması, açılış sürecinin analizi, açılmışsa o anki durumunun tayini, var olan kablosuz bağlantıların hemen tespit edilip kapatılıp kapatılmayacağına karar verilmesi, gerekli delil toplama işlemlerinin üstün yetenekli programlar vasıtası ile yapılması ve bilgisayarın kapatılması süreçlerinin tamamının,*

sürebildiği; tedbirin muhatapları ve uygulayıcılar bakımından çeşitli zorlukları barındırdığı düşünüldüğünde bütün adımların adli bilişim uzmanları tarafından yerine getirilmesi ve bilişim sistemlerinden delil elde edilirken elektronik delillerin bütünlüğünün korunması gerekliliği daha da ön plana çıkmaktadır.

Ayrıca kopyalama işlemi cihazlardaki tüm verilere ilişkin olarak değil, ileride delil olarak kullanılabileceği umulan ve suçla alakalı olduğu düşünülen verilere ulaşmak amacıyla sınırlı olarak yapılır. Şayet, suçla alakası kesin olarak bulunmayan kişisel veriler kasten kopyalanırsa bu işlemi gerçekleştiren kişiler TCK'da düzenlenen "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı" suçların tipikliğini ihlal etmiş olur[103]. Zira tedbirlere ilişkin yapılan yasal düzenlemenin esas amacı, kişisel verilerin korunması olmalıdır[104]. Bu noktada ifade etmeliyiz ki tedbirlerin uygulanması esnasında bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerini alelade elinde bulunduran (zilyet yardımcısı) veya zilyet ya da malik olan şüphelinin; bulunmaması halinde müdafi, kanuni temsilci, eş, aileden yahut komşulardan birinin; bunlar da yoksa muhtar yahut ihtiyar heyetinden birinin arama tanığı olarak işlemlere nezaret etmesi elzemdir. Bu konuda CMK 134'üncü maddesinde hüküm bulunmamakla birlikte, boşluk genel arama hükümlerine göre doldurulmalıdır[105].

Bununla birlikte, istisna olarak, bilgisayara, sistemlerine veya kütüklerine "şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması" durumlarında çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi amacıyla bunlara ilişkin elkoyma tedbiri uygulanabilir. Şifrenin çözümlenmesi ve gerekli kopyaların alınması durumunda vakit geçirilmeksizin elkonulan cihazlar iade edilir. Elkoyma tedbiri uygulanırken bilişim sistemindeki tüm verilerin yedeklemesi yapılır. Zikredilen işleme "verilerin özet-kriptografik hash değerinin çıkarılması" denmektedir. Uygulamada bu işlem bakımından açık bir hatanın yapıldığı da gözlenmektedir. Zira elkoyma işlemi sırasında yapılması gereken hash değerinin çıkarılması işlemi elkoyma gerçekleştikten sonra yapılmaktadır[106]. Elkoyma ve hash değeri çıkarma işlemlerinin eşanlı olarak yapılmaması, elde edilen elektronik delillerinin güvenirliği üzerinde etkili olmakta ve ispat sorunlarını

---

adli birimler tarafından belirlenmiş sistematiğe göre yapılıp raporlanması; elde edilen delillerin, programlar vasıtası ile incelenmesi ve gerekiyorsa şifre çözme yöntemleri kullanılması; analiz sonucu ortaya konulan raporun, adli birimlere, anlaşılır bir biçimde ve teknik terimlerden gerektiğince kaçılarak sunulması" gerektiğini ifade etmektedir.

103 Centel, Zafer, s. 449; Yenidünya, İçer, s. 454.

104 Duran, s. 226.

105 Özen, s. 768; Ünver, Hakeri, s. 981; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 350. Aksi takdirde deliller, hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olup ceza muhakemesinde kullanılamaz.

106 Baştürk, s. 30.

beraberinde getirmektedir[107]. Nitekim CMK 134'üncü maddesi 4'üncü fıkrası hükmü gereğince; CMK 134'üncü maddesi 3'üncü fıkrasına göre elkoyma işlemi sırasında alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye yahut müdafiine verilmesi[108] ve bu hususun tutanağa geçirilerek imza altına alınması[109] uygulamada ortaya çıkabilecek problemleri bertaraf etmek üzere kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.

Bilgisayarda, sistemlerinde veya kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanırken bunlara konu suç ile alakalı olmayan ve fakat başka bir suç ile alakalı "tesadüfen delil elde edilmesi" halinde nasıl davranılacağı

---

107 Yargıtay 11'inci Ceza Dairesi'nin 16.04.2007 tarih ve E. 2005/6376 K. 2007/2551 sayılı kararında; *"... gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından; öncelikle e-posta yolu ile virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması yada inceleme yapılacak bilgisayarın veya bilgisayara ait veri içeren ünitelerin, olaydan sonra inceleme yapılana kadar hiç kullanılmaması gerektiği, incelenecek bilgisayarın diskine bazı bilgilerin yazılması, değişmesi veya silinebilmesini önlemek ve söz konusu diskin bütünlüğünü sağlamak için bilgisayarda virüslü dosya üzerinde inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir (sector-by-sector) yedeğinin alınması (yani incelemenin orijinal dosya üzerinde yapılmaması), daha sonra ikinci olarak alınan birebir yedeğin değiştirilip değiştirilmediğini tespite yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkanı sağlayan değerin (hash belirlenmesi)"* gerektiğine hükmedilmiştir. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11cd-2005-6376.htm&kw=%602005/6376%60&cr=yargitay#fm (28.09.2024).

108 6526 sayılı Kanun değişikliği öncesinde, alınan kopyadan bir örneğinin şüpheli ya da müdafiine "istemesi halinde" verilmesi söz konusuyken; değişiklik sonrasında ilgililerin istemesi şartı aranmaksızın re'sen yedekten bir kopya verilir. Bu değişiklik, ilgililerin bilgisayar verilerinin güvenilir olmadığı; manipüle edildiği; verilere ekleme ya da çıkarma yapıldığı; sahte delillerin üretildiği şikayetlerinin önlenmesi ve böylece savunma hakkının güvenceye alınması açısından yerinde olmuştur. Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç s. 205. Ayrıca değişiklik gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu iddialar gündeme geldiğinde yedekler arasında karşılaştırma imkanı sağlanmıştır. Fakat, ifade etmeliyiz ki uygulamada kolluk görevlilerinin arama mahallinde uzun süreceği istisnasına dayanarak cihazlara elkoyduğu ve günler geçtikten sonra alınan yedeklerden bir kopyanın ilgililere verildiği söylenebilir. Bu durum, halen kişilerin cihazlara müdahale edildiği yakınmalarına sebep olmaktadır. Yapılması gereken, olay mahallinde yedekleme işlemlerinin tamamlanarak ilgililere kopyadan bir örnek verilmesidir. Bununla birlikte doktrinde; uygulamaya yönelik eleştiriler dikkate alınarak değişiklik yapılacağı yerde uygulamaya uygun kanun değişikliği yapıldığı, bu durumun da CMK 134'üncü maddesinde düzenlenen kurumu etkisizleştireceği ve doğrudan elkoyma işleminin uygulanmasına yol açacağı şeklinde eleştiriler yapılmaya devam edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Hakeri, s. 943 vd.

109 CGK 25.02.2020 tarih ve E. 2016/8-544 K. 2020/127 sayılı kararında; *"bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozma suçundan yapılmakta olan soruşturmada CMK 134'üncü maddesi uyarınca verilen karar doğrultusunda yapılan aramada yedekleme yapılıp bir kopya çıkartılarak arama sırasında hazır bulunan sanığa verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle CMK 134'üncü maddesinin 3'üncü ve 4'üncü fıkralarına aykırı hareket edilmesi sebebiyle usulüne uygun olmayan elkoyma işlemi sonucu suça konu sabit disklerden elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olduğuna"* hükmedilmiştir. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-8-544.htm&kw=%602016/8-544%60+&cr=yargitay#fm (28.09.2024).

hususu ayrıca değerlendirilmelidir. CMK 134'üncü maddesi, özel bir arama ve elkoyma hükmü olarak ihdas edildiği için, işlemler esnasında "tesadüfen elde edilen" deliller hakkında CMK 138'inci maddesinde öngörülen yöntem burada da uygulanabilir[110]. Buna göre, deliller muhafaza altına alınmalı ve Cumhuriyet savcısı durumdan derhal haberdar edilmelidir. Ayrıca kayıtların muhafaza altına alınmasını müteakiben bilgisayar, sistemleri veya kütükleri de CMK 127'nci maddesi uyarınca suçun işlenmesinde kullanılan araç kabul edilerek bunlar hakkında elkoyma işlemi uygulanabilir[111].

VII. İtiraz

CMK 134'üncü maddesi, sulh ceza hakimince alınan tedbir kararlarının incelenebilmesi için herhangi bir denetim mekanizması öngörmemiştir. Bu sebeple genel hükümler çerçevesinde hareket etmek gerekir. Nitekim CMK 267'nci maddesinde soruşturma aşamasında sulh ceza hakimince verilen tedbir kararları hakkında "itiraz" kanun yolunun açık olduğu belirtilmiştir[112]. Bununla birlikte, koruma tedbirlerine ilişkin kararın tebliği söz konusu olmayacağından ve ilgililer karardan ancak uygulanmasıyla haberdar olacaklarından[113] yedi (7) günlük itiraz süresi[114] de bu tarihten itibaren işlemeye başlar[115] ve bu süre içerisinde kararı veren yetkili mercie yapılır[116]. İfade etmeliyiz ki kovuşturma evresinde de bu tedbirlere başvurabileceğini kabul ettiğimizden kovuşturma aşamasında da mahkemenin ara kararlarına karşı itiraz kanun yolunun açık tutulması gerekir[117]. Gerçekten de tedbirler açısından itiraz yolunun varlığı, mesela bilgisayarına el konulduğunda ya da müdahale edilmeden yani bilişim sisteminde bulunan verilere erişilmeden karara karşı etkin bir denetleme mekanizmasının bulunması hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak kar-

110 Özen, s. 768; Yenidünya, İçer, s. 455.

111 Ünver, Hakeri, s. 944; Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç s. 206.

112 Centel, Zafer, s. 450; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 396; Baştürk, s. 32; Epözdemir, s. 94.

113 Ateş-Benek, s. 406.

114 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi ile CMK 268'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "yedi gün" ibaresi "iki (2) hafta" şeklinde değiştirilmiştir.

115 Yenisey, Nuhoğlu, s. 435; Centel, Zafer, s. 450; Duran, s. 233.

116 Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, s. 253; Değirmenci, s. 381.

117 Yenidünya, İçer, s. 456. Doktrinde mahkeme kararlarına itirazın mümkün olmadığını ifade eden yazarlar bulunmaktadır; Özen, s. 768. Benzer bir görüş, koruma tedbirlerinin kanunilik ilkesine tabi olması nedeniyle bu hususta kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu belirtmiştir; Ünver, Hakeri, s. 948. Başka bir görüş, kanunda ister yazılı olsun ister yazılı olmasın itiraz kanun yoluna tüm "hakim kararlarına karşı" gidilebileceğini; ancak itiraz kanun yoluna "mahkeme kararlarına karşı" gidilebilmesi adına bunun kanunda mutlaka zikredilmesi gerektiğini ifade etmektedir; Ahmet Hulusi Akkaş, "Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolunun Teorik Çerçevesi", *ERÜHFSD,* Cilt 1, Sayı 2, 2019, s. 50. Bu noktada ifade etmek isteriz ki söz konusu görüşler, CMK 267'nci ve devamı maddelerinde açıkça karşılığını bulmaktadır.

şımıza çıkar. Ne var ki kanunda bu konuda açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Cumhuriyet savcısı tarafından da istisnai olarak, "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerine karar verilebilir. Bu karar, yirmi dört (24) saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört (24) saat içinde açıklar. Sürenin dolması ya da hâkim tarafından aksine karar verilmesi durumlarında çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler hemen imha edilir. Ayrıca elkonulan araç ve gereçlerin iadesi bakımından bunların müsadereye tabi olmayacağının anlaşılması ve muhafazasına gerek kalmaması hallerinde ilgililerin talebi yahut re'sen karar verilebilir. İade kararı kesin olmakla beraber, iadenin reddine dair karara karşı CMK 267'nci maddesine kapsamında itiraz edilebilir[118].

Sonuç

Açıkça ifade edelim ki ceza muhakemesinde bilişim sistemlerinden delil elde edilmesine ilişkin işlemlerin değerlendirilmesi söz konusu olduğunda hem teori hem de uygulama açısından zor ve önemli bir alana giriş yapılmış olmaktadır. Buradaki esas zorluk, kanaatimizce söz konusu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin karar alan ve uygulayan makamların ispat ve delil kavramlarına yönelik geleneksel ve korumacı yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Önemli olan kısmın ise belli bir süredir ülkemizde bu tedbirlerin uygulanışından kaynaklanan pratiğe ilişkin verilerin doktrin tarafından diğer ülke uygulamalarıyla karşılaştırılması ve kanuni düzenlemelerde ceza muhakemesine hâkim olan evrensel ilkeler doğrultusunda değişikliklere ve bunun neticesi olarak uygulamada iyileştirmelere gidilmesi fırsatını bünyesinde barındırması olduğunu düşünmekteyiz.

Ceza muhakemesinde hakikat (maddi gerçek) araştırılırken kişilerin temel insan haklarını kısıtlayan koruma tedbirlerine başvurulabilmektedir. Bunların en önemlilerinden birini de CMK 116'ncı ve devamı maddelerinde hüküm altına alınan arama ve elkoyma tedbirleri oluşturmaktadır. Siber suçlar hakkında neredeyse tek delil elde yöntemini oluşturan ve dijital (diğer ifadeyle sayısal veya elektronik) materyaller üzerinde gerçekleştirilen arama ve inceleme işlemleri CMK 134'üncü ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 17'nci maddesi hükümlerine göre yapılmaktadır. Bununla birlikte; söz konusu koruma tedbirine başvurulması, temel insan haklarına ve bilhassa özel hayata müdahale oluşturması nedeniyle biri olumlu biri olumsuz nitelikte iki sıkı koşula bağlanmıştır. Bunlar; "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin olması" ve "başka surette delil elde etme imkanının olmaması" biçiminde tezahür

118 Değirmenci, s. 381.

etmektedir. Böylece kanun bu koruma tedbirine başvurulmasını zorlaştırmak istemiştir. Tedbirin uygulandığı hallerde de titizlikle davranılması gerekmektedir. Aksi takdirde ele geçirilen deliller hukuka aykırı toplanmış olacağından ispat aracı olarak kullanılamayacaktır.

Ayrıca temel haklar bakımından doğurduğu sakıncalara rağmen kanun koyucu tarafından herhangi bir suç kataloğuna yer verilmemesi ve gerek siber suçlar gerekse diğer suçlar bakımından bu tedbirin uygulanması, özellikle mesleki uğraşları nedeniyle bilişim sistemlerini ve araçlarını kullananların maddi zarar ve mağduriyetlerine neden olacak niteliktedir. Olması gereken açısından doktrinde kanun koyucu tarafından siber alanda işlenebilecek suç kataloğunun oluşturularak kanuna dahil edilmesi gerektiği ileri sürülse de biz, esas çözümün her koruma tedbiri bakımından katalog suç listesi tutmaktansa hukuk uygulamacılarının tedbir kararı verirken yapacakları değerlendirmelerde ölçülülük ve akla gelen son çare olma ilkeleri ekseninde temel insan hakları ile koruma tedbirinin uygulanmasından beklenen fayda arasında bir denge tutturmasından geçmekte olduğunu düşünmekteyiz.

Yine elkoyma tedbiri bakımından uygulamada bunun istisnai ve geçici niteliğini bertaraf edecek bir pratiğin geliştiğini ifade etmek gerekmektedir. Uzman personel (adli bilişim uzmanı, olay yeri inceleme ekibi vs.) yetersizliği, teknik imkansızlıklar ve iş yükü gibi gerekçelerle pratikte bu tedbire çok fazla başvurulmaktadır. Dolayısıyla kanunda ayrıca ve açıkça öngörülen istisnai şartlar oluşmaksızın elkoyma tedbirine başvurulması hukuka aykırılık teşkil edecektir[119]. Bu netice bir yönüyle suç ve suçlulukla mücadeleyi engellerken diğer bir yönüyle de toplumdaki bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakımından sakıncalar doğurmaktadır. Olması gereken, hukuk uygulamacıları ve delil

119 Yargıtay 16'ncı Ceza Dairesi 10.10.2019 tarih ve E. 2019/2637 K. 2019/5904 sayılı kararında dijital delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerekliliğinin önemi ve uygulamada meydana gelen sıkıntılar ile bunların sebeplerine ilişkin olarak; *"Ceza muhakemesinde deliller kanuna uygun olmalı ve kanuna uygun yöntemlerle elde edilmelidir. Adil yargılanmanın sağlanabilmesi, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında toplanan bulguların delil değeri taşıyabilmesi için, şüpheli veya sanıktan elde edilen dijital verilerin, yasa ile sınırları belirlenmiş teknik gerekliliklere uygun olarak toplanması ve sonucunda yargılama makamlarına eksiksiz, bozulmamış halde sunulması gerekmektedir. Yasa koyucunun, CMK'nın 134. maddesini ayrıntılı olarak düzenlemesinin amacı da budur. Dijital delillere harici müdahalenin teknik olarak mümkün olması, çoğu zaman kim tarafından hangi tarihte müdahale yapıldığının da belirlenememesi karşısında, güvenli bir şekilde el konulup incelenebilmesi için mahallinde imaj alındıktan sonra orijinal medyanın şüpheliye bırakılması gerekmekte ise de bu şart soruşturma yapan kolluk personelinin teknik yetersizliği, ekipman yokluğu, ortamın incelemeye elverişli olmaması gibi nedenlerle yerine getirilememektedir."* şeklinde ifadelere yer vermektedir. Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=7cd-2023-18292.htm&kw=%60cmk+134%60+%60bilgisayar%60&cr=yargitay#fm (28.09.2024).

elde edilmesine yönelik işlemleri gerçekleştiren personelin ispat ve delil kavramlarına yönelik konvansiyonel ve korumacı yaklaşımların ötesine geçerek bilişim sistemlerinden delil elde edilmesine ilişkin işlemlerin düzenlendiği CMK 134'üncü madde hükümlerini doğru bir şekilde yorumlamaları ve insan hakları ihlallerine sebebiyet verebilecek yanlış bir tutumdan kaçınmalarıdır. Siber alanın ve bilişim sistemlerinin günlük hayatımızda gün geçtikçe artan kapsama alanına rağmen, buralardan delil elde edilmesine yönelik işlemlerin CMK'da tek bir madde ile karşılanması, yeterli kapsayıcılıkta bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle haklı eleştirilere maruz kalmaktadır. Ayrıca yapılacak yasal değişiklikler için yasama organına; uygulamada yapılacak yorumlar için yargı organına ışık tutmak üzere karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve bilhassa Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin bilişim sistemlerinden delil elde edilmesi ve korunmasına ilişkin hükümlerinin yol gösterici mahiyette olduğunu düşünmekteyiz. Hızla genişlemesini sürdüren bilişim alanındaki suçlar için uzmanlık mahkemelerinin kurulması ve bu alanda bilgi sahibi hukukçu ve personellerin yetiştirilmesi gerekliliğini de ifade etmek isteriz.

KAYNAKLAR

- Akkaş, Ahmet Hulusi, "Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolunun Teorik Çerçevesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi,* Cilt 1, Sayı 2, 2019, ss. 45-70.
- Akkuş, Berkant, "Devletin Etkin Kontrolünün Bulunmadığı Siber Alanda İnsan Hakları Yükümlülükleri Nelerdir?" *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 6, Sayı 1, 2024, ss. 159-214.
- Allah Rakha, Naeem, "Cybercrime and the Law: Addressing the Challenges of Digital Forensics in Criminal Investigations", *Mexican Law Review,* Cilt 16, Sayı 2, 2024, ss. 23-54.
- Arslan, Çetin, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Cilt 3, Sayı 2, 2015, ss. 253-266.
- Ateş-Benek, Neslihan, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Cilt 10, Sayı 2, 2022, ss. 397-411.
- Başlar, Yusuf, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* Cilt 3, Sayı 3, 2013, ss. 82-105.
- Baştürk, İhsan, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Hukuk Dergisi,* Cilt 2, Sayı 9, Ağustos 2010, ss. 23-32.
- Casey, Eoghan, *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers and the Internet,* 3. Bası, 2011.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Çöpoğlu, Hakan Serdar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", *Ankara Barosu Dergisi,* Cilt 77, Sayı 1, 2019, ss. 155-229.
- Değirmenci, Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Demirci, Ömer, *Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Duran, Gökhan Yaşar, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma" *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 14, Sayı 173-174, Ocak-Şubat 2019, ss. 173-241.
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğreti),* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Egemenoğlu, Alaaddin, "Proving the Crime of Threat Through Digital Evidence in the Light of the Supreme Court Decisions" *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 7, Sayı 2, 2024, ss. 481-494.
- Epözdemir, Rezan, "Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri" *Terazi Hukuk Dergisi,* Cilt 13, Sayı 142, Haziran 2018, ss. 88-98.

- Ercan, Tayfun; Erdal, İrem, *Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemine Girme Suçu ve Özel Hukuk Boyutu,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 274, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Gökcen, Ahmet; Balcı, Murat; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ho, Hock Lai, "The Legal Concept of Evidence", Ed. Edward N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Aralık 2021, https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal/ (26.09.2024).
- Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü: Birinci Kitap: Umumi Hükümler,* Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1957.
- Karakehya, Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt 65, Sayı 2, 2007, ss. 121-143.
- Kaya, Mehmet Bedii, "Hukuki Açıdan Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim", Ed. Şeref Sağıroğlu, Mustafa Şenol, *Siber Güvenlik ve Savunma Problemler ve Çözümler,* Grafiker Yayınları, Ankara, 2019, ss. 213-279.
- Kaya, Mehmet Bedii, Polisin Sanal Devriye Yetkisini İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, https://mbkaya.com/hukuk/polis-sanal-devriye-siber-kolluk-aym-iptal.pdf (27.09.2024)
- Keskin, Salih, "Bilişim Suçlarında Ceza Muhakemesi Kanununun 134. Maddesindeki Hükümlerin Uygulanmasında Yaşanan Aksaklıklar", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* Cilt 11, Sayı 2, 2021, ss. 649-667.
- Koca, Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi,* Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2006, ss. 207-225.
- Koca Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Osterburg, James W.; Ward, Richard H., *Criminal Investigating: A Method for Reconstructing the Past,* 6. Bası, 2010.
- Önok, Murat, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 19, Sayı 2, 2013 (Özel Sayı), ss. 1229-1270.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özen, Muharrem; Özocak, Gürkan, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirlerinin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi,* Sayı 1, 2015, ss. 41-78.
- Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Öztürk, Bahri; Eker-Kazancı, Behiye; Soyer-Güleç, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sırma-Gezer, Özge; Saygılar-Kırıt, Yasemin F., Alan-Akcan, Esra; Özaydın, Özdem; Erden Tütüncü, Efser; Altınok-Villemin, Derya; Tok, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Sabillon, Regner; Cano, Jeimy; Cavaller, Victor; Serra, Jordi, "Cybercrime and Cybercriminals: A Comprehensive Study", *International Journal of Computer Networks and Communications Security,* Cilt 4, Sayı 6, Haziran 2016, ss. 165-176.
- Sarsıkoğlu, Şenel, "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Cilt 6, Sayı 22, 2015, ss. 427-454.
- Schroeder, Friedrich-Christian (Terc. Cumhur Şahin), "Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 5, Sayı 1-2, 1996 (Özel Sayı), ss. 269-283.
- Schroeder, Friedrich-Christian; Verrel, Torsten (Terc. Salih Oktar), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Semiz, Murat, *En Güncel İçtihatlar ve Uygulamadan Örnekleriyle Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Soylu, Nurhan, *Dijital Delillere El Konulması Sürecinde CMK 134. Madde Hükümlerinde Görülen Problemler ve Çözüm Önerileri,* Üsküdar Üniversitesi Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü Adli Bilimler Anabilim Dalı, 2021.
- Stephenson, Peter; Gilbert, Keith, *Investigating Computer-Related Crime,* 2. Bası, 2013.
- Şahin, Cumhur; Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Şahin, Cumhur; Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Şarsel, Betül Gül, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma,* Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017.
- Taner, M. Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü,* İstanbul Üniversitesi Yayın No: 442, Hukuk Fakültesi No: 98, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- The Sang, Nguyen; Trung, Bui Bao, "Cybercrime in the Digital Age: Challenges and Implication for Prevention", *International Journal of Social Science and Human Research,* Cilt 5, Sayı 11, Kasım 2022, ss. 5082-5086.
- Toroslu, Nevzat; Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1 Genel Kısım,* Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

- Turan, Metin, *Bilişim Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Turinay, Faruk Yasin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 70, Sayı 2, 2021, ss. 475-541.
- Uğraş, Dilek Özge, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Sayı 154, 2021, ss. 97-134.
- Ünal, Osman Gazi, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma,* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yaşar, Osman; Otacı, Cengiz, *Ceza Muhakemesi Kanunu Cilt 1,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yenidünya, A. Caner; İçer, Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Yıldız, Abdulhalik, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2015-2020) Cilt 2,* Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2020.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen İntihara Yönlendirme Suçunun Tipikliği Kapsamında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Bazı Öneriler*

Legal Problems Arising within the Scope of the Typicality of Directing Suicide Crime Regulated in the Turkish Penal Code and Some Suggestions Regarding These Problems

Sercan TOKDEMİR**

ÖZ

Günümüzde birçok ceza kanununda intihar, suç teşkil eden bir fiil olarak kabul edilmemektedir. Bu durum Türk hukuku için de geçerlidir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinde intihar fiiline iştirak neviden fiiller yaptırıma bağlanmıştır. "İntihara Yönlendirme" başlıklı mezkûr maddede kanun koyucu intihara azmettirme, intihara (alenen) teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme fiillerini cezalandırmıştır. Böylelikle suça şerikliğin görünüş şekillerinden azmettirme ve yardım etme hareketleri, müstakil haksızlıklar olarak cezalandırılmıştır. İntiharın bizatihi kendisi suç değilken bahsi geçen haksızlıkların cezalandırılmasının gerekçesi, asıl fiil işlenmeden önce (iştirakin ön alanında) yaşam hakkı gibi önemli hukuksal değerlere etkin bir koruma sağlama düşüncesine dayanmaktadır.

Kendisine özgü yapısı nedeniyle intihara yönlendirme suçunun tipikliği kapsamında teşebbüs, iştirak, suçun nitelikli hali ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç gibi ceza hukuku genel teorisini ilgilendiren meseleler gündeme gelmektedir. Bu bağlamda; başta suça iştirakte bağlılık kuralı olmak üzere intiharın gerçekleşip gerçekleşmemesi, hükmün son fıkrasında düzenlenen intihara sevk veya mecbur etme suçu, intihara alenen teşvik ve intihara ihmali yardım bakımından bazı sorunlar

* Makale gönderim tarihi: 02.08.2024. Makale kabul tarihi: 20.01.2025. Sercan Tokdemir, "Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen İntihara Yönlendirme Suçunun Tipikliği Kapsamında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Bazı Öneriler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 319-393, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.9

Bu çalışma, 05.02.2024-07.02.2024 tarihleri arasında gerçekleştirilen "III. Selçuk Hukuk Kongresi" isimli uluslararası kongrede sunulan "İntihara Yönlendirme Suçunun Tipikliği Kapsamında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar" başlıklı özet bildirinin genişletilmiş ve güncelleştirilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, 0000-0001-9749-688X, sercantokdemir28@gmail.com

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ortaya çıkmaktadır. Çalışmada, intihara yönlendirme suçu özelinde ortaya çıkan mezkûr sorunların değerlendirilmesi ve bunlara ilişkin bazı önerilerde bulunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İntihara teşebbbüs, toplu intihar, intihara (alenen) teşvik, intihara azmettirmeye/yardım etmeye teşebbüs.

ABSTRACT

Nowadays, suicide is not considered a criminal act in many criminal codes. This situation also applies to Turkish law. However, acts such as participation in the act of suicide are subject to sanctions in Art.84 of the Turkish Penal Code No. 5237. The legislator has penalized the acts of instigation to suicide, (publicly) encouraging it, strengthening someone else's decision to commit suicide, and aiding someone else's suicide in any way within the article mentioned earlier titled "Directing Suicide". Thus, the acts of instigation and aiding, which are the apparent forms of complicity in the crime, are punished as independent wrongdoings. While suicide itself is not a crime, the justification for punishing the wrongdoings, as mentioned above, is based on the idea of providing adequate protection to important legal values , such as the right to life before the principal act is committed (in the foreground of participation).

Due to its unique structure, within the scope of the typical crime of directing suicide, issues such as attempt, participation, qualified form of the crime and aggravated crime due to its consequences, which concern the general theory of criminal law, are at the top of the agenda. In this context, some problems arise, especially in terms of the accessory rule in complicity in the crime, whether the suicide took place or not, the crime of encouraging or forcing to commit suicide regulated in the last paragraph of the provision (publicly) encouraging to commit suicide and aiding to commit suicide as omission. This paper aims to evaluate the problems which arise specifically in the crime of directing suicide and to make some suggestions regarding them.

Keywords: Attempted suicide, mass suicide, (publicly) encouraging suicide, attempted instigation/assisting to suicide.

Giriş

Yaşam hakkı kişinin dahi üzerinde tasarrufta bulunamadığı en temel haktır. Bu hakkında ceza hukuku vasıtasıyla korunduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kişilere karşı işlenen suçlar altında yaşama karşı işlenen suçlarda yaşam hakkı önemli bir hukuksal değer olarak korunmak istenmiştir. Ancak mukayeseli hukukta olduğu gibi hukuk sistemimizde intihar etmek başlı başına suç olarak kabul edilmemiştir. İntihar fiilinin kendisi suç olmayınca ona iştirak de kural olarak suç değildir. Kendisi suç olmayan bir fiile iştirak de cezalandırılamaz. Bu durumda bir başkasının intiharına azmettiren veya yardım edenin cezasız

kalması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu kişiler asıl fiili icra etmedikleri için cezalandırılamazlar. Azmettirmek veya yardım etmek suretiyle başkalarının hayatına kast edenlerin cezasız kalmamaları için kanun kuyucu intihara yönlendirme adı ile bağımsız bir suç tipi oluşturmuştur.

5237 sayılı TCK'nın[1] 84'üncü maddenin ilk fıkrasında intihara yönlendirme, üçüncü fıkrasında başkalarını intihara alenen teşvik etme ve son fıkrasında intihara sevk veya mecbur etme suçları düzenlenmiştir. İlk fıkrada düzenlenen intihara yönlendirme suçunun maddi unsurunun hareket kısmı başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etmedir. Bu seçimlik hareketlerin icrası ile birlikte mağdurun ölmüş olması gerekmez. Müntehirin ölmesi cezayı ağırlaştıran bir hal olarak düzenlenmiştir.

Çalışmada intihara yönlendirme suçu özelinde ortaya çıkan bazı hukuki sorunların belirlenmesi ve bu sorunlara ilişkin değerlendirmelerin yapılması ve bazı önerilerde bulunulması amaçlanmıştır. Madde başlığı, suça iştirakte bağlılık kuralı, intiharın gerçekleşip gerçekleşmemesi, hükmün son fıkrasında düzenlenen intihara sevk veya mecbur etme suçu, intihara alenen teşvik, intihara ihmali yardım bakımından mezkûr düzenlemeye ilişkin bazı değerlendirilmeler ve bu kapsamda doktrindeki tartışmalara da yer vermek suretiyle önerilere yer verilecektir. Böylelikle, teşebbüs, iştirak, nitelikli unsur ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç gibi ceza hukuku genel hükümler teorisi kapsamında bazı kurumlar intihara yönlendirme suçuna ilişkin tipiklik özelinde incelenecektir. Ayrıca bu suç tipine ilişkin mezkûr problemlere dair yapılan açıklamalarda Alman hukukundan doktriner düzeyde tartışmalara ve uygulamadan örneklere yer verilecektir. Ancak birlikte intihar olaylarında hayatta kalanın cezai sorumluluğunun değerlendirilmesi çalışmanın kapsamı haricinde bırakılmıştır. Bahsi geçen suç tipine ilişkin sorunlar maddi ceza hukuku çerçevesinde ele alınmış olup ceza muhakemesine[2] ilişkin sorunlara değinilmeyecektir.

I. Suç Tipine İlişkin Açıklamalar

Yaşam hakkı, üzerinde kişinin kendisinin dahi tasarrufta bulunamayacağı bir hak olup anayasada ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan en temel haktır. Kişilere karşı işlenen suçlarla bu hakkın ceza hukuku vasıtasıyla korunması amaçlanmıştır[3]. Ceza kanunlarının kişinin kendi yaşamına son

1 Türk Ceza Kanunu, Kanun Num 5237, Kabul Tarihi 26.09.2004, RG. 12.10.2004-25611.

2 Konu hakkında bkz. Zafer İçer, "İntihara Yönlendirme Suçu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2020, s. 340 ve 341; Uğur Ersoy, "İntihara Yönlendirme Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Degisi*, 2018, Cilt 31, Sayı 136, s. 132 ve 133.

3 Yusuf Yaşar, Işıl Turan, Alman, "Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesin-

vermeyi cezalandırmaması Türk hukuku bakımından da geçerlidir[4]. Bundan hareketle, "İntihara Yönlendirme" başlığı ile 84'üncü maddede[5] intihara azmettirme ve yardım etme fiilleri cezalandırılmaya layık görülmüştür. Madde gerekçesinde intihar ve intihara teşebbüs fiillerinin ahlaki olarak tasvip edilmediği için cezalandırılabilir davranışlar olmadığı ve fakat intihara iştirak nevinden fiillerin cezalandırılabilir nitelikte olduğu ifade edilmiştir[6].

Günümüzde ceza kanunlarında intihar ve intihara teşebbüs fiilleri birçok hukuk sisteminde ve Türk hukukunda suç olarak kabul edilmemekte ve bu şekilde bu fiiller cezalandırmaya layık görülmemektedir. Ancak intihara azmettirme ve yardım etme fiilleri, yani intihar fiiline iştirak[7] yaptırıma bağlanmıştır[8]. İntihara azmettirme ve yardım etme fiillerinin cezalandırılması, toplumsal düzen bakımından ön alandaki muhtemel ciddi tehlikeleri önleme düşüncesine dayanır. TCK'da intihara azmettirme ve yardım etme hareketleri, müstakil haksızlıklar olarak cezalandırılmıştır[9]. Bu düzenlemeyle kanun koyucu cezalandırılabilirliği "iştirakin ön alanına *(Vorstufen der Beteiligung)*"[10] çekmiş-

---

de Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötenazi İlişkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s. 41.

4 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 178; Mehmet Emin Artuk, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1-3, 1994, s. 10, (Mukayeseli Hukuk); Eda Taştemür, "Birlikte İntihar Olaylarında Hayatta Kalanın Cezai Sorumluluğuna İlişkin Karar Değerlendirmesi: YCGK, 2016/1323 E. 2021/314 K. 29.06.2021", *Karar İncelemeleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2022, s. 216.

5 TCK md. 84: "*(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Mülga ikinci cümle: 29/6/2005 – 5377/10 md.) (4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.*"

6 TCK md. 84'ün gerekçesi (üçüncü paragraf).

7 İntihara iştirakin kasten öldürme suçundan daha az cezalandırılması intihar edenin rızasına dayandığı hakkında bkz. Mehmet Emin Artuk, "İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı)*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 131, (İntihar ve İntihara Yardım Suçu).

8 Mahmut Koca, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK md. 84)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 12, Nisan 2010, s. 25; Yaprak Öntan, "İntihara Yönlendirme Suçları", *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Cilt 2, Ankara, 2015, s. 845 ve 847; Ersoy, s. 92.

9 Mustafa Özen, "İntihara Yönlendirme Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 6, Sayı 16, 2011, s. 34.

10 "İştirakin ön alanı *(Vorstufen der Beteiligung)*", cezalandırılabilir hazırlık hareketlerine birden fazla kişinin iştirak ettiği aşama olarak tanımlanır. Asıl fiilin teşebbüs aşamasında kalmaması durumunda bu fiile yönelik işlenen şeriklik hareketleri iştirakin ön alanında kalmış kabul edilir. İştirakin ön alanı, hazırlık hareketi niteliğinde olup bu alanın cezalandırılabilirliğinin bağlılık kuralıyla açıklanamayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Claus Roxin, "Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB)", *JA/Heft 4*, 1979, s. 168; Kristian Kühl, "Grundfälle zu Vorbereitung,

tir[11]. İntihara yönlendirme suçunun müstakil bir suç olarak düzenlenmesi, "bu suç tipini ihlal eden kişiye nedensel katkı sağlayan kişileri cezai sorumluluk kapsamı içine almakta ve bu nedenle ceza sorumluluğunu genişletici bir işleve sahip olmaktadır."[12] Esasen, bir başkasını intihara yönlendirmenin haksızlığı, kişinin kendi yaşamına son vermekle gerçekleşen haksızlıktan daha kötü olduğunu ve haksızlık muhtevasının daha somut olduğunu belirtmek gerekir[13].

Kendine özgü yapısından dolayı intihara yönlendirme suçunu izah etmek bazı güçlükleri beraberinde getirmektedir. Çünkü intihar fiilinin kendisi suç değilken, bu fiile şerik olarak (azmettirme ve yardım etme) katılan kişilerin hareketini başlı başına cezalandırmaya layık görmek ve bu bağlamda bağımsız bir suç tipi olarak düzenlemek aşağıda ele alacağımız sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır[14].

Alman Hukuku'nda "kendi sorumluluğunun bilincinde"[15] olarak intihar etmek cezalandırılmamaktadır. Ortada kasten işlenen hukuka aykırı asıl fiil de olmadığından bu fiile iştirak de mümkün gözükmemektedir.[16] Bu temelden

---

Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS/Heft 12,* 1979, s. 874, Grundffälle; Karol Thalheimer, *Die Vorfeldstrafbarkeit nach § 30, 31 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008, s. 1 ff.; Klaus Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*: *Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Duncker § Humblot, Berlin, 1972, s. 1 ff.; Klaus Geppert, "Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs.1 StGB)", *JURA/Heft 10*, 1997, s. 547; Lutz, Kretzschmar, *Die verscuhte Teilnahme im Geltenden und zukünftigen Recht*, Dissertation, Giessen Justus Liebig-Universität, 1975, s. 11; Sercan Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 155, (Akim Kalmış Azmettirme).

11 Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 423. Eleştiri için bkz. Haluk Toroslu, "Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar Bakımından 'Tahrik' Kavramı", *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan,* Ankara Üniversitesi Basımevi, Cilt 2, Ankara, 2015, s. 1213 ve 1214, (Tahrik Kavramı); Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)*, 3. Bası., US-A Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 66, (ÖH).

12 Özen, s. 34. İntihara yönlendirme suçu bağımsız bir suç tipi olduğundan kasten öldürme suçuna ilişkin TCK md. 82'de düzenlenen nitelikli hallerin tatbik edilemeyeceği hakkında bkz. Ersoy, s. 101.

13 M. Emre Tulay, "Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 815; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku* Özel Hükümler, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 201, (GH).

14 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 201.

15 "Kendi sorumluluğunun bilincinde olma (*Eigenverantwortlichkeit*)" ölçütü hakkında detaylı bilgi için bkz. Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 8. Bası, Nomos, Bonn, 2017, § 4, Rn. 12-15, BT I.

16 Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Bası, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019, § 35, Rn. 1262, AT; Ernst, Jeager, *Die Beteiligung am Selbstmord (ein Beitrag zur strafrechtlichen Problematik unter besonderer Berücksichtigung kriminologischer Erkenntnisse an Hand von 508 Todesermittlungsakten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel aus den Jahren 1958-1961)*, Inagural- Dissertation, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, München, 1966, s. 92. Alman hukukunda bir görüşe göre intihar etmek suretiyle kendini öldürmek, özgürce kendi kaderini belirleme hakkına dayanır. Diğer bir görüşe göre intihar hukuka aykırı bir fiildir. Son görüşe göre ne meşru ne de hukuka aykırı bir fiil olarak görülmeli, aksine yasaklanmış bir fiil olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla doktrinde bu fiilin yasaklanmış bir fiil mi hukuka aykırı bir fiil mi olduğu tartışılmıştır. Bkz. aktaran Jeager, s. 143 ve 144.

hareketle Alman hukukunda TCK md. 84 gibi bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir.[17] Bu konu, daha çok dolaylı faillik hususunda tartışılan ve arkadaki kişiyi dolaylı faillikten sorumlu tutan Alman Federal Mahkemesi'nin

17 Öntan, s. 847, dn. 21; Tulay, s. 829. Alman hukukunda intihara yardım fiilleri cezalandırılmazken (Thomas Fischer, *Kommentar Strafgesetzbuch*, 66. Bası, C. H. Beck, München, 2019, § 216, Rn. 3, 4, Kommentar; Johannes Wessels, Michael, Hettinger, Armin Engländer, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 42. Bası, C. F. Müller, Heidelberg, 2018, § 2, Rn. 182; Kindhäuser, BT I, § 3, Rn. 2) talep üzerine öldürme fiili suç olarak kabul edilmiştir. Bu iki fiil arasındaki fark, intihar dogmatiğinde merkezi bir problem olarak kabul edilir. Bkz. Yesid, Reyes, "Beteiligung am Suizid", *ZIS,* 10/2017, s. 617 (https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_10_1151.pdf, 26.02.2024) Anne Christin Fischer, *Straflose Mitwirkung am Suizid oder Strafbare Fremdtötung?*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2011, s. 15 ve 117, Straflose Mitwirkung. Bir başkasının öldürülmesine ilişkin hükümle korunan hukuksal değerin yaşam hakkı olduğu, bu hakkın değer biçilemeyen ve mutlak bir hak olduğu, ancak ACK md. 216'da kabul edildiği gibi kasten öldürmenin hiçbir koşul altında meşrulaştırılamayacağı anlamına gelmediği ifade edilmiştir. Bkz. Diethelm Klesczewski, *Strafrecht Besonderer Teil (Lehrbuch zum Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, § 2, Rn. 2, BT. Bu hukuk sisteminde somut olayın özellikleri çerçevesinde fiil, talep üzerine öldürme suçu kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bkz. Yaşar, Turan, s. 51. Alman hukukunda ACK md. 212'de düzenlenen kasten öldürme suçunun tipikliği kapsamında cezalandırılmadığından, yani objektif tipikliği karşılamadığından intihar tipik olmayan hareket (*tatbestandlose Handlung*) olarak nitelendirilmektedir. Çünkü kasten öldürmenin tipikliği kapsamında öldürülen kişinin bir başka kişi olması gerekir. Bkz. Fischer, Straflose Mitwirkung, s. 14; Jeager, s. 91; Ruth Rissing-van Saan, Georg Zimmermann, "Totschlag", *Leipziger Kommentar StGB (Besonderer Teil Sechzehnter Abschnitt Straftaten gegen das Leben),* Cilt 7-1, 12. Bası, De Gruyter, Berlin, 2019, § 212, Rn. 4. Doktrinde, bir kimsenin intiharına şeriklik (azmettirme, yardım etme) şeklinde katkıların cezalandırılmasından yana görüşler vardır. Örneğin, *Schmidhäuser*, *Bringewat*, *Schilling* gibi yazarlar bu görüşü kabul eden yazarlardır. Fischer'e göre, olması gereken hukuk açısından bir kimsenin intiharına şeriklik şeklinde gerçekleşen katkılar cezalandırılmamalı ve fakat talep üzerine öldürme aktif olarak intihara yardım olarak cezalandırılmalıdır. Görüşler için bkz. Fischer, Straflose Mitwirkung, s. 14 ve ss. 16-18. İntihara azmettirme ve yardım etmenin cezalandırılmaya değer olduğu hakkında ayrıca bkz. Jeager, s. 142. Olması gereken hukuk bakımından intihara şerikliğin cezalandırılamaz olduğu hakkında bkz. Klesczewski, § 2, Rn. 11. Kendi sorumluluğunun bilincinde olarak intihara katılmak (azmettiren veya yardım eden olarak) ve talep üzerine öldürmek, normatif olarak aynı olgular olmasına rağmen Alman kanun koyucunun ilkini cezalandırmama, ikincisini ise cezalandırma yoluna gitmesinin eşitsizliğe yol açtığı, bunun savunulamaz olduğundan hareketle kanundaki mevcut duruma ilişkin eleştiler hakkında detaylı bkz. Ralf Krack, "Teilnahme am Suizid und Tötung auf Verlangen", *KJ-Vierteljahresschrift für Recht und Politik*, Cilt 28, Sayı 1, 1995, s. 60 ff. Alman hukukunda 2015 yılına kadar intihara yardım niteliğindeki hareketler suç teşkil etmediğinden cezalandırılmamaktaydı. Çünkü ACK'da konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Doktrinde "Talep Üzerine Adam Öldürme (*Tötung auf Verlanung*)" başlıklı ACK md. 216'da açıkça ve ciddi bir şekilde ortaya konulan talep üzerine öldürme cezalandırılmıştır. Buna rağmen burada cezalandırılan fiilin aktif ötenazi olduğu ve intihara yardımın bu kapsamda cezalandırılamayacağı ifade edilmekteydi. Dolayısıyla intihar etmek isteyen bir kimseye ilaç ya da tabanca sağlayan kişinin bu fiili TCK md. 216 bakımından tipik değildir. Ancak yaşamına son vermek isteyen kişinin açık ve ciddi talebi üzerine bu kişiye ateş ederek öldüren kişinin fiili ise ACK md. 216 bakımından tipiktir. Fischer, Kommentar, § 216, Rn. 3, 5; Ersoy, s. 96. ACK md. 216'daki düzenleme ile kişinin yaşamının rıza ile sonlandırılması kasten öldürme suçundan ayrı bir norm ile düzenlenmiş ve kasten öldürme suçuna nazaran daha hafif bir ceza öngörülmüştür. Bkz. Georg Küpper, *Strafrecht Besonderer Teil I (Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft)*, 3. Bası, Springer, Berlin und Heidelberg, 2007, § 1, Rn. 59, BT I. Ayrıca bkz. Muharrem Özen, Meral Ekici-Şahin, "Ötenazi", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 68, Sayı 4, 2010, s. 26 ve 27. Doktrinde baskın görüş talep üzerine öldürmeye ilişkin hükmün (ACK md. 216), ACK md. 212'de düzenlenen kasten öldürmeye göre daha özel bir tipiklik olduğu yönünde iken, içtihatlarda tıpkı md. 211'deki nitelikli kasten öldürme gibi kendine özgü (başlı başına) bir suç tipi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Kindhäuser, BT I, § 3, Rn. 8.

(AFM) *Sirius*[18] kararında gündeme gelmiştir[19]. Söz konusu durum dolaylı faillikte tipik fiilin gerçekleşmemesi durumu olarak kabul edilmektedir. İntihar ve kendini yaralama fiillerinde kasten öldürme ve yaralama suçlarında fiilin başkasına karşı işlenmesi söz konusu olmadığından tipikliğin objektif unsurları gerçekleşmemektedir. Bu yüzden intihara azmettirme ve yardım etme cezalandırılamaz. Çünkü böyle bir durumda tipik bir asıl fiilin varlığından bahse-

18 Bir başka gezegende *Sirius* adında yaşayan üstün bir ırka mensup olduğuna A'yı inandıran ve güvenini kazanan D, ona kendi canına kıydığında yeni bir bedende hayat bulacağı telkininde bulunarak intihara sürükler. A'nın vazgeçmesiyle suç teşebbüs aşamasında kalır. A'nın intihara teşebbüsü cezalandırılamaz. ACK md. 212'ye göre mağdurun bir başkası tarafından öldürülmüş olması gerekir. Bağlılık kuralı gereği şerikin sorumluluğu failin işlediği fiile bağlıdır. A'nın sorumluluğu intihara teşebbüse iştirak eden herhangi bir kimsenin sorumluluğuna yol açar. Ancak suça iştirak edenin fiil üzerinde hâkimiyet sağlamak suretiyle mağduru kendisine karşı bir araç olarak kullanması durumu farklıdır. Bu olayda, A'nın ölmeyeceği ancak vücut değiştireceği inancı ile D tarafından kandırıldığı şeklinde AFM tarafından hüküm kurulmuştur. Mahkeme, hayatını sonlandırmak üzere olan A'nın fiilinin sonuçlarını anlama kabiliyetinden yoksun olduğu sonucuna vararak, D'nin kasten öldürmeye teşebbüsten dolaylı fail olarak cezalandırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Sirius-Fall (BGHSt, 32, 38): BGH, Urteil vom 5. Juli 1983,-1 StR 168/83. Karar ve karara konu olay hakkında bkz. Kai Ambos, Stefanie Bock, "Germany", Ed. Reed Alan, Bohlander Michael, *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, Routledge, London and New York, 2013, s. 325 ve 326; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, (Studies in International and Comparative Criminal Law: V. 2) Oregon, Oxford and Portland, 2009, s. 157 ve 158; Reyes, s. 614; Friedhoff, Tobias, "Das Opfer als Werkzeug gegen sich selbst, die Giftfallen Entscheidung und der Sirius-Fall", Ed. Krisztina Karsai, *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und in Deutschland: Beiträge zur Strafrechtsvergleichung*, Pólay Elemér Alapítvány, 2008, s. 160 ve 161. Baskın görüş ve yargı kararları D'nin fail olarak kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasından yanadır. Bkz. Eric Hilgendorf, Brian Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 2. Bası, C. H.. Beck, München, 2015, § 9, Rn. 31, AT. AFM, olayda A'nın kusur yeteneğini haiz olduğunu, herhangi bir zorunluluk altında hareket etmediğini ve bu yüzden faillik ile şeriklik arasındaki ayırıma ilişkin ölçütler göz önünde bulundurularak fiil üzerindeki hakimiyetinin olup olmadığının araştırılmasına vurgu yapmıştır. Yüksek Mahkeme, bir kimsenin "kendisine karşı bir araç olarak kullanıldığından bahsetmek için kişinin serbest iradesiyle hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ölen kişi hile ile hareketi gerçekleştirmeye yönlendirilir ve kendisine karşı bir araç olarak kullanılırsa dolaylı faillikten bahsedilir. Mahkemeye göre, mağdur yeni bir hayata uyanabilmek için bile olsa ölüm aşamasını geçmesi gerektiğini düşünmesi durumunda da dolaylı faillikten bahsedilebilir [BGHSt, 32, 38 (43)]. Alman hukukunda, doktrinde, kendisini öldüren mağdurun serbest iradesiyle fiili işleyip işlemediği ölçütünü esas alan görüş olduğu gibi yaşam üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi karşısında mağdurun bu hususta geçerli bir rızasının bulunup bulunmadığı ölçütünü esas alan görüş de bulunmaktadır. Doktrindeki baskın görüş, bu ölçütün kullanılmasından yanadır. Bkz. aktaran Heinrich, AT, §35, Rn. 1263. *Sirius* olayına ilişkin doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. Friedhoff, s. 172, 173 ve 174.

19 Eser Olgun, "Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 19, Sayı 2 (Özel Sayı), 2013, s. 1643. Türk hukukunda *Ünver*, intihara yönlendirme suçunun kanundan çıkartılması ve TCK md. 84/f.4'teki durumun kasten öldürme suçları içerisinde özel olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüş ve şayet bu suçun mutlaka düzenlenmesi isteniyorsa "talep üzerine insan öldürme suçu" şeklinde bir hükmün kanunda olmasını önermiştir. Ayrıca yazar, ötenazinin şartlarının kanunla düzenlenmesi ve bunun suç olmadığının açıkça ifade edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Ersoy'un aktarmasıyla (Ersoy, s. 90) Yener Ünver, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi", Derleyen: Nur Centel, *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi*, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No: 1*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 57.

dilemez[20]. Aracının fiilinin tipik olmadığı bu gibi durumlarda hareketin bizzat aracı kişiye yaptırılması gündeme gelir. Arka plandaki kişi, aracının hatasından, zor durumda olmasından veya algılama ya da irade gücünün zayıflığından faydalanarak irade üzerinde fiili hâkimiyet tesis etmektedir[21].

II. Suç Tipi Bağlamında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

A. Madde Başlığı Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

5237 sayılı TCK'nın intihara yönlendirme suçlarını düzenleyen 84'üncü maddesi, kanunun ilk halinde hatalı olarak "İntihar"[22] başlığı ile düzenlenmişti.

---

20 Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Bası, Frans Vahlen, München, 2017, § 20, Rn. 138, AT; Hilgendorf, Valerius, AT, §9, Rn. 27. Burada araç ve mağdur sıfatları birleşmek suretiyle, bir kimseye kanunda tipik olmayan bir fiil işlettirilmektedir. Bkz. Hasan Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 6, Sayı 15, Nisan 2011, s. 67; Elvan Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65, 2006, s. 81. AFM, kişinin kendisine karşı fiili işlemesinde araç olarak kullanıldığı durumlarda dolaylı faillik kurumuna benzer bir yapının bulunduğu kanaatindedir. Esasen Yüksek Mahkeme, bu kararında dolaylı failliğe ilişkin prensipleri doğrudan değil, uygun düştüğü ölçüde uygulamıştır. Gift-Fall: BGHSt 43, 177 (180): BGH, Urteil vom 12. August 1997 – 1 StR 234/97. Ayrıca bkz. Hilgendorf, Valerius, AT, § 9, Rn. 33; Friedhoff, s. 168 ve 169. Mezkûr karara ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Friedhoff, s. 159 ve 160, ss. 168-171. Aracının fiilinin tipik olmadığı hallerde ortaya çıkan dolaylı faillik durumları daha çok bir kimsenin kendisini öldürmesi veya yaralaması olaylarında söz konusu olur. Burada asıl tartışılan husus tipik olmayan fiillerde iradeye hâkimiyetin kurulması şeklindeki dolaylı failliktir. A'nın zorlaması sonucu B'nin kendisini öldürmesi gibi bir olayda kasten öldürme fiilini işleyen kişi mağdurun kendisidir. TCK md. 81 anlamında tipik bir fiilden bahsedilemez. A, kasten öldürme suçunda mağduru bir araç olarak kullandığı için dolaylı fail olarak TCK md. 81'den sorumlu olur. Bu gibi olaylarda dolaylı faillik kurumu devreye girer. Bkz. Koca, Üzülmez, *GH*, s. 466. Detaylı bilgi için bkz. Friedhoff, s. 165 ve 166; Andreas M. Günther, "Täterschaft und Teilnahme im südafrikanischen Recht (Eine rechtsvergleichende Studie unter besondere Berücksichtigung der common purpose rule)", Ed. Albin Eser, *Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institutfür auslandisches und internationales Strafrecht Freiburg*, Cilt S98, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2003, s. 29.

21 Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Bası, C. H. Beck, München, 2019, § 43, Rn. 8-11, AT; Heinrich, AT, § 35, Rn. 1248a, 1262; Kühl, AT, § 20, Rn. 138; Friedhoff, ss. 165-168; İzzet Özgenç, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996, s. 238, Suça İştirak. Almanya'da yaşanan güncel bir olayda 74 yaşındaki bir doktor, 37 yaşında olan ve hastalığı nedeniyle geçirdiği depresyonun etkisi altında olan kadın hastasını, hazırladığı ilaç ile ikinci intihar denemesinde öleceği sözü vermiştir. Berlin Eyalet Mahkemesi (Landsgericht Berlin I), Alman hukukunda intihara yardımın cezalandırılabilir olmadığını ve hastasını intihar eyleminde bir araç olarak kullandığından hareketle doktoru kasten öldürme suçunun dolaylı faili olarak üç yıl hapis cezasına mahkum etmiştir. Doktorun, "gerekirse izin verilen sınırların ötesine geçerek yardım edeceği ve böylece kadının bu ikinci denemede gerçekten öleceği" sözü, Mahkemenin bakış açısına göre kadının intihar kararı üzerinde doğrudan etkisi olmuştur. Doktorun avukatı tarafından karara karşı temyiz başvurusu yapılmıştır. Temyiz başvurusunda avukat, psikolojik olarak acı çeken bir kimsnein intihar etmes isteğinin yeterince dikkate alınmadığına, hastanın büyük duygusal sıkıntı içinde olduğuna ve intihar konusundaki kararlılığına vurgu yapmıştır. Bkz. LG Berlin I zu Grenzen der Sterbehilfe: Arzt wegen Totschlags zu drei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, Legal Tribune Online, 08.04.2024, https://www.lto.de/persistent/a_id/54274/ (14.04.2024).

22 TDK'da intihar, toplumsal ve ruhsal sebeplerin tesiri altında kişinin kendi yaşamasını sonlandırması şeklinde ifade edilmiştir. Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu, https://sozluk.gov.tr/ (29.02.2024). İntihar, Arapça'da *nahr* kelimesinden türemiştir. *Nahr*, "boğazlama", "hayva-

29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un (5377 sayılı Kanun) 10. maddesi ile madde başlığı "İntihara Yönlendirme" şeklinde değiştirilmiştir. Her ne kadar intiharın değil, intihara iştirakin[23] cezalandırılmasını vurgulamak adına yapılan bu değişiklik olumlu karşılansa bile bu kavramın kanun metnini kapsayıcı nitelikte olmadığını düşünüyoruz[24]. Madde metninde hem intihara azmettirme hem de intihara yardım[25] etme nev'inden fiiller cezalandırılmıştır. Yönlendirmek, TDK'da[26] "bir kimsenin davranış, tutum, yapacağı iş vb. alanlarda izleyeceği yolu göstermek" şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanım dikkate alındığında kavramın hem azmettirmeyi hem de yardım etmeyi kapsadığı ileri sürülebilir. Ancak, gerek ceza hukuku tekniği gerekse iştirak teorisi açısından madde metninde kullanılan kavramlar da dikkate alındığında başlığın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Mevcut başlık "İntihara Azmettirme ve Yardım Etme" şeklinde değiştirilebilir. Ancak maddede iştirak alanında mahiyetleri ve kusur yoğunlukları bakımından farklılık arz ettiğinden hareketle intihara azmettirme[27] ve intihara yardım[28] etmenin farklı maddelerde yaptırım altına alınması daha isabetli olacaktır. Maddede başlı başına haksızlık teşkil ettiği kabul edilen birbirinden farklı iştirak fiilleri (azmettirme ve yardım etme) cezalandırılmış, böylelikle intihara azmettirme suçu ve intihara yardım etme suçu şeklinde bağımsız suç tipleri oluşturulmuştur. Ayrıca intihara alenen teşvik de bağımsız bir suç tipi olarak bu madde kapsamında düzenlenmiştir. Bu suçun intihara

---

nın boğazını keserek öldürme" demektir. Bkz. https://www.etimolojiturkce.com/arama/intihar (29.02.2024). Kavram için ayrıca bkz. İçer, s. 296; Ersoy, s. 90 ve 91. İntihar için kullanılan kavram hususunda çeşitlilik olduğunu görmekteyiz. İntihara düşüncesinin yerine "intihar girişimi (teşebbüs)", "intihara intihar girişimi", "intihar girişimine intihar" gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bunun yanında intihar yerine istemli ölüm kavramı da kullanılmaktadır. Konuya ilişkin terminoloji sorunu hakkında bkz. Ersoy, s. 90. Çalışmamızda TCK md. 84'ün başlığında kullanılan "intihar" kavramını, intihar girişiminin yerine de ceza hukuku tekniğine daha uygun olduğunu düşündüğümüz "intihara teşebbüs" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

23 İntihara iştirake ilişkin detaylı bilgi için bkz. Reyes, s. 612 ff.

24 Doktrinde cebir veya tehdit ile intihara mecbur edilmesi suçu bakımından cebir veya tehdidi kapsamadığından hareketle yönlendirme kavramının madde başlığı olarak tercih edilmesi eleştirilmiştir. Madde başlığına ilişkin eleştiri için bkz. Ersoy, s. 91.

25 İntihara yardım suçunun unsurları hakkında detaylı bkz. Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 131 vd.; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 13 vd.

26 Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu, (11.12.2023).

27 İntihara yönlendirme kapsamında sadece azmettirme değil, yardım etme fiilleri de düzenlenmiştir. Bu noktada İntihara azmettirme ile intihara maddi ve manevi yardım arasındaki kusur yoğunluğu farkı dikkate alınarak intihara azmettirmenin bağımsız olarak müstakil bir maddede düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Halid Özkan, *Ceza Hukukunda Azmettirme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 260.

28 Doktrinde Ünver, TCK md. 84'ün başlığının "intihara yardım (suçu)" şeklinde olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak yazarın bu önerisinin mevcut madde metnini kapsayıcı olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü madde metninde sadece intihara yardım cezalandırılmamıştır. Bkz. Ersoy'un aktarmasıyla (Ersoy, s. 90) Ünver, s. 38 vd.

azmettirme ve yardıma ilişkin hükümlerden sonra "İntihara Alenen Teşvik Etme" başlığı altında bağımsız bir madde ile düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Bunun yanında, maddenin son fıkrasında intihara sevk veya mecbur etme de düzenlenen bağımsız[29] bir suç tipidir. Esasen, aşağıda da belirtileceği üzere bu düzenlemeye gerek olmadığını, dolaylı faillik müessesesi kapsamında bu fiilin kasten öldürmeye ilişkin hükümden hareketle yaptırıma bağlanmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Hukuksal değerlerin intihara ilişkin hükümler kapsamında korunduğunu vurgulamak adına intihara alenen teşvik etme suçundan sonra bu fiilin "İntihara Sevk veya Mecbur Etme" başlığı altında cezalandırılması mümkündür. Sonuç itibariyle madde başlığı ile madde metninin birbiriyle tam anlamda uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu maddenin yeniden formüle edilerek birbirinden farklı suç tiplerinin bağımsız hükümlerle düzenlenmesi ve bu kapsamda terim birliğinin sağlanması adına madde metinlerine uygun başlıkların tercih edilmesi gerekir.

Ayrıca, maddenin yeniden formüle edilmesi durumunda birinci fıkrada bahsi geçen seçimlik hareketlerin cezaları arasında bir farklılığa da gidilmelidir. Zira intihara yönlendirme başlığı altında cezalandırılan hareketler için öngörülen ceza aynıdır. Hâlbuki TCK md. 38 ve 39'daki düzenlemeler dikkate alındığında oluşan haksızlıkların boyutu itibariyle azmettirme ve yardım etme ayı derecede değildir. Azmettirme şerikliğin daha kuvvetli halidir. Seçimlik hareketler arasında ceza farkının öngörülmemesi ceza adaleti sistemine uymamaktadır. Doktrinde, bu hususta yapılabilecek bir kanun değişikliğiyle intihara azmettirme ile diğer seçimlik hareketlerin cezası arasında bir farklılığa gidilerek azmettirme için daha fazla cezanın tayin edilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür. Çünkü azmettirme durumunda azmettirene, yardım edene göre daha fazla ceza tayin edilmiştir. Azmettiren, TCK md. 38 gereği işlenen suçun cezasıyla cezalandırılmıştır[30].

B. Maddede Kullanılan Kavramlar Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

1. İntihar Etmek

Kanunda intihar etmekten bahsedilmiştir. İntihar etmek bir kimsenin kendi hayatını sona erdirmesi demektir. Daha doğrusu kişinin kendisini bilerek ve isteyerek öldürmesi anlamına gelir[31]. Ahlaka aykırı olan bu hareket hukuken[32]

29 Bağımsız bir suç olarak düzenlenen intihara sevk veya mecbur etme suçunun yapısal analizi hakkında detaylı bilgi için bkz. Öntan, s. 881 vd.

30 Ersoy, s. 110.

31 Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 7.

32 Madde gerekçesinde kişinin yaşamını sonlandırma yönünde ortaya çıkan iradesinin hukuken

de kabul edilemez. Modern ceza hukuku bir kimsenin kendi hayatını sonlandırmasını cezalandırılabilir bir davranış olarak kabul etmemektedir. Bir kimsenin kendisini öldürmesi, anayasa[33] hukuku öğretisinde ne temel bir hak olarak güvence altına alınmıştır ne de hukuken yasaklanmıştır. İntiharın suç sayılmamasının nedeni kişiye kendi hayatına son verme hakkının tanınmış olmasın-

---

geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bkz. TCK md. 84'ün gerekçesinin ikinci paragrafı. Hukukun görevinin ahlaka aykırı tüm hareketlerin ceza yaptırımına bağlamak olmadığı, ceza hukukunun amacının üçüncü kişilerin hukuki menfaatlerine yönelik saldırıları berteraf etmek olduğu, müntehire ceza verilmemesinin nedeninin kişinin kendisine ait hak ve menfaatleri koruma bakımnından ceza hukuku altına sokulamayacağına dayandığı ve nihayetinde intiharın hukuki bir değerinin olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 10.

33 1982 Anayasası'nda (md. 17) yaşam hakkının bir görev olduğu ve insanın yaşamını devam ettirmekle yükümlü kılındığı vurgulanmıştır. Bkz. AY md. 17. Aynı yönde ayrıca bkz. Tulay, s. 815. Alman hukukunda baskın görüşe göre, kişi yaşam hakkı üzerinde özgürce karar verme iradesine sahip olup kişinin kendi yaşamını devam ettirme yönünde bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu görüş, yaşamı devam ettirmenin hukuk sistemi içerisinde bir sorumluluk olarak telakki edilmesini isabetli görmemektedir. Bkz aktaran Tulay, s. 815, dn. 2. Alman hukukunda bir başkasını intihara yönlendiren (azmettiren ve yardım eden) kişi bağlılık kuralı nedeniyle cezalandırılamamaktadır. Bkz Tulay, s. 816. ACK'da 2015 yılında bu konuda bir değişiklik yapılmış ve "İntihara Ekonomik Teşvik" başlıklı 217'inci madde kanuna eklenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında intihara teşvik amacıyla başkasına ekonomik imkan temin etmek ya da temin edilmesine aracılık etmek cezalandırılmıştı. İkinci fıkrada failin akrabasının veya yakınının hiçbir ticari faaliyet yapmamış olması kaydıyla iştirak etmekten dolayı cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştı. Bkz. Ersoy, s. 97). Düzenleme, intihara yardımın ekonomik yani ticari olarak yasaklanması şeklinde nitelendirilmektedir. Bu suçtan cezalandırma için uygulamada intiharın gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. Bu düzenlemeyle, intihar etmek isteyen kişilerin korunmasının amaçlandığı ve intiharların engellenmek istendiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte maddeye yönelik eleştiriler de yapılmıştır. İntihar etmenin azmettirmeye ve yardım etmeye ilişkin hükümler çerçevesinde hukuka aykırı bir fiil olmadığı, ölümle neticelenen intihara iştirak etmenin azmettirme ve yardımn etme olarak nitelendirilemeyeceği, zira bağlılık kuralının buna engel olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Rolf Dietrich Herzberg, "StrafbareTötung oder straflose Mitwirkung am Suizid", *ZIS*/7, 2016, s. 440, 441, 442 ve 448. Bu konudaki tartışma için bkz. Kühl, § 20, Rn. 46; Ruth Rissing-van Saan, "Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*", Leipziger Kommentar StGB (Besonderer Teil Sechzehnter Abschnitt Straftaten gegen das Leben)*, 12. Bası, Cilt 7-1, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, Berlin, 2019, *§* 217, Rn. 1 ff., (§ 217) Ayrıca bkz. Ersoy, s. 97, 98 ve 99. İntihara yardımın belli kanuni koşullar çerçevesinde cezalandırılmasını içeren ACK md. 217, anayasal ilkelere aykırılık teşkil ettiğinden hareketle Alman Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve kararda hiç kimsenin bir başkasının intiharına yardım etmekten dolayı sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020- 2 BvR 2347/15-, Rn. 1-343, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html, (09.02.2024). Macar hukukunda anayasa mahkemesi, yaşam hakkını, toplumsal olarak yüksek derecede bir değer olarak devletin bunu korumkla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Doktrinde de yaşamı koruma yükümlülüğünün mutlak olduğu, devlet tarafından konulan normların korumayı garantilemesi gerektiği, ceza hukukunun eşit şekilde yaşamı koruması gerektiği ve bu hususta bireyler arasında ayrım yapılamayacağı ifade edilmektedir. Bu hukuk sisteminde intihara teşebbüsü cezalandıran bir hüküm bulunmasa da intiharın toplumun ahlaki bir normu olduğu üzerinde görüş birliği vardır. İntihara iştirakin (şerikliğin) cezalandırılabilirliği, intiharın toplumsal anlamına ve toplumun ahlaki normu olmasına dayandırılmaktadır. Bkz. Mihály Filó, "Die Dtrafbarkeit der Suizidteilnahme nach ungarischem Strafrecht", *ZStW*, Heft 4/117, 2005, s. 954 ve 956.

dan ve bu davranışın hukuken de yasaklanmamış olmasından kaynaklanır. İntihar, suç politikası[34] gereği cezalandırılmaz. İntiharın cezalandırılmamasının sebeplerinden bir diğeri de bunun daha çok ahlak ve din ile ilgili olmasıdır[35].

Ceza hukukunda bir kimsenin hem fail hem mağdur olamamasından dolayı da intiharın kendisi suç değildir[36]. Ceza hukukunda intihar başlı başına cezalandırmaya elverişli bir fiil olarak kabul edilmemektedir. Kendi isteğiyle yaşamını sonlandıran veya buna teşebbüs eden bir kimse, hem bu fiilin faili hem de mağduru konumundadır. Suçun konusu ise müntehirin veya intihara teşebbüs[37] edenin vücududur. Dolayısıyla, fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide

34 Jeager, s. 146.

35 Koca, s. 20. İntiharın cezalandırılmamasının sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Jeager, s. 144 ve 145; Faruk Erem, "Ceza Hukukunda İntihar", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 16, Sayı 4, 1990, s. 491; Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994, s. 78; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 9 ve 10; Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 197; Öntan, s. 846 ve 847; İçer, s. 298; Ersoy, s. 93; Taştemür, s. 217. Ersoy'a göre, intiharın suç olarak kabul edilmemesinin nedeni, kişinin ölme hakkına veya bu hakkın tanınmasına ve hukuken tasvip edilmemesine değil, tamamen suç politikası mülazahalarına dayanır. Ersoy, s. 93. İntihar ve intihara yardımın tarihçesi hakkında bkz. Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, ss. 113-127; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, ss. 7-16; Ersoy, ss. 80-90. Alman hukukunda mevcut durum için bkz. Bohlander, s. 157 ve 158; Reyes, s. 616; Jeager, s. 144 ve 145. Beccaria'nın intihara ilişkin görüşleri hakkında bkz. Cesare Beccaria (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 4. Bası, İmge Yayınları, Ankara, 2014, s. 165. Durkheim'ın görüşleri için bkz. aktaran Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 7, dipnot 1. Sosyolojik, psikolojik ve felsefik açıdan intihar olgusuna ilişkin düşünceler hakkında bkz. Ersoy, ss. 76-79.

36 Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 9; Öntan, s. 846, 847; Özbek, Doğan Bacaksız, *ÖH*, s. 178; İçer, s. 298.

37 Kişinin intihara teşebbüs ettikten sonra hayatta kaldığı için bu girişimin cezalandırılabileceği düşünülse bile bunun psikolojik olarak kişiyi pişman olmaya ve hatta tekrardan bu fiili işlemeye yönlendireceğinden dolayı intihara teşebbüs fiilinin cezalandırılmasının cezanın amacıyla bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Koca, s. 20; Öntan, s. 847; Tulay, s. 815, dipnot 3; Ersoy, s. 93. Günümüzde intihar eylemcilerinin durumunda olduğu gibi intihar eylemi başkalarına zarar vermek amacı ile yapılıyorsa intihara teşebbüs edenin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Hasan Gerçeker, *Uygulamalı-Yorumlu Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2 (Madde 82-148), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 1680, (Cilt 2); Özen, s. 33. Genel ve özel önleme perspektifinden intihara teşebbüsün cezalandırılmasının amaca hizmet etmeyeceği ifade edilmekle birlikte; Reyes'e göre, özel önleme açısından bakmak gerekirse intihara teşebbüsün hapis cezasıyla yaptırım altına alınması mümkündür. Ancak bunun için intihara teşebbüs eden kişinin tekrardan teşebbüste bulunmasını imkansız kılacak şekilde hapis cezasının belirlenmesi gerekir. Bu da uygun psikolojik, psikiyatrik veya sosyal tedavinin yardımıyla mümkün olabilir. Bkz. Reyes, s. 616. İntihara teşbbüsün cezalandırılmasının ceza hukuku sismetağı açısından teknik olarak mümkün olmadığı, intiharın suç teşkil etmediği bir hukuk devletinde intihara teşebbüsün cezalandırılmasının doğru olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Ersoy, s. 93. İntihara teşebbüsün cezalalandırılmaması, bu fiilin hukuka uygun hareket olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Bu yüzden intihara ve intihara teşebbüse iştirak fiillerinin cezalandırılması mümkündür. Örneğin, bir kimsenin, intiharını engellemek ve hukuka aykırı saldırıyı bertaraf etmek için güç kullanmak zorunda kalabilir. İntihar eden kişinin kendi yaşam bütünlüğüne yönelik haksız bir saldırı gerçekleştirdiğinden saldırıyı orantılı bir şekilde defetmek için zor kullanan kişinin meşru müdafaadan yararlanabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Koca, s. 36; Ersoy, s. 92 ve 93, 127. Öntan, meşfu müdafaanın kabul edilmesi, peşinen kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarrufta bulunamayacağı anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bkz. Öntan, s. 869.

toplanması mümkün olmadığından intiharın kendisinin de cezalandırılması mümkün gözükmemektedir[38].

Bunun yanında, intihar eden kişiden sonra intihar fiilini cezalandırabileceğimiz bir fail bulunmamaktadır. Ölenin yakınlarının cezalandırılması da "cezaların şahsiliği prensibi"[39] ile bağdaşmaz. Ayrıca intihar fiili teşebbüste kalsa da bu girişimde bulunan kişinin cezalandırılması bundan beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli değildir[40].

Mezkûr gerekçelerden hareketle kanun koyucu, toplumda yol açtığı tehlike sebebiyle sadece intihar fiiline iştirak fiillerini cezai yaptırıma bağlamıştır. Her ne kadar intiharın kendisi suç teşkil etmese de bu fiile iştirak eden kişiler bakımından cezanın etkisizliğinden bahsedilemez. Dolayısıyla bu fiile iştirak fiilleri suç teşkil etmektedir[41].

Önder, hukuk düzenine olmaması ve müntehirin ailesi bakımından bir haksızlığın gerçekleşmemesi nedenleriyle intihar fiilini suç olarak düzenlemenin bir faydasının olmadığını ileri sürerken;[42] Erem, intihara teşebbüsü cezalandırmamanın, kişinin kendi hayatı üzerinde mutlak bir hakka sahip olduğu anlamına geldiğini ve bunun kabul ediilebilir olmadığını ifade etmiştir[43]. İntihar eylemi başkalarına zarar vermek amacı ile yapılıyorsa intihara teşebbüs edenin cezalandırılması gerekir. Günümüzde intihar eylemcilerinin durumu buna örnektir[44]. İtalyan doktrininde intiharı suç saymayan bir görüşe göre, başkasının intiharına iştirak eden kişi öldürme fiiline iştirak etmektend olayı cezalandırılmalıdır[45]. Ersoy'a göre, intihar eden kişiyi cezalandırmak mümkün değildir. Ayrıca intihara teşebbüs eden kişin cezalandırılması zararlıdır[46].

2. Maddede Düzenlenen Seçimlik Hareketler Bakımından Kullanılan Kavramlar

Kanun maddesinde azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme şeklin-

38 Tulay, s. 815. Ayrıca bkz. İçer, s. 298; Öntan, s. 846; Ersoy, s. 102.

39 Beccaria, s. 165.

40 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 178; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 9; İçer, s. 298; Öntan, s. 846; Ersoy, s. 93.

41 Önder, s. 78; Öntan, s. 847. İntihara azmettirmenin ve yardım etmenin cezalandırmaya layık fiiller olmasının dogmatik gerekçeleri hakkında bkz. Jeager, s. 147.

42 Önder, s. 78.

43 Erem, s. 491.

44 Gerçeker, *Cilt 2*, s. 1680.

45 Özen, s. 33.

46 Ersoy, s. 92.

de seçimlik hareketler cezalandırılmıştır[47]. Bahsi geçen herhangi bir seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi ile intihara yönlendirme suçunun tipikliği gerçekleşir. Ancak seçimlik hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleştirilmesi TCK md. 61 çerçevesinde göz önünde bulundurulabilir[48]. Birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi suçun tekliğini etkilemez[49].

Tulay, intihara teşvik ve intihar kararını kuvvetlendirme seçimlik hareketlerinin madde metninde belirtilmesinin gerekli olmadığını ve yardım etme kavramının bu fiilleri de kapsadığını ileri sürmüştür[50]. Ersoy, madde metninde kullanılan hukuki terimlerin teknik anlamlarıyla kullanılmadığını ifade ederek terminolojik olarak maddenin kaleme alınışını eleştirmiştir. İntiharın kendisi hukukumuzda suç olmadığından maddede bahsi geçen seçimlik hareketlerin bağlılık kuralı engelinden dolayı cezalandırılmasının mümkün olmadığını ifade eden yazar, maddenin formülasyonunda intihara yönlendirme suçunun kendine özgü *(sui generis)* yapısının dikkate alınması gerektiğini ve kanunumuzda kabul edilen iştirak formlarının kullanılmasının isabetli olmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre, olması gereken, maddede farklı bir terminolojinin tercih edilmesidir. İntihara yönlendirmenin bağımsız suç olarak cezalandırıldığı ceza kanunlarında bu fiilin, iştirake ilişkin genel hükümlerden ayrıldığını vurgulamak adına farklı ve fakat aynı anlama gelen sözcüklerin kullanılması tercih edilmeliydi[51].

a. İntihara Azmettirme

TCK'nın 84'üncü maddesinde cezalandırılan ilk fiil intihara azmettirme[52] fiilidir[53]. Bu suçun objektif unsuru olarak intihara azmettirmeden neyin anlaşıl-

---

47 Tulay, s. 817; Öntan, s. 849; İçer, s. 298 ve 301; Ersoy, s. 102. Mukayeseli hukukta Norveç ve Danimarka gibi intihara azmettirme ve yardım etme şeklinde fiil ayırımını yapmayan ülkelerin ceza kanunlarında "işbirliği" veya "iştirak" kavramları tercih edilmiştir. Bunun dışında, Arnavutluk gibi "intihara sebep olma" kavramını tercih eden ülke kanunları da bulunmaktadır. Arnavutluk hukukunda "insan haysiyetini ağır bir şekilde zedeleyen sistematik kötü muamele veya başka sistematik davranışlar sonucu intihara veya intihara teşebbüse sebep olma" fiili cezalandırılmıştır. Bkz. Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 132; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 14.

48 İçer, s. 298 ve 301; Ersoy, s. 102.

49 Öntan, s. 851.

50 Tulay, s. 817 ve 820.

51 Ersoy, s. 109 ve 110. Ayrıca eski TCK'da düzenlenen intihara ikna ve yardım suçu açısından bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 27, 28 ve 53.

52 Şerikliğin bir türü olan azmettirme hakkında detaylı bilgi için bkz. Hilgendorf, Valerius, AT, § 9, Rn. 117 ff.; Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 50 vd. ETCK döneminde azmettirmenin hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Christia Rumpf, *Einführung in das Türkische Recht*, C. H. Beck, München, 2004, Rn. 29; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (Genel Kısım)*, Cilt 2, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 523, 524 ve 525.

53 İntihara azmettirmenin sadece icrai davranışla gerçekleştirilebilir olduğu hakkında bkz. Tulay, s. 820.

ması gerektiği doktrinde tartışmalara neden olmuş ve azmettirme kavramı ile eski kanunda kullanılan ikna[54] kavramı mukayese edilmiştir[55].

Doktrinde intihara yönlendirme suçunun unsuru kapsamında tanımlanan azmettirme hareketi ile şeriklik hareketi olarak azmettirme hareketinin, azmettirenin kastı kapsamındaki fiil bakımından aynı olmadığını ileri süren *Özen*'e göre, intihara yönlendirme suçundaki azmettirme iştirak kurumundaki bir şeriklik formu olan azmettirmeden farklıdır. TCK'nın 84'ncü maddesinde azmettirme başlı başına bir suç oluşturmaktadır.

İştirak kurumundaki azmettirmenden dolayı azmettirenin sorumlu tutulabilmesi, azmettirilen suçun icra hareketlerine başlanmasını gerektirir[56]. Yazara göre yeni kanunda ikna kavramına yer verilmediği için, ikna fiili intihara yönlendirme suçunun maddi unsuru değildir. Bu nedenle cezalandırılmaz. Ancak azmettirme olarak vasıflandırılırsa ikna fiilinin cezalandırılması mümkündür[57].

Centel, Zafer ve Çakmut, azmettirmeyi, aklında azmettirme konusu suçu işlemeye dair fikri olmayan bir kimsenin ilgili suçu işlemeye yönlendirilmesi şeklinde ifade etmişlerdir. Azmettirenin cezalandırılması için fiili icra eden kişinin fiilinin suç olması gerekir. Ancak ne intihar ne de intihara teşebbüs suç olarak kabul edilmemektedir. Bu yüzden azmettirme kavramı yerine ikna kavramının kullanılması daha yerinde olurdu. Yazarlar, ceza hukuku anlamında azmettirmeyi, suç işlemeye yönelik bir niyeti veya bu yönde bir kararı önceden var olmayan kişinin iradesini etkilemek suretiyle suç teşkil eden belirli bir fiili işlemeyi temin etmek şeklinde izah etmişlerdir. Diğer bir ifadeyle kişiye, suç işleme kararını verdirmek suretiyle suçu işlettirmektir. Suçun icra hareketlerini gerçekleştirenin, yani intihar teşebbüsünde[58] bulunanın fail sayılmaması;

---

54 Majno, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, Cilt III, Yargıtay Yayınları No: 8, Ankara, 1980, s. 246, Majno III.

55 Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 27 ve 28. Eski kanunda bu suçun oluşması için ikna ve yardım etme eylemlerinin her ikisinin de işlenmesi aranmaktaydı. Suçun hareket kısmını "ikna ve yardım" oluşturmaktaydı. İkna veya yardım tek başına bu suçun oluşmasını sağlayan hareketler olarak kabul edilmiyordu. Bu durum, hükmün uygulama kabiliyetini sınırlandırmaktaydı. Bkz. Erem, s. 493 ve 494; Özbek, Doğan, Bacaksız, ÖH, s. 180; Ersoy, s. 111. Bu hususa ilişkin eleştiri için bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 27. Eski TCK'da kullanılan "ikna" ve YTCK'da kullanılan "azmettirme" kavramları hakkında yapılan tartışmalar için bkz. Önder, s. 37; Faruk Erem, Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 449, *ÖH*; Erem, s. 494. Mukayeseli hukukta ceza kanunlarında "ikna", "karar aldırma", "teşvik ve tahrik etme" gibi kavramlar kullanılmaktadır. Bkz. Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 131; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 13 ve 14.

56 Özen, s. 37.

57 Özen, s. 35.

58 Tamamlanmış, düşünce ve teşebbüs aşamasında kalmış intihar ayırımı hakkında bkz. İçer, s. 297.

ancak sadece azmettirenin cezalandırılması intihara yönlendirme suçunda azmettirmenin özelliğidir[59].

Önder'e göre, Eski TCK'daki ikna ve yardım kelimeleri azmettirme ve yardım kelimelerine yakın olsa da aynı anlama sahip değildir. Çünkü iştirakteki azmettirmede azmettirilenin işlediği fiil esasında suçtur. Oysa ki intiharın bizatihi kendisi suç değildir[60].

Erem ve Toroslu, eski kanunda kullanılan ikna kelimesinin isabetli olmadığını bundan maksadın azmettirme olduğunu ifade etmişlerdi.[61] Yazarlara göre, azmettirmenin bu çerçevede her türlü elverişli vasıta (telkin, haberi veren uydurma mektup, telgraf göstermek gibi) ile gerçekleştirilmesi mümkündür[62].

Dönmezer, 765 sayılı TCK'da geçen ikna kavramını şu şekilde değerlendirmişti:[63]

"Kanun ikna tabirini kullanmış azmettirme, teşvik veya tahrik sözcüklerini kullanmamıştır. Failin ikna suretiyle mağdura, hayatına son verme kararını aldırmış bulunması şarttır. Burada ikna kavramı azmettirme anlamında kullanılmış, ancak sadece intihar suç olmadığından ve suç olmayan bir fiile azmettirmede söz konusu olamayacağından, bu ayrılığı belirtmek amacı ile ikna deyimi kullanılmıştır."

Erem; eğer azmettirme olarak anlaşılamazsa iknanın hangi anlama geleceğini sorusunu sormuştur. Yazara göre, buradaki ikna icbar olmayıp kişinin kendisini öldürmeye karar vermesidir. Bu şekilde anlaşıldığı takdirde, ikna olan kişi kendisini öldürmeye karar verdiği için ikna nihayetinde azmettirme anlamına gelecektir. Bununla birlikte ölmek ile yaşamak arasında tereddüdü olan bir kimseyi yaşamına son vermeye ikna etmek de mümkün olabilecektir. Bu durumda, anlam itibariyle ikna, azmettirmeden daha geniş bir kavram olarak anlaşılabilir[64].

İknadan anlaşılanın azmettirme olduğunu ifade eden Artuk'a göre, Eski TCK'da, azmettirme sadece suç oluşturan fiillere iştirak edilmesi durumunda söz konusu olduğu için azmettirme yerine ikna kavrmaının kullanılması tercih edilmişti. İntiharın kendisi (kendini öldürme) suç teşkil etmediğinden ve suç olmayan bir fiile azmettirmenin cezalandırılması da mümkün olmadığından

59 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt 1, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 87, 88 ve 89, (Kişilere Karşı); Öntan, s. 852.

60 Önder, s. 37.

61 Ayrıca bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 27 ve 28.

62 Erem, Toroslu, s. 449. İntihara azmettirmenin e-mail, SMS, tweet, snap, mektup, video vb. her türlü araçla gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Ersoy, s. 111; Öntan, s. 852; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 29.

63 Bkz. aynen aktaran Erem, s. 494.

64 Erem, s. 494.

iştirak ile farkını belirtmek için aynı anlama gelecek şekilde ikna kavramı tercih edilmiştir. Burada artık cezalandırmaya layık görülen fiil intihara iştirak değil, bağımsız bir suça iştiraktir. Bundan dolayı ikna kavramı kullanılmıştır[65].

İntihar suç olarak düzenlenmemiş olup intihara azmettirmenin bağımsız bir suç olarak düzenlendiği kabul edilmelidir. Aksi halde fail, azmettirmeye (iştirake) ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılabilirdi. Böylelikle, bir şeriklik türü olan azmettirme ile intihara azmettirme birbirinden ayrılmış olmaktadır[66].

Şeriklik anlamındaki azmettirme ile intihara azmettirmedeki azmettirmenin anlam bakımından özdeş kabul edilebileceği kanaatindeyiz[67]. İntihar bakımından azmettirme, intihar etme fikrinde olmayan kişiyi intihara ikna etmek, bu yönde karar almasını sağlamak anlamına gelir[68]. Bunun için intihara yönlendirme sonucu, intihar konusunda niyeti ve düşüncesi olmayan kişinin intihar kararını almış olması, yani mağdurun intihar yönğndeki kararını etkilemesi gerekir[69]. Dolayısıyla intihar ile intihara azmettirme arasında nedensellik ilişkinin olması gerekir[70]. İntihara azmettirme kapsamında gerçekleştirilen davranışlar ciddiyet[71]

---

65 Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 27 ve 28.

66 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 181; Özkan, s. 260.

67 Tulay'ın da ifade ettiği gibi intihara azmettirmenin bağımsız olarak cezalandırılması ve intihara azmettirenin iştirake dair kurallar çerçevesinde cezalandırılamaması, azmettirmeye ilişkin genel hüküm olan TCK md. 38'in göz önünde bulundurulmasının önünde engel teşkil etmemektedir. Bkz. Tulay, s. 819. Macar hukukunda doktrinde MCK md. 162'de düzenlenen intihara azmettirme ve yardım etme suçuna ilişkin hüküm azmettirme bakımından azmettirme benzeri (*quasianstiftung*) hüküm olarak kabul edilmekte ve madde metninde kullanılan azmettirme kavramının ceza hukukunda bir şeriklik formu olan azmettirme ile aynı anlama geldiği kabul edilmektedir. Bkz. Filó, s. 958 ve 960.

68 Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 28; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 165, *ÖH*; Hafızoğulları, Özen, *ÖH*, s. 65; Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 202; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (md. 1-44),* Cilt 1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 2818; Öntan, s. 852; İçer, s. 303; Ersoy, s. 111. Kendi vücuduna acı veren, vermek isteyen ve bu yönde karar almış bir kimsenin yaşamanı sonlandırmaya yönlendirilmesinin intihara azmettirme kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği hakkında bkz. Tulay, s. 819.

69 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 183 ve 184, *ÖH*; Özkan, s. 260; Özen, s. 35; Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 423-424.

70 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 181; Tulay, s. 819. Özbek, Doğan, Bacaksız, azmettirme fiili ile intihar arasında nedensellik ilişkisini zorunlu görürken, intihara teşvik ve intihar kararını kuvvetlendirme fiilleri ile intihar arasındaki nedensellik lişkisini olmazsa olmaz bir şart olarak görmemektedirler. Bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 181.

71 *"...bir süre müştekiyle duygusal beraberlik yaşayan sanığın, ayrılmalarının akabinde müştekiye cep telefonu ile birbirine yakın zamanlarda çektiği mesajlarda hakaret içeren sözlerin yanında, "öldür kendini, aileni .../...bu utançtan kurtar, aileni utanç içinde yaşatma daha fazla, böyle her gün ağlayacaklarına ölünce bir gün ağlar sonra unuturlar, hala hayatta olman şaşırttı beni" şeklinde ifadeler kullandığının sabit olduğu, ancak aralarında bulunan husumet*

taşımalı ve kişinin intiharına neden olacak derecede belirli bir ağırlığa varmalıdır. İntihara azmettiren mağdurun intihar kararını alabileceğini bilmeli ve istemelidir. İntihara azmettirmeyi oluşturan hareketler, kişinin intihar kararına varabilecek derecede yoğun zihinsel faaliyetler ihtiva etmeli ve mağdurun bu karara vardırılması kastı ile gerçekleştirilmelidir[72]. Daha önce yaşamına son vermeyi düşünen kişi intihara azmettirilemez. İntihar etme niyeti olan kişinin bu niyetini destekleyen veya güçlendiren hareketler azmettirme sayılmaz, bu hareketler intihar kararını kuvvetlendirme veya suça teşvik sayılır. Dolayısıyla şayet azmettirenin yönlendirmesi olmasaydı mağdur intihar etmeyecekti veya intihara teşebbüs etmeyecekti denilebiliyorsa azmettirmeden dolayı sorumluluğun tespiti gerekir[73]. Şu hâlde intihara azmettirmeyi, intiharın ilk ve etkili sebebi olarak bir kimsede intihar kararının alınmasına sebep olma anlamında anlamak gerekir.

Bu suçun objektif unsuru olan azmettirme, intihar edene yönelik gerçekleştirilen fiillerdir. İştirak amacıyla gerçekleştirilen hareketler ise faile yapılan azmettirme hareketleridir[74]. Bu şekilde bu suç tipi ile şeriklik olarak azmettirme ve intihara azmettirme birbirinden ayrılmış olmaktadır[75].

---

nedeniyle, müşteki ile sanık arasında herhangi bir manevi bağın bulunmadığı, bu nedenle müştekinin sanığın söz, telkin ve teşvikini ciddiye almadığı, herhangi bir intihar girişiminde bulunmadığının anlaşıldığı olayda suçun yasal unsurlarının oluşmadığı…" Y. 1. CD, T. 25/10/2018, E. 2018/2727, K. 2018/4383 (Lexpera, 13.02.2024). Doktrinde *İçer* tarafından belirtildiği üzere intihara azmettiren ile mağdur arasındaki ilişkinin mahiyeti, fiilin yorumlanmasında ve ne anlama geldiği hususunda dikkate alınabilir ve fakat fail ve mağdur arasında manevi bir bağın varlığı tek başına tipikliğin gerçekleşmesinin önünde bir mani olarak olarak görülmemelidir. İntihara yönlendirme suçu sadece birbirini tanımayan kişiler arasında değil, birbirini tanıyanlar arasında da işlenebilir. Madde metninden bu şekilde bir sonuca varılması doğru değildir. Bu noktada ciddiyet hususuna muhatap perspektifinden değil, fail perspektifinden bakılmalıdır. Failin davranışının (azmettirmenin) objektif olarak belli bir ağırlığa ulaşması ve ciddiyet taşıması gerekir. Mağdurun azmettirenin telkin ve teşviklerini ciddiye alıp almadığı önemli değildir. Bkz. İçer, s. 306. Azmettirenin kastının ciddi olması hususu hakkında detaylı bilgi için bkz. Rene Bloy, "Zur 'Ernslichkeit' des Versuchs einer Anstiftung zum Mord (Anmerkung-BGH, 10.6.1998-3 StR 113/98)", *JZ*, Cilt 54, Sayı 3, 1999, s. 156 ff.; Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, ss. 308-313.

72 İçer, s. 303. 305. *"…seni gelirsem silahla vuracağım, ben gelmeden kendini vur, bu işi bana bırakma" şeklindeki sözlerinden bir süre sonra ölümün meydana gelmesi dikkate alındığında, sanık … hakkında 5237 sayılı TCK.nun 84. maddesi uyarınca intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, …"* Y. 1. CD, 2.7.2015, E. 2014/3770, K. 2015/4273 (Lexpera, 01.03.2024). Mezkûr Yargıtay kararında tehdit içerikli sözlerden mağdurun başka şekilde kurtulma imkânı bulunmuyorsa intihara mecbur etme (TCK md. 84/f.4) söz konusu olur. Bu durumda fail, kasten öldürmeden dolayı cezalandırılır. Bkz. İçer, s. 305 ve 317. Kanaatimizce; "azmettirme, basit telkin veya tavsiyelerle değil failde fiili işleme kararının canlandırılması niteliğinde ve ağırlığında olmalıdır. Çünkü azmettirmek failin suçun icra hareketlerine başlamasını sağlayacak derecede yoğun ikna faaliyetini gerektirir. Ancak bu yoğun faaliyetlerle bir kimse hiç aklından geçirmediği hukuka aykırı fiili işlemeye yönlendirilebilir." Bkz. Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 51.

73 Özen, s. 35; Ersoy, s. 111. Aynı yönde bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 29.

74 Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2825.

75 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 181; Özkan, s. 260.

b. İntihara Teşvik Etme

Maddede sadece intihara azmettirme değil, intihara yardım etme nev'inden fiiller de cezalandırılmıştır[76]. Bu bağlamda madde kapsamında teşvik etme[77] fiili cezai yaptırıma bağlanmıştır. İntihara teşvik etme intihara azmettirmeden farklıdır. İntihara azmettirmede hiçbir şekilde intihar etme düşüncesi ve niyeti olmayan kişinin intihara yönlendirilmesi söz konusu iken, intihara teşvik etmede intihar etme niyetinde ve düşüncesinde olan ancak bu konuda bir kararara varmamış olan kişinin şevklendirilmesi söz konusudur[78]. Diğer bir ifadeyle intihara teşvik etme; intihar niyetinde ve düşüncesinde olan, ancak intihar kararına varmamış bir kimsenin intihara yönlendirilmesi demektir[79]. İntihara teşvikte mağdurun intihar etme yönünde niyet ve düşüncesinin olması ve failin mağdurun bu niyet ve düşüncede olduğunu bilmesi gerekir[80]. Teşvikte intihar etme düşüncesi olan kişinin bu fikrini eyleme dönüştürmesi sağlanır, yani mevcut intihar düşüncesi karar aşamasına getirilir[81]. Azmettirmede kesin kararı azmettiren verir, teşvik etmede ise kararı veren intihar edenin kendisidir. Azmettirmede fiili işleme niyet ve kararı olmayan kişinin iradesi üzerinde etkili olunarak fiilin işlettirilmesi söz konusu iken; teşvikte mevcut olan bir suç işleme kararının desteklenmesi ve pekiştirilmesi söz konusudur[82]. Dolayısıyla intihara teşvikte, mağdur intihar kararını daha serbest bir iradeyle vermektedir. İntihara azmettirmede ise mağdur yoğun baskı altında bu kararı almaktadır[83].

c. İntihar Kararını Kuvvetlendirme

Madde kapsamında cezalandırılan başka bir fiil intihar kararını kuvvetlendirme[84] fiilidir. İntihar kararını kuvvetlendirmek, intihar kararını alan kişinin bu

---

76 Mukayeseli hukukta ceza kanunlarında intihara yardım anlamında, "yardım etme", "icrasını kolaylaştırma", "intihar kararını kuvvetlendirme" ve "vasıta tedarik etme" gibi kavramlar kullanılmıştır. Bkz. Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 131 ve 132.

77 Teşvik etmek; "isteklendirmek", "özendirmek" anlamlarına gelir. Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (06.03.2024).

78 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH,* s. 184; Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 181; Öntan, s. 853; Tulay, s. 820; İçer, s. 306 ve 308; Ersoy, s. 112.

79 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 165; Tulay, s. 820.

80 İçer, s. 308; *"... Dosya kapsamına göre, şüpheli ... ile müteveffa ... arasında duygusal bir yakınlık olduğuna, intihar olayının gerçekleştiği 20/06/2018 tarihinde de şüpheli ile müteveffanın bir restoranda bir araya geldiğine, aralarında çıkan tartışma esnasında müteveffanın "ben intihar edeceğim, gidip kendimi köprüden atacağım ve bunu yapacağım göreceksin" şeklindeki sözlerine karşılık şüphelinin "yapamazsın, sıkıyorsa atla, sen kendini ne sanıyorsun" diyerek cevap verdiği..."* Y. 1. CD, 01.07.2019, E. 2019/1771, K. 2019/3470 (02.03.2024).

81 Özen, s. 38.

82 Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 89.

83 Ersoy, s. 112.

84 *"Sanık E. D. ile maktul Zeynep'in bir süre önce internette tanıştıkları, Zeynep'in kendisini K. A.*

kararını güçlendirmek ve bu kararı icraya koyması için onu motive etmek demektir. Örneğin, bina gibi yüksek bir yere çıkan ve fakat atlama konusunda tereddüdü olan bir kişiye aşağıdan birinin "madem çıktın oraya atlamalısın, erkek adam verdiği karardan dönmez" ifadeleriyle motive edecek şekilde bağırması ve onun intihara yeltenmesini sağlaması durumunda kararı kuvvetlendirme fiili ile intihara yönlendirme suçu oluşur[85]. Örnekten de anlaşılacağı üzere intihar kararını vermiş ve fakat fiili gerçekleştirme konusunda tereddüdü olan kişiyi intihar konusunda cesaretlendirme söz konusudur[86]. Bu noktada, intihar kararını kuvvetlendirme intihara teşvikten farklıdır. İntihara teşvikte kişinin intihar düşünce ve niyeti vardır. Ancak bu hususta henüz kesin bir karar vermemiştir. İntihar kararını kuvvetlendirmede ise mağdur intihar kararını almış olmalı ve fail bunu bilerek mağdurun kararını destekleyici yönde hareket etmelidir[87]. İntihar kararının, kuvvetlendirme fiilinin gerçekleşmesi için failin hareket veya sözlerinin mağdurun kararını güçlendirecek ve destekleye-

---

olarak tanıttığı ve yazışmalarda erkek gibi davrandığı, bunun sonucunda aralarında duygusal bir ilişkinin geliştiği, bir süre sonra yine internet üzerinden Zeynep'in açıklaması üzerine onun aslında erkek olmadığını öğrenen E. D. önce ilişkiye son vermek istediği, daha sonra ise ilişkiyi sürdürme kararı aldıkları, önce Tokat'ta buluştukları, sonra da birlikte yaşamak için Antalya'ya gidip olaydan yaklaşık bir ay önce orada bir ev tutarak birlikte yaşamaya ve aynı zamanda cinsel yönden de birlikte olmaya başladıkları, bu arada Zeynep'in ameliyatla erkek olmak istediği ve bunun için çaba harcadığı, daha sonra Zeynep'in bunu başaramaması üzerine artık yaşamanın anlamsız olduğu yönünde değerlendirmede bulunarak önceden konuştukları birlikte intihar etme fikrini hayata geçirmeye karar verdikleri, Zeynep'in İstanbul'a gidip babasının olduğunu söylediği bir tabanca ile döndüğü, olay günü iki adet intihar mektubu yazıp birlikte kahvaıtı yaptıktan sonra, tabanca ile intihar etmek üzere yanyana oturdukları, evvela kimin önce intihar edeceği konusunda konuştukları, ikisinin de bir diğerinden önce intihar etmek istediği, daha sonra Zeynep'in baskın çıkması üzerine, öncelikle Zeynep'in tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe basmak suretiyle intihar edip öldüğü, ardından E. D. de tabancayı aldığı, kafasına dayadığı ve tetiğe bastığı ancak merminin sıkışması üzerine silahın ateş almadığı, bir kaç kez denemesine rağmen silahı ateşlemeyi başaramadığı, bunun üzerine annesine telefon ederek yardım istediği ve kolluk güçlerinin E. D. ile maktulün bulunduğu yere geldikleri olayda; Her ne kadar; maktulün intihar etme kararı üzerinde sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenebilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğerinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması karşısında, sanığın intihara yönlendirme suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması, yasaya aykırı görülmekle, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olup, bu nedenle hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına BOZULMASINA, 11/04/2013 gününde oybirliği ile karar verildi." Y. 1. CD, 11.4.2013, E. 2010/6485, K. 2013/3121. Karar için bkz. (Lexpera, 01.03.2024). Birlikte intihar olayları bağlamında Yargıtay'ın kararının yerinde olduğu hakkında bkz. İçer, s. 308.

85 Koca, Üzülmez, s. 206; Ersoy, s. 115. Eski TCK'nın 454'üncü maddesinde intihar kararının kuvvetlendirilmesi fiilinin cezalandırılmadığı ve fakat bu unsura kanunda yer verilmesi gerektiği ileri sürülmüştü. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 29.

86 Tulay, s. 820; Ersoy, s. 115; Öntan, s. 853.

87 İçer, s. 309.

cek nitelikte ve yoğunlukta olması gerekir[88]. Dolayısıyla failin, mağdura duyduğu kızgınlıkla veya mağduru intihara teşebbüs etmeye iten nedenleri idrak etmeyerek veyahut olayın ciddiyetini anlamadan hareket etmesi ve söylediği anlık sözlerle intihara teşebbüste bulunanın intihar kararını kuvvetlendirmesi mümkün değildir. Ayrıca intiharın gerçekleşmesi bakımından fail ve mağdurun birbirini tanıması gerekmediği gibi arlarında bir irtibatın veya samimi bir ilişkinin olması da gerekmemektedir[89].

Özetle, intihar fikri olmayan mağdurun intihara yönlendirilmesi durumunda intihara azmettirme, intihar fikri olan ve fakat bu hususta kesin bir karara varmayan mağdurun intihara yönlendirilmesinde intihara teşvik, intihar kararını alan ve bu kararın fail tarafından desteklenmesi durumunda intihar kararını kuvvetlendirme söz konusu olur[90].

d. Başkasının İntiharına Herhangi Bir Şekilde Yardım Etme

Madde kapsamında cezalandırılan son fiil, başkasının intihar etmesine herhangi bir şekilde yardım etme fiilidir. TCK md. 84'te yaptırıma bağlanan yardım etme fiilinin yorumlanmasında TCK md. 39'dan hareket etmek mümkündür[91]. Buradaki yardım suça iştirakteki yardım ile aynı anlama gelir[92]. İntihar etmeye karar veren kişinin intihar etmesini fiili ve etkin olarak kolaylaştıran hareketlerin yardım etme kapsamında mütalaa edilmesi mümkündür. Madde metninde başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etmeden bahsedildiği için

---

88 *"... Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ... ve maktül ... arasında yüz yüze gelmeden ve birbirlerini görmeksizin sadece telefonla konuşma ve mesajlaşmaktan ibaret arkadaşlık ilişkisinin olduğu, bu ilişki sırasında sanığın bir süre maktülün kız kardeşi ile de aynı şekilde görüştüğü ve bundan dolayı her iki kız kardeş arasında tartışma da yaşandığı, bir süre sonra sanığın maktül ile olan ilişkisini bitirmek istediğini maktüle ilettiği, bunun üzerine duygusal olarak sanığa aşırı derecede bağlanan maktülün sanığa hitaben "bana dönmezsen canıma kıyacağım, zehir içeceğim" şeklinde mesaj gönderdiği, maktül tarafından kendisine gönderilen bu mesajı ciddiye almayan sanığın ise maktüle hitaben "son kurşunu kafama sıkayım hoşçakal" ve "... ben yapıyorum bile bitanem" şeklinde mesajlar gönderdiği, kısa bir süre sonra da maktülün etkeni saptanamayan toksik bir maddeyi içmek suretiyle intihar ettiği olayda; sanık tarafından maktüle gönderilen cep telefonu mesajlarının nitelik ve yoğunluk bakımından intihar kararını kuvvetlendirme olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla yasal unsurları oluşmayan atılı suç yönünden sanığın beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..."* Y. 1. CD, 13.05.2015, E. 2014/2844, K. 2015/3135 (Lexpera, 02.03.2024). Karar için ayrıca bkz. Ersoy, s. 115 ve 116. Kararın eleştirisi için bkz. İçer, s. 310.

89 Ersoy, s. 115.

90 İçer, s. 309.

91 Tulay, "herhangi bir şekilde yardım" ifadesinin icrai hareketin her türünü kapsaması biçiminde anlamaya müsait olduğunu, bu noktada fail ve tipik hareket açısından ifadenin yanıltıcı olabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Tulay, s. 820 ve 821. Ayrıca bkz. İçer, s. 310.

92 Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 45. Macar hukukunda doktrinde MCK md. 162'de düzenlenen intihara azmettirme veya yardım etme suçuna ilişkin hüküm, şeriklik benzeri hüküm olarak kabul edilmekte ve madde metninde kullanılan yardım etme kavramının ceza hukukunda genel hükümlerde bir şeriklik formu olan yardım ile aynı anlama geldiği kabul edilmektedir. Bkz. Filó, s. 958.

intiharı kolaylaştırmaya yönelik yardım etme hareketi, intihar esnasında veya intihar öncesi olabilir. Bu yardımın "maddi veya manevi nitelikte"[93] olması mümkündür. İntihar için bir kimseye zehir, silah, ip verme veya boğaz köprüsünden atlayacak kişiyi aracıyla götürme örneğindeki gibi yüksek bir yerden atlayacak kişiyi olay mahalline götürmek maddi nitelikte yardım hareketlerdir. İntiharın ne şekilde gerçekleştireceğine ilişkin mağdura yol göstermek, intihar esnasında geride kalacak çocuklarına bakacağını söylemek manevi nitelikte yardım hareketleridir. Ancak bir kimsenin intiharına yardım etme hareketlerinin örneklerdeki gibi sınırlı olması ve intiharın müntehir tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Yardım eden kişinin, intihar eden kişiyi ayağından çekme, ipi boğazında sıkma örneklerinde olduğu gibi kişinin ölmesine neden olacak icra hareketlerini bizzat gerçekleştirmesi durumunda intihara yönlendirme değil, bu durumda artık kasten öldürme suçundan bahsetmek gerekir[94]. Çünkü intihar, müntehirin özgür iradesiyle vardığı karara dayanmalıdır. Failin hareketinin intihara yardımın sınırları içerisinde kalması gerekir. Yardımı gerçekleştiren kişinin, ölüme neden olan fiili işlemesi durumunda intihara yönlendirmeden bahsedilemez. Bu durumda kasten öldürme suçundan sorumluluk söz konusu olur. Sonuç itibariyle, intihara yönlendirme suçunu oluşturması için bu fiilin, intihar eden ya da intihara teşebbüsünde bulunan kişi tarafından bizzat işlenmesi gerekir[95].

Tekrardan vurgulamak gerekir ki, intihara yardım kapsamında intiharı kolaylaştırmaya yönelik davranışların yardım etme ile sınırlı kalması gerekir. Bu sınırın tespitinde yardım etme ile müşterek faillik ayırımında kullanılan ölçütlerin göz önünde bulundurulması mümkündür[96]. Şayet, failin hareketleri öldürme fiili bakımından olmazsa olmaz nitelikteyse ve fail, intihar fiili üzerinde

93 İçer, s. 311

94 Koca, Üzülmez, s. 206; Ersoy, s. 79, 103 ve 116; Tulay, s. 821. Ayrıca bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 44, 45 ve 46.

95 Tezcan, Erdem, Önok, s. 165; Öntan, s. 853 ve 854; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2819 ve 2826. İntihar, kişinin yaşamına özgür iradesine dayanarak son vermesini ifade eder. Diğer bir ifadeyle intihar, ölmek isteyen kişi tarafından yaşamına kasten son verilmesini gerektiren bir fiildir. Ancak ölüm kişinin kendi eliyle değil de bir başkasının yardımıyla, yani kişinin isteği üzerine üçüncü bir kimsenin eliyle gerçekleştirilmişse, durum intihara benzer görünse de kanuna göre ve üçüncü kişinin bakış açısıyla kasten öldürme veya talep üzerine öldürme suçu oluşur, çünkü artık üçüncü kişinin bir başkasını öldürmesinden bahsetmek gerekir. Olayda fiilin intihar mı yoksa bir başkasının öldürülmesi mi olduğu konusundaki sınırda üçüncü kişinin aktif olarak hareket ettiği durumda faillik/hakimiyet kriteri dikkate alınır. Ancak intihardan bahsetmek için kişinin, nasıl ölmek istediğine ilişkin intihar kararını bizzat kendisinin vermiş olması ve bu kararı icraya koymuş olması gerekir. Bkz. Ruth Rissing-van Saan, "Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung", *Leipziger Kommentar StGB (Besonderer Teil Sechzehnter Abschnitt Straftaten gegen das Leben)*, 12. Bası, Cilt 7-1, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, Berlin 2019, § 216, Rn. 15, (§ 216).

96 İçer, s. 311.

hâkimiyet tesis etmişse kasten öldürme suçundan sorumluluk doğar[97, 98].

İntihar için temin edilecek vasıtanın somut olayda kullanılmaması durumunda bile, aracın sağlanmış olması yardıma teşvik veya yardım kararını kuvvetlendirme şeklinde etki göstereceğinden failin intihara yardımdan sorumluluğu cihetine gidilebilir[99]. Örneğin mağdurun, intihar için kendisine temin edilen zehir yerine bileklerini keserek intihar etmesi durumunda nedensellik bağı koptuğundan kişiye araç temin etmek veya yol göstermek suretiyle intihara yardım değil, mağdurun intihar kararını kuvvetlendirme nedeniyle sorumluluk söz konusu olur[100].

C. Suça İştirak Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

1. Bağlılık Kuralı Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

Yukarıda da ifade edildiği gibi intiharın kendisi suç değildir. TCK'nın 84'üncü maddesinde yapılan düzenlemenin kaynağında intiharın başlı başına suç olmaması hususu vardır[101]. Kendisi suç olmayan bir fiile iştirak de kural olarak cezalandırılamaz. Diğer bir ifadeyle suç teşkil etmeyen bu fiile iştirakten dolayı sorumluluk doğmaz. Ancak intihara azmettirme ve yardım etmenin iştirakten dolayı cezalandırılmaması, bu fiillerin iştirak haricinde, yani bağımsız olarak cezalandırılmayacağı anlamına gelmemektedir[102]. İntihara azmettirme ve yardım etme hareketleri, bağımsız suç tipleriyle yaptırım altına alınmazsa intihar fiiline iştirak etmenin cezalandırılması mümkün olmaz[103]. Bunu bertaraf et-

---

97 İçer, s. 311; Taştemür, s. 217. Bu hususta ayrıca bkz. Majno, III, s. 246.

98 *"...önce, kendisi banyoda iken silah sesi duyduğunu ifade eden sanığın, müteakip beyanında maktulün isteği üzerine tetiğe bas-tığını, daha sonra da birlikte tetiğe bastıklarını, savunması, kurşunun yakın atış mesafesinden kafanın tam arkasından girip alın soldan çıkması, kurşun giriş yerinin tabancanın denenmesi için veya şaka yollu tetiğe basma şeklindeki mutad taksirli davranışa uyum göstermemesi, maktulün intihar etmek istemesi üzerine birlikte tetiğe basmaları halinde dahi bu hususun sanığın müstakil öldürme kasıt ve eylemini değiştirmeyeceği cihetle sanığın eşini öldürmek suçundan tecziyesi gerekirken, bazı gerekçelerle suça taksirle ölüme sebebiyet vasfı verilmesi..."* Y. 1. CD, 20.12.2006, E. 2005/4833, K. 2006/5870. Karar ve değerlendirmesi için bkz. İçer, s. 311 ve 312.

99 Tulay, s. 821.

100 Öntan, s. 855.

101 Olgun, s. 1641; Tulay, s. 815.

102 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 5. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s. 36, Özel Kısım; Erem, Toroslu, *ÖH*, s. 448 ve 449; Olgun, s. 1641; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH,* s. 181; Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 86 ve 87; Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 179; Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 130; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 18; Öntan, s. 448 ve 449; Tulay, s. 819.

103 Erem, s. 492. Aynı yönde bkz. Koca, Üzülmez, s. 198; Ersoy, s. 79. TCK md. 84'ün cezai sorumluluğu genişleten nitelikte bir hüküm olduğu hakkında bkz. Özen, s. 34; Tulay, s. 815 ve 819. Ceza hukukunda faillik ve şeriklikte objektif isnadiyet bir başkasının hukuksal değerlerinin ihlaline dayandırılır. İntiharda ise ne fail olarak başlı başına bir ihlalden (kendi hukuksal değerlerini ihlal etmekten), ne de azmettiren (ACK md. 26) ve yardım eden (ACK md. 27)

mek için kanun koyucular intihara iştirak fiillerini müstakil suç olarak kabul etmişlerdir[104]. Diğer bir ifadeyle, fiilin haksızlık muhtevası ve hukuki ihtiyaçtan dolayı intihara yönlendirmenin cezalandırılabilmesi için özel bir norma ihtiyaç vardır. İntihara yönlendirme fiili, kişinin yaşam hakkını ihlal ettiği için bu suç hayata karşı suçlar bölümünde cezalandırılmıştır[105].

Fail tarafından gerçekleştirilen tipik haksızlıktan dolayı şeriklerin sorumluluğu, fail ile kişisel bağlantıyı sağlayan bağlılık kuralına dayanır[106]. İştirake bağlılık kuralı gereği şeriklerin cezalandırılmasının[107] şartı fiilin tipik ve hukuka aykırı olmasıdır[108]. İntihar veya intihara teşebbüs ceza kanununda düzenlenen tipik fiiller değildir. Bu sebeple bir kimsenin intiharına azmettiren ve yardım eden olarak katılan kişilerin şerik olarak cezalandırılabilmesi mümkün değil-

---

olarak başkasının hukuksal değerlerini ihlal etmekten söz edilebilir. Bu yüzden ceza hukuku bakımından intiharın kendisi önem arz etmediğinden intihar edenin cezai sorumluluğundan bahsedilemez. Şerikin cezalandırılabilmesi için cezalandırılabilir bir failin de olması gerekir. Cezalandırılabilir bir fail yoksa aynı şekilde cezalandırılabilir bir şerikten de bahsedilemez. Bkz. Kindhäuser, BT I, § 4, Rn. 7.

104 Erem, Toroslu, *ÖH*, s. 448 ve 449; Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 130; Yaşar, Turan, s. 51; Ersoy, s. 79.

105 Tulay, s. 816; Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 137. Kişilerin yaşam hakkının yanında vücut bütünlüğü ve genel sağlığı da korunan diğer hukuksal değerlerdir. Devletin pozitif yükümlülüğü gereği bu hukuksal değerler koruma altına alınmalıdır. Kişinin doğrudan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü TCK md. 81-89 arasında koruma altına alınmıştır. TCK md. 84'te doğrudan yaşam hakkına yönelik olmasa da kişinin yaşamına son verme tehlikesini içeren ve haksızlık teşkil eden fiiller yaptırıma bağlanarak mezkûr hukuksal değerler koruma altına alınmıştır. Bkz. İçer, s. 300. Bu suç tipiyle korunan hukuksal değer/ler konusuna ilişkin açıklamalar için bkz. Ersoy, ss. 92-96; Öntan, s. 848 ve 849. Eski TCK md. 454'te intihara ikna ve yardım suçuna ilişkin hükümle korunan hukuksal değerin kasten öldürme suçuyla aynı olduğu yani yaşam hakkı olduğu ve amaçlananın insan yaşamını korumak olduğu hakkında bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 17.

106 Walter Sax, "Zur Problematik des Teilnehmerdelikts", *ZStW/90*, 1978, s. 24 ve 25.

107 Şeriklerin cezalandırılmasının temeline ilişkin doktrinde ileri sürülen teoriler için bkz. Fischer, Kommentar, § 26, kn. 3.

108 YTCK md. 40'ta, bağlılık kuralı açıkça düzenlenmiş ve şeriklerin sorumluluğu asıl haksızlığın kasıtlı ve hukuka aykırı olmasına bağlanmıştır. Bu kural, hem azmettirme hem de yardım etme bakımından geçerlidir. Bkz. Fischer, Straflose Mitwirkung, s. 15; Jeager, s. 92 ve 93; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 484 ve 488, (GH); Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s. 176 ve 177; Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, ss. 138-147; Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 54 vd. Alman hukukunda, kanunda, bağlılık kuralına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmese de azmettirme ve yardım etmeye ilişkin maddelerde kurala ilişkin şartlar (fiilin kasten ve hukuka aykırı olması) zikredilmiştir. Bkz. Heinrich, AT, § 36, Rn. 1278; Kühl, AT, § 20, Rn. 135, 136; Hilgendorf, Valerius, AT, § 9, Rn. 118, 119, 146; Hans Joachim Hirsch, *Strafrechtliche Probleme*, Band II, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 621; Johannes Keiler, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law*, Intersentia, United Kingdom, 2013, s. 164; Arnd Koch-Katrin Wirth, "Grundfälle zur Anstiftung", *JuS*, 2010, s. 203; Rengier, § 45, Rn. 13.

dir[109]. Bu sakıncayı bertaraf etmek için kanun koyucular intihara şerik olarak katılımı müstakil suç olarak düzenlemektedirler. Gerek eski kanunumuzda gerekse mevcut kanunumuzda intihara azmettirme ve yardım etme müstakil suç olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede intihara yönlendirme suçunmun tipikliği kapsamına sadece şeriklik statüsündeki iştirak formları kabul edilmektedir[110]. Belirtmek gerekir ki bağlılık kuralına ilişkin hüküm (TCK md. 40) ile intihara yönlendirme suçuna ilişkin hüküm (TCK md. 84) arasında özel norm ve genel norm ilişkisi vardır. İntihara azmettirme ve yardım etmenin cezalandırılabilmesi için TCK md. 40'taki şartlar değil, özel hüküm niteliğindeki TCK md. 84'teki şartlar uygulanır[111].

Bağlılık kuralı bağlamında hükme yönelik değerlendirmeyi azmettirme ve yardım etme bakımından ayrı ayrı yapmak gerekir. Hükmün kapsamında hem intihara azmettirme hem de intihara yardım etme cezalandırılmıştır. Böylelikle hükmün kapsamında bağımsız azmettirme ve yardım etme suçları düzenlenmiştir[112]. Diğer bir ifadeyle her iki seçimlik hareket intihara yönlendirme suçunun unsuru haline getirilmiştir. Böylelikle, intihara azmettiren veya yardım eden kişiye TCK'nın 38'inci ve 39'uncu maddeleri tatbik edilmeyecek, sadece TCK md. 84/f.1 çerçevesinde ceza tayin edilecektir[113].

İntihara azmettirme ile intihar konusundaki kötülüğünü açığa çıkaran azmettiren, mağdurun intihar etmesi için gereken gayreti göstermiştir. Mağdurun intihara teşebbüs edip etmemesinin, azmettirmenin haksızlığı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle intihara yönlendirme suçunda azmettirme bakımından müstakil bir haksızlık içeriği kabul edilmektedir. Az-

---

109 Kühl, AT, § 20, Rn. 138; Fischer, Straflose Mitwirkung, s. 15; Kindhäuser, BT I, § 4, Rn. 1, 8. İntihar tipik bir fiil olmadığından, şeriklik gibi müşterek faillik şeklinde de katılımın ACK md. 212 kapsamında cezalandırılmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. Jeager, s. 92. Kendi sorumluluğunun bilincindeki intihara taksirli olarak neden olunmasının cezalandırılmaz olduğu, taksirli harekette şeriklik ile faillik arasında bir fark olmadığı ve burada tek faillik sisteminin geçerli olduğu, kasten işlenen hareket bakımından sadece şeriklik cezalandırılmazken, taksirde cezalandırılabilir bir failliğin temellendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. Kindhäuser, BT I, § 4, Rn. 6.

110 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 163; Öntan, s. 854; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2819, 2826; Ersoy, s. 79; İçer, s. 302.

111 İçer, s. 302, 303, 318 ve 319.

112 Türk hukukunda suça iştirak ve teşebbüs kurumları, Anglosakson hukukundaki gibi müstakil suç tipleri olarak düzenlenmemiş, bu kurumlar suçun Alman hukukundaki gibi suçun özel görünüş şekilleri olarak kabul edilmektedir. İntihara yönlendirme suçunda ise bu esastan sapılmış ve kanunumuzun genel hükümleri içerisinde suça şeriklik türleri olarak görülen azmettirme ve yardım etme fiilleri unsur yapılmıştır. Böylelikle Anglosakson hukuk sistemindeki gibi azmettirme ve yardım etme suçlarına ilişkin hükümler ihdas edilmiştir. Bkz. Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 439.

113 Tulay, s. 831.

mettirme bakımından bu suç tipi, akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilirliği yönündeki düşünceyi de aşar niteliktedir. Çünkü akim kalmış azmettirme için azmettirmeye konu fiilin suç olması gerekir. Burada ise, suç teşkil etmeyen intihar fiiline azmettirme ayrı bir suç ile yaptırıma bağlanmıştır. Bu itibarla, intihar fiili suç olmadığı için azmettirme bakımından intihara yönlendirme suçuna ilişkin hükmün (TCK md. 84/f.1) "azmettirmeye teşebbüs benzeri hüküm" olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ayrıca burada, intihar gerçekleşmese bile intihara azmettirme şeklinde müstakil bir haksızlık oluşmaktadır. Kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiile (intihar) azmettirmenin yaptırıma bağlanması, azmettirmeye teşebbüste cezai sorumluluğunu daha da genişleten bir düşünceye işaret işaret etmektedir. Kanun koyucu, bu şekilde, intihara azmettirmenin müstakil bir haksızlık oluşturduğunu ve azmettirmeye teşebbüs gibi cezalandırarak gerçekleşen tehlikenin cezalandırmaya layık olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Şu hususa da önemle işaret etmek gerekir ki kanunumuzda akim kalmış azmettirmeye ilişkin genel bir hüküm bulunsaydı bile intihara azmettirmeye ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerekcekti. Belirttiğimiz gibi yalnızca suç teşkil eden fiiller akim kalmış azmettirmenin konusu olabilir. Örneğin Alman hukukunda, akim kalmış azmettirmeye ilişkin genel hükme yapılan yollamayla cünha olduğu için cezalandırılamayan gerçeğe aykırı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs müstakil bir suçla (ACK[114] md. 159) yaptırıma bağlanmıştır. Böylelikle cünha olduğu için cezalandırılamayan teşebbüs aşamasında kalmış gerçeğe aykırı beyan fiiline azmettirme cezalandırılamazken, bu fiile azmettirmeye teşebbüs müstakil bir normla cezai yaptırıma bağlanmıştır[115].

TCK md. 84 kapsamında yaptırıma bağlanan yardım etme bakımından kanaatimiz, azmettirme bakımından yapılan mezkûr açıklamalara paraleldir. Fakat yardım etme bakımından önemli bir farklılığı vurgulamak gerekir. TCK md. 84'ün bu bağlamda "yardım etmeye teşebbüs benzeri hüküm" olarak nitelendirilmesi mümkündür. Azmettirmeye teşebbüsün bile cezalandırılmadığı kanunumuzda, suç olmayan bir fiile (intihar) yardım etme müsatkil haksızlık olarak cezalandırmaya layık görülmüştür. Esasen, akim kalmış azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil eden bir fiil olduğunu, yardım etmeye teşebbüsün ise cezalandırılmaması gereken bir fiil olduğu kabul etmekteyiz[116]. Bununla birlik-

114 Deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBI I S 3322].

115 Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 424 ve 425.

116 Yardım etmeye teşebbüs, kendisine yardımın yapıldığı asıl fiile teşebbüsün gerçekleşmediği durumda söz konusu olur. Türk hukukundaki gibi Alman hukukunda da yardım etmeye teşebbüs fiili cezalandırılmamaktadır. Doktrinde yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılamamasını, ceza hukukunun objektif tehlikesizlik durumlarına müdahale etmemesine ve ceza hukukun-

te, yardım etmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık olmaması, intihara yardımın müstakil olarak cezalandırılamayacağı anlamına gelmememktedir. Zaten yardım etmeye teşebbüs cezalandırılsaydı bile sadece suç olan fiilere yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılması mümkün olduğundan kanunda intihara yardım etmenin yine de cezalandırılması icap edcekti[117].

Sonuç itibariyle, ahlaken tasvip edilmeyen ve fakat cezalandırılabilir bir davranış olarak görülmeyen intihara bir başkasının teşviki, intihar kararının kuvvetlendirilmesi veyahut bir başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım edilmesi cezalandırılabilir niteliktedir. Bunun gerekçesi, intiharın önlenmemesi durumunda toplum düzeni ve sağlığı açısından ortaya çıkabilecek tehlikelerin suçun işlenmeye başlanmasından önceki alanda (ön alanda) önlenmek istenmesine dayandırılabilir. Her ne kadar sistematik olarak mahiyetleri birbirinden farklı olan intihara azmettirme ve yardım etme fiillerinin ayrı kanun metinleriyle cezalandırılmasını kabul etsek de kanun koyucunun intihara yönlendirme başlığı ile yaptığı bu düzenlemeyi suçlulukla mücadelede tehlikeli hazırlık hareketlerinin cezalandırılması bakımından olumlu olarak görüyoruz.

2. Dolaylı Faillik Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

İntihara yönlendirme suçunun mağduru herkes olabilir. Ancak müntehirin iradesi üzerinde hakimiyet tesis eden bir kimse artık kasten öldürme suçundan sorumlu olur. Bundan hareketle, kanun koyucu, mağdur ile ilgili özellik arz eden bir durumu (mağdurun çocuk, akıl hastası veya sarhoş olması gibi) TCK md. 84/f.4'te düzenlemiştir. Mezkûr hükümde, fiilinin hukuki anlam ve neticelerini algılama yeteneği gelişmeyen ya da ortadan kalkan bir kimseyi intihara sevk etmek[118] veyahut tehdit yoluyla[119] intihara mecbur kılmak[120] kasten öldür-

---

da önemli olmayan fiilin işlenmesine dayandıran görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 101 vd.

117 Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 105.

118 Sevk etmek; "göndermek, götürmek, sürüklemek, itmek" anlamına gelir. Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (07.03.2024). Ayrıca bkz. Öntan, s. 883.

119 Her ne kadar TCK md. 84/f.4'te hileden bahsedilmemişse de bir kimsenin hile ile intihara yönlendirilmesinin de mümkün olduğu ve bu durumun TCK md. 37/f.2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Tulay, s. 818; Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 171; Öntan, s. 885. Ersoy'a göre, fıkra hükmünde geçen "intihara mecbur edenler" ifadesi sadece cebir veya tehdidi karşılamaktadır. Hile yoluyla, mağduru intihar etmeye mecbur edilirse TCK md. 84/f.4'ün yollamasıyla kasten öldürme suçu oluşmaz. Aksi yöndeki bu görüş için bkz. Ersoy, s. 107. İntihara mecbur etmenin gerçekleştiğinin kabul edilmesi için failin hareketiyle (cebir veya tehdit kullanmak suretiyle) intiharın asıl nedenini oluşturması gerekir. Bkz. Öntan, s. 884.

120 Mecbur etmek, "zorlamak" anlmına gelir. Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (07.03.2024). Ayrıca bkz. Öntan, s. 884. *İçer*'e göre, intiharın kendisi suç olarak düzenlenmediğinden intihara mecbur etmek fiilinin dolaylı faillik hükümleri (TCK md. 37/f.2) kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. Bu yüzden kanun koyucu intihara mecbur etme fiilini bu hüküm kapsamında cezalandırma yoluna gitmiştir. Bkz. İçer, s. 333.

menin (TCK md. 81, 82) cezasıyla yaptırıma bağlanmıştır. Böyle bir durumda failin intihara yönlendirme suçundan sorumluluğunun belirlenmeyeceği kabul edilmiştir. Böylelikle kanun koyucu dolaylı faillik[121] yoluyla intihara yönlendirme suçuna ilişkin duruma özellikle yer vermiştir[122].

---

121 Konunun dolaylı faillik kurumu bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz. Krack, s. 61 ff; Friedhoff, s. 168. Akıl hastası olan bir kimsenin veya yaşı küçük olan bir çocuğun intihara sevk edilmesi halinde dolaylı faillik kabul edilir. Alman hukukunda*"Hildegard Höfeld Olayı",* buna verilen en tipik örnektir. Bu olayda henüz 15 yaşına girmeyen *Hidegard* adlı kız çocuğu, anne ve babası tarafından dayak ve tehdit ile köprüden kendisini atmaya ve intihara zorlanmıştır. Bir diğer olayda ise bir kasap, çırağına zorla temizlenmemiş bağırsağı yedirmiştir. İlk olayda anne ve baba, kasten öldürmeden, ikinci olayda kasap kasten yaralamadan sorumlu olacaktır. Her iki olayda da dolaylı faillik kurumundan hareketle sorumluluğun belirlenmesi gerekir. Örnek olaylar için bkz aktaran Bkz. Özgenç, *Suça İştirak*, s. 239. Macar hukukunda da doktrinin bir kısmı ve içtihatlarda kasten öldürmeden hareketle sorumluluğun belirlenmesi konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Bkz. Filó, s. 960.

122 Ersoy, s. 107 ve 108. 765 sayılı TCK'da bu yönde bir düzenleme olmamakla birlikte doktrinde mağdurun hareket etme hürriyetinin cebir, şiddet veya tehditle ortadan kaldırılması durumunda kasten öldürme suçunun oluşacağı kabul ediliyordu. Bkz. Erem, s. 498. *"...Sanıklarla herhangi bir husumeti saptanamayan üç gizli tanığın birbirini doğrulayan ve olayın oluşuna uygun anlatımları, sanık ...'in bir neden yokken çok kısa bir süre sonra koşarak ve dağ yolundan eve gelip maktulle tartışması ve onu darp etmesi, sanığın üç saati aşkın bir süre nerede olduğunu ve ne yaptığını tam olarak açıklayamaması ancak kamera görüntüleri ve tanık anlatımlarından evde olduğunun anlaşıldığı, yine sanık ...'nin olaydan önce komşuya nane satmaya gittiği yönündeki savunmasının da gerçeği yansıtmadığı, evdeki gazlı ocağın maktul öldükten sonra açıldığının sabit olduğu, sanık ...'nin maktulün ölümünden sonra gece geç vakitte kızım geldi görmeye gelin diyerek komşularını evine davet etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, maktulün bir ay ...'nda kalmasına rağmen intihar etmeyip eve gelir gelmez intihar etmesinin inandırıcı olmadığı, kaldı ki intihar etme niyeti olsaydı 'biliyorum siz beni öldüreceksiniz" demeyeceği, sanıkların maktule yönelik davranışları ve maktulün olaydan önce sarf ettiği sözler, tüfeğin maktulün yanında veya önünde değilde arkasında bulunmuş olması sanıkların evin içinde maktulle birlikte iken silah sesinin gelmiş olması ve diğer deliller bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanıkların bizzat tarım ilacını içirmemiş ve tüfeği ateşlememiş olmaları kabul edildiğinde dahi maktulü intihara zorladıklarının kabulü gerektiği, eylemlerinin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur etme olduğu ve TCK 84/4. maddesinin yollamasıyla kasten öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi..."* Y. 1. CD, T. 22/01/2020, E. 2019/1885, K. 2020/232 (Lexpera, 13.02.2024). Ayrıca bkz. Tulay, s. 816 ve 818; Ersoy, s. 103. Somut olayda intiharın bir başkasının yönlendirmesiyle mi yoksa tehdit, baskı veya şiddetle mi gerçekleştiği ayırımının yapılması gerekir. Bu durumlarda intihar ile failin davranışları arasındaki nedensellik bağının tespiti gerekir. İnthar; mağdurun tehdit edilmesi, şiddete maruz kalması veya cinsel saldırıya uğraması sonucu gerçekleşirse intihara yönlendirme nitleiğinde davranışlar tespit edilmedikçe TCK md. 84/f.1'in oluştuğundan bahsedilemez. Bu durumda başka suçların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bkz. İçer, s. 315. Y. 1. CD'nin 20.01.2020 tarihli ve E. 2019/3668, K. 2020/166 sayılı kararına konu olayda anne, kızının telefonla yaptığı görüşmelerden şüphelenir ve telefonu kendisine vermesini ister. Kızının telefonu kendisine vermesinden önce kayıtları silmesi üzerine basit tıbbi müdahale ile giderebilecek derecede yaralar. Kızına "k*endini ispatla, ya sen kendin intihar edeceksin, ya da ben seni döve döve öldüreceğim*" der ve evden yarılır. Annesinin evden ayrılmasından bir süre sonra kız, av tüfeğiyle kendisini vurur ve intihar eder. İlk derece mahkemesi, TCK md. 84/f.4'ten hareketle TCK md. 82/f.1, bent d hükmüne istinaden nitelikli kasten öldürme suçundan anneyi mahkûm eder, Y. 1. CD ise "*sanığın olay öncesi maktuleye karşı sarf etmiş olduğu sözlerin içeriği dikkate alındığında, sanığın eyleminin TCK'nin 87/4-son maddesindeki* (doğrusu, TCK, m. 84, f. 4'teki) *cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur etme niteliğinde olmayıp TCK'nin 84/3 maddesinde-*

ki intihara teşvik niteliğinde olduğu ve bu suçtan hüküm kurulması gerektiği" gerekçesinden hareketle hükmü bozar (Lexpera, 18.01.2024). İlk derece mahkemesinin kararında olduğu gibi annenin sarf ettiği sözler nedeniyle TCK md. 84/f.4'ün yollamasıyla TCK md. 82/f.1, bent d hükmü gereği kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için annenin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kızını intihara mecbur etmesi gerekir. Annenin sarf ettiği sözler her ne kadar tehdit niteliğinde olsa bile bu sözlerin, kızını intihara mecbur edip etmediğinin somut olayın şartları çerçevesinde mahkeme tarafından takdir edilmesi gerekir. Şayet, kızın bu sözler nedeniyle intihara mecbur edildiği, yani başka şekilde hareket yeteneğinin ortadan kalktığı yönünde bir değerlendirme yapılabilir ise bu durumda yerel mahkemenin kararı isabetli görülebilir. Aksi halde tehdit mahiyetinde olan bu sözlerin intihara teşvik olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda annenin tehdit ve intihara teşvik suçlarından sorumluluğu doğar. İki suç arasında fikri içtima yaparak intihara teşvik suçundan sorumluluğun tespiti gerekir. Değerlendirme için bkz. https://izzetozgenc.com/makale/intihara-yonlendirme-sucu-ile-ilgili-yargitay-1-ceza-dairesinin-bir-karari-uzerine-degerlendirmeler- (18.01.2024). Yargıtay'ın fiili TCK md. 84/f.3'te düzenlenen intihara alenen teşvik suçu olarak nitelendirmesi hatalı olmuştur. İntihara alenen teşvik suçunda muhatap belirsiz kimselerdir. Bu durumda TCK md. 84/f.1 kapsmaında fiilin nitelendirilmesi gerekirdi. Değerlendirme için ayrıca bkz. İçer, s. 335 ve 336. Ayrıca bkz *"...sanık Ömer ile maktül E.. A..'un aralarında önceye dayalı arkadaşlık ilişkilerinin olduğu, bu süreçte sanık ile maktülün rızayla birden çok kez cinsel ilişkiye girdikleri, olay tarihinde maktülün kendisini hamile zannetmesi üzerine durumu sanığa bildirdiği, bunun üzerine sanık ile maktülün kaçarak evlenmeye karar verdikleri, ancak daha önceden de intihara kalkışan maktülün girmiş olduğu bunalım sonucunda evlerinin deposunda kendisini iple tavana asarak intihar ettiği olayda; sanığın üzerine atılı suçu işlediğini gösterir her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan beraatına karar verilmesi gerekirken, delillerin yanlış değerlendirilmesi sonucunda TCK'nun 84/2 maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi..."* Y. 1. CD, 23.01.2012, E. 2010/2015, K. 2012/218 (Lexpera, 04.03.2024). *"...mağdur Serap'ın sanık E.R.ile evlenmek amacıyla arkadaşlık yaptığı, sanığın kendisini astsubay ve bekar olarak tanıttığı, sanığın annesinin mağduru arayarak, sanığın daha önce evlenip boşandığını, astsubaylıktan atıldığını, kendisinin ziynet eşyalarını çaldığını, oğlunun psikolojik durumunun iyi olmadığını söylemesi üzerine mağdurun sanıktan ayrıldığı, mağdurun kendisinden ayrılmasını kabullenemeyen sanığın mağduru "sana ve ailene Diyarbakır'ı dar ederim, seni rezil edeceğim, seni ya ailen öldürsün ya da ben öldüreceğim" şeklinde tehdit ettiği, mağdurun olay günü 13 metre yükseklikteki balkondan atlayarak intihara teşebbüs ettiği, yaralanması nedeniyle hayati tehlike geçirdiği, tıbbi tedavi sonucu hayata döndürüldüğü olayda, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 106.maddesinde düzenlenen tehdit suçunu oluşturduğu anlaşılmakta ise de, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 20.11.2008 tarihli iddianamesi ile sanık hakkında intihara yönlendirme, tehdit ve hakaret suçlarından kamu davası açıldığı, mahkemenin incelemeye konu 25.09.2012 gün ve 2012/482-508 sayılı kararı ile mağdurun şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle hakaret suçundan düşme ve tehdit suçundan da delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verildiği, düşme ve beraat kararlarının aleyhe temyiz bulunmadığından kesinleştiği hususları da gözetilerek, sanık hakkında intihara teşvik suçundan unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..."* Y. 1. CD, 17.12.2014, E. 2013/4833, K. 2014/6311 (Lexpera, 04.03.2024). *"Sanık Murat'ın, eşi olan maktul Nimet'e karşı intihara yönlendirme suçundan kurulan beraat hükmü yönünden yapılan temyiz incelemesinde; iddianamedeki anlatımında, "yeminle dinlenen tanık beyanları, maktulün evlilik süresi içinde şiddet gördüğünü, yaşamını çekilmez hale getirecek şekilde darp edildiğine dair doktor raporları, onu doğrulayan şikayetçi anne ve yeminle dinlenen maktulün erkek kardeşinin beyanları, telefon dökümanları ve dosya kapsamından, geceleri taksicilik yapan, eşine, çocuklarına ve ailesine karşı sorumluluklarını yerine getirmeyen, aile fertlerine şiddette bulunan, alkolik olan ve bar ve pavyonlarda çalışan bayanlarla sürekli birlikte olan sanık Murat'ın ... " ifadelerine yer verildiği, sanık ve ölen Nimet'in kızı olan tanık Kübra tarafından mahkemeye hitaben yazılan mektupta ve tanık Kübra'nın aşamalardaki beyanlarında; sanığın, öleni çeşitli bahanelerle sürekli döverek hastanelik ettiğini, son zamanlarda kendisine ve kardeşi Mustafa'ya da şiddet uygulamaya başladığı-*

Söz konusu hüküm, bu suç tipinin mağdurunu belirleme bakımından önem arz etmektedir. Çünkü bu suçun mağduru bakımından bir özellik aranmıştır. Mağdur, işlemiş olduğu eyleminin anlamını ve neticelerini algılama yeteneğinin gelişmediği ya da bu yeteneğin ortadan kalktığı kişidir[123]. Kendi kusuruyla algılama yeteneğini kaybeden mağdurun da hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Mağdurun algılama yeteneğini kimin ortadan kaldırdığı önemli olmayıp mağdurun kendisi de bunu ortadan kaldırabilir. Burada önemli olan husus, fiilin işlendiği esnada mağdurun bu yeteneğinin olmaması ve fail tarafından bunun biliniyor olmasıdır[124]. Dolayısıyla bu hükümle amaçlananın, mağdurun bu durumundan faydalanarak intihar etmesini sağlayan kişilerin cezalandırılması olduğu dikkate alındığında örneğin bir başkasının intihara sevk ettiği mağdurun uyuşturucuyu, uyarıcı maddeyi veya alkolü kendi isteğiyle alıp almadığı önemli değildir[125].

Demek ki, TCK md. 84'ün mağduru sadece kusur yeteneğine sahip kişi olabilir. Dolayısıyla algılama yeteneği gelişmiş veya zayıflamış kişi intihara yönlendirme suçunun mağduru olabilecektir. Ancak algılama yeteneği azalmış kişinin intihara yönlendirilmesi durumunda TCK md. 84'te belirlenen yaptırım aralığında üst sınıra yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Algılama yeteneği gelişmemiş kişi ise TCK md. 84'ün kapsamı haricinde bırakılmıştır[126]. Kısacası TCK md. 84/f.1 bakımından failin cebir ya da tehdit yoluyla bir başkasını intihara sevk etmemiş olması gerekir. Aksi halde kasten öldürme suçundan sorumluluk söz konusu olur[127].

Doktrinde bu durumun, esasında kasten öldürme suçunun dolaylı faillik biçiminde işlenen bir şekli olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre intihara sevk veya mecbur etme, mağdurun araç olarak kullanılması, yani dolaylı faillik suretiyle

---

nı, ailesine karşı sorumluluklarını yerine getirmediğini ve başka bir kadınla ilişkisinin bulunduğunu belirttiği, aşamalarda dinlenen yeminli tanıklar Gülsüm, Aslı B., Nurettin ve Fatma ile müştekiler Çetin, Zekiye ve Cafer'in beyanlarının da aynı doğrultuda olduğu dikkate alındığında; süreklialkol alıp, ailesine karşı maddi ve manevi sorumluluklarını yerine getirmeyen ve ölen eşini başka kadınlarla aldattığı anlaşılan sanığın, mağdura sistematik şekilde fiziki, ekonomik ve manevi şiddet uyguladığı, aile birliğinin gereklerine aykırı olarak, şefkatle bağdaşmayan davranışlarda bulunduğu anlaşılmakla, her ne kadar sanığın ölen eşine karşı eylemi intihara yönlendirme suçunu oluşturmasa da, iddianamedeki anlatıma göre, TCK.nun 96. maddesinde tanımlanan eziyet suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması…" Y. 1. CD, 03.05.2012, E. 2009/6614, K. 2012/3501 (Lexpera, 04.03.2024).

123 İçer, s. 331; Öntan, s. 882 ve 883.

124 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 174.

125 Öntan'a göre, madde metninde kullanılan "ortadan kaldırılan" ifadesi bu yorumu olnaklı kılmaktadır. Bundan hareketle yazar, hükmün isnat edilebilirliği bakımından ifadenin "ortadan kalkmış" şeklinde değiştirilmesini önermiştir. Bkz. Öntan, s. 883.

126 Tulay, s. 816. Aynı yönde açıklamalar için bkz. İçer, s. 331, 332 ve 336.

127 Tulay, s. 818.

kasten öldürmenin işlenmesini ifade etmektedir. TCK md. 37/f.2'deki düzenleme bizi, isnat yeteneği olmayan kişileri intihara sevk veya isnat yeteneği olan ve fakat cebren veya tehdit yoluyla intihara mecbur edenlerin dolaylı fail olarak kasten öldürmeden sorumlu olacağı sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla intihar etmek suç olmamakla birlikte bir kimsenin vasıta şeklinde kullanılarak suçun kendisine işletilmesi kasten öldürmeden doğan sorumluluğu gerektirir. Burada intihar hareketi, kişinin (mağdurun) kendisine işlettirilmektedir[128]. Ancak mevcut düzenleme dikkate alındığında kasten öldürme suçunun dolaylı faili olmanın söz konusu olmadığı, hükümdeki durumun gerçekleşmesi halinde failin bağımsız olarak düzenlenen suçun faili (doğrudan fail) olduğu ileri sürülmüştür[129]. Bundan hareketle, her ne kadar aksi[130] savunulsa da mağdurun çocuk veya akıl hastası olması durumunda TCK md. 37/f.2 kapsamında cezanın belirtilen oranda arttırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür[131].

Ancak kanaatimizce de böyle bir hükme yer verilmeseydi bile TCK md. 37/f.2'den hareketle dolaylı faillik kurumunu uygulamak zaten mümkün olacaktı. Bu durumda fail artık kasten öldürme suçunun dolaylı faili konumundadır[132]. Bunun yanında, TCK md. 28'de karşı konulamayacak ya da kurtulma imkanının olmadığı cebir ya da şiddet veya muhakkak ve ağır korkutma veyahut tehdit neticesinde suç işleyen kişinin cezalandırılmayacağı ve bu durumlarda bahsi geçen durumları kullananların fail olacağı ifade edilmiştir. Mezkûr düzenlemede belirtildiği gibi cebren ya da tehditle başkasını intihara

128 Görüş için bkz. Öntan, s. 885 ve 886. Hükümde belirtilen durumun kasten öldürmeye ilişkin hükmün kapsamına alınmasının isabetli olacağı yönündeki düşünce için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 171 ve 172; Özbek, Doğan, Bacaksız, ÖH, s. 185; Öntan, s. 886 ve 887. Hükümde kasten öldürme suçuna atıf yapmak yerine bu durumun cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin tercih edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, ÖH, s. 185 ; TCK md. 84/f.4'teki durumun birinci fıkradaki suçun nitelikli hali olmadığı hakkında bkz. Öntan, s. 881. Böyle bir düzenlemenin Eski TCK'nın 454'üncü maddesinde düzenlenmediğini belirtmek gerekir. Yine de doktrinde intiharın isnat kabiliyetinden yoksun veya bu yeteneği kaldırılan, cebren ya da kişinin intihara yönlendirilmesi halinde basit veya nitelikli kasten öldürme suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 24. Eski kanunda bu yönde bir düzenlemenin olmamasına yönelik eleştiri için bkz. Erem, s. 201. Macar hukukunda da durumun bu yönde olduğu hakkında bkz. Filó, s. 960.

129 Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 86; Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 179.

130 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 187

131 Öntan, s. 886. Bu hüküm kapsamında ortaya çıkan problemlerden biri, kasten öldürme suçunun cezayı ağrılaştıran nitelikli hallerin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bir görüş, hükümde kasten öldürme suçunun cezasına değil doğrudan kasten öldürme suçuna atıf yapıldığından kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Diğer bir görüşe göre ise, hükümde kasten öldürmenin yaptırımına atfı yapılmak istendiğinden kasten öldürmenin temeli haline ilişkin TCK d.81'in uygulanması gerekir. Görüşler hakkında bkz. Öntan, s. 887.

132 Aynı yönde Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 208 ve 220; Ersoy, s. 108; Öntan, s. 885. Hükmün dolaylı failliğin özel bir türü/görünümü olduğu hakkında bkz. Öntan, s. 886; İçer, s. 332.

mecbur eden kişi fail olarak sorumlu tutulacaktır. Buradaki failliğin, TCK md. 37/f.2'deki dolaylı failliği ifade ettiğini belirtmek gerekir.

İntihara sevk etme suçunda icra safhasına geçilmesi, failin yönlendirmesi neticesinde muhatabın intihara teşebbüs etmesine bağlıdır[133]. Kusur yeteneği olmayan bir kimse failin yönlendirmesine rağmen intihara teşebbüs etmezse TCK md. 84/f.1 kapsamında sorumlu tutulmalıdır. İntihar teşebbüsü gerçekleşirse kasten öldürmeye teşebbüs; intiharın, yani ölümün gerçekleşmesi durumunda, TCK md. 84/f.4'ün yollamasıyla tamamlanmış kasten öldürme suçundan dolayı failin sorumlu tutulması gerekir. Failin, ağır ya da karşı koyamayacağı cebir veya tehdidine rağmen mağdurun intihar teşebbüsünde bulunmaması durumunda TCK md. 84/f.1'deki intihara yönlendirme, tehdit ve cebir suçlarından dolayı sorumluluğun incelenmesi gerekir. Mağdurun intihar teşebbüsünde bulunmaması durumunda kasten öldürmeye teşebbüsten; intiharın, yani ölümün gerçekleşmesi durumunda tamamlanmış kasten öldürme suçundan dolayı sorumluluk doğar[134]. İntihara sevk veya mecbur edildikten

133 Öntan, s. 887. Yazara göre, mağdurun intihar teşebbüsünde bulunmaması kasten öldürme suçunun hazırlık hareketi olarak kabul edilerek failin teşebbüsten sorumlu tutulmaması gerekir. Çünkü intihara sevk veya mecbur etme hareketlerinin mağdurun yaşamını tehlikeye sokacak derecede elverişliliğinden bahsedilemez. Bkz. Öntan, s. 890. Doktrinde bir görüş, intihara teşebbüsün gerçekleşmemesi durumunda bile kasten öldürmeye teşebbüsten sorumluluğun doğacağını savunmuştur. Bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 185.

134 İçer, ss. 332-335 ve s. 338; Ersoy, s. 108. *"...30/10/2006 tarihinde evinden ayrılan ve 06/11/2006 tarihinde Kelkit ırmağı içinde ölü olarak bulunan D.. B.. üzerinde Reşadiye C.Başsavcılığı'nca "ölü muayene" işlemi, Tokat C.Başsavcılığı'nca klasik otopsi işlemi yapılarak kesin ölüm sebebi tespit edilemediğinden, maktulden alınan organ, kan ve doku örnekleri kesin ölüm sebebinin tespiti amacıyla Malatya Adli Tıp Grup Başkanlığı'na gönderildiği ancak kesin ölüm sebebinin belirlenmesi istenmediği, Reşadiye C.Başsavcılığınca da ölümün intihar sonucunda gerçekleştiği gerekçesi ile "Ek Takipsizlik Kararı" vererek intihara yönlendiren sanıklar hakkında Koyulhisar C.Başsavcılığına yetkisizlik kararı ile suç duyurusunda bulunulması üzerine sanıklar hakkında intihara yönlendirme suçundan kamu davası açıldığı anlaşılmış ise de, maktul üzerinde ölü muayene ve otopsi sırasında kesici alet yarası, burunda kırık ve vücudunun değişik yerlerinde ekimozlar tespit edildiği göz önüne alındığında, ölümün kasten ya da kastın aşılması sonucu gerçekleşip gerçekleşmediği, maktulün cebir ve şiddet kullanmak suretiyle intihara mecbur bırakılıp bırakılmadığı hususlarının araştırılması gerektiği bu hususunda Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu anlaşılmakla görevsizlik kararı verilerek dosyanın ilgili Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesi yerine yazılı şekilde yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması..."* Y. 1. CD, 26.12.2012, E. 2012/4945, K. 2012/9970 (Lexpera, 07.03.2024). *"...katılan Kader'in sanıkla resmi nikahlı evli olmasına rağmen başka bir erkekle arkadaş olduğu ve onunla mesajlaştığı, katılanın kabul ettiği bu durumun evlilik birliğinden kaynaklanan eşine karşı olması gereken sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu nedenle ihanete uğradığını düşünen sanığın maruz kaldığı haksız tahrikin etkisi ile katılana şiddet ve tehdit uygulayarak intihar etmesi için mecbur ettiği, katılanın da eşi sanığın kendisine uyguladığı şiddet ve tehditin etkisi ile üzerinde yarattığı psikolojik bunalım sonucu 3 kez intihar girişiminde bulunduğu, birincisinde ilaç aldığı ancak kusması nedeni ile sonuç alınmadığı, ikincisinde sanık tarafından telle kurulan askı düzeneğinin katılanın ağırlığı ile kopması sonucu kendisini asmak isteyen katılanın yere düşerek kurtulduğu, üçüncüsünde de ailesinin evinde ilaç alarak intihara kalkıştığı, bu durumu fark eden yakınları tarafından hastaneye kaldırılarak tedavi edilip kurtarıldığı, belirtilen sebeplerle ölümün gerçekleşmediği, ölümün gerçekleşmeme sebebinin sanıktan kaynaklanmayan*

sonra intihara teşebbüs eden mağdurun intiharının fail tarafından engellenmesi halinde TCK md. 36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü uygulanabilir. Ancak o ana kadar gerçekleştirilen hareketlerinden dolayı kasten yaralama, tehdit veya cebir gibi suçlardan failin cezai sorumluluğu gündeme gelebilir[135].

3. İntihara Yönlendirme Suçuna İştirak Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

İntihara azmettirme hareketi manevi nitelikte bir fiildir. Maddi varlığı olmayan bu hareketler üzerinde müşterek failliğin unsurlarından birisi olan fiil hâkimiyetinin tesis edilmesi mümkün değildir. Bu tür hareketler bedensel davranışlarla işlenebilen yani bizzat fail tarafından icra edilebilen suç olması sonucunu verir. Bu durumda müşterek faillik ve dolaylı faillik formları müm-

---

nedenler olduğu, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı, süreç içinde gerçekleşen ve iki iddianameye konu edilen eylemlerin bir bütün halinde hukuki ve fiili irtibatın kesilmemiş olması da nazara alındığında; TCK'nun 84/4 maddesi delaletiyle TCK'nun 82/1-d ,35 maddelerinde yazılı cebir ve tehditle eşini intihara mecbur ederek kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu…" İstanbul BAM 1. CD, 15.01.2018, E. 2017/142, K. 2018/5. Karar için bkz. İçer, s. 334 ve 335. *"…Mağdur …'in alınan beyanlarına göre; sanıklar …, … ve …'in kendisini tehdit ederek intihar etmeye zorladıklarını, bu haliyle sanıkların eylemlerinin TCK'nin 84/4. mad-desinde yazılı kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla ya-zılı şekilde hüküm kurulması…"* Y. 1. CD, 15.01.2020, E. 2019/3055, K. 2020/117. Karar için bkz. İçer, s. 338, dn. 86.

135 *"…dosya kapsamına göre, mağdur Metin ile haklarında verilen hüküm kesinleşen Doğan ve Mustafa'nın birlikte işledikleri "nitelikli öldürme", "yağma" ve "hürriyeti sınırlama" suçlarından hükümlü olarak aynı cezaevinde bulundukları, Doğan ve Mustafa'nın, yanlarına yine hakkında verilen hüküm kesinleşmiş olan Ersin ve sanık Engin'i de alarak, sürekli baskı altında tuttukları mağduru, kendileri yararına kantin alışverişi yapmaya zorladıktan sonra, olay günü mağdurun parasının kalmaması sebebiyle sanıkların isteklerini yerine getiremediği, bunun üzerine, sanıkların hep birlikte bahçeye çağırdıkları mağduru darp etmeye başladıkları, temin ettikleri bir çamaşır ipini mağdurun kalmış olduğu koğuşun pencere demirine bağladıkları, ardından "intihar etmezsen seni öldürürüz" diyerek, buldukları tabureyi asmış oldukları ipin altına koydukları, mağduru tabureye çıkıp kendisini asması için yoğun bir baskı uygulayarak zorladıkları, nihayet tüm bu baskılardan bunalan mağdurun tabureye çıkıp boynuna ipi geçirdiği, tabureye vurduğu tekmeyle birlikte boynundan sallanmaya başladığı, bu esnada paniğe kapılan sanıkların ipi kesmek suretiyle mağduru kurtardıkları olayda, mağdurun kendi iradesi ile değil, sanık Engin'in de içinde bulunduğu grubun fiili ve psikolojik baskı ve zorlamaları sonucu intihar ortamına sürüklendiği, bu durumda ölümün gerçekleşmesi halinde TCK'nın 84/son maddesi uyarınca "kasten öldürme" suçundan, ölümün sanıktan kaynaklanmayan bir nedenle gerçekleşmemesi halinde "öldürmeye teşebbüs" ten neticenin bizzat sanık tarafından engellenmesi halinde ise TCK'nın 36. maddesi uyarınca "kasten yaralama" suçundan hüküm kurulması gerektiği, somut olayda neticenin sanık tarafından engellendiği anlaşıldığı halde, sanığın, "kasten yaralama" suçundan, TCK'nın 61. maddesi uyarınca, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı ile güttüğü amaç ve saik gibi hususlar gözönünde bulundurularak, üst sınırdan bir ceza ile cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanılgıya düşülerek, yazılı biçimde "intihara yönlendirme" suçundan hüküm kurulması…"* Y. 1. CD, 04.03.2014, E. 2014/282, K. 2014/1248. Karar için bkz. İçer, s. 338 ve 339; Ersoy, s. 101 ve 102, dn. 75.

kün değildir[136].

İntihara yönlendirme suçu şeriklik bakımından bir hususiyet arz etmemektedir[137]. TCK md. 184'te bağımsız olarak düzenlenen intihara yönlendirme suçuna azmettirme ve yardım etme şeklinde şeriklik katkısı gerçekleştirilebilir. Yani intihara yönlendirme suçuna şerik olarak katılmak mümkündür[138]. Diğer bir ifadeyle, iştirake ilişkin genel kaideler çerçevesinde intihara yönlendirme suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketlere iştirak etmek mümkündür[139]. Örneğin bir kimseyi intihara yönlendirmek üzere azmettiren kişi azmettiren olarak sorumlu olur[140]. Keza, mağdurun intiharda kullanması için onu intihara yönlendiren kişiye zehir veren bir kimse de intihara yardım etmeden dolayı sorumlu olur[141]. Aynı şekilde intihara alenen teşvik suçuna ve intihara sevk ya da mecbur etme suçlarına da iştirak gerçekleşebilir. Örneğin, intihara alenen teşvik suçuna teşvik durumunda teşvik edenin TCK md. 84/f.3 ve md. 39/f.2-a hükümlerinden sorumluluğu doğar. Vehayut On yaşında olan bir çocuğu intihara sevk edene gerçekleştirilen yardım, TCK md. 84/f.4 ve md. 39/f.2-b veya c hükümleri kapsamında cezalandırılır[142].

İntihara yönlendirme suçu kapsamında azmettirmeye azmettirme durumunda ikinci azmettiren artık bu bağımsız suçun faili konumundadır. Azmettirme zincirinde iki azmettiren olsa da ikinci azmettiren kanaatimizce artık bağımsız bir suçun faili konumunda olduğundan ilk azmettirenin şerik olarak kabul edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle burada, zincirleme azmettirme durumu oluşmuş olsa da esasen artık azmettirmeye teşebbüsün tipik bir örneği oluşmuştur. Örneğin, Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerimizde töre ve namus[143] cinayet-

136 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 211; Özen, s. 52. Aksi yöndeki görüş için bkz. Öntan, s. 891.

137 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 189; Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 95, 96 ve 97; Öntan, s. 849; Ersoy, s. 129.

138 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 187; İçer, s. 326; Öntan, s. 891; Ersoy, s. 129.

139 Özen, s. 52; Öntan, s. 891; İçer, s. 326.

140 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH,* s. 189; Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 95, 96 ve 97; Öntan, s. 891; İçer, s. 326.

141 Ersoy, s. 129.

142 Öntan, s. 891 ve 892. Doktrinde intihara teşebbüs eden ve fakat ölmeyen mağdur, intihar etmesi için kendisine yardımı gerçekleştiren kişiyi bu konuda azmettirirmesi (intihara yardım etmeye azmettirme) durumunda fail ile mağdur sıfatlarının birleşmesi nedeniyle iştirakin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Öntan, s. 892.

143 Namus konularının en önemli yönlerinden birisi, kişinin zorla intihara azmettirilmesidir. Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgeleri son yıllarda özellikle kadın intiharları ile sık sık gündeme gelmektedir. Basın yayın organlarına yansıyan intihar olaylarından bir kısmı intihar süsü verilmiş töre cinayetidir; bir kısmı da töre baskısı sebebi ile gerçekleşen intiharlardır. Bölgede son yıllardaki intiharların %80'ninden fazlası kadın intiharlarıdır. Bu intiharlarda törelerin, ataerkil aile baskısının şiddetin ve zorlamanın etkisi vardır. Töre/namus cinayeti olarak intihar ve bölgedeki örnekler hakkında bilgi için bkz. Cengiz Yıldız, "İntihar Bir Töre

lerinde özellikle töreye ve namusa aykırı hareket edenlerin intiharı istenmektedir. Söz gelimi bu iş için toplanan meclisten kişiye intihar etmesi kararının verdirilmesi yönünde bir karar çıkmış olsun. Karara göre mecliste bulunmayan anne örneğin gayrı-meşru ilişki yaşayan kızının intihar etmesini sağlamak üzere görevlendirilsin. Toplanan meclisteki kişiler anneyi kızını intihara ikna etmesi için azmettirse annenin tüm ikna çabasına rağmen kız intihardan vazgeçse veya en baştan annesinin teklifini reddetse TCK md. 84/f.1 gibi bir düzenleme olmasaydı hem meclistekilerin hem de annenin bu azmettirme faaliyetleri cezasız kalırdı. Söz konusu düzenleme ile kızın intihar teşebbüsü bir şart olarak aranırsa meclisteki kişilerin tehlikelilik arz eden bu faaliyetleri cezasız kalacaktır. Kanaatimizce, burada, intihara teşebbüs aranmadan hem annenin hem de meclistekilerin davranışları intihara azmettirme çerçevesinde cezalandırılabilmelidir. Annenin azmettirme fiili TCK md. 84/f.1 çerçevesinde artık tipik bir fiili oluşturmaktadır. Çünkü bu suç müstakil bir azmettirme suçu olarak düzenlenmiştir. Böylece suç teşkil eden tipik fiile yönelik gerçekleşen diğer azmettirme fiilleri bağlılık kuralı çerçevesinde intihara azmettirme suçuna azmettirme kapsamında (YTCK md. 38)[144] cezalandırılmalıdır. Annenin hiç harekete geçmemesi durumunda ise yani kızını ikna faaliyetini gerçekleştirmemesi durumunda mecliste toplananların anneyi TCK md. 84/f.1'deki intihara azmettirmeye azmettirme fiili teşebbüste kalmış olur. Ancak mevcut kanunumuzda tehlikelilik arz eden bu tarz ikna faaliyetleri azmettirmeye teşebbüse ilişkin bir hükmün olmaması nedeniyle cezalandırılmamaktadır.

Yardım etme fiilleri bakımından ise müşterek faillik ve şeriklik mümkündür. Örneğin başkasının intihar etmesi için beraber platform hazırlayanlar müşterek fail olarak sorumlu olurlar. Aynı şekilde bir başkasının intiharına yardım edecek kişiyi azmettiren, başkasının intiharına yardım etmeye azmettirmeden

---

Cinayeti mi?", *Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu,* 26-27 Eylül, Diyarbakır 2003, ss. 136-158. Namus suçlarında onarıcı adalet mekanizmasının uygulanabilirliğine ilişkin bkz. Sercan Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing The Community Using Restorative Justice System", *L&JR*, Cilt 4, Sayı 2, 2013, ss. 257-275, Honor Crimes. Onarıcı adaletin namus suçları gibi zor davalardaki potansiyelini anlamak için daha fazla ampirik çalışmaların yapılması gerektiği hakkında bkz. Sercan Tokdemir, "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak "Onarıcı Adalet" Mekanizması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1-2, 2017, s. 96.

144 İntihara azmettirmeye şerik olarak katılmanın önünde bir engel olmadığı hakkında bkz. Tulay, s. 832.

(*Anstiftung zur Beihilfe*)[145] sorumlu olur[146].

Sonuç itibariyle yönlendirme suçuna iştirak etmek mümkün olduğundan bu suç, iştirak açısından bir hususiyet arz etmemektedir. Suçun bütün şerikler bakımından aynı olması açısından şeriklerden her biri bir başkasının intiharına onu ikna etmek veya ona yardım kastı ile hareket etmesi gerekir. İntihar eden kişi suçun mağduru olduğundan mağdur ile onu ikna eden veya ona yardım edenler arasında iştirakin olmadığını ifade etmek gerekir[147].

Alman hukukunda şerikliğin bağımsız bir norm olarak cezalandırıldığı normlar, "özel görünümlü iştirak (*selbständige Täterschaft*)" olarak nitelendirilir ve baskın görüş, bu tür fiillere ayrıca şerik olarak iştirak etmenin mümkün olmadığı yönündedir[148]. Türk hukukunda, doktrinde Tulay, intihara yönlendirme suçu kapsamında seçimlik hareketler olarak cezalandırılan azmettirme ve yardım etme fiillerinin özel görünümlü iştirak örnekleri olduğunu ileri sürmüştür. Failin davranışının genel hükümler çerçevesinde cezalandırılmasının mümkün olmadığı hallerde cezasız kalmaması için özel bir düzenleme yapılması gerekir. İntiharın kendisi başlı başına haksızlık teşkil etmediği için intihara azmettiren ve intihara yardım edenin iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde cezalandırılması mümkün değildir. Bundan dolayı TCK md. 84'ün tipikliği kapsamında cezalandırılan intihara azmettirme ve yardım etme, özel görünümlü iştirak durumları olarak düzenlenmiştir. Alman hukukundaki bahsi geçen görüş, TCK md. 84 için uygulandığında, intihara yönlendirme suçuna iştirak bakımından intihara yardım eden kişiye yardım edenin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Yazara göre intihara yönlendirme suçuna azmettiren ve yardım eden şeriklerin katkılarının göz önünde bulundurulması gerekir. Bu noktadan hareketle fail sıfatıyla intihara yardım eden ile ona urgan satan ve bunun intiharda kullanılacağını bilen bir kimsenin (şerikin) cezai sorumluluğu aynı değildir. Bu durumda intihara yardım edenin katkısının bu suçun faili olarak birinci dereceden katkı, intihara yardım edene yardım edenin (örnekte urgan satıcısının) katkısının ise ikincil dereceden katkı olarak nitelendirilmesi

145 Yardım etmeye azmettirme, kasten ve hukuka aykırı işlenen fiile yardım etme fikrinde olmayan kişinin ikna edilerek faile yardım etmesi konusunda karara vardırılması verdirilmesi şeklinde ortaya çıkan bir zincirleme şeriklik durumudur. Alman hukukunda yardım etmeye azmettirme, yardım etme kapsamında cezalandırılır. Bkz. Fischer, Kommentar, § 26, Rn. 19; Rengier, § 45, Rn. 78, 79; Heinrich, AT, § 39, Rn. 1343; Kühl, AT, § 20, Rn. 193. Yardım etmeye azmettirenin cezalandırılabilmesi için yardım etmeye azmettirilen kişinin yardım etmeye yönelik olarak icra hareketlerine başlaması gerekir. Bkz. Özkan, s. 197.

146 Koca, Üzülmez, *ÖH*, 211; Öntan, s. 891.

147 Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 80. Ayrıca bkz. Öntan, s. 89.

148 Tulay, s. 831; İçer, s. 326.

gerekir. Bu durumda, intihara yardım edenin TCK md. 84/f.1 kapsamında fail olarak, urgan satıcısının TCK md. 39 çerçevesinde intihara yönlendirme suçuna yardım eden (şerik) olarak cezalandırılması gerekir. Böylece şerik olarak suça katılan, işlediği fiilin haksızlık içeriğine göre cezalandırılmış olur. TCK md. 84'e göre belirlenen temel ceza üzerinden TCK md. 39 çerçevesinde indirim yapılması daha lehe bir durumdur. Alman hukukundaki gibi ikisini de fail yapmak ceza hukukunda adaletin sağlanmasına aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte, bahsi geçen ikincil nitelikteki şeriklik hareketleri TCK'nın 84'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında geçen "herhangi bir şekilde yardım" ibaresinin kapsamında düşünülebilir. Fakat bu ifadenin, intihara yönlendirme suçunun faili olan yardım eden, yani sadece birincil nitelikteki katkılar açısından kabul edilmesi gerekir[149].

D. İntiharın Gerçekleşip Gerçekleşmemesi Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

İntihara yönlendirme suçunda ele alınan konulardan biri intihara azmettirmenin veya yardım etmenin cezalandırılabilmesi için intiharın gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği hususudur. Eski TCK'da düzenlenen intihara ikna ve yardım suçundan dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için intiharın, yani ölümün gerçekleşmiş olması şartı aranmaktaydı[150]. Bu suç cezalandırılabilme şartına bağlı bir suç olarak düzenlenmişti[151]. İntiharın gerçekleşmemesi halinde, diğer bir ifadeyle intihara ikna ve yardım eden kişinin fiilinin teşebbüs

149 Tulay, s. 819, 820, 831 ve 832.

150 İntihar sonucu kişinin ölmesi şart olduğundan bu yönüyle bu suçun (maddi) neticeli ve ayrıca bir zarar suçu olduğu ileri sürülmüş ve ölümün bir unsur veya objektif cezalandırılılabilme şartı olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Bkz. Artuk, Mukayeseli Hukuk, s. 18, 19, ss. 20-23, s. 44, 46, 49, 53 ve 54; Öntan, ss. 864-867. "*Türk Ceza Kanunu'nun 454'üncü maddede belirgin suçun oluşması; intiharın, yani ölümün meydana gelmesi şartına bağlı olup, teşebbüs hali suç teşkil etmez.*" Y. 1. CD, 14.06.1995, E. 1995/1561, K. 1995/1780 (Karar için bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 183, dip. 196). Ayrıca bkz. Majno, III, s. 245 ve 246; Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 134; İçer, s. 313, dn. 40. Eski TCK'daki düzenlemeyi eleştiren Artuk'a göre, intihar kararını aldırdığı kişiye ayrıca araç temin ederek yardımda bulunan failin sırf müntehirin ölmemesi nedeniyle cezalandırılmaması isabetli değildir. Halbuki intihar teşebbüsü sonucu kişide iz veya eser kalabilir, müntehir uzun bir üsre hastalanabilir, akli maluliyet yaşayabilir. Ayrıca intihara ikna ve yardım eden fail , bu hususiaki ahlaki kötülüğünü ortaya koymuştur. Bundan hareketle yazar, intihar girişimlerinin de cezalandırılması için kanuna "veya intihara teşebbüs olunmuşsa" ifadesinin eklenmesini ve fakat fiilin tamamlanması ile teşebbüs aşamasında kalması arasında yaptırım konusunda bir farklılığa gidilmesini önermişti. Bkz. Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 134 ve 139; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 27, 46, 50 ve 55. Mukayeseli hukukta intihara yardım suçunun oluşması için intihar sonucu kişinin ölmesini şart olarak arayan ülke kanunları hakkında bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 14.

151 Hafızoğulları, Özen, *ÖH*, s. 64; Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 134. Eski ve yeni kanun mukayesesi için bkz. Özen, s. 35; Ersoy, s. 118. Mukayeseli hukuktaki durum için bkz. Ersoy, s. 118 ve 119.

aşamasında kalması durumunda fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmazdı. Bu durumda eski TCK md. 454 uygulanamazdı[152]. Mevcut TCK'da intihara yönlendirme suçunun oluşması için ölüm neticesinin gerçekleşmiş olması gerekmemektedir. Bu sebeple gerçekleşmeyen bir intihar fiiline iknanın (azmettirmenin) cezalandırılmasının ceza hukukunun genel ilkeleri ile bağdaştırılması güçleşmiştir[153].

TCK'nın 84'üncü maddesi çerçevesinde suçun oluşması mağdurun ölmesini gerektirmemektedir[154]. Dahası madde gerekçesine göre intihar teşebbüsünde bulunulması bile gerekmemektedir[155]. Bu yönü ile bu suç soyut tehlike suçudur. Çünkü kişinin intihara teşebbüs etmesi, ölmesi veya vücudunun zarar görmesi aranmamaktadır[156].

---

152 Ersoy, s. 119; Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 23, 46 ve 49.

153 Toroslu, *Özel Kısım*, s. 36; Öntan, s. 868; Ersoy, s. 119.

154 Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C. 1 (Madde 1-Madde 140)*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 268; Tulay, s. 817; İçer, s. 322; Öntan, s. 867. Bir görüşe göre intiharın gerçekleşmiş olmasından mağdurun ölmüş olması değil intihar eyleminin gerçekleştirilmesi anlaşılmalıdır. Bu görüş hakkında bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 184. Başka bir görüşe göre, intiharın gerçekleşmiş olması mağdurun ölmesi demektir. Örneğin, kendisini asarak öldürmek isteyen müntehirin intihar teşebbüsü başarıya ulaşmazsa müntehiri intihara yönlendiren kişi TCK md. 84/f.1 çerçevesinde cezalandırılır. Bkz. Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 188; Öntan, s. 845; İçer, s. 322. Ersoy, İntiharı "bilinçli bir şekilde kendini öldürme ile sonuçlanan bir davranış şekli" olarak; intihara teşebbüsü, "kişinin hayatta kaldığı başka bir ifadeyle ölümle sonuçlanmamış insan davranışı" şeklinde ifade etmiştir. Yazara göre, intiharın gerçekleşmesinden maksat ölümün gerçekleşmesidir. Bkz. Ersoy, s. 92 ve 123. Aynı yönde bkz. Öntan, s. 845 ve 867. İntiharın gerçekleşmesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Öntan, ss. 871-873; İçer, s. 322; Ersoy, s. 91, 92 ve 119 vd. İtalyan hukukunda intihar sonucu ya ölüm gerçekleşmiş olmalı ya da buna teşebbüs sonucunda çok ağır yaralama neticesi gerçekleşmelidir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 580. maddesi bunu şu şekilde ifade etmiştir: *"Her kim başkalarını intihara azmettirir veya başkalarının intihar kararını kuvvetlendirir ya da çeşitli yöntemlerle intiharlarını kolaylaştırırsa intiharın gerçekleşmesi halinde beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İntihar gerçekleşmezse, intihar teşebbüsünün, ağır ya da çok ağır kişisel bir yaralanma meydana getirmesi şartıyla 1 yıldan 5 yıla kadar cezalandırılır."* Bkz. Öntan, s. 847 (dipnot 21) ve 864; Erem, s. 491.

155 *"Sanığın sabah işten evine geldiğinde, reşit olmayan kızı mağdur Z.'nin erkek arkadaşından hamile kalarak bir kız çocuğu doğurduğunu öğrendiği, duyduğu derin üzüntü ve kapıldığı infial ile mağdurun da annesi olan eşi tanık N'ye "Z.'ye söyle, kardeşlerini, annesini, babasını düşünüyorsa kıysın canına, intihar etsin" diyerek mağdura mesaj gönderdiği anlaşılmış ise de; davaya konu sözlerin kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, sözleri mağdura ileten annesi N.'nin kızına aynı zamanda "kafana takma" diyerek bu sözleri ciddeye almaması gerektiğini belirttiği, mağdurun da sanığın sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; sanığın suç işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi"* Y. 1. CD, 13.11.2013, 2011/7369, 2013/6272. Karar için bkz. İçer, s. 314, dn. 41.

156 İçer, s. 303 ve 317. TCK md. 84/f.1'in kaleme alınışından suçun soyut tehlike suçu olduğu izleniminin ortaya çıktığını ve kanunda belirlenen cezanın bir soyut tehlike suçu için çok fazla olduğunu ileri süren *Ersoy*, mağdurun intihar etmemesi halinde bile failin cezalandırılacağı düşüncesine kuşkuyla yaklaşmıştır. Bkz. Ersoy, s. 123.

Ancak sorumluluk alanın çok genişlediği ileri sürülerek azmettirme fiilinin intihara sürükleyebilecek nitelikte olması gerektiği, yani burada nedensellik bağının aranması gerektiği ifade edilmiştir[157]. Failin intihara yönlendirme fiili ile henüz başlamayan, başlayan ya da tamamlanan intihar eylemi arasında nedensellik bağının aranması gerekir[158]. Nedensellik bağı, TCK md. 84 açısından belli ağırlıkta ve başkasına yönelen seçimlik hareketlerin işlenmesiyle gerçekleşir. İntihara yönlendirme nedeniyle ölüm neticesi gerçekleşirse hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulması gerekir. Doktrinde bu bağın, suçun niteliğinden dolayı ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[159].

İntihara yönlendirme suçu açısından sırf azmettirme, teşvik ve yardım hareketlerinin gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Söz konusu hareketlerin mağduru intihara sürükleyecek nitelikte olmasını[160], yani bir başkasını intihara yönlen-

---

157 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 181. TCK md. 84'ün birinci ve üçüncü fıkralarındaki suçların tehlike suçları olduğu hakkında bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 2817.

158 Şen, s. 268, 271; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 183; Tulay, s. 819 ve 820. Yargıtay, eski kanun döneminde verdiği bir kararında, kötü muamele fiilinin ikna hareketi açısından elverişli olup olmadığını tartışmış ve müntehir ile dövme fiili arasında nedensellik bağının bulunmadığı sonucuna varmıştır. (YCGK, 12.05.1980, E. 1980/1-151, K. 1980/206). Karar için bkz. Öntan, s. 863-864. Bursa Bölge Adliye Mahkemesi, 22.05.2019 tarihinde verdiği E. 2018/1706, K. 2018/1227 sayılı kararında; *"mağdurun ilaç alma eylemi ile sanığın attığı mesajlar arasında sıkı bir illiyet bağı bulunmadığı, TCK 84 maddesinde başkasını intihara teşvik eden, intihar kararını kuvvetlendiren, ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin cezalandırılacağı öngörülmüş olup sanığın mesajlarını ailesinin görmesi sonucu mağdurun intihara teşebbüs ettiği değerlendirildiğinde sanığın üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmadığı"* ifadeleriyle nedensellik ilişkisinin bulunmaması durumunda suçun oluşmayacağı sonucuna varmıştır (Bursa BAM, 7. CD, 22.05.2019, E. 2018/1706, K. 2018/1227). Karar için bkz. İçer, s. 315.

159 Tulay, s. 820. İntihara yönlendirme ile intihar arasındaki nedensellik tartışmasının TCK md. 84/f.2'deki intiharın gerçekleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olduğu hakkında bkz. Ersoy, s. 118.

160 İçer'e göre, intihara yönlendirme suçunda failin davranışlarının intihara yönlendirme boyutunda olduğunun, muhatabı intihara yönlendirebilecek ağırlıkta veya ciddiyette olduğunun ve elverişli olduğunun somut olay çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Esasen bu özellikler fiile ilşkin olup muhatabın intihara teşebbüsünü aramaya gerek yoktur. İntihara yönlendirme niteliğindeki hareketler kişinin hayatı bakımından tehlikeli olduğu için bu suç tipi düzenlenmiştir. Fiile ilişkin nitelendirme yaparken amaca uygun hareket edilerek hukuksal değerleri ihlal boyutunda ve ağırlığında olmayan davranışlar suç kapsamında cezalandırılmamalıdır. İntihara yönlendirme suçunu soyut tehlike suçu olarak kabul etmek, fiilinin nitelendirilmesinde titiz davranmak, hareket serbestisini ölçüsüz olarak sınırlandırmamak ve kanun koyucunun iradesini aşacak şekilde hükmü uygulamaktan kaçınmak gerekir. Bkz. İçer, s. 319-320. Öntan'a göre, failin hareketlerinin intihara yönlendirmeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesinde mağdurun intihar teşebbüsünde bulunup bulunmadığının göz önünde bulundurulması gerekir. İntihara yönlendirme kapsamında sözlerinin mağdur tarafından ciddiye alınmaması, umursanmaması ve mağdurun intihara teşebbüsünde bulunmaması halinde failin hareketlerinin elverişli olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bun durumda işlenemez suçtan bahsedilir. Ölüm neticesine neden olmayan ikna ve yardım fiillerinin cezalandırılması ise ceza hukukundaki genel ilkelerle bağdaşır değildir. Suç tipiyle insanın yaşam hakkı korunduğuna göre, bırakın zarar verme fiilini, bu hukuksal değeri tehdit bile etmeyen hareketler dahi cezalandırılması mümkün değildir. Aksi durum düşünce açıklamasının cezalandırılma-

dirme hareketinin intihara açısından yakın ve somut bir tehlike doğurmasını aramak gerekir[161]. Türk hukuku[162] ve uygulamasında[163] baskın görüşe göre, madde kapsamındaki tipik hareketler belli bir ağırlıkta olmalı ve somut tehlikeye yol açmalıdır. Tehlkenin hem yakın hem de somut olması bakımından failin davranışlarının intihara yöneldiğinin belirlenmesi ve mağdurun en azından icra hareketlerini sergilemesi gerekir. Dolayısıyla tipik hareketin sadece somut tehlikeye yol açtığı durumda failin cezalandırılması mümkün olabilecektir. Mağdurun etkilenmemesi ve intihara yönelik herhangi bir davranış sergilememesi durumunda suç oluşmayacağından teşebbüse ilişkin tartışma da yapılamayacaktır. Bu yüzden bu suç, teşebbüse elverişli değildir[164].

Mağdur intihara teşebbüs etmesine rağmen, elinde olmayan bir sebep yüzünden ölmezse objektif cezalandırılabilme şartının olduğu suçlarda teşebbüsün uygulanamayacağını savunan görüşe göre ölüm bir cezalandırma şartı ise teşebbüs hükümleri uygulanmaz; bu durumda intihara azmettiren, teşvik eden veya yardım eden kişi cezalandırılamaz. Ancak ölüm neticesi suçun bir unsuru olarak kabul edilirse failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasına bir engel bulunmamaktadır[165].

İntihara yönlendirme suçu, madde kapsamındaki tipik hareketlerin gerçekleşmesiyle tamamlanır. Suçun tipikliğinin oluşması, mağdurun intihar etmesine bağlı değildir. Tipik hareketlerle mağdurun intihara yönlendirilmesi yeterli olup intiharın gerçekleşmesi ikinci fıkrada cezanın arttırılmasını gerektirmektedir. Sırf hareket suçu olan intihara yönlendirme suçuna kural olarak teşebbüs mümkün değildir[166]. Doktrindeki genel kabul, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir[167]. Sırf hareket suçu olduğundan mezkûr seçimlik hareket-

---

sı ve özgürlğün sınırlandırılması anlamına gelir. Bundan hareketle yazar, sorunun çözümü bağlamında en azından intihara teşebbüsün kanunilik ilkesinin bir alt başlığı olan açıklık ilkesi gereği hükümde aranmasını önermiştir. Bkz. Öntan, s. 868.

161 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 201; Koca, s. 26; Tulay, s. 817; Ersoy, s. 123. Yargıtay, bir kararında, somut tehlikeye yol açmayan, mağdur nezdinde ciddiye alınmayan ve intihara teşebbüsüne neden olmayan ifadelerin intihara yönlendirme suçunun tipikliğini oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Y. 1. CD, 25.10.2018, E. 2018/2727, K 2018/4383.

162 Bu yöndeki görüşler için bkz. Tulay, s. 817, dn. 21; İçer, ss. 317-320; Ersoy, s. 118 ve 123.

163 Y. 1. CD, 25.10.2018, E. 2018/2727, K 2018/4383.

164 Tulay, s. 817 ve 830.

165 Erman, Özek, s. 78.

166 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 210; Öntan, s. 867; İçer, s. 303, 313 ve 325; Ersoy, s. 117 ve 127.

167 Öntan'a göre, TCK md. 84/f.1'deki suç için mağdurun intihar teşebbüsü aransa bile yine de bu suç teşebbüse elverişli olmayacaktır. Çünkü intihara teşebbüsün gerekliliği failin hareketlerini elveişli olup olmadığını ortaya koyacak olmasından kaynaklanır. Bu durumda mağdurun intihara teşebbüs etmemesi halinde intihara azmettirme veya yardım hareketlerinin teşebbüsünden bahsedilemez. Hareketlerin TCK md. 35 çerçevesinde elverişli olup olmadığı bilinmeyeceği için failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığından bahsedilemez. Örneğin, mağdurun

lerin işlenmesi dışında ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bu durumda intihara yönlendirme suçunda nedensellik bağının[168] araştırılmasına gerek olmadığını ifade etmek mümkündür. İntihara yönlendirme niteliğindeki hareketlerin işlenmesi neticesinde mağdurun intihar teşebbüsünde bulunması da gerekmez. Dolayısıyla intihar teşebbüsü, fiil ve netice unsurlarının bir parçası değildir. Ayrıca intihar teşebbüsünün failin kastının kapsamında olması gerekmemektedir[169].

Mağdurun intihara teşebbüs etmesi ve fakat başarılı olamaması durumunda bu suçun failinin hangi fıkraya göre cezalandırılacağı da problem teşkil etmektedir[170]. Örneğin, yüksek bir yerden atlamasına rağmen ölmeyen veya ilaç almasına rağmen yapılan müdahale ile tekrardan hayata döndürülen bir kişiyi intihara azmettiren TCK md. 84'ün hangi fıkrasına göre (TCK md. 84/f.1 veya TCK md. 84/f.2) cezalandırılmalıdır? Soruya verilecek yanıt ikinci fıkradaki intiharın gerçekleşmesine verilecek anlama göre değişir[171]. Bu durum şayet

---

intihar kararını kuvvetlendirmeye yönelik ifadeler içeren mektubun gönderilmesi ve fakat mağdura ulaşmadan bir başkasının eline geçmesi gibi bir olayda failin bu suça teşebbüs ettiğinden yine bahsedilemeyecektir. İntihara yönlendirme suçuna teşebbüs konusuna ilişkin tartışmalar için bkz. Öntan, s. 888, 889 ve 890. Eski TCK'daki intihara ikna ve yardım suçuna teşebbüs bağlamında aracın mutlak ve nisbi elverişsizliği tartışması için bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 45. Mukayeseli hukukta intihar fiilini suç saymayan ve fakat intihara yardımı cezalandıran kanunların bazılarında (örneğin, İtalyan hukukunda) teşebbüs aşamasında kalmış intihar fiiline bir kimseyi ikna etmek ve ona yardım etmek cezalandırılmıştı. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 49.

168 TCK md. 84/f.4'te intihara sevk veya mecbur etme suçu müstakil bir suç tipidir. Bu hareketlerle intihara yönlendirme sonucu ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Sevk etme, sevk edilen davranışa girişilmesiyle gerçekleşir. Mağdur, intihara teşebbüs etmesine rağmen ölmemişse kasten öldürmeye teşebbüsten sorumluluk doğar. Dolayısıyla bu suçta nedensellik bağı önem arz etmektedir. Failin sevk veya mecbur etmesi sonucu mağdurun intihar etmiş olması gerekir. Bkz. İçer, s. 335; Öntan, s. 886.

169 İçer, s. 303, s. 313, 314, 315 ve 326.

170 Eski TCK döneminde müntehirin ölmemesi halinde, yani intihar teşebbüsünün başarısız olması durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanması suretiyle intihara yönelten ve yardım edenin kanunun 454'üncü maddesindeki intihara ikna ve yardım suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz olduğu kabul edilmekteydi. Ancak kanun koyucunun suç ve ceza politikası gereği bu anlayışı benimsemesi eleştirilmişti. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 23 ve 24. TCK md. 84/f.2'ye teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışması için bkz. Öntan, s. 889; Taştemür, s. 230.

171 Öntan'a göre, TCK md. 84/f.2'deki intiharın gerçekleşmesi durumu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir. Maddenin birinci fıkrası kapsamında mağdur ister intihar teşebbüsünde bulunsun isterse bulunmasın ölüm neticesi birinci fıkra için suçun unsuru değildir. Ölüm neticesi, maddi unsuru kapsamında olmayıp özel bir netice unsuru olarak gerçekleşmektedir. Failin kastının mağdurun intiharını kapsaması bu açıdan bir çelişkiye yol açmamaktadır. Çünkü gerçek olmayan neticesi sebebiyle ağırlaşan suç tiplerinde fail, kast-kast kombinasyonu çerçevesinde hareket edebilir. Özel neticeyi bilmesi ve bunu istemesi halinde, fail bu neticenin olduğu başka bir norm kapsamında sorumlu olmaz. Yazara göre ikinci fıkranın hukuki niteliği ne olursa olsun veya birinci fıkra suçun hafif ikinci fıkra ise suçun basit şekli olarak nitelendirilsin veya nitelendirilmesin sonuç değişmez. Zira fail zaten taksirle veya olası kastla hareket edemez. Ölüm neticesi herhalükarda kast kapsamındadır. Bkz. Öntan, s. 873.

suçun nitelikli hali olarak kabul edilirse kastın bu nitelikli hali de kapsaması gerektiği için ikinci fıkraya teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Nitekim Yargıtay cinsel saldırı suçunun nitelikli haline (TCK md. 102/f.2) teşebbüsü kabul etmiştir[172]. İkinci fıkranın suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali olduğu yönündeki görüş[173], meseleyi teşebbüsün neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından elverişli olup olmadığı tartışmasıyla çözmektedir. Buna göre temel suç tipi olan birinci fıkradaki suç tamamlanmakta ve fakat netice sebebiyle ağırlaşan hal teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Failin kastı, suçun temel halinde düzenlenen tipik fiili gerçekleştirirken doğrudan ağır neticeye yönelmiştir. Ancak ağır netice gerçekleşmezse ağırlaşan neticeye teşebbüsten failin cezalandırılması gerekir. Aksi halde birinci fıkraya göre üst sınırdan cezanın belirlenmesi gerekir[174]. Mağdurun ölmesi durumunda ise ikinci fıkra hükmü uygulanacaktır[175].

1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

İntihara yönlendirme suçunda mağdur intihar etme yönünde herhangi bir girişimde bulunmaz ise ortada cezalandırılabilecek bir davranışın olmadığını ileri süren aksi görüşe göre, bu suçun oluşması bakımından mağdurun ölmesi gerekmese bile mağdurun intihar teşebbüsünde bulunmuş olması gerekir. Bu açıdan bakılırsa suç "somut tehlike suçu"[176] olur. Ancak kanunumuzda intiharın gerçekleşmesi suçun nitelikli unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu görüş çerçevesinde özet olarak mağdur intihara yönlendirilmesine rağmen bu fiile teşebbüs etmezse failin sorumluluğu gündeme gelmez. İntihara yönlendirilen

172 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 210 ve 211; Ersoy, s. 128. TCK md. 84/f.2'ye teşebbüsten bahsedilemeyeceği hakkında bkz. Tulay, s. 830.

173 TCK md. 84/f.2'nin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi olarak düzenlenmesinin isabetli olmadığı ve bu yüzden TCK md. 84/f.1 bağlamında fiilin belirli bir ağırlığa ulaşmasının kanuni dayanağa ulaşması adına ölümün gerçekleşmesinin suçun bir unsuru olarak telakki edilmesi gerektiğini ve gerçekleşmemesi halinde teşebbüs kurumunun işletilebileceği yönündeki görüş için bkz. Tulay, s. 826. Muhatabın ölmesinin failin kastının kapsamında olmasının gerekmediği, ölümün intihara yönlendirme fiilinin işlendiği esnada değil, işlendikten sonra ortaya çıkabilecek ağırlaşmış bir durum olduğu, bu nedenle hükmün ikinci fıkrasının nitelikli hal değil, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olduğu hakkındaki aksi yöndeki görüş için bkz. İçer, s. 323. İçer, intihar teşebbüsünde bulunan kişinin ölmemesi durumunmda failin TCK d.84/f.1 kapsamında cezalandırılacağını ifade etmiştir. Bkz. İçer, s. 326. İntiharın gerçekleşmesinin suçun nitelikli hali olduğu ve mağdurun ölmediği bir intihar olayında failin TCK md. 84/f.2'ye teşebbüsten cezalandırılması gerektiği, ikinci fıkraya teşebbüsün mümkün olması nedeniyle gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. Ersoy, s. 124 ve 128.

174 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 210 ve 211. TCK md. 84/f.2'deki durumun hukuki niteliğine ilişkin tartışma için bkz. İçer, s. 322 ve 323.

175 İçer, s. 326.

176 Taştemür'a göre, TCK md. 84/f.1'deki suç somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Kişinin intihara teşebbüs etmesi burada somut tehlikedir. Bkz. Taştemür, s. 230.

mağdur, intihara teşebbüs etmiş ve fakat ölmemiş ise suçun yine de tamamlandığını belirtmek gerekir. Mağdurun ölmesi ihtimalinde suçun nitelikli unsuru oluşur[177].

Toroslu'ya göre, intihara yönlendirme suçunun işlenmesi için azmettirilen kişinin intihar etmiş olması gerekmez. İntiharın gerçekleşmesi suçun oluşmasının bir şartı değildir. Suçun cezasını arttıran bir husustur. Teşvikin veya tahrikin cezai yaptırımı için fiilin teşebbüs aşamasına varması gerektiği prensibine kişiye karşı işlenen bu suç tipi açısından kabul edilen istisnanın yerinde olmayan bir anlayıştır. Sadece tahrik veya teşvik faaliyetleri kişinin yaşam hakkına zarar verme ya da tehlikeye sokma açısından ihlal edici bir potansiyele sahip değildir. Ayrıca intihar etmek, kanunumuzda suç olarak düzenlenmemiştir. İntihar fiilinin esas faili cezalandırılmadığı halde fiilin işlenişine iştirak edenin cezalandırılması, cezalandırılabilir fiilin sınırlarını haddinden fazla genişletmektedir. Yazara göre, intiharın gerçekleşmesini kabul eden eski TCK'daki düzenleme daha isabetlidir[178].

Hafızoğulları ve *Özen'e* göre, TCK md. 84/f.1 hükmü suça iştirak kalıpları esas alınarak üretilmiş olsa da teknik olarak iştirak ile benzerlik göstermemektedir.[179] Söz konusu hüküm mevcut hali ile salt düşünce, inanç ve kanaatin kendisini cezalandırma tehlikesini içermektedir. İştirakin cezalandırılabilmesi için iştirak konusu suçun, teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Teşebbüs aşamasına varmamış hareketler hazırlık hareketleri niteliğinde kalır ve bunlar da kural olarak cezalandırılmaz. İntihara yönlendirme suçunda salt intihara azmettirme, teşvik etme veya intihar düşüncesini kuvvetlendirmek, intihar edene sırf vasıta sağlamak suç kabul edilmiş ve mağdurun intihar teşebbüsü dahi suçun oluşması için aranmamıştır. Eski TCK'daki suçun (intihara ikna ve yardım suçunun[180]) oluşmasının intiharın gerçekleşmesine bağlanmasının

177 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 176; Hafızoğulları, Özen, *ÖH*, s. 66. Bu konuda kanunda açık bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Öntan, s. 868.

178 Toroslu, *Tahrik Kavramı*, s. 1213 ve 1214.

179 Eski TCK döneminde kanunun 454'üncü maddesinde düzenlenen ikna ve yardım etme suçunun "teknik açıdan iştirak olmadığı", burada bağımsız bir suçun düzenlendiği ve hükmün iştirakten ayrıldığını belirtmek adına iştirake ilişkin genel hükümlerde kullanılan kavramlara yer verilmediği ileri sürülmüştü. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 18.

180 Bu suçun oluşması için yalnızca iknanın veya yalnızca yardımın varlığı kafi değildir. Bu suç için hem iknanın hem de yardımın birlikte aranmasını ifade eden "ve" bağlacının TCK hazırlanırken tercüme hatasından kaynanlandığı, zira mehaz kanun 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 370'inci maddesinde "veya" bağlacı kullanılmıştır. Örneğin, kendisini öldürmeye karar veren ve fakat ipi boynuna geçirmeye cesareti olmayan kişiye ipi boynuna geçirerek yardım eden kişi intihar eden kişinin ölmesi halinde ikna fiilinin olmaması nedeniyle cezalandırılamaz. Ancak mağduru intihar etmeye ikna eden ve daha sonra ipi boynuna geçiren ve altındaki sandalyeyi çeken kişi bu suçtan değil kasten öldürmeden sorumlu tutulur. Bkz. Majno, III, s. 244; Artuk, *İntihar ve İntihara Yardım Suçu*, s. 132 ve 133; Artuk, *Mukayeseli*

sebebi düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin suç olarak kabul edilmek istenmemesidir. Yazarlara göre, kanun koyucu eski kanunun bu inceliğini anlamamış ve düşünce, inanç ve kanaati yani hazırlık hareketlerini cezalandırmıştır[181].

Koca ve *Üzülmez'e* göre, A'nın C'yi öldürmeye azmettirdiği ve ancak B'nin harekete geçmediği örnek olayda A, azmettiren olarak cezalandırılamaz. Çünkü kanunumuzda akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) cezalandırılmamaktadır. Bununla birlikte A'nın B'yi öldürmeye azmettirdiği, ancak B'nin, A'nın bu talebini yerine getirmediği örnek olayda failin cezai sorumluluğu bakımından TCK md. 84/f.1 için intihar teşebbüsünde bulunmak bir şart olarak aranmazsa A, intihara azmettirmeden dolayı sorumlu tutulabilir. Birini öldürmeye azmettirme ile birini kendisini öldürmeye azmettirme fiillerinin haksızlık içerikleri mukayese edildiğinde, ilki daha ağır bir içeriğe sahiptir. Yazarlar, TCK md. 84/f.1'de mağdurun intihara teşebbüsünü failin cezai sorumluluğu için bir objektif cezalandırılabilme şartı olmasını önermiş ve bunun en doğru çözüm olacağını ileri sürmüşlerdir[182].

Hukuk, s. 25, 26, 44, 46 ve 47; Koca, s. 21. Ancak bütün düzeneği kuran, ipi hazırlayan ve sandalyeye çıkmasına yardım eden, dahası ipi kişinin boynuna geçiren kişinin fiili, sandalyeyi intihar eden kişinin bizzat devirdiği bir olayda gerçekleşen ölüm neticesi müntehirin hareketi sonucu gerçekleştiğinden yardım etme kapsamındadır. Bkz. Taştemür, s. 221. Eski TCK'da ikna ve yardım fiilleri seçimlik olarak düzenlenmediğinden tipik fiilin gerçekleşmesinin daha güç olduğu hakkında bkz. Öntan, s. 851.

181 Hafızoğulları, Özen, *ÖH*, s. 66.

182 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 201. Eski TCK döneminde de intiharın gerçekleşmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlandığı hakkında bkz. Ersoy, s. 119. İntihar sonucu ölümün gerçekleşmesinin suçun bir unsuru olduğu şeklinde ileri sürülen aksi yönde görüş için bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 23 ve 27. Ölümün suçun netice unsuru olduğunu ileri süren yazarlara göre, kanuni tanımda ölüm netice olarak belirtilmiş ve fail ölüm neticesini istemiştir. Ölüm, intihara yönlendiren kişinin öngördüğü bir netice olup mağdurun intihar etmesi ve ölmesi, failin isteğinin haricindedir ve kendi kusuruyla buna sebebiyet verse bile ona isnat edilemeyen bir durumdur. Ayrıca azmettirme ve yardım etme bakımından öngörülebilir ve istenen bir neticenin olması gerekir. Tüm bu nedenlerle ölüm bu görüşe göre netice unsuru olarak kabul edilmektedir. Bunun pratik sonucu, teşebbüs kurumu bakımından ortaya çıkmaktadır. Ölüm neticesinin gerçekleşmememesi durumunda failin suça teşebbüsten cezalandırılması mümkünken objektif cezalandırılma şartı olarak görülmesi durumunda gerçekleşmediğinde failin teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bu tartışma bağlamında Öntan da ölümün suçun netice unsuru olarak kabul edilmesini savunmuştur. Yazara göre, intihara yönlendirme suçunda tipik fiilleri işleyen fail, mağdurun yaşamını sonlandırmasını da istemektedir. Bu durumda mağdurun ölümü failin kastının kapsamındadır. Her ne kadar mağdurun eliyle gerkleşmese de ölüm neticesini isteyen fail, mağduru bu duruma itmekte ve bu şekilde bir nevi mağdurun intiharını gerçekleştirmektedir. Bunun yanında ölümün suçun bir unsuru veya objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığı hususunadaki tereddüd olduğunda; unsur kabul edilirse failin kastının bu unsuru kapsamaması halinde daraltıcı yorumdan hareketle fail lehine ölüm neticesini unsur olarak kabul etmek gerekir. Ölüm neticesinin unsur olarak kabul edilmesi durumunda falin hareketleri ile netice arasında nedensellik bağının da aranması gerekir. Aksi halde intihar fiiline iştirak etmekten bahsedilemez. Dolayısıyla failin hareketinin, mağdurun kendisini öldürmeye yönlendirmede somut bir şekilde elverişli olması gerekir. Bkz. Öntan, s. 865, 866 ve 867. Yargıtay'ın eski TCK döneminde ölümü suçun unsuru

Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, kanun metninde her ne kadar ifade edilmese de seçimlik hareketlerin intihara yönlendirecek nitelikte olması gerektiğini, kanunda akim kalmış azmettirmenin cezalandırılmaması ve suça iştirakte bağlılık kuralı göz önünde bulundurulduğunda intihara yönlendirme suçunun oluşması için failin intihara yönelik davranışlarda bulunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[183].

Doktrinde İçer de intihara yönlendirme suçunda intihara teşebbüsün objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmesinin isabetli olacağını[184], farklı saiklerle sarf edilen intihara yönlendirme niteliğindeki ifadelerin somut bir tehlikeye neden olmadığı durumlarda bu sözlerin cezalandırılmasının ölçülü olmayacağını, bunun hem norma koyma amacıyla hem de madde kapsamındaki fiillerin cezalandırılması amacıyla bağdaşmayacağının açık olduğunu ve bundan hareketle intihara teşebbüsün en azından objektif cezalandırılma şartı olarak anlaşılıp bu noktada somut bir tehlikenin varlığının aranmasının isabetli olacağını ileri sürmüştür. Yazar, mevcut düzenleme çerçevesinde muhatabın intihara teşebbüs etmesinin, gerçekleşen zarar ya da tehlikenin ağırlığı nispetinde temel cezayı belirlerken göz önünde bulunduruulabileceğini belirtmiştir (TCK md. 61/1-e)[185].

Kanun koyucunun hukuksal değerleri etkin korumak amacıyla intihara yönlendirme suçunu soyut tehlike suçu olarak düzenlemiş olabileceğini belirten İçer, hukuksal değerleri ihlal etme kastını taşımayan alelade davranışların bu kapsamda cezalandırılabileceğini ve bu yüzden düzenlemenin sorunlu olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, TCK md. 84'te somut bir tehlike aranmamıştır. Bu yüzden suçun somut tehlike suçu olarak nitelendirilmesi kabul edilemez. Mevcut düzenleme bakımından muhatabanın fiilini en az teşebbüs aşamasına varmasını aramak yerinde görülmemektedir

etmesini aramak isabetli değildir. Konuya ilişkin kanun metninde açık bir düzenleme yapmadan böyle bir koşulun aranması suçta ve cezada kanunilik pren-

---

olarak kabul ettiği kararları bulunmaktadır. *"TCK.nun 454. maddede belirgin suçun oluşması, intiharın yani ölümün meydana gelmesi şartına bağlı olup, teşebbüs hali suç teşkil etmediği nedeniyle unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraeti, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, müdahil vekilinin sübuta, eksik incelemeye yöneltilen, takdire ilişen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA)..."* Y. 1. CD, 14.06.1995, E. 1995/1561, K. 1995/1780. *"İntihara ikna suçunun teşekkül edebilmesi için müntehire karşı failin suimuamelede bulunması ve müntehirin de maruz kaldığı suimuameleden bizar olarak intihar ettiğinin sübutu kafi olamayıp fail tarafından bu neticenin kast ve istihdaf edildiğinin sübutu da şarttır."* YCGK, 29.01.1951, E. 1950/261, K. 1950/17. Kararlar için bkz. aktaran Öntan, s. 865 (dipnot 102).

183 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 181, 182 ve 183.

184 Taştemür, s. 218.

185 İçer, s. 314, 315 ve 326.

sibinw ve kıyas yasağına aykırılık teşkil eder. Ceza hukukunda hem aleyhe hem de lehe kıyas yapmak yasaktır. Ceza sorumluluğunun genişlediği noktasında ortaya çıkan kaygının giderilmesi adına, muhatabın intihara teşebbüsünün bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır[186].

Ersoy, birçok tartışmayı ve bilinmezliği bünyesinde taşıyan ve karmaşık bir düzenleme olan intihara yönlendirme suçuna ilişkin hükümde benimsenen sistemden vazgeçilerek Eski TCK ve İsviçre Ceza Kanunu'nda[187] benimsenen sistemin kabul edilmesini önermiştir. Yazara göre, failin cezalandırılabilmesi intiharın (ölümün) gerçekleşmesine veya en azından teşebbüs aşamasında kalmasına bağlanmalı ve bu durumun objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerekir[188].

2. Kanaatimiz

Kanaatimizce azmettirmenin sorumlu tutulabilmesi için azmettirenin asıl fiile nedensel katkısının olması gerekir. Aksi halde azmettirenin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak burada başlı başına bir suç tipi oluşturulmuştur. Yani azmettirme, artık şerikin değil müstakil bir suçun failinin hareketidir. Suçun fiil unsuru azmettirme hareketi şeklindeki şeriklik fiilidir. İntihar edecek kişinin intihara teşebbüs etmesi gerekmemektedir. İntihar ister gerçekleşsin ister gerçekleşmesin nihayetinde burada düzenlenen fiil suç teşkil etmeyen intihar fiiline şeriklik hareketidir. Bu hüküm, ceza hukukunda suç olmayan ancak ahlaken kötü olarak addedilen intihar fiiline yönelik şeriklik hareketinin özel tehlikeliliğini cezalandıran bir hüküm olup azmettirme hareketi bakımından azmettirmeye teşebbüsün ve yardım etme hareketleri bakımından yardım etmeye teşebbüsün bir görünüm şekli olarak değil; suç teşkil etmeyen intihar fiiline azmettirme veya yardım etme şeklindeki iştirakin ön alanını daha da geriye çekerek özel olarak cezalandıran bir hükümdür. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi hükmün azmettirmeye teşebbüs ve yardım etmeye teşebbüs benzeri bir hüküm olarak nitelendirilmesi mümkündür. Çünkü intiharın veya intihara teşebbüsün suç teşkil etmediği bir fiile yönelik gerçekleştirilen şeriklik hareketleri, bağımsız bir suç olarak düzenlenerek salt azmettirme ve yardım etme suçları oluşturulmuştur.

İntihara azmettirmeyle azmettirenin bu yöndeki kötülüğü ortaya çıkmış olduğundan itihara teşebbüsün başlayıp başlamaması azmettirme hareketinin haksızlığını ortadan kaldırmaz. Bu yüzden, özellikle intihar gibi suç teşkil et-

186 İçer, s. 303, 317 ve 318.

187 Kanunun 15'inci maddesinde intiharın gerçekleşmesi veya en azından teşebbüs aşamasında kalması aranmıştır.

188 Ersoy, s. 124.

meyen fiillere yönelik şeriklik hareketlerinin bağımsız suç olarak cezalandırılması elzemdir. İntihara teşebbüsün bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak aranması tamamen azmettirenin cezalandırılması hususu ile alakalıdır. Söz konusu bu şart, azmettirme fiilinin haksızlığının bu suç anlamında tipikliği için aranan bir unsur değildir. İntihara yönlendirme suçu açısından sırf azmettirme hareketinin yeterli kabul edilmemesi yani azmettirme hareketinin, mağdurun intihara sürüklenmesine neden olabilecek nitelikte ve somutlukta olması cezalandırma noktasından aranan bir şarttır; yoksa intihara azmettirmenin haksızlığının oluşması için aranan bir şart değildir. Her ne kadar bu şekilde objektif cezalandırma şartı ile azmettirenin sorumluluk alanı kısıtlanmak istense de burada fiilin ceza hukukunda bir ön alanı cezalandırdığı açıktır. Zira bir fiilin (suç teşkil edip henüz teşebbüse varmayan veya burada olduğu gibi ceza hukukunda suç teşkil etmeyen) işlenmesinden evvelki ön alan cezalandırılmaktadır. Sadece bir failin fiilinin ön alanı değil, bir nevi iştirakin bir ön alanı cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla intihara teşebbüs gerçekleşmediği takdirde kanaatimizce azmettirenin ortaya koyduğu ve tehlike arz eden azmettirme hareketinden cezalandırılması kaçınılmazdır. Azmettirme burada başarısız kalmış olup kanun koyucu bunu özel bir hükümle cezalandırmak istemiştir. Nasıl ki intihara yönlendirme gibi bir hükmü ihdas etmek kanun koyucunun takdirinde olan bir husustur; aynı şekilde azmettirenin sorumluluğunun bu kadar geniş tutulmasının istenmemesi bağlamında, tipik olmayan bir fiile (intihara) azmettirme hareketinin cezalandırılarak azmettirmeye teşebbüsün bile sınırlarını aşacak şekilde cezai sorumluluğun çok genişlediği düşüncesinden hareketle, intihara teşebbüsün gerçekleşmemesinin cezada indirimi sağlayacak hafifletici unsur olarak düzenlenmesi de mümkündür. Ayrıca kanunda intiharın gerçekleşmesi kanaatimize göre her ne kadar neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hal olarak kabul edilmiş olsa bile intihara teşebbüsün gerçekleşmemiş olması suçun hafifletici bir unsuru olarak görülebilir. Söz konusu bu çözüm hem hükmün konulma amacına daha uygun olacaktır hem de haksızlık teşkil eden azmettirme hareketinin cezasızlığının önüne geçilmiş olacaktır. Nasıl ki suç teşkil eden fiile azmettirme, teşebbüs aşamasında kaldığında asıl suç işlenmediği için Alman Hukuku'nda md. 30'un atfıyla teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezada indirim yapılmaktadır; aynı şekilde azmettirmeye teşebbüs benzeri hüküm olarak nitelendirdiğimiz bu hükümde intihara teşebbüsün başlamamış olmasını cezada indirim sağlayan hafifletici bir unsur olması gerektiği kanaatindeyiz.

İntiharın gerçekleşmemesinin hafifletici neden olmasını intihara yardım etme fiilleri bakımından da kabul etmekteyiz. İntiharın gerçekleşmemesi bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar intihara yardım için de geçerlidir. Ancak

azmettirme ve yardım etmenin birbirinden mahiyet olarak farklılıkları ve azmettirmenin yardım etmeye göre şerikliğin daha kuvvetli hali olması, azmettirmenin bir başkasına intihar düşüncesi yokken intihar kararını aldırması ve bu şekilde bir suçun işlenmesine neden olması, yardım etmede ise intihar etme kararını hâlihazırda almış bir kişinin varlığı, dahası yardım etmeye teşebbüsün cezalandırılmaya layık olmaması gibi gerekçelerden hareketle yardım etme bakımından cezada yapılacak indirimde farklılaşmaya gidilebilir. İndirim bakımından hangi yöntem benimsenirse benimsensin (belli bir miktar, oran veya iki ceza arasında bir oran veya miktar belirleme vb.) intiharın gerçekleşmemesi halinde intihara yardım etme durumunda azmettirmeye göre daha fazla indirimin yapılması konusunda hakime takdir yetkisi verilebilir.

E. İntihara Alenen Teşvike İlişkin Hüküm Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

1. Hükmün Hukuki Niteliği

İntihara alenen teşvike ilişkin hükmün (TCK md. 84/f.3) hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır. Tartışma, hükümde müstakil bir suç mu düzenlendiği yoksa maddenin birinci fıkrasındaki suçun nitelikli haline mi yer verildiğine dayanmaktadır[189]. Bir görüşe göre, mezkûr hükümde müstakil bir suç tipi düzenlenmiştir[190]. Aksi yönde olan görüşe göre, hareketin niteliği itibariyle burada birinci fıkradakinden farklı bir düzenleme yapılmamıştır. Birinci fıkradaki seçimlik hareketler için yapılan yorumun bu hüküm açısından da benimsenmesi mümkündür. TCK md. 84/f.3 hükmü, müstakil bir suç tipi gibi görülürse fail, köprüden atlama niyetinde olan kişiye "haydi atla da yolumuza bakalım!" şeklinde sözler sarf edilmesi örneğindeki gibi hareketin tipik olmamasından dolayı cezalandırılamaz. Ancak konserde seslendirdiği "Bu akşam ölürüm, beni kimse tutamaz." şeklindeki şarkı sözlerinden dolayı bir şarkıcının TCK md. 84/f.3'ten dolayı cezalandırılması mümkündür. Bu yüzden, TCK md. 84/f.1 için aranan "fiilin belli bir ağırlıkta olması" şartı TCK md. 84/f.3 için de kabul edilmelidir[191]. Sonuç itibariyle, bu görüş, intihara alenen teşvik etmeyi suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli unsuru şeklinde talekki etmektedir[192].

2. Muhatabın Belirsiz Olması ve Aleniyet

TCK md. 84/f.3 hükmünde intihara alenen teşvik[193] etme suçu düzenlenmiş-

189 Öntan, s. 873.

190 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 169; Özen, s. 58; Öntan, s. 874.

191 Tulay, s. 824.

192 Tulay, s. 824; Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 92.

193 TCK md. 84/f.3'teki teşvik kavramı, birden çok sayıdaki kişiye yöneltildiğinden TCK md.

tir[194]. İntihara alenen teşvikten bahsedebilmek için intihara teşvik edilen kişilerin belirli olmaması gerekir[195]. Bu suçun oluşması için belirli bir kişi muhatap alınmamalıdır. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen intihara yönlendirme suçunda ise mağdur bellidir ve somuttur[196]. Madde metninde "başkaları" kavramı ile belirli sayıda olmayan kişi topluluğunu ifade edilmiştir. İntihara teşvikin başkalarına karşı ve aleni olarak işlenmesi şartları birlikte oluşmalıdır. Dolayısıyla aleni olmakla birlikte belirli kişilere karşı işlenen intihara teşvikten dolayı failin TCK md. 84/f.3'ten değil, TCK md. 84/f.1'den cezalandırılması ve cezanın üst sınırına yaklaşılması gerekir[197]. İntihara alenen teşvik suçunda fiilin muhatabı belirsiz kişiler olduğundan bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir[198]. Madde gerekçesinde suçun tipikliğinin gerçekleşmesi bakımından belirli bir kişinin muhatap alınması gerekmediği ifade edilerek muhatabın belirsizliği vurgulanmıştır.

Hiç tanımadığı veya bilmediği kişileri içerecek şekilde ve aleni olarak intihara yönlendirme ve intihar etme niyeti olan kişi veya kişilere bu yönde karar almalarını sağlama neticesini içeren icra hareketlerini gerçekleştirmelidir. İntihara teşvik içerdiği ileri sürülen söz veya davranışların aleni olarak yani toplumun tamamına veya bir kesimine ulaştırılabilecek biçimde ortaya konulması gerekir. Bu söz veya davranışlar intihara yönlendirme hususunda etkileme gücüne sahip olmalıdır[199]. Dolayısıyla bu suçta aleniyet[200] bir unsurdur[201]. Aleniyet,

---

84/f.1'de kullanılan teşvik kavramından farklıdır. İntihara alenne teşvikin, intihar etme düşüncesinde olan ve fakat suçu işleme konusunda bir karara varmamış olan çok sayıdaki belilri olmayan kişiye yöneltildiğinden bahsedilemez. Bu suçta teşvik, bir başkasının intiharına yönelik manevi nitelikteki manileri kaldırıcı, açık bir şekilde intiharı özendiren ya da cesaretlendiren nitelikte olmalıdır. Başkalarının intiharı hususunda sadece görüşünü beyan etmek veya bunu özendirmek, telkin edici olmadığı sürece tek başına intihara teşvik suçunu oluşturmaz. Dolayısıyla, kullanılan ifadelerin başkalarını etkileme niteliğinde olması gerekir. Bkz. Öntan, s. 875.

194 Bağımsız bir suç tipi olarak intihara alenen teşvik suçunun yapısal analizi hakkında detaylı bkz. İçer, ss. 327-331. İntihara alenen teşvik suçunda sadece başkalarını intihara yönlendirilmesinin engellenmesine dair bireysel yarar değil, aynı zamanda kamusal yarar da koruma altına alınmıştır. Bkz. Öntan, s. 849. Son yazara göre; intihara teşvik edici nitelikte olan bir afişin herkes tarafından görülebilecek bir yere asılması esnasında failin kolluk kuvvetlisi tarafından engellenmesi olayında olduğu gibi bu suçun teşebbüs aşamasında kalması sınırlı olarak mümkündür. Bkz. Öntan, s. 890.

195 Şen, s. 271 ve 272; İçer, s. 309 ve 328; Ersoy, s. 112.

196 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 185; Ersoy, s. 112.

197 Tulay, s. 824 ve 825.

198 İçer, s. 328 ve 330; Ersoy, s. 112.

199 Daha fazla bilgi için bkz. Şen, s. 271 ve 272.

200 Aleniyet kavramı, "bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması"; aleni kavramı "açık", "ortada" anlamına gelir. Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (06.03.2024). Kavramlar için ayrıca bkz. İçer, s. 327.

201 Öntan, s. 874. Kanun koyucunun bu suç tipinde aleniyeti bir unsur olarak aramasındaki amaç, belirsiz sayıdaki kişi topluluğu önünde gerçekleştirilen haksızlığın daha yoğun olarak gerçekleşmesidir.

"bir ifadenin söz, yazı, resim, yontu, müzik vs. yoluyla başkaları tarafından, herkes tarafından algılanabilir olmasıdır."[202] Diğer bir ifadeyle aleniyette, fiilin belirsiz kişilerce algılanabilir bir biimde işlenmesi yeterlidir. Fiilin birden fazla kişinin önünde gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Basın ve yayın yoluyla teşvik fiilinin gerçekleştirilmesi halinde bu unsur gerçekleşmiş olur. Örneğin, internet üzerinden birilerinin intihar etmesine yönelik kamusal nitelikte bir çağrının yapılması durumunda intihara teşvik edilen kişiler belirsiz olduğundan intihara alenen teşvik suçu oluşur[203]. Dolayısıyla intihara alenen teşvikte fiilin işlendiği yerin niteliği veya bazı kişilerce algılanmış olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, belirsiz sayıda kişi tarafından fiilin algılanabilir olup olmadığıdır. Fiilin muhtap tarafından algılabilmesine, öğrenilmesine ilişkin bir imkan ya da itimalin varlığı da kabul edilmektedir[204].

3. Hükmün Basın Kanunu'nun 20'nci Maddesiyle İlişkisi

Basın ve yayın yoluyla İntihara alenen teşvikin işlenmesi TCK md. 84'ün ilk halinde suçun nitelikli hali olarak düzenlenmişti. 5377 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle TCK md. 84'ün üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi metinden çıkarılmıştır[205]. Suçun bu yolla işlenmesi halinde TCK'nın 84'üncü maddesinin

---

Bundan hareketle, başkalarını intihara yönlendirme fiilinin baro odasında işlenmesi ile konser için ayrılan alanda veya köprü gibi trafiğe açık bir karayolunda işlenmesi arasında fark bulunmamaktadır. Bkz. Tulay, s. 825. Dolayısıyla Yargıtay'ın baro odasında söylenen hakeratimiz ifadeleri alanen hakaret suçu kapsamında kabul etmemesi yönündeki düşüncesine katılmamaktayız. "*Aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, aleniyet unsurunun oluşmayacağı baro odasındaki sözleri nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 299/2. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini…*" Y. 9. CD, 08.09.2014, E. 2013/8838, K. 2014/1404. Karar için bkz. Tulay, s. 825. Sonuç itibariyle aleniyetin gerçekleşmesi için hareketin herkese açık olan veya tahsis edilmesi itibariyle ya da tesadüfi olarak ekseriyetin olduğu yerde gerçekleştirilmesi gerekmez. Bazen özel yerler de aleniyeti sağlayabilir. Yargıtay kararında belirtilen baro odası, bahçe veya balkon da bu şartı sağlamaya elverişli olabilir. Bkz. Öntan, s. 874.

202 Hafızoğulları, Özen, *ÖH*, s. 68. Aleniyet kavramının anlamına ilişkin tartışmalar için bkz. İçer, s. 327 ve 328.

203 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 204. Aynı yönde bkz. Ersoy, s. 112; Öntan, s. 874 ve 875.

204 İçer, s. 328; Öntan, s. 874.

205 5377 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi: "Türk Ceza Kanununun 84 üncü maddesinin başlığı 'İntihara yönlendirme' şeklinde değiştirilmiş ve maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi madde metninden çıkarılmıştır." Bkz. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050708-1.htm (15.12.2023); Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 93. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadelesi Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/f.1-a (1) hükmünde de konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır: *"Söz konusu hükme dayanarak internet ortamında yapılan ve içeriği intihara yönlendirme suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından ve soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından erişimin engellenmesine karar verilebilir."*

3'üncü fıkrasının mı yoksa intihara özendirici yayın yapmayı cezalandıran ve "haber verme hakkının sınırlarını aşmayı"[206] içeren Basın Kanunu (Bask) md. 20'nin[207] tipikliği mi oluşacaktır[208]? Tartışmalı olan bu hususa ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür[209].

Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır'a göre, teşvik derecesine ulaşmamakla birlikte, haber verme hakkının sınırlarını aşmak suretiyle intiharı övme, insanlarda intiharın doğru ve kötü bir şey olmadığı izlenimini uyandırıcı nitelikte yayınlar özendirme kapsamında kabul edilmeli; bu dereceye varmayan hallerde TCK md. 84/f.3 hükmü değil, Bas.K md. 20 hükmü uygulanmalıdır. Bir gazeteci, intihara ilişkin bir olayı kamuya aktarırken haber verme hakkının sınırları içerisinde hareket ederse TCK md. 26/f.1 nedeniyle fiil hukuka uygun kabul edilir ve zaten bu durumda suç oluşmaz. Ancak haber vermenin haricinde intihar fiiline özendirme ve yönlendirme varsa hukuka aykırılıktan dolayı sorumluluk doğar. Yazarlara göre, TCK md. 84/f.3 ile Bas.K md. 20 aynı meseleyi yaptırıma bağlamıştır. Bu yüzden ikisi arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bas.K özel bir kanun olsa bile kanunun 20'nci maddesi özel hüküm değildir. Şu halde, sonraki kanunun önceki kanunu ilga ettiği prensibinden hareketle basın yoluyla intiharın teşvik edilmesi halinde TCK md. 84/f.3 uygulanır[210].

Özbek, Doğan ve Bacaksız'a göre, özel kanun-genel kanun ve önceki kanun-sonraki kanun ilişkisinden hareketle meselenin çözülmesi gerekir. Her ne kadar Bas.K özel bir kanun olsa da genel kanun olan TCK md. 84/f.3 hükmü özel kanun olan Bas.K md. 20 hükmünü ilga etmiştir. İntihara alenen teşvik durumunda TCK md. 84/f.3 uygulanır[211].

Artuk'a göre, somut olayın özelliği dikkate alınarak karar verilmelidir. Yazının haber, ilmi veya edebi nitelikte mi olduğu ölçüt olarak kullanılabilir. Bu nitelikte bir yazı, intihara yönlendirme suçunu oluşmaz. Haberle sınırlı olması şar-

---

206 Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 92.

207 Basın Kanunu Madde 20: *"Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz."* Basın Kanunu, Kanun Num 5187, Kabul Tarihi 09.06.2004, RG. 26.06.2004-25504. Kanun metni için bkz. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5187-20080320.pdf (15.12.2023).

208 Tartışma için bkz. Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 204; Koca, s. 30, 31 ve 32; Ersoy, s. 129 vd.

209 Görüşler hakkında bkz. Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 170 ve 171; Tulay, s. 833; Ersoy, s. 130, 131 ve 132; Öntan, s. 878, 879 ve 880.

210 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 186.

211 Özbek, Doğan, Bacaksız**,** *ÖH*, s. 182. Aynı yönde bkz. Özen, s. 59.

tıyla Bas.K md. 20 uygulanabilir. Yazı şayet bahsi geçen niteliklerden uzaksa ve intihara özendirmek amacını taşıyorsa koşulları oluşmuşsa intihara ikna ve yardım suçu (eski TCK md. 454) söz konusu olur[212].

Doktrinde Artuk tarafından ortaya konulan ölçütün dikkate alınması gerektiğini düşünen Koca ve Üzülmez'e göre, Bas.K'daki hüküm (md. 20), basın mensuplarına tanınan haber verme hakkının sınırının aşılmasına özgü bir düzenlemedir. Bas.K md. 20'nin uygulanabilmesi için cinsel saldırı, cinayet veya intihara ilişkin bir olay olmalı ve bu; yazı, haber ya da resme konu edilmelidir. Fakat intihara ilişkin haber, yazı veya resmin başlı başına varlığı bu hükmün uygulanmasını gerektirmez. Öncelikle bahsi geçen hususlara ilişkin olayların hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması çerçevesinde mütalaa edilmesi gerekir. Bas.K'daki hüküm ile amaçlanan; bu olaylara ilişkin haber, yazı veya resmin haber verme sınırını aşması ve bu suretle cinsel saldır, cinayet ve intihara özendirme ile ortaya çıkan tehlikenin yaptırım altına alınmasıdır. Dolayısıyla bu tür olaylar haber konusu yapılırken daha dikkatli ve haberlerin özendirici ve yönlendirici nitelikte olmamalıdır. Bir intihar olayının haber konusu yapılması durumunda haber verme amacıyla değil de intiharı (aynı şekilde cinsel saldırı veya cinayeti) özendirici bir amaçla hareket edilirse, yani haber verme hakkının sınırları kasten aşılırsa TCK md. 84/f.3 oluşur. Ancak yazı, haber olma niteliğine daha yakın olmasına rağmen gerek üslup gerekse muhteviyatından dolayı okuyucu kesimini özendiren bir mahiyet taşıyorsa Bas.K md. 20 uygulanır. Esasen fail, bu nitelikteki olayları haber konusu yapma amacında değilse ve bu fiilleri işlemeye teşvik amacıyla hareket ediyors failin belirli olup olmadığına göre cinsel saldırı, kasten öldürömeye azmettirme veya suça tahrikin gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi gerekir[213].

Tezcan, Erdem ve Önok'a göre, TCK md. 84/f.3 ile Bas.K md. 20 arasında özel norm ve genel norm ilişkisi vardır. Her iki suçun unsurlarının aynı olduğunu kabul eden yazarlara göre bu durumda Bas.K md. 20'nin öncelikli olarak uygulanması gerekir. Bas.K md. 20 hükmü ise "sadece bir intihar olayı üzerine basında yer alan bir yazının söz konusu olduğu" durumda uygulanır. Yazıya da-

212 Yazar eski kanun döneminde bu ölçütten hareketle yazı veya haber sırf intihara özendirme amacınını taşırsa diğer şartların (failin kastının olması gibi) da gerçekleşmesi halinde belli olmayan kişilere karşı eski kanundaki suçun (intihara ikna ve yardım) oluştuğunu ileri sürmüştü. Bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 29 ve 33. Aynı yönde bkz. Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 92. Öntan'a *göre de, şayet fail intihara alenen teşvik kastıyla hareket ederse yazının haber olma niteliği ortadan kalkmıştır. Yazara göre bu nitelendirmede ayırıcı unsur kast olup intihara alenen teşvik etme bilinciyle ya da bu yöndeki istekle kaleme alınan yazını, çekilen filmin veya yazılan romanın eser olma niteliğinden bahsedilemez. Kastın kapsamına failin teşviki aleni olarak yaptığını bilmesi ve istemesi dahildir.* Bkz. Öntan, s. 880 ve 881.

213 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 205 ve 206.

yanak teşkil eden bir intihar olayı olmaksızın basın yoluyla özendirici nitelikte yazı ve resimlere yer verilmesi durumunda TCK md. 84/f.3 uygulanmalıdır[214].

Centel, Zafer ve Çakmut, basın ve yayın yoluyla işlenmesi intihara yönlendirme suçunun nitelikli hali olmayıp somut olaya göre karar vermenin daha yerinde olduğunu ileri sürmüştür[215].

Özkan'a göre, intihara özendiren haber veya yorumlar yapıldığında intihara azmettirme gerçekleşmez, yani intihara yönlendirme suçu oluşmaz. Ancak Bas.K md. 20'ye göre intihar olaylarına ilişkin haber verme hakkının sınırlarını aşan ve okuyucuyu böyle fiileri işlemeye özendiren yazı ya da resim yayımlayanlara para cezası tatbik edilir[216].

Tulay'a göre, haber verme hakkının intihara teşvik edici sözlerle aşılması durumunda özel norm olan Bas.K md. 20 değil, TCK md. 84/f.3 uygulanır[217].

İçer'e göre, yaptırım altına alınan ve yayımlanan yazı ya da resim, haber verme hukuka uygunluk sebebinin sınırlarını aşan intihar olgusunu özendirmelidir. Bas.K md. 20'deki intihara özendirme, intihara teşvik etmeden farklıdır. İntihara özendirmede, bizatihi intihar olgusuna yönelik değerlendirme yapılmaktadır. Bu kapsamda övülen intihar olgusu iyi bir şeymiş gibi gösterilmektedir. İnsanlarda intihara olgusuna yönelik sıcak duygular uyandırılmakta, kişilerin kendi yaşamlarını sona erdirmenin güzel bir şey olduğu ifade edilmekte ve bunun iyi bir şey olduğu duygu ve düşüncesi aktarılmaktadır. Toplumda intihar olgusuna yönelik olumsuz düşüncelerin ve intiharın kötü olduğu konusunda toplumda yerleşmiş bilincin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması yönünde gerçekleştirilen hareketleri özendirme çerçevesinde değerlendirmek gerekir. İntihara teşvikte sayısı belirsiz kişilere yönelik bir yönlendirme vardır. Teşvik boyutuna varmayan, kişileri yönlendiren ve teşvik eden nitelikte olmayan fiillerin özendirme kapsamında kabul edilmesi gerekir. Sayısı belirsiz kişilere intiharın kötü bir eylem olmadığı ve bunu öven yazı veya resimleri yayımlamak Bas.K md. 20'deki fiili oluşturacaktır. Sayısı belirsiz kişilerin alenen intihara teşvik edilmesi durumunda TCK md. 84/f.3 oluşacaktır[218].

Kanaatimizce de yazının haber, ilmi veya edebi nitelikte olup olmadığı ölçütünün dikkate alınması ve meselenin hukuka uygunluk nedenlerinden haber verme hakkı çerçevesinde mütalaa edilmesi ve böyle olaylar haber konusu yapılırken daha dikkatli olunması gerekir. Bir intihar olayının haber konusu

214 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 170.
215 Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 92.
216 Özkan, s. 261.
217 Tulay, s. 833.
218 İçer, s. 329.

yapılması durumunda haber verme amacıyla değil de intiharı özendirici bir amaçla hareket eden yani haber verme hakkının sınırlarını kasten aşan basın mensubunun TCK md. 84/f.3'ten sorumlu tutulması gerekir. Fakat yazı gerek içerik gerekse üslup itibariyle özendirici nitelikteyse Bas.K md. 20 uygulanır ve ancak hükümde geçen cinsel saldırı, cinayet veya intihara ilişkin olaylara alenen teşvik varsa failin belirlenebilip belirlenememesine göre ya cinsel saldırı, ya kasten öldürme ya da suç işlemeye tahrik suçlarının oluşup oluşmadığının irdelenmesi gerekir.

4. İntihara Alenen Teşvik Sonucu İntiharın Gerçekleşmesi

Azmettirme için azmettirilen kişi veya kişilerin belirlenebilmesi gerekir. İntihar olaylarında (canlı bomba yetiştirme olaylarındaki gibi) gerçekleştirilen telkin[219] veya kullanılan sözlerden muhatap kişi/kişilerin sayısının belirlenebilmesi mümkün ise azmettirmeden bahsedilebilir[220].

İntihara alenen teşvik suçunda muhatap belirsiz olduğundan kamuya yönelik aleni bir çağrı vardır. Burada teşvik ve intihara özendirici nitelikte başkalarının iradesini etkileyici ifadelerin kullanılması gerekir. Bu yüzden soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir[221]. Ancak her nasılsa alenen teşvikten etkilenme sonucu intihar veya en azından intihara teşebbüs gerçekleşse failin nasıl cezalandırılacağı bir sorun olup bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür[222].

Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır'a göre intihara alenen teşvik sonucu intiharın gerçekleşmesi durumunda intihara alenen teşvik bağımsız bir suç tipi olduğundan sadece TCK md. 84/f.3'ten sorumluluk doğar. Böyle bir durumda, hem TCK md. 84/f.1, 2'deki hem de TCK md. 84/f.3'teki suçlar oluşur. Yazarlar fikri içtimadan hareketle, failin, sadece TCK md. 84/f.3'ten sorumlu olacağını ileri sürmüşlerdir[223].

Şen'e göre, teşvikin aleni surette gerçekleştirilmesi neticesinde intihar etme meylinde olan kişi veya kişiler intihar etmeye yönelik karar alsalar veya kişi veya kişiler en azından intihara teşebbüs aşamasına geçse intihara alenen teş-

219 Toroslu'ya göre, intihara alenen teşvik etme suçunda intihara teşvikten bahsedebilmek için "başkalarının intihar etmesine mâni olan manevi engelleri kaldırıcı nitelikte olması gerekir." İntihar hususunda görüş beyanında bulunmak ve hatta intiharı onaylamak, intiharı telkin edici olmaması koşulu ile teşvik etme olarak kabul edilemez. Bkz. Toroslu, *Özel Kısım*, s. 38.

220 Özen, s. 37. Ayrıca bkz. Tokdemir, *Akim Kalmış Azmettirme*, s. 316 ve 317.

221 İçer, s. 330; Öntan, s. 875. Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır'a göre, intihara alenen teşvikin soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiş olması isabetli olmamıştır. Bkz. Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 186.

222 Görüşler için bkz. Öntan, s. 876, 877 ve 878; Tulay, s. 833; Ersoy, s. 113.

223 Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 186.

vik suçu gerçekleşir[224].

Koca ve Üzülmez'e göre, intihara alenen teşvik sonucu gerçekleşen intihar olaylarına TCK md.84/f.2 uygulanamaz. Fıkraların sistematik yeri bu uygulamaya engeldir. Ayrıca üçüncü fıkrada düzenlenen intihara alenen teşvik bağımsız bir suç tipi olup birinci fıkranın yani intihara yönlendirme suçunun nitelikli unsuru değildir[225]. Bu durumda intihara alenen teşvik etme suçunun oluştuğu konusunda şüphe bulumamaktadır. Yazarlara göre, burada intihara alenen teşvik fiilinin ön gelen tehlikeli bir hareket olarak nitelendirilmesi ve ölümün gerçekleşmesi halinde olası kastı olan failin kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi suçundan da sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. Bu durumda TCK md. 84/f.3 ve 83'ün tipikliği gerçekleşmektedir[226].

Tezcan, Erdem ve Önok'a göre, TCK md. 84/f.2'deki durum sadece TCK md. 84/f.1 için düzenlenmiştir. Ayrıca TCK md. 214/f.3'te bulunan tahrike konu olan suçun gerçekleşmesi durumunda tahrikçinin bu suça azmettiren sıfatı ile cezalandırılacağı şeklinde bir hüküm burada olmadığına göre ölüm neticesinin objektif olarak isnat edilmesi mümkün değildir. Failin intihara yönlendirme veya kasten veya taksirle öldürme suçundan cezalandırılması da mümkün değildir[227].

Öntan'a göre, failin maddenin birinci ve ikinci kapsamında intihar veya intihara teşebbüs eden kişi sayısınca cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen intihara alenen teşvik, farklı ve bağımsız bir suç tipi olup birinci ve ikinci fıkranın nitelikli hali veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali değildir. Ayrıca üçüncü fıkrada, birinci ve ikinci fıkraya yönelik herhangi bir atıf da yapılmamıştır. Bu durumda üçüncü fıkra ile birinci ve ikinci fıkra arasında bu şekilde bir ilişkinin kurulması mümkün gözükmemektedir. Bunun yanında 214/f.3 gibi bir düzenleme olmasaydı bile tahrik konusu fiil suç teşkil ettiği için iştirak hükümleri çerçevesinde azmettirmeden dolayı sorumluluğun tespit edilmesi yine de mümkün olabilirdi. İntihar ve intihara teşebbüs fiilleri kanunda suç teşkil etmediğinden ve ayrıca TCK md. 84/f.3 bakımından TCK md. 214/f.3 gibi bir düzenleme olmadığından kanunda bu yönde bir düzenleme yapılmadığı sürece alenen teşvik sonucu birilerinin

224 Şen, s. 271.

225 TCK md. 84/f.3'ün intihara yönlendirme suçunun nitelikli hali olduğu ve teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. Tulay, s. 831.

226 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 206. İntihara alenen teşvikin ön tehlikeli hareket kabul edilerek failin TCK md. 83 kapsmaında sorumlu tutulabileceğine yönelik bu görüşün eleştiri için bkz. Öntan, s. 877.

227 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 170; Öntan, s. 193. İntihara teşvik suçunun, suça tahrik (TCK md. 214) ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik (TCK md. 216) suçlarıyla mukayesesi için bkz. Öntan, ss. 875-876.

intihar etmesi veya bu yönde teşebbüste bulunması durumunda failin TCK md. 84/f.3 dışında başkaca bir sorumluluğu olmayacaktır. Dolayısıyla yazara göre bu durumda kişinin intihar veya intihara teşebbüs edenlerin bu fiilinden ayrıca sorumlu tutulmaması gerekir[228].

Tulay'a göre, alenen teşvik sonucu ölümün gerçekleşmesi halinde kanunda ayrıca bir düzenleme yapılmadığından fail, TCK md. 84/f.3'ten sorumlu olur ve bu durumda ceza üst hadden tayin edilir. Yazar, TCK md. 84/f.1 bakımından cezada artırımı öngören düzenlemeye benzer bir düzenlemenin yapılmasını önermiştir[229].

Kanunun genel hükümlerinde gerçek olmayan (garantörsel) ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemenin olmadığı, bir suçun gerçek olmayan ihmali suç olarak kabul edilebilmesi kanunda açık bir düzenlemenin yapılması gerektiği, intihar kendi sorumluluğunun bilincinde olan bir kimse tarafından gerçekleştiğinden, kişinin yapabileceğinin ötesine zorlanamayacağından ve kişi neticeyi önleme olanağına her zaman sahip olmadığından intihara alenen teşvikin ön gelen tehlikeli hareketten kaynaklı garantörlüğü doğurmayacağı yönünde açıklamalarda bulunan Ersoy, intihara alenen teşvik neticesinde intiharın gerçekleşmesi durumunda teşvik eden kişinin cezalandırılabilmesinin mevcut sistemde mümkün olmadığını, bunun için maddenin üçüncü fıkrasında değişikliğe gidilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, TCK md. 84/f.3, cüm.1'den sonra *"İntihara alenen teşvik sonucunda bir veya birden fazla kişinin intihar etmesi halinde, kişi 6 yıldan 16 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklinde bir cümlenin eklenmesini önermiştir[230].

Kanaatimizce TCK md. 214/f.3 şeklinde bir fıkra hükmünün burada düzenlenmesi isabetli olur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, intihara alenen teşvik olaylarında intihar veya intihar teşebbüsünden azmettireni sorumlu tutan bir hükmün buraya eklenmesi gerekir.

5. İntihara Alenen Teşvik Kapsamında Birden Fazla Kişinin İntihara Yönlendirilmesi

İntihara yönlendirme suçunun tipikliği kapsamında ortaya çıkan durumlardan biri failin birden çok kişiyi bir fiil ile intihara azmettirmesi veya onalrın intiharına yardım etmesidir. Özellikle toplu intihar olaylarında bu durum gerçekleşebilmektedir. Bu durum, TCK md. 43/f.2'de yer alan aynı neviden fikri içti-

228 Öntan, s. 876 ve 877.

229 Tulay, s. 833. Aynı yönde bkz. Öntan, s. 892.

230 Ersoy, s. 115.

ma halini oluşturduğu için zincirleme suça[231] ilişkin hüküm (TCK md. 43/f.1) kapsamında failin cezası arttırılacaktır. Ancak bu, sadece TCK md .84/f.1'deki hüküm bakımından geçerlidir. İntihara alenen teşvik suçunda teşvik fiilinin sayısı belli olmayan kişilere karşı işlenmesi gerekir. Yani aynı neviden fikri içtima gerçekleşemez. Zaten aynı zaman dilimi içerisinde birden fazla kimseyi intihara teşvik, bu suçun haksızlığı kapsamında grçekleşen bir durumu oluşturmaktadır. Dolayısıyla aynı neviden fikri içtimaın uygulanabileceği bir durum kalmamaktadır. Netice itibariyle toplu intiharının gerçekleştiği vakalarda aynı neviden fikri içtima hükmünün tatbiki, sadece TCK md. 84/f.1 bakımından

231 İçer, s. 327 ve 331. İntihara yönlendirme suçunun zincirleme suça elverişli olup olmadığı meselesi doktrinde tartışılmıştır. Tartışmalar için bkz. Tulay, s. 832, dn. 104; Öntan, ss. 892-895; Ersoy, s. 131. Eski kanundaki suç bakımından bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 50 ve 51. Bir görüş, bu suçun farklı zamanlarda aynı kişiye karşı işlenmesini "aynı suç işleme kararı" ve bu şekilde zincirleme suça ilişkin hüküm kapsamında değerlendirmiştir. Örneğin, intihara azmettirilme sonucu mağdurun ilaç içmesine rağmen ölmemesi durumunda failin mağdura silahı vermek suretiyle intihar etmesini istediği bir olayda intihara yönlendirme suçu zincirleme şekilde işlenmiş olur. Mağdurun ikinci intihardan sonra ölmesi halinde TCK md. 43/f.1 çerçvesinde failin cezasında arttırım yapıldıktan sonra neticesi sebebiyle ağırlaşan hale ilişkin hüküm (TCK md. 84/f.2) tatbik edilmelidir. Bkz. Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 212.; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, *ÖH*, s. 189; Koca, s. 39; Özen, s. 54; aynı yönde görüş belirten Öntan, bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşan suç için öngörülen cezanın esas alındıktan sonra zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının daha isabetli olacağını, nitekim zincirleme suç kapsamında işlenen suçlardan bir kısmının tamamlanması, bir kısmının ise teşebbüs aşamasında kalması halinde ağırlaştırıcı neden taşıyan suç varsa bunun cezası belirlendikten sonra zincirleme suça ilişkin arttırım yapılır. Bkz. Öntan; s. 892 ve 893. Başka bir görüş, intihara yönlendirme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmeye elverişli olmadığını ve bu durumda gerçek içtima yapılarak hareket sayısınca faile ceza verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 177. İntihara yönlendirme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesini kabul eden başka bir görüş, kasten öldürme suçuna yakınlığı itibariyle intihara yönlendirme suçunun da TCK md. 43/f.3 kapsamında olması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 95; Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 187. Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre, bir kimsenin intihara farklı zamanlarda yönlendirilmesinde intihar teşebbüsünün ölümle sonuçlanmaması üzerine falin fiilini tekrar etmesi durumunda tek hareketin varlığı kabul edilir. Bu durumda TCK md. 43/f.1 ya da md. 43/f.3 hükümlerinden dolayı değil, hareketin tekliğinden dolayı faile tek ceza verilmelidir. Ayrıca burada TCK md. 43/f.3'teki istisnai durum geçerli değildir. Zira bu suç, kasten öldürmeden farklı ve bağımsız bir suç tipidir. Tulay, s. 832. TCK md. 84/f.4 kapsamında mağdurun, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı intihara sevk veya mecbur etmesi durumunda işlenen fiil sayısı kadar sorumluluk doğar. Çünkü maddenin yollamasıyla kasten öldürmeden sorumluluk doğacağından ve TCK md. 42/f.3'teki yasak suçlardan biri de kasten öldürme suçu olduğundan birden fazla kasten öldürme suçunun varlığını kabul etmek gerekir. Ayrıca cebir veya tehdit sonucu intihara mecbur edilen mağdurun intihar etmesi halinde sadece öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Cebir veya tehditten dolayı ayrıca sorumluluk doğmaz. Ancak mağdur intihar teşebbüsünde bulunmazsa bu durumda kasten öldürme suçuna ilişkin hüküm ve cebir ya da tehdit suçlarına ilişkin hükümler arasında fikri içtima yapılmalıdır. Bkz. İçer, s. 340. TCK md. 84/f.4 bakımından aynı yönde bkz. Öntan, s. 894 ve 895. Ersoy'a göre, TCK md. 84/f.4 bakımından zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Yine yazara göre, hükümde geçen tehdit ve cebir suçun hareket unsurunu oluşturduğundan faile ayrıca TCK md. 106 ve 108'den ceza verilmez. Ancak kullanılan cebrin kasten yaralama boyutuna ulaşması durumunda gerçek içtima yapılarak ayrıca kasten yaralamadan dolayı sorumluluk tespit edilmelidir. Bkz. Ersoy, s. 132. TCK md. 106 ve 108 bakımından aynı yönde bkz. Öntan, s. 895.

mümkün olabilir[232]. İntihara alenen teşvik durumunda TCK md. 84/f.3'ten hareketle failin cezası belirlenir[233].

F. İntihara Yönlendirme Suçunun İhmali Olarak İşlenmesi Bakımından Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

İntihara yönlendirme suçuna ilişkin tipiklik bakımından gündeme gelen diğer bir önemli sorun da intihara yardım etme fiilinin ihmali davranışla işlenmesinin mümkün olup olmadığı meselesidir[234]. Esasen bu suç, icrai davranışla işlenebilir. Ancak intihara ihmali davranışla da yardım etmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir[235]. Suça iştirak açısından yardım etme fiilinin ihmali olarak işlenmesinin mümkün olması, intihara yönlendirme suçunda intihara yardım etme fiili bakımından da geçerlidir[236].

Belirtmek gerekir ki intihara yönlendirme suçunda ihmal sadece yardım etme fiili bakımından mümkündür. Çünkü azmettirme kapsamında bir başkasına ihmali bir şekilde suç işleme kararının aldırılması genel olarak kabul edilmemektedir. Şu halde ihmal suretiyle bir kimseye intihar kararını aldırmak, yani ihmali azmettirme mümkün gözükmemektedir. Ancak bir kimseyi ihmali bir suça azmettirmek mümkündür[237].

TCK md. 84/f.1'e gör, "başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi" cezalandırılır. Bu yardımın, hem icrai hem de ihmali olması mümkündür. Dolayısıyla intihara teşebbüs eden bakımından koruma ve gözetim yükümlülüğü olan bir kimse intiharı önlememek suretiyle bu fiile yardım etmiş olur[238].

Bir kimsenin intihar olayı ile karşılaşması ve fakat intihar teşebbüsünü engellememesi, olayın karşısında kayıtsız kalması durumunda ihmal suretiyle intihara yardım etme söz konusu olur. Salt anlamda intihar teşebbüsünü engellemek

---

232 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 212. Aynı yönde bkz. Tulay, s. 824 ve 832; Öntan, s. 893 ve 894; Ersoy, s. 131.

233 Tulay, s. 822.

234 Öntan, s. 855. Bu konudaki görüşler için bkz. Ersoy, s. 106 ve 107.

235 Tulay, s. 822; İçer, s. 312. Eski TCK'daki suç bakımından ayrıca bkz. Artuk, *Mukayeseli Hukuk*, s. 45.

236 İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2002, s. 235; Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 90; İçer, s. 312.

237 Koca, Üzülmez, *GH*, s. 502; Özgenç, Şahin, s. 231, dn. 261; İçer, s. 303.

238 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 19. Bası, Ankara, 2023, s. 410 ve 411, (GH); İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 324 ve 325, (İhmali Suç); Özgenç, Şahin, s. 235; Centel, Zafer, Çakmut, *Kişilere Karşı*, s. 90. Herhangi bir şekilde yardım etme ifadesinin kapsamının sınırlandırılması gerektiği, aksi halde cezai sorumluluğun çok genişleyeceği hakkında bkz. Tulay, s. 822.

suç teşkil etmez. Bir intihar vakası ile karşılaşan bir kimse, intihara engel olma hususunda hukuki yükümlülük altında olmalıdır[239]. Örneğin yurtta kalan bir öğrencinin pencereyi açıp intihar etmesine kayıtsız kalan oda arkadaşının TCK md. 84 bakımından sorumluluğu cihetine gidilemez. Çünkü bu kişinin intihar eden kişi üzerinde garantörlüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte oda arkadaşının TCK md. 98 hükmünden sorumluluğunun incelenmesi gerekir. Oda arkadaşı değil de intihara eden kişinin durumundan haberi olan yurt sorumlusunun veya velinin TCK md. 84/f.1 bakımından sorumluluğu tartışmalıdır. İntihara ihmali olarak yardım etmeden dolayı sorumluluğun belirlenmesinde gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin esasların göz önünde bulundurulması gerekir[240].

Kanun koyucu TCK md. 84'ün gerekçesinde intihara ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olduğunu şekilde ifade etmiştir. Kanun koyucunun da ifade ettiği üzere, intiharı engelleme konusunda hukuki yükümlülüğü olan bir kimse, bir intihar vakasında intihar teşebbüsünü engellemez, bu konuda umursamaz davranırsa intihara ihmali suretle yardım etmiş olur. Bu kişinin intihara yardımdan cezalandırılabilmesi, bu fiile engel olma hususunda kendisine hukuki bir yükümlülüğün getirilmiş olmasına bağlıdır.

Kanun koyucunun gerekçedeki iradesi yorumlandığında intihara yönlendirme suçuna yardım bakımından gerçek olmayan (garantörsel) ihmali bir suçun düzenlendiği söylenebilir. Bundan hareketle, hukuki yükümlülüğün belirlenmesi açısından, ikmali suretle kasten öldürme suçuna ilişkin hükümde belirtilen garantörlük kaynakları (kanun, sözleşme ve ön gelen tehlikeli davranış) intihara yardımın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi için de geçerlidir. İcrai

---

239 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 207; Özgenç, Şahin, s. 235; Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 183; Tulay, s. 822; İçer, s. 312 ve 313. *"Müntehir ... ile sanık Makbulenin kardeşi, ...'un ise kayınbiraderi olan ...'nın evlendikleri, ilişkiye girmek istediklerinde ...'nın ereksiyon olamaması nedeniyle ...'in vajinasına parmak soktuğu, kanama olmadığını görünce onu bakire olmamakla suçladığı, diğer sanıklar ... ve ...'yi de alarak hastaneye götürüp muayene ettirmek istedikleri, adli vaka olmadığı gerekçesiyle gittikleri hastanelerden olumsuz cevap aldıkları, daha sonra ailesine götürdükleri, durumu annesine anlatıp eve geri döndükleri, bu arada ...'nın ...'e kağıtlar yazdırıp, beyanlarını ses kaydına aldığı, ertesi gün ... ve ...'in birlikte sanıkların 11. katta bulunan evlerine gittikleri, ...'nın sanıklara olayları anlatıp, yakındığı sırada ...'in sanıkların evinin balkonuna çıkıp aşağıya atlamak suretiyle intihar ettiği, otopsi raporuna göre, halen bakire olduğu anlaşılan olayda; sanıkların kendilerine anlatılan olayları dinlemekten başka icra hareketi sayılabilecek bir eylemleri ve olayda atfı kabil kusurları bulunmadığı gözetilerek beraatlerine karar verilmesi yerine, yanılgılı değerlendirme ve yerinde görülmeyen gerekçeyle mahkumiyetlerine karar verilmesi..."* Y. 1. CD, 14.02.2018, E. 2016/5669, K. 2018/547 (Lexpera, 02.03.2024). Ayrıca bkz. Y. 1. CD, 11.04.2013, E.2010/6485, K. 2013/3121.

240 Tulay, s. 822. Ailevi ilişkilere dayalı olarak yaşaması için beslenmek zorunda olan bir kimsenin yakının, tedaviye ilişkin olarak hasta bakıcının, aradaki eğitim ilişkisinden kaynaklı olarak öğretmenin veya mağdur kişinin göz altında ya da gözlem altında olmadan kaynaklı olarak sağlık mesleği mensubunun veyahut kolluk görevlisinin yükümlülükleri hukuki yükümlülüklere örnek olarak verilebilir. Bkz. Öntan, s. 855 ve 856.

bir suç, ihmali suretle işlendiğinde failin cezalandırılabilmesi, normatif bir düzenlemenin varlığını gerektirir. Esasen kanun koyucu gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından genel bir düzenleme yapmak yerine özel düzenleme yapma yöntemini tercih etmiştir (TCK md. 83, 88, 95/f.5 gibi). Kanun metninde geçen "herhangi bir şekilde yardım etme" ibaresi dikkate alındığında intihara yönlendirme suçunun yardım etme bakımından ihmali olarak işlenmesinin mümkün olduğu ve böyle bir fiilin tipik olduğu söylenebilir. Bu noktada Tulay, haklı olarak, icrai hareketin ihmali harekete eş değer kabul edilerek cezalandırılacaksa bunun sınırlarının gerekçede değil, açıkça kanun metninde belirlenmesi gerektiğini önermiş ve mevcut düzenlemeyi eleştirmiştir[241]. Kanaatimizce de gerekçedeki açıklamalara uygun bir formülasyonla intihara ihmali yardım etmenin açıkça ifade edilmesi daha isabetli olacaktır. Her ne kadar, gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin TCK md. 83'teki esasların, TCK md. 84/f.1 için göz önünde bulundurulması mümkün olsa da intiharı engelleme bakımından failin hukuki yükümlülüğünün olması gerektiği açıkça ifade edilmelidir. Ayrıca hâkimin, ihmalden dolayı failin cezasında indirime gidebilme imkânının verilmesi yerinde olacaktır.

Doktrinde bir görüş; bir kimsenin intiharına engel olmaması durumunda failin intihara yönlendirme suçundan değil, intiharı engelleme hususunda hukuki yükümlülük altındaysa ihmali davranışla kasten öldürme suçundan (TCK md. 83), hukuki bir yükümlülük altında değilse yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan (TCK md. 98) sorumlu olacağını ileri sürmüştür[242]. Bu görüşte olan Tezcan, Erdem ve Önok'a göre TCK'da ihmali hareketi cezalandıran genel bir hüküm bulunmadığından ihmali hareketin cezalandırılabilirliği belli suçlar bakımından kabul edilmiştir. Ayrıca intihara

241 Tulay, s. 822 ve 823. İcrai bir suçun ihmal suretiyle işlendiğinde cezalandırılabilmesi için normatif düzeyde düzenlemeye ihtiyaç olduğu hakkında Bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 192 vd.; Koca, Üzülmez, *GH*, s. 399; Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 183 ve 184; Özgenç, *GH*, s. 397 ve 399; Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 386. TCK'nın genel hükümleri içerisinde ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ve TCK md. 83, 88, 95/f.5, 251 gibi hükümlerle icrai olarak işlenebilen bazı suçların ihmali olarak işlenebileceğine ilişkin bir belirleme yapılmıştır. Bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Görüşler için bkz. Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 346 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız, İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 518 ve 519; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Bası, İstanbul, 2016, s. 253, Türk Ceza Hukuku; Aras Türay, "İhmal suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Özel Sayı, 2020, s. 135 vd.

242 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 167; İçer, s. 312. Görüş hakkında bkz. Öntan, s. 856. Alman hukukunda halihazırda başlayan bir intihar sürecini hızlandıran ve yaşamın uzatılması bakımından garantör olan kişinin ihmali olarak bir başkasının öldürülmesinden cezalandırılacağı cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bkz. Klesczewski, BT, § 2, Rn. 11.

yardımın ihmali olarak işlenmesinin kabulü, yardım etmenin ihmali olarak işlenebileceğinin kabulü anlamına gelir. Yazarlara göre, ihmali hareketin somut olayda yardım etme kapsamına girdiğinin kabul edilmesi durumunda, intiharı önleme konusunda yükümlülük altında olan kişinin TCK md. 84/f.1'deki intihara yardım fiilinden sorumluluğu doğar[243].

Öntan'a göre, hukuki yükümlülüğün ihlal edilmesi suretiyle bir kimsenin intiharına engel olunmaması halinde intihara yardımın ihmali olarak işlenmesinden dolayı değil, kasten öldürmenin ihmali olarak işlenmesinden dolayı sorumluluk söz konusu olur. Yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle intihara teşebbüsünde bulunanın üçüncü kişilerin müdahalesi sonucu kurtarılması durumunda fail, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna teşebbüsten sorumlu tutulur. İntihar eden veya intihara teşebbüs eden bakımından herhangi bir hukuki yükümlülüğü olmayan kişinin fark etmesine rağmen intiharı engellememesi durumunda ne TCK md. 83'ten ne de TCK md. 84/f.1'den dolayı sorumluluk doğar. Dolayısıyla tanımadığı birinin yüksek bir yerden atladığını gören ve fakat buna kayıtsız kalan kişinin sırf intiharı engellemediğinden hareketle intihara yardım etmekten söz edilemez. İntihara teşebbüs eden bir kimse henüz ölmemiş ve fakat içinde bulunduğu vaziyetten kendisini kurtarabilecek bir durumda değilse-bilincini yitirmiş veya yaralandığı için kıpırdayamaması nedeniyle hareket edip hastaneye gidebilecek durumda olmaması örneklerinde olduğu gibi-yani kendisini bu durumdan kurtarma yönünde herhangi bir davranışı gerçekleştirebilecek durumda değilse yükümlülük altında olmayan ve ancak duruma kayıtsız kalan kişinin TCK md. 98 bağlamında sorumluluğu söz konusu olabilir. Esasen bu durumda da kişinin intihara yardımı ihmali olarak işlediğinden bahsedilemez. Çünkü mağdurun ancak bu durumundan itibaren failin hukuki yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu yükümlülük de zor durumdaki kişiye yardımcı olmak veya yetkili mercilere durumu bildirmektir. Zaten intihara teşebbüs eden kişinin bu durumuna düşmesinde failin herhangi bir nedensel katkısı da bulunmamaktadır[244].

Koca ve Üzülmez'e göre, ihmal suretiyle intihara yardım suçu bakımından kimlerin hukuki yükümlülük altında olduğunun tespitinde intihara yardım fiili kişinin yaşam hakkına saldırı teşkil ettiğinden TCK md. 83'ün esas alınması gerekir. İntiharı engelleme yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden veya ön gelen tehlikeli bir davranıştan doğması durumunda yükümlülüğün kasten ihmal edilmesi ihmali olarak intihara yardımı oluşturur. Aksi halde, serbest iradeyle verilen intihar kararının engellenmemesi intihara yardım suçunu

243 Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 167 ve 168.

244 Öntan, s. 858.

oluşturmaz. Bu durumda yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun (TCK md. 98) şartlarının incelenmesi gerekir. Müntehirin yaşının küçük olması veya akıl hastalığı gibi nedenlerle intihar kararını serbest bir iradeyle vermemesi, yani intihar kararının serbest iradeye dayanmaması halinde iradi bir intihar kararının yokluğu nedeniyle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun (TCK md. 83) oluştuğu kabul edilmelidir.[245] Yazarlara göre, hastanın tedaviyi reddettiği durumlarda tıbbi yardımda bulunmayan hekimin, ihmali davranışla intihara yardım nedeniyle sorumluluğu cihetine gidilemez. Esasen böyle bir durumda zaten garantörlüğün oluştuğundan bahsedilemez. Çünkü ancak tedavi yükümlülüğünün doğması halinde hekimin hasta üzerindeki garantörlüğü söz konusu olabilir; yani tıbbi tedaviye hastanın rıza göstermiş olması gerekir. Ne tedaviyi ret etme ne de yapılan tedaviyi durdurma halinde hekimin tedavi yükümlülüğünden bahsedilir[246].

İntihar girişiminde bulunan tutuklu, hükümlü[247] veya asker kişiler bakımından

245 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 207 ve 208. Aynı yönde bkz. Hakeri, s. 301.

246 Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 208.

247 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 82'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında cezaevlerinde açlık grevi veya ölüm oruçlarında kurum hekimi için hukuki yükümlülük açık bir şekilde düzenlenmiştir. CGTİHK md. 82/f.1 ve f.2'ye göre, "*Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psikososyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır (f.1). Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır (f.2).*" Doktrinde bir görüşe göre, gerek açlık grevlerine gerekse ölüm oruçlarında hükümlü, intihar amacı taşımamaktadır. Yine de bu durumlarda ölüm gerçeği, açlığa dayanma sınırını geçen kişileri mutlak bir son olarak beklemektedir. Kurum hekiminin bu durumdaki kişileri beslemesi şeklindeki müdahalesini kanun hükmünü icra (görevin ifası) hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirmek gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi durumunda kastlarının intihara yardım olduğunun tespiti halinde kamu görevlisinin intihara yardımın ihmali olarak gerçekleşmesinden (TCK md. 84) sorumlu tutulması gerekir. Bkz. Koca, Üzülmez, *ÖH*, s. 207 ve 208. Başka bir görüş, kurum hekiminin müdahalesinin meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda intihara ikna ve yardım suçundan bahsedilmeksizin kamu görevlisinin görevini ihmal ve yardım yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. Görüş hakkında bkz. Öntan, s. 856. Hükümde sağlık sorunu yaşayan ve fakat muayene ve tedaviyi reddeden hükümlünün hayatının ciddi tehlike içinde olması halinde de birinci ve ikinci fıkradaki hususların geçerli olduğu ifade edilmiştir. CGTİHK md. 82/f.3'e göre; *"Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır (f.3)."*

kamu görevlilerinin koruma ve gözetim yükümlülüğü vardır. Özgenç'e göre, intihar teşebbüsü karşısında kamu görevlilerinin bu yükümlülüğü kasten yerine getirmemesi durumunda TCK md. 83 hükmü uygulanabilir. Ancak intihara yardım etme suçu daha özel bir hükümdür. Özel normun genel norm karşısında önceliği ilkesi gereği TCK md. 84'ün uygulanması gerekir. Yazara göre eşlerden birinin intihara teşebbüs esnasında diğer eşin olaya kayıtsız kaldığı durumlarda da TCK md. 84'ün göz önünde bulundurulması gerekir[248]. Ancak TCK md. 83 bağlamında değerlendirmenin de yapılması gerekir. İntihara yönlendirme suçunda fail ve mağdur arasındaki yakın ilişki (eş, alt-üst soy gibi) TCK md. 82'nin aksine cezayı artıran bir sebep olarak düzenlenmemiştir. Ancak böyle bir ilişkinin TCK md. 83 bağlamında irdelenmesi ve bahsi geçen niteliğe sahip kişilerin faillik durumunun değerlendirilmesi gerekir[249].

Tulay'a göre, intiharı önlemekle hukuki yükümlülük altında olan failin intihara göz yumması ve hareketsiz kalması, ölüm neticesini doğrudan veya göze alma seviyesinde istediği anlamına gelir. Bu durumda TCK md. 83 hükmünde düzenlenen suçun tartışılması gerekir. Oğlunun intihara teşebbüsünü gören ve fakat harekete geçmeyen babanın çocuğunun ölmünü kabullendiği dikkate alındığında bu ihmalinin TCK md. 83 bakımından da tipik olduğu ortadadır. Esasen her iki düzenlemenin (TCK md. 83, md. 84) ortak unsuru ihmali harekettir. Ancak tipiklik bakımından "mağdurun rızası"[250] TCK md. 84'ü farklılaştırmaktadır. TCK md. 84 kapsamındaki fiil, hala mağdurun iradesi çerçevesinde şekillenmektedir. Bu durumda örnek olaydaki babanın, oğlunun rızası nedeniyle TCK md. 84/f.1'den dolayı sorumluluğu cihetine gidilebilir[251].

Doktrinde diğer bir görüş, kanunun özel hükümleri içerisinde bu hususa özgü

---

248 AİHM ve AYM kararları çerçevesinde konunun Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Özgenç, *GH*, ss. 411-420; Özgenç, *İhmali Suç*, ss. 325-335.

249 Tulay, s. 816.

250 Mağdurun rızası, intihara yönlendirme suçunun bir unsuru olarak kabul edilir. Dolayısıyla rıza üzerinde düşülen hata da buna göre farklılaşmaktadır. Örneğin hastanın tedaviyi reddettiğine veya ölme isteğine yönelik bir açıklaması olmamasına rağmen, hekimin bu husta hataya düşmesi halinde fiilin, unsur hatası kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda hekimin kastı ortadan kalkacağından failin, TCK md. 84'ten dolayı değil, TCK md. 30/f.1'ten hareketle taksirli öldürmeden dolayı sorumluluğunun belirlenmesi mümkündür. Bkz. Tulay, s. 827. Mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olamayacağı hakkında bkz. İçer, s. 324; Ersoy, s. 126 ve 127. İntihara yardım fiili çerçevesinde rızanın haksızlığın bertaraf edilmesinde önemli bir rol oynadığı hakkında bkz. Klesczewski, BT, § 2, Rn. 2. Kasten öldürme suçunda mağdurun aynı zamanda kendisinin öldürülmesine rıza göstermesi, intiharın cezalandırılabilir olup olmadığına bakılmaksızın failin kusurluluğunu ve öldürme fiilnin haksızlığını ortadan kaldırmaz. Aksi takdirde hukuka aykırılık, ceza hukuku dışındaki hukuka uygunluk sebeplerindeki gibi ceza hukukundaki hukuka uygunluk sebepleri nedeniyle ortadan kaldırılabilir. Bkz. Saan, Zimmermann, *§* 212, Rn. 30.

251 Tulay, s. 816 ve 827.

bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ileri sürmüştür[252]. Özbek, Doğan ve Bacaksız'a göre, ihmali hareketle intihara yönlendirmenin cezalandırılabilmesi, kanunilik ilkesi gereği kanunda bu yönde açık bir düzenlemenin yapılmasını gerektirir. Kasten öldürme için ihmale ilişkin açık düzenleme yapıldığına göre bu suç için de aynı yöntemin benimsenmesi gerekir. İhmale ilişkin kanunun genel hükümleri içerisinde genel bir düzenleme yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar, ihmali davranışla kasten öldürme suçunda hâkime indirim konusunda takdir yetkisinin verilmesi ve bu suçta bu imkânın olmamasının adil olmayacağını ifade etmişlerdir. Yazarlara göre, ihmali hareketin haksızlık içeriği daha az olacağından cezada indirimin yapılmasına ilişkin takdir yetkisinin hâkime verilmesi gerekir[253].

Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda eşi S'den kimi zaman şiddet gören M, gece vakti aralarında çıkan tartışmaesnasında eşinin kendisine tokat atması üzerine aşırı dozda ilaç almak suretiyle intihar teşebbüsünde bulunur. Yaptığından pişmanlık duyan M, eşinden kendisini hastaneye götürme isteğinde bulunur. S bunu kabul etmediği gibi M'nin başkalarından telefonla yardım almasını da engeller. Eşi S'nin sabahleyin işe gitmesini fırsat bilen M; komşularından yardım ister ve hastaneye komşuları kendisini hastaneye kaldırır. Ancak almış olduğu ilaçların etkisi sonucu hayatını kaybeder. Olayda yerel mahkeme ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluşmadığından hareketle beraat kararını vermiştir. Yargıtay ise ölüm ile sanığın fiili arasında nedensellik bağının incelenmesi gerektiğinden hareketle kararı bozmuştur. Belirtmek gerekir ki S, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan değil, icrai davranışla nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur[254].

Yargıtay, Eski TCK döneminde verdiği kararlarda gerçekleşen ölüm neticesi ile kamu görevlisinin ihmali arasında nedensellik ilişkisinin olmadığı yönünde karar vermişti[255]

---

252 Görüş hakkında bilgi için bkz. Öntan, s. 856.

253 Özbek, Doğan, Bacaksız, *ÖH*, s. 183 ve 184. Aynı yönde bkz. Öntan, s. 858; Ersoy, s. 107.

254 Y. 1. CD, 01.07.2021, E. 2020/4794, K. 2021/11661. Karar ve aynı yönde değerlendirme için bkz. aktaran Özgenç, *GH*, s. 411, dn. 590; Özgenç, *İhmali Suç*, s. 325, dn. 45.

255 *"Dosyaya, oluşa ve mevcut delillere göre; Sanıkla, ölen Feruzan sekiz senedir evli olup, üç tane çocukları bulunmaktadır, kayınvalidesi ve kayınpederi ile aynı evde oturan Feruzan, bu şahıslarla geçinemediği gibi, Gaziantep'te başka bir kadınla ilişkisinden şüphelendiği sanıkla aralarında da geçimsizlik bulunmaktadır. Zaman zaman kocasının kendisini dövdüğünü ve ayrılmak istediğini babasına anlatmış, ancak babasının boşanmasına razı olmaması nedeniyle uyumsuz yaşantısını sürdürmekte ve bu arada bunalım geçirdikçe Ordu'lu hemşehrisi Hemşire Şükran'a telefon ederek problemlerini anlatmaktadır. Bu durumda bulunan Feruzan'ın; suç tarihinden 3 ay kadar önce kocasının rızasını almadan çocuğunu aldırdığı, sağlığına tam olarak kavuşamaması ve adet görmesi nedeniyle 12.2.1978 günü bulaşıkları yıkamadığı gibi, patates, soğan kabuklarını çöplüğe atmayıp lavaboda bırak-*

İhmali bir davranışla bir başkasının intiharına yardım kapsamında ele alınması gereken tartışmalı hususlardan biri de manevi nitelikte intihara ihmali yardımın mümkün olup olmamasıdır. Örneğin maddi durumu iyi ve kumarda yüklü miktarda para kaybeden oğlunun borcunu ödemediği takdirde intihar edeceğini bilen babanın, imkânı olmasına rağmen ailenin utancı olarak gördüğü oğlunun ölümünü istediğinden parayı ona vermemesi durumunda sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Keza, oğlunun okuluna devam edememesi halinde kendisini öldürme niyetini ortaya koymasına rağmen ekonomik durumu iyi olan babanın, durumunu bilmesine rağmen kendisini öldürmesini istediğinden oğluna gerekli parayı vermemesi durumunda babanın cezai sorumluluğunun tespit edilmesi gerekir. Doktrinde bir görüş; müntehirin talebini yerine getirmeyen kişi, bu konuda hukuki yükümlülük altında değilse sorumlu olmayacağını, hukuki yükümlülüğün bulunması halinde TCK md. 84/f.1 kapsamında intihara yardım etmeden sorumluluğun doğacağını ileri sürmüştür[256]. Başka bir görüş, bu gibi özel durumlarda bu kişinin manevi nitelikteki katkısının intihara teşvik veya intihara kuvvetlendirme kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi manevi unsurun (kastın) mevcut da olmadığını ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, örneğin 16 yaşındaki bir çocuk babasının kendisini evden kovması durumunda intihar edeceğini söyler. Çocuğunun intihar

---

ması nedeniyle çıkan tartışma sırasında sanık tarafından dövülüp, o evde istenmediği söylenmekle birlikte; babasının evine gitmesi için eline 150 lira verilmesi üzerine, dokuz aylık çocuğunu yanına alıp, önce gümrük memuru hemşehrisi M. Ali'nin evine gittiği, kocasının evine geri gönderilmesine rağmen dönmeyip, geceyi aile dostları Faruk ve Necla'nın evinde geçirdikten sonra onların tavsiyeleri uyarınca kocasının yanına döndüğü, ancak sanığın "sen hala burada mısın? Benim sana ihtiyacım kalmadı, ilgileneceğim başka kadınlar var" gibi sözler söylemekle birlikte çıkan tartışma sırasında yine kendisini dövdüğü, ayrı yatakta yatmaya kalkan kocasına gece yarısı sokulup yaptığı barışma teklifinin "Anama orospu dedin" gerekçesiyle reddedilmesi üzerine yeniden bunalıma düşerek bir kutu hap alıp intihara teşebbüs ettiği, ancak sonuç alamadığı, 14.2.1978 günü tanık Şükran'a telefon edip "Kayınvalidesi, kayınpederi ve kocası tarafından eve kapatıldığını babasına haber vermesini" söyledikten sonra, 15.2.1978 günü saat 14.30 sularında odasına kapanarak asmak suretiyle kendisini öldürdüğü anlaşılmıştır...Nedensellik bağlantısı konusunda kanunumuzca kabul edilmiş genel bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk alanında sebep değeri taşıyabilmek için, bir şartın muayyen bir neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olması gerekir. Bir kimse egemenlik ve tasarruf alanının dışında kalan ve bu sebeple tahmini kendisinden beklenemeyen bir neticeden sorumlu tutulamaz. 452. maddenin uygulanması için, failce yapılan hareketin objektif takdire göre uygun ve elverişli sayılması daima aranacaktır. YCGK, 12.05.1980, E. 1980/1-151, K. 1980/206. Karar için bkz. aktaran Öntan, s. 863. *"Olay günü sanığın nöbetçi bulunduğu İlçe Jandarma Bölük Komutanlığına teslim olan E.A.nın aynı gece belindeki kemerle gözaltı odasında kendisini asarak öldürmesi (intihar etmesi) olayı ile görevi savsama olarak nitelendirilen eylemleri arasında nedensellik bağı kurulamayacağı, bu eylemlerin ancak disiplin cezasını gerektirebileceği düşünülüp tartışılmadan, yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."* Y. 4. CD, T. 03.02.1997, E. 1997/94, K. 1997/604. Karar için bkz. aktaran Özgenç, Şahin, s. 233.

256 Tartışma için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, *ÖH*, s. 167 ve 168; Öntan, s. 859.

edebileceğini öngören ve ona bakma yükümlülüğü altında olan babanın, bu davranışıyla çocuğunu intihara teşvik ettiği ya da çocuğunun intihar kararını kuvvetlendirdiği söylemek mümkün değildir. Babanın bu hususta öngörüsü, çocuğunun intiharını istediği anlamına gelmez. Zira bu suç, taksirle veya olası kastla işlenemez. Aksi bir durumun kabulü, bireylerin hareket hürriyetinin aşırı şekilde kısıtlanması anlamına gelir[257].

Sonuç ve Öneriler

İntiharın kendisi suç değilken, kanun koyucu toplumda yol açtığı tehlikeden dolayı intihara yönlendirme başlığı altında azmettirme ve yardım etme kapsamında gerçekleştirilen bazı hareketleri müstakil suç olarak cezalandırma yoluna gitmiştir. Kendine özgü tipiklik yapısı nedeniyle ceza hukuku teorisi bağlamında bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Çalışmada bu sorunlar doktrin ve yargı kararları göz önünde bulundurularak ele alınmış ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1. İntihara yönlendirme suçunun tipikliği kapsamında esasları farklı şeriklik hareketleri (azmettirme ve yardım etme) aynı başlık altında cezalandırılmıştır. Maddede kullanılan kavramların ceza hukuku tekniği açısından şeriklik fiilleri olarak anlaşılması gerekir. Olması gereken intihara azmettirme veya yardım etme fiillerinin ayrı maddeler kapsamında cezalandırılmasıdır. Bununla birlikte mevcut başlığın *intihara azmettirme ve intihara yardım etme* şeklinde değiştirilerek metne daha uygun bir başlık tercih edilebilir. Ayrıca haksızlık içeriği itibariyle her iki fiil farklılık arz ettiğinden farklı cezalar ile yaptırıma bağlanmasını önermekteyiz. Bunun yanında hükmün kapsamında bağımsız suç tipleri olarak düzenlenen intihara alenen teşvik, intihara sevk veya mecbur etme fiillerinin de müstakil maddeler halinde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. Söz konusu maddede suç dahi teşkil etmeyen intihar fiiline azmettirme ve yardım etme hareketleri bağımsız suçlar olarak cezalandırılarak müstakil şeriklik suçları ihdas edilmiştir. Kanun koyucu, bu şekilde, intihar bakımından azmettirme ve yardım etmenin müstakil haksızlık muhteviyatına sahip olduğunu kabul etmiştir. Azmettirmeye teşebbüsün bile cezaya layık olduğunun kabul edilmediği ve buna ilişkin genel bir düzenlemenin olmadığı bir sistemde yardım niteliğindeki hereketlerin de haksızlık teşkil ettiği kabul edilmiştir. Sonuç itibariyle hükmün, "şerikliğe teşebbüs benzeri hüküm" (azmettirme için "azmettirmeye teşebbüs benzeri hüküm" ve yardım etme için "yardım etmeye teşebbüs benzeri hüküm" olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.

257 Öntan, s. 859.

3. Bu suçun oluşması mağdurun intihar etmesi şartına bağlanmamıştır. İntiharın gerçekleşip gerçekleşmemesinin hukuki niteliği cezai sorumluluğu farklı etkilemektedir. Bu konda iki görüş ileri sürülmüştür: İntiharın gerçekleşmesinin suçun unsuru olması veya objektif cezalandırılabilme şartı olması. İntiharın gerçekleşmesinin suçun unsuru veya objektif cezalandırılabilme şartı olması özellikle teşebbüs kurumu bakımından önem arz etmektedir. Mağdur intihara teşebbüs etmesine rağmen, elinde olmayan bir sebep yüzünden ölmezse her iki görüşe göre farklı sonuca ulaşılır. Objektif cezalandırılabilme şartını içeren suçlarda teşebbüsün uygulanamayacağını savunan görüş, ölümün gerçekleşmesi cezalandırılma şartı olduğundan teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını ileri sürerken; ölümü suçun bir netice unsuru olarak kabul eden görüş, faili teşebbüsten dolayı cezalandırmaya engel olmadığını ileri sürmüştür. İntihara teşebbüsün bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmesi intihara şeriklik fiillerinin cezalandırılmasına ilişkin bir hususdur olup tipiklik için daha doğrusu şeriklik hareketlerinin haksızlık içeriği bakımından aranan bir unsur değildir.

İntihara teşebbüs eden kişinin bu teşebbüsünde başarısız olması halinde failin maddenin hangi fıkra hükmünden sorumlu tutulacağı tipiklik kapsamında ortaya çıkan diğer bir sorundur. İntiharın gerçekleşmesi suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul edilmelidir.Ancak intihar olgusunun gerçekleşmemesi, suçun cezasını hafiftleten bir hal olarak kabul edilmesini önermekteyiz. Failin cezasında yapılacak indirimde azmettirme ve yardım etme arasındaki farklılığa dikkat edilmelidir.

4. İntihara alenen teşvikin basın ve yayın yoluyla gerçekleşmesi halinde ceza kanundaki hükmün (md. 84/f.3) tipikliği mi Bas.K'daki hükmün (md. 20) tipikliği mi oluşacaktır? Bu konuda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürüldiğini görmekteyiz. Kanaatimizce yazının haber, ilmi veya edebi nitelikte olup olmadığı ölçütüne göre hareket etmek daha isabetli görünmektedir. Meselenin hukuka uygunluk nedenlerinden haber verme hakkı çerçevesinde mütalaa edilmesi ve böyle olayların haber konusu yapılmasında daha özenli davranılması gerekir. Bir intihar olayı haber konusu yapılırken intiharı özendirici bir amaçla hareket edilmişse haber verme hakkının sınırları aşılmış demektir. Bu durumda TCK md. 84/f.3'ten hareketle basın mensubunun sorumluluğu cihetine gidilebilir. Ancak yazı gerek içerik gerekse üslup itibariyle özendirici nitelikteyse Bas.K md. 20 uygulanır. Bununla birlikte Bas.K. md. 23'de geçen cinsel saldırı, cinayet veya intihara ilişkin olaylara alenen teşvik varsa failin belirliliği durumuna göre başkas suç tiplerinin (kasten öldürmeye azmettirme, cinsle saldırı, suç işlemeye tahrik gibi) değerlendirilmesi mümkündür.

İntihara alenen teşvik sonucu bir kimsenin veya birilerinin intihar etmesi durumunda sorumluluğun nasıl tespit edileceği hususu da doktrinde tartışılmıştır. Kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, intihara alenen teşvik olaylarında intihar veya intihar teşebbüsünden azmettireni sorumlu tutan bir hükmün buraya eklenmesi gerekir. TCK md. 214/f.3 şeklinde bir hükmün burada düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5. Suçun tipikliği kapsamında intihara ihmal suretiyle yardım etme hareketinin de cezalandırıldığı kabul edilmektedir. Hükümde bu durum, başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde bu mesele, kanunun intihara yönlendirme, ihmali davranışla kasten öldürme ve yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçları bağlamında mütalaa edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu suçta ihmal, sadece intihara yardım etme bakımından gündeme gelebilir. Zira intihara azmettirmenin ihmal suretiyle işlenmesi mümkün görünmemektedir. İhmal suretiyle intihara yardım suçu bakımından kimlerin hukuken yükümlü olduğu konusunda TCK md. 83'ün esas alınması gerekir. Bu durumda, intiharı önleme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden ya da ön gelen tehlikeli bir davranıştan doğabilir. Dolayısıyla yükümlülüğün kasten ihmal edilmesi durumunda ihmali olarak intihara yardım suçu oluşur. Hukuki yükümlülüğün olmaması halinde serbest bir iradeyle verilen intihar kararının engellenmemesi intihara yardım suçunu oluşturmaz. Bu durumda TCK md. 98'deki suçun şartlarını incelemek gerekir. İntihar kararının serbest iradeye dayanmaması halinde iradi bir intihar kararının olmaması nedeniyle TCK md. 83'teki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Kanaatimizce gerekçedeki açıklamalara uygun bir formülasyonla intihara ihmali yardım etmenin kanun metninde açıkça düzenlenmesi gerekir. Gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin TCK md. 83'teki esasların intihara ihmali yardım etme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün olmakla birlikte, intiharı engelleme noktasında failin hukuki yükümlülüğünün olması gerektiği açıkça ifade edilmelidir. Ayrıca hâkime bu hususta indirim yapma konusunda takdir yetkisinin verilmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Akbulut, Berrin, "Bağlılık Kuralı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, 2010, ss. 167-212.
- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Ambos, Kai; Bock, Stefanie, "Germany", Ed. Reed Alan, Bohlander Michael, *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)*, Routledge, London and New York, 2013, ss. 323-339.
- Artuk, Mehmet Emin, "İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı)*, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, ss. 113-142.
- Artuk, Mehmet Emin, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1-3, 1994, ss. 7-60.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökcen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Beccaria, Cesare (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 4. Bası, İmge Yayınları, Ankara, 2014.
- Bloy, Rene, "Zur 'Ernslichkeit' des Versuchs einer Anstiftung zum Mord (Anmerkung-BGH, 10.6.1998-3 StR 113/98)", *JZ*, Cilt 54, Sayı 3, 1999, ss. 156-159.
- Bohlander, Michael, *Principles of German Criminal Law*, (Studies in International and Comparative Criminal Law: V. 2) Oregon, Oxford and Portland, 2009.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt 1, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- Çelen, Ömer, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (Genel Kısım)*, Cilt 2, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.
- Erem, Faruk, "Ceza Hukukunda İntihar", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 16, Sayı 4, 1990, ss. 490-502.
- Erem, Faruk; Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Erman, Sahir; Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- Ersoy, Uğur, "İntihara Yönlendirme Suçu", *T*ürkiye *Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Cilt 31, Sayı 136, ss. 75-140.
- Filó, Mihály, "Die Dtrafbarkeit der Suizidteilnahme nach ungarischem Strafrecht", *ZStW*, Heft 4/117, 2005, ss. 178-191.
- Fischer, Anne Christin, *Straflose Mitwirkung am Suizid oder Strafbare Fremdtötung?*, Verlag, Dr. Kovac, Hamburg, 2011.

- Fischer, Thomas, *Kommentar Strafgesetzbuch*, 66. Bası, C. H. Beck, München, 2019.
- Friedhoff, Tobias, "Das Opfer als Werkzeug gegen sich selbst, die Giftfallen Entscheidung und der Sirius-Fall", Ed. Krisztina Karsai, *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und in Deutschland: Beiträge zur Strafrechtsvergleichung*, Pólay Elemér Alapítvány, 2008, ss. 159-178.
- Geppert, Klaus, "Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs.1 StGB)", *JURA/Heft 10*, 1997, ss. 546-553.
- Gerçeker, Hasan, *Uygulamalı-Yorumlu Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2 (Madde 82-148), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Günther, Andreas M., "Täterschaft und Teilnahme im südafrikanischen Recht (Eine rechtsvergleichende Studie unter besondere Berücksichtigung der common purpose rule)", Ed. Albin Eser, *Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institutfür auslandisches und internationales Strafrecht Freiburg,* Cilt S98, Iuscri Bası, Freiburg im Breisgau, 2003.
- Hafızoğulları, Zeki; Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)*, 3. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Bası, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- Herzberg, Rolf Dietrich, "StrafbareTötung oder straflose Mitwirkung am Suizid", *ZIS/7*, 2016.
- Hilgendorf, Eric; Valerius, Brian, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 2. Bası, C. H.. Beck, München, 2015.
- Hirsch, Hans Joachim, *Strafrechtliche Probleme*, Band II, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- İçer, Zafer, "İntihara Yönlendirme Suçu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2020, ss. 295-347.
- Jeager, Ernst, *Die Beteiligung am Selbstmord (ein Beitrag zur strafrechtlichen Problematik unter besonderer Berücksichtigung kriminologischer Erkenntnisse an Hand von 508 Todesermittlungsakten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel aus den Jahren 1958-1961)*, Inagural- Dissertation, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, München 1966.
- Keçelioğlu , Elvan, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65, 2006, ss. 73-88.
- Keiler, Johannes, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law*, Intersentia, United Kingdom, 2013.
- Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 8. Bası, Nomos, Bonn, 2017.
- Klesczewski, Diethelm, *Strafrecht Besonderer Teil (Lehrbuch zum Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland)*, Mohr sibeck, Tübingen, 2016.
- Koca, Mahmut, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK md. 84)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 12, Nisan 2010, ss. 19-40.
- Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

- Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku* Özel Hükümler, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Koch, Arnd; Wirth, Katrin, "Grundfälle zur Anstiftung", *JuS*, 2010, ss. 203-209.
- Krack, Ralf, "Teilnahme am Suizid und Tötung auf Verlangen", *KJ-Vierteljahresschrift für Recht und Politik*, Cilt 28, Sayı 1, 1995, ss. 60-76.
- Kretzschmar, Lutz, *Die verscuhte Teilnahme im Geltenden und zukünftigen Recht*, Dissertation, Giessen JustusLiebig-Universität, 1975.
- Kühl, Kristian, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS/Heft 12*, 1979, ss. 874-877.
- Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Baskı, Frans Vahlen, München, 2017.
- Küpper, Georg, *Strafrecht Besonderer Teil I (Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft)*, 3. Bası, Springer, Berlin und Heidelberg, 2007.
- Letzgus, Klaus, *Vorstufen der Beteiligung: Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Duncker, Humblot, Berlin, 1972.
- Majno, Luigi, *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, Cilt 3, Yargıtay Yayınları No: 8, Ankara, 1980.
- Olgun, Eser, "Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013 (Özel Sayı), ss. 1631-1666.
- Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Öntan, Yaprak, "İntihara Yönlendirme Suçları", *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Cilt 2, Ankara, 2015, ss. 845-898.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Meraklı, Serkan; Bacaksız, Pınar; Başbüyük, İsa, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınclık, Ankara, 2023.
- Özen, Muharrem; Ekici-Şahin, Meral, "Ötenazi", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 68, Sayı 4, 2010, ss. 15-36.
- Özen, Mustafa, "İntihara Yönlendirme Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 6, Sayı 16, 2011, ss. 75-140.
- Özgenç, İzzet, "İhmali Suç Teorisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, ss. 303-378.
- Özgenç, İzzet, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç, İzzet; Şahin, Cumhur, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2002, ss. 189-236.
- Özkan, Halid, *Ceza Hukukunda Azmettirme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Rengier, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Bası, C. H. Beck, München, 2019.
- Reyes, Yesid, "Beteiligung am Suizid", *ZIS,* 10/2017, ss. 612-620.
- Roxin, Claus, "Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB)", *JA/Heft 4*, 1979, ss. 169-175.

- Rumpf, Christian, *Einführung in das Türkische Recht*, C. H. Beck, München, 2004.
- Saan, Ruth Rissing-van, "Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung", *Leipziger Kommentar StGB (Besonderer Teil Sechzehnter Abschnitt Straftaten gegen das Leben)*, 12. Bası, Cilt 7-1, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, Berlin, 2019.
- Saan, Ruth Rissing-Van; Zimmermann, Georg, "Totschlag", *Leipziger Kommentar StGB (Besonderer Teil Sechzehnter Abschnitt Straftaten gegen das Leben)*, Cilt 7-1, 12. Bası, De Gruyter, Berlin, 2019.
- Sax, Walter, "Zur Problematik des Teilnehmerdelikts", *ZStW/90*, 1978, s. 927-964.
- Sınar, Hasan, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 6, Sayı 15, Nisan 2011, s. 59-86.
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (Madde 1-Madde 140)*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Taştemür, Eda, "Birlikte İntihar Olaylarında Hayatta Kalanın Cezai Sorumluluğuna İlişkin Karar Değerlendirmesi: YCGK, 2016/1323 E. 2021/314 K. 29.6.2021", *Karar İncelemeleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2022, ss. 213-234.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Thalheimer, Karol, *Die Vorfeldstrafbarkeit nach § 30, 31 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- Tokdemir, Sercan, "Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım, Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak "Onarıcı Adalet" Mekanizması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1-2, 2017, ss. 75-114.
- Tokdemir, Sercan, "Honor Crimes in Turkey, Rethinking Honour Killings and Reconstructing The Communıty Using Restorative Justice System", *L&JR*, Cilt 4, Sayı 2, 2013, ss. 257-275.
- Tokdemir, Sercan, *Akim Kalmış Azmettirme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Toroslu, Haluk, "Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar Bakımından 'Tahrik' Kavramı", *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Cilt 2, Ankara, 2015, ss. 1201-1231.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 5. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- Tulay, M. Emre, "Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 814-837.
- Türay, Aras, "İhmal suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Özel Sayı, 2020, ss. 115-154.
- Ünver, Yener, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi", Derleyen: Nur Centel, *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No: 1*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 27-69.
- Wessels, Johannes; Hettinger, Michael; Engländer Armin, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 42. Bası, C. F. Müller, Heidelberg, 2018.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (md. 1-44),* Cilt 1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Yaşar, Yusuf; Turan, Işıl: "Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötenazi İlişkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2013, ss. 39-72.
- Yıldız, Cengiz, "İntihar Bir Töre Cinayeti mi?", *Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu*, 26-27 Eylül, Diyarbakır 2003.
- Yurtlu, Fatih, İhmali Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Yargı Kararları

- YCGK, 12.05.1980, E. 1980/1-151, K. 1980/206.
- YCGK, 29.01.1951, E. 1950/261, K. 1950/17.
- YCGK, 29.06.2021, E. 2016/1323, K.2021/314.
- Y. 1. CD, 01.07.2021, E. 2020/4794, K. 2021/11661.
- Y. 1. CD, 14.06.1995, E. 1995/1561, K. 1995/1780.
- Y. 1. CD, 25.10.2018, E. 2018/2727, K. 2018/4383.
- Y. 1. CD, 04.03.2014, E. 2014/282, K. 2014/1248.
- Y. 1. CD. 14.06.1995, E. 1995/1561, K. 1995/1780.
- Y. 4. CD, 03.02.1997, E. 1997/94, K. 1997/604.
- Y. 1. CD 20.01.2020, E. 2019/3668, K. 2020/166.
- Y. 1. CD, 01.07.2019, E. 2019/1771, K. 2019/3470.
- Y. 1. CD, 13.11.2013, 2011/7369, 2013/6272.
- Y. 1. CD, 13.05.2015, E. 2014/2844, K. 2015/3135.
- Y. 1. CD, 14.02.2018, E. 2016/5669, K. 2018/547.
- Y. 1. CD, 17.12.2014, E. 2013/4833, K. 2014/6311.
- Y. 1. CD, 19.09.2017, E. 2016/2885, K. 2017/2798.
- Y. 1. CD, 02.07.2015, E. 2014/3770, K. 2015/4273.
- Y. 1. CD, 20.12.2006, E. 2005/4833, K. 2006/5870.
- Y. 1. CD, 22.01.2020, E. 2019/1885, K. 2020/232.
- Y. 1. CD, 23.01.2012, E. 2010/2015, K. 2012/218.
- Y. 1. CD, 26.12.2012, E. 2012/4945, K. 2012/9970.
- Y. 1. CD, 03.05.2012, E. 2009/6614, K. 2012/3501.
- Y. 1. CD, 04.12.2013, E. 2013/4118, K. 2013/7481.
- Y.1. CD, 11.04.2013, E.2010/6485, K. 2013/3121.
- Y. 9. CD, 08.09.2014, E. 2013/8838, K. 2014/1404.
- Bursa BAM, 7. CD, 22.05.2019, E. 2018/1706, K. 2018/1227.
- İstanbul BAM 1. CD, 15.01.2018, E. 2017/142, K. 2018/5.
- İstanbul BAM, 20. CD, 06.04.2017, E. 2017,/12, K. 2017/777.
- BGH Urteil vom 7. Oktober 2010, 3 StR 168/10.
- BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020- 2 BvR 2347/15.
- Gift-Fall [BGHSt 43, 177 (180)], BGH, Urteil vom 12. August 1997 – 1 StR 234/97.

- Gisela-Fall (BGHSt 19, 135), BGH, Urteil vom 14. August 1963 – 2 StR 181/63.
- Sirius-Fall (BGHSt, 32, 38), BGH, Urteil vom 5. Juli 1983,-1 StR 168/83.
- Pretty v. The United Kingdom, App. No, 2346/02, 29.07.2002.

Kanunlar

- Basın Kanunu, Kanun Num 5187, Kabul Tarihi 09.06.2004, RG. 26.06.2004-25504 (Bas.K). Deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBI I S 3322]. Hungarian Act C of 2012 on the Criminal Code.
- İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadelesi Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Num 5651, Kabul Tarihi 04.05.2007, RG. 23.05.2007-26530.
- Terörle Mücadale Kanunu, Kanun Num 3713, Kabul Tarihi 12.04.1991, RG. 12.04.1991-20843.
- The United Kingdom, Suicide Act, Kanun Numarası, c. 60, Kabul Tarihi, 03.08.1961.
- Türk Ceza Kanunu, Kanun Num 5237, Kabul Tarihi 26.09.2004, RG. 12.10.2004-25611 (TCK).
- Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Num 5377, Kabul Tarihi 29.06.2005, RG. 08.07.2005-25869 (5377 sayılı Kanun).

Elektronik Kaynaklar

- Avusturya Ceza Kanunu, https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/78 (15.03.2024).
- BGH Urteil vom 7. Oktober. 2010, 3 StR 168/10, https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=54702 (02.05.2024).
- BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020- 2 BvR 2347/15, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html (09.02.2024).
- Gisela-Fall, http://marxen.rewi.hu-berlin.de/doc/seminar/entscheidung_2019_05_21.pdf (23.05.2024).
- İntihara yönlendirme, https://izzetozgenc.com/makale/intihara-yonlendirme-sucu-ile-ilgili-yargitay-1-ceza-dairesinin-bir-karari-uzerine-degerlendirmeler- (18.01.2024).
- İsviçre Ceza Kanunu, https://www.legal-tools.org/doc/8204e0/pdf/ (16.03.2024).
- LG Berlin I zu Grenzen der Sterbehilfe, Arzt wegen Totschlags zu drei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, Legal Tribune Online, 08.04.2024, https://www.lto.de/persistent/a_id/54274/ (14.04.2024).
- Macar Ceza Kanunu, https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2012/en/78046 (09.05.2024).
- Reyes, Yesid, Beteiligung am Suizid, https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_10_1151.pdf (26.02.2024).
- Türk Dil Kurumu, *Aleniyet*, https://sozluk.gov.tr/ (06.03.2024).
- Türk Dil Kurumu, *İntihar*, https://sozluk.gov.tr/ ve https://www.etimolojiturkce.com/arama/intihar (29.02.2024).

• Türk Dil Kurumu, *Sevk etmek,* https://sozluk.gov.tr/ (07.03.2024).
• Türk Dil Kurumu, *Mecbur etmek*, https://sozluk.gov.tr/ (07.03.2024).
• Türk Dil Kurumu, *Teşvik etmek,* https://sozluk.gov.tr/ (06.03.2024).
• Türk Dil Kurumu, *Yönlendirmek*, https://sozluk.gov.tr/ (11.12.2023).

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

CMK md. 102'deki Tutukluluk Süresine İlişkin Değerlendirme*

Evaluation on the Detention Period in CMK Article 102

Bahadır Ozan YAŞAR**

ÖZ

Kişi özgürlüğüne müdahale olarak tutuklama, makul süre içerisinde son bulmak bir başka ifade ile geçici olmak zorundadır. Kanun koyucu bu bağlamda, tutukluluk hali için azami nitelikte süreler öngörmüştür. İfade etmek gerekir ki tutukluluk için aranan koşullar somut olayda bulunmadığı takdirde bu süreler boyunca kişinin özgürlüğüne müdahale edilmesi mümkün değildir. Azami süre dolmamış olsa dahi makul süreyi aşan tutukluluk hali insan hakkı ihlalidir. Çalışmamız, soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek sürelere ilişkin hükmü incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Kişi özgürlüğü, koruma tedbiri, tutuklama, soruşturma evresi, azami süre, makul süre.

ABSTRACT

Arrest as an interference with personal freedom must be terminated within a reasonable time, in other words, it must be temporary. In this context, the legislator has envisaged maximum periods of detention. It should be stated that if the conditions sought for detention are not present in the concrete case, it is not possible to interfere with the freedom of the person during these periods. Even if the maximum period has not expired, detention exceeding a reasonable time is a violation of human rights. Our study examines the provision regarding the periods of detention during the investigation phase.

Keywords: Freedom of the person, precautionary measure, arrest, investigation phase, maximum time, reasonable time.

* Makale gönderim tarihi: 27.04.2023. Makale kabul tarihi: 04.11.2024. Bahadır Ozan Yaşar, "CMK md. 102'deki Tutukluluk Süresine İlişkin Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 395-412, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.10

** Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 0000-0002-2551-5989, bahadir.yasar@std.medipol.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

Giriş

Maddi gerçeğe ulaşma gayesi ile yükümlendirilmiş ceza muhakemesi, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sıklıkla karşılaşıldığı muhakeme dalıdır. Bu muhakeme dalının temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken kullandığı araçlardan biri koruma tedbirleridir. Koruma tedbirleri, henüz kesin hüküm verilmediği halde kişinin bir ve / veya birkaç temel hak ve özgürlüğüne belirli bir amaç doğrultusunda, geçici ve hâkim veya mahkeme kararı ile müdahale etme niteliğini haiz araçlardır.

Koruma tedbirlerinden biri olan tutuklama, temel hak ve özgürlüklere en ağır müdahaleyi içerisinde barındıran tedbir olarak anılmaktadır. Nitekim kişi, tutuklanması itibarıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır.

Kanun koyucu tutuklamayı ancak istisnai hallerde başvurulabilen bir koruma tedbiri iradesi ile düzenlemiştir. İşin önemi ile verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri arasında ölçülülük ilkesi bağlamında yapılacak değerlendirme sonucunda tutuklamanın ölçüsüz olacağı kanaatine varılırsa veya sadece adli para cezası gerektiren ya da üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilememesi bu iradenin görünümlerindendir. Bunun yanında tutuklama koşullarının varlığı tespit edildiği takdirde kişinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilmesi de bahse konu istisnai niteliğe hizmet eder niteliktedir.

Kişi özgürlüğüne ilişkin mevzuat ile özgürlüğün esas olduğu ve bu özgürlüğe müdahalenin ancak sınırlı sayıda düzenlenmiş hallerde mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine aynı düzenlemelerde, kişinin özgürlüğüne müdahale edilmesi itibarıyla birtakım haklara sahip olduğu belirtilmiştir. Bu haklardan birisi kişinin makul sürede serbest bırakılmayı talep etmesidir. Kişi özgürlüğüne tutuklama koruma tedbiri ile müdahale, somut her olay bakımından tespit edilecek makul süre içerisinde ölçülüdür. Bu itibarla, CMK md. 102'de, bir yandan kişinin özgürlüğünü güvence altına alma amacına matuf olarak diğer yandan makul süre kavramının sonucu olarak tutuklulukta geçecek sürelere ilişkin azami sınırlar belirlenmiştir.

Tutuklama ile aynı nedenlere bağlı olarak uygulanması mümkün olan adli kontrol koruma tedbiri de kişi özgürlüğüne müdahale eder niteliktedir. Bu müdahale hakkında 2021-7331 sayılı Kanun md. 17 ile CMK'ya *"Adli kontrol altında geçecek süre"* başlıklı yeni bir hüküm eklenmiştir. Bu hüküm de tutuklulukta geçecek süre düzenlemesi ile aynı amaçlara matuf ve makul süre kavramı ile ilişkilidir. Kanaatimizce, ilgili düzenleme kişi özgürlüğü bağlamında değerlendirildiğinde olumlu bir gelişme ise de eksik niteliktedir.

Ceza muhakemesinin soruşturma evresinde suç işlediği iddia olunan kişi veya kişiler hakkında Cumhuriyet savcılığı tarafından araştırma faaliyeti yapılmaktadır. Bu evre bakımından araştırma faaliyetinin ölçüsü yeterli şüphedir. CMK md. 170/2'de araştırma faaliyeti sonucunda yeterli şüpheye ulaşılırsa Cumhuriyet savcılığı tarafından iddianame düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu, araştırma faaliyetinin uzun sürmesi veya iddianame hazırlanması sürecinin sürüncemede kalması hallerinde kişinin tutukluluk halinin devam etmesinin özgürlüğe ölçüsüz müdahale niteliğinde olabileceğini öngörmüş olacak ki 2019-7188 sayılı Kanun md. 18. ile CMK md. 102'ye eklediği fıkrada soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek süreleri ayrıca düzenlemiştir.

Bu çalışmanın amacı, soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek sürelere ilişkin hükmü değerlendirmektir. Anlatım düzeni olarak ilk ayrımda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve tutuklama genel olarak anlatılmıştır. İkinci ayrımda, tutuklukta geçecek sürelere ilişkin düzenleme ve yargı kararlarında makul süre kavramı hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Çalışmamız, soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek sürelere ilişkin düzenlemenin adli kontrol altında geçecek sürelere ilişkin düzenlemeye sirayet ettirilmesine ilişkin görüşümüz ile tamamlanmıştır.

I. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Müdahale Olarak Tutuklama

A. Genel Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, kişinin özgürlüğünü bir başka ifade ile kişinin bağımsız hareket edebilmesini garanti altına alması sebebiyle diğer temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak nitelendirilmesi mümkün olan bir haktır[1]. Bu hakkın, diğer hakların güvencesi olma özelliği diğer haklardan yararlanmak isteyen kişinin, özgürlüğünün sınırlanmamış olması gerekliliğine dayanmaktadır[2]. Kişi özgürlüğü, kişinin fiziki olarak hareket edebilme, bir yerden bir başka yere serbestçe geçebilme imkanının varlığı olarak tanımlanmaktadır[3]. Kişi güvenliği ise kişilerin özgürlüğüne yönelik keyfi müdahalelere karşı özgürlüğünün korunmasıdır[4]. Genel olarak, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, *"kişinin keyfi olarak yakalanıp, gözaltında tutularak, zorla bir yere getirilerek, tutuklanarak, cezalandırılarak, hareket serbestisinin kısıtlanıp, istediği yere gi-*

1 Bahar Konuk-Sommer, *Bir Temel Hak Garantisi Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 2.

2 Cansu Büşra Kartal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2013, s. 64.

3 Onur Şahinkaya, *Önleyici Yakalama ve Durdurma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 6.

4 İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, 2005, ss. 163-188.

dip gelebilme, dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılamamasını ve bunun güvencesi altında yaşamını sürdürmesi ve geliştirmesini ifade etmektedir"[5]

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (*"İHAS"*) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* başlığını taşıyan md. 5 hükmü ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını koruma altına almıştır[6]. Ayrıca bu hak, 1982 Anayasası (*"ANY"*) *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* başlıklı md. 19'da düzenlenmiştir[7]. İHAS md. 5 ve ANY md. 19 hükümleri, kişi

5 Serap Keskin-Kiziroğlu, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 60, Sayı 1-2, 2011, s. 49.

6 "(1) Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; (2) Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur. (3) İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. (4) Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. (5) Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

7 "(1) Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: (2) Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. (3) Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. (4) Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir. (5) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde

özgürlüğü ve güvenliği hakkını, herkesin bu hakka sahip olduğu özü ile koruma altına almıştır[8]. Bir başka ifade ile ilgili düzenlemeler, *"özgürlük karinesi"* esası üzerine kuruludur[9]. İHAS md. 5 ve ANY md. 19, bir yandan esas olanın özgürlük olduğunu düzenlerken diğer bir yandan özgürlüğe ilişkin sınırlama sebepleri öngörmüştür (İHAS md. 5/1-a, b, c, d, e, f ve ANY md. 19/2, 3). Bu itibarla, İHAS md. 5 ve ANY md. 19'un, hukuk devleti ilkesi[10] ışığında, amacı, kişinin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılmasına engel olmaktır[11]. Bu amaca aykırı olarak bir başka ifade ile mevzuatın tanımlamadığı bir sebep gözetilerek kişinin özgürlüğüne müdahale edilmesi İHAS md. 5 ve ANY md. 19'un ihlali anlamına gelecektir.

B. Genel Olarak Tutuklama

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin rejimin en sıklıkla karşılaşıldığı muhakeme dalı ceza muhakemesidir[12]. Ceza muhakemesi, temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi, koruma tedbiri adı verilen araçlar ile gerçekleştirmektedir[13]. Temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda ancak *"kanunda yer verilmiş olan"* koruma tedbirlerine başvurulabilir[14]. Kanuni dayanağı bulunan koruma tedbirlerinin ilgili temel hak ve özgürlüğe müdahale

---

hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir. (6) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. (7) Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir. (8) Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı mercine başvurma hakkına sahiptir. (9) Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

8 Nil Karabağ-Bulut, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 2, 2020, s. 520.

9 Konuk-Sommer, s. 82.

10 "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasalarla ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." Mehmet Akad, "Hukuk ve Devlet", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2014, s. 17.

11 Mustafa Ruhan Erdem, "Olağanüstü Hallerde Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Sınırlandırılması", Ed. İzzet Özgenç, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Seçkin, Ankara, 2022, s. 421.

12 Serdar Talas, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasına Yönelik Koruma Tedbirleri", Ed. İzzet Özgenç, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Seçkin, Ankara, 2022, s. 195.

13 Yargıtay CGK, T. 01/03/2022, E. 2020/31, K. 2022/140.

14 Kahan Onur Arslan, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 28, Sayı 120, 2015, s. 162.

ettiği anda hukuka uygun olması da *"gecikmede tehlike, haklı görünüş ve ölçülülük"* koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır[15].

Koruma tedbirleri içerisinde *"en ağırı"* olarak nitelendirilen tutuklama[16], henüz kesin hüküm kurulmadığı halde kişi özgürlüğüne soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme kararı ile müdahale edilmesidir[17]. Bir başka ifade ile tutuklama, kuvvetli suç şüphesini üzerinde bulunduran şüphelinin veya sanığın, kesin hükmün varlığı olmaksızın hâkim veya mahkeme kararıyla tutukevi olarak adlandırılan yere geçici olarak konulmasıdır[18].

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (*"CMK"*) md. 100 vd. hükümleri tutuklama kararı verilebilmesi için gerekli koşulları: kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların, bir tutuklama nedeninin varlığının, hâkim veya mahkeme kararının mevcudiyeti ve ölçülülük ilkesine uygunluk olarak belirtmek mümkündür[19].

CMK md. 100'de belirtilen koşulların varlığı söz konusu olmamasına rağmen kişinin tutuklanması ya da bu koşuların ortadan kalkması halinde kişinin tutukluluk halinin devam etmesi, tutuklamanın *"öne alınmış bir ceza olması"* sonucuna yol açar[20].

---

15 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 331 vd., (Ceza Muhakemesi).

16 Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 332.

17 Ayşe Nuhoğlu, "Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, 2009, s. 175.

18 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınları, Eylül, 2022, s. 402; Z. Özen İnci, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 23; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Nisan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 294.

19 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, "Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 125-126, 2015, s. 10 vd.; CMK, "Tutuklama nedenleri" başlıklı md. 100'de tutuklama hakkında bir tanım vermemekle birlikte 1. fıkranın 1. cümlesi tutuklama kararı verilebilecek hali düzenlemiştir: "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir." Aynı fıkranın 2. cümlesinde: "İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." denilmek suretiyle "ölçülülük ilkesine" vurgu yapılmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında "tutuklama nedeninin var sayılabileceği" haller: "Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir: a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa. b) Şüpheli veya sanığın davranışları; 1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa." olarak belirtilmiştir. 3. fıkrada ise katalog olarak sayılan suçların işlendiği hususunda "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeninin var sayılabileceği" hüküm altına alınmıştır.

20 Bahri Öztürk, Behiye Eker-Kazancı, Sesim Soyer-Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 91.

II. Tutuklulukta Geçecek Süre

A. Genel Olarak

Bir koruma tedbiri olarak tutuklama, ceza muhakemesinin amacına ulaşmak için bir araç niteliğinde olduğundan geçici olmak zorundadır[21]. Koruma tedbirlerinin bu özelliği dolayısıyla Kanun koyucu CMK md. 102'de tutuklulukta geçecek süreler için azami sınırlar belirlemiştir[22, 23].

2019-7188 sayılı Kanun md. 18 ile değişen CMK md. 102, tutuklulukta geçecek süreleri ayrım yapmak suretiyle düzenlemiştir. Bu ayrımı: i. ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler ve ii. ağır ceza mahkemesinin görevi girse dahi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (*"TCK"*) İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (*"Devlete karşı suçlar"*) ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (*"TMK"*) kapsamına giren suçlar, olarak belirtmek mümkündür.

Hüküm itibarıyla, tutukluluk süresi; ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde her halde bir yıl altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde her halde beş yılı[24], Devlete karşı suçlar ile TMK kapsamına giren suçlarda ise her halde yedi yılı geçemeyecektir.

CMK md. 102 anlamında tutukluluk için öngörülen süreler azami niteliktedir[25]. Bu sürelerin düzenlenmiş olmasının gerekçesi, tutuklamanın koruma

---

21 Gözde İbicioğlu, *Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 110.

22 Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 386.

23 CMK md. 102: "(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez. (3) Bu maddede öngörülen uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafiinin görüşleri alındıktan sonra verilir. (4) Soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadale Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.".

24 Ayrıca bkz. "Ağır cezalık suçlardaki bu beş yıllık üst süre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinde gösterilen makul süreyi aşar nitelikte olduğu için maddeyi maksada uygun bir şekilde yorumlamalı ve "sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçemeyeceği" anlamı maddeye vermeye çalışmalıdır." Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, s. 401.

25 Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s. 639.

tedbiri niteliği taşımasıdır[26]. Tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelendirilmiş kanuni bir neden mevcut olmadığı takdirde ilgili süreler boyunca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün değildir[27]. Tutukluluk muhakemesine konu olan somut olayda tutukluluk için öngörülen azami süre dolmamış olmasına rağmen koruma tedbirinin uygulanması *"geçici olma"* niteliğini kaybetmiş olma ihtimali mevcuttur[28]. Somut her olay bakımından tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığı değerlendirilip öyle karar verilmelidir[29].

Uygulama bakımından ortaya çıkan temel sorunlardan biri kişi hakkında hüküm verilmesinden itibaren tutuklulukta geçen sürenin CMK md. 102'de düzenlenmiş bulunan sürelere dahil olup olmayacağına ilişkindir. Nitekim *"Hükmen tutuklu"*[30] olarak anılan kişinin tutukluğu bir mahkeme hükmüne dayanmaktadır[31].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 12.04.2011 tarihinde verilen karar[32] ile kişi hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması itibarıyla üzerine atılı bulunan suç sabit görüldüğünden ve bu aşama itibarıyla tutukluluk halinin dayanağı mahkûmiyet hükmü olduğundan temyizde geçen sürenin CMK md. 102 anlamındaki sürelere dahil edilmeyeceği ifade edilmiştir[33].

CMK md. 2 hükmüne göre "kovuşturma", *"İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi"* ifade etmektedir. Bu hali ile CMK md. 102'de derece mahkemeleri bir başka ifade ile ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesi bakımından bir ayrım öngörülmemiştir. Derece mahkemeleri bakımından bir ayrım Kanun'da öngörülmediğinden CMK md. 102'de düzenlenmiş bulunan süreleri hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre olarak anlamak gerekir[34].

B. Soruşturma Evresinde Tutuklulukta Geçecek Süre

CMK, *"Tanımlar"* başlıklı md. 2 hükmüne göre soruşturma, *"Kanuna göre yet-*

26 Bahri Öztürk ve Diğerleri, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 514.

27 Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 327.

28 Centel, Zafer, s. 416.

29 Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, s. 402.

30 Erhan Günay, *Türk İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 47.

31 Abdullah Batuhan Baytaz, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2018, s. 135.

32 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/1-51, K. 2011/42.

33 Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 17/11/2014, Başvuru No: 2014/243 (Cüneyt Görür Başvurusu).

34 Baytaz, s. 143; İnci, s. 165.

kili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi"; kovuşturma ise *"İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi"* ifade etmektedir. Doktrinde tartışmalı olmakla beraber CMK, iki evreli ceza muhakemesi sistemini benimsemiştir[35].

Genel olarak soruşturma evresi, bir suçun işlendiği izlenimini veren halin ortaya çıkması ve bu halin ihbar, şikâyet veya re'sen Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesi ile (CMK md. 160/1) *"kamu davası açılmasına gerek olup olmadığının"* araştırılmasıdır[36]. Söz konusu araştırma faaliyeti çerçevesinde koşulları oluştuğu takdirde koruma tedbirlerinden biri veya birkaçına başvurmak mümkündür. Ancak her halde koruma tedbirine başvurulmasında ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir[37].

Soruşturma evresinde şüpheli sıfatı ile anılan kişi hakkında tutuklama kararı verildiği takdirde CMK, *"Tutukluluğun incelenmesi"* başlıklı md. 108/1: *"Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir."* hükmü gereğince en geç otuzar günlük periyotlar içerisinde kişinin tutukluluk hali incelenmelidir. Sulh ceza hâkimi, tutuklamanın başladığı andan incelemenin yapıldığı ana kadar geçen süre içerisinde CMK md. 100'de belirtilen koşullarının varlığı üzerine bir inceleme yapacaktır[38]. Diğer yandan CMK, *"Cumhuriyet savcısının tutuklama kararının geri alınmasını isteme"* başlıklı md. 103/2 gereğince Cumhuriyet savcısı, tutuklama veya adli kontrolün artık gereksiz olduğu düşüncesinde ise şüpheliyi re'sen serbest bırakma yetkisine sahiptir.

Uygulamada gelinen aşama itibarıyla, tutukluluk halinin incelenmesine ilişkin mercii kararlarında tutuklamaya ilişkin gerekçeleri araştırma ve bu gerekçeler yoksa dahi kişinin tutuklunun halini sonlandırma veya adli kontrol yükümlülüklerine tabi kılma eğilimi olmadığı tespit edilmiştir[39]. Kanun koyucu, hakkında henüz iddianame düzenlenmemiş olduğu halde uzun süre tutuklu kalan

35 Muratcan Gökdemir, *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Soruşturma Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 115 vd.

36 Öztürk ve Diğerleri, s. 669.

37 Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç, s. 29.

38 Centel, Zafer, s. 425.

39 Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2011, s. 26 vd.; Osman Şirin, "Türkiye'de Tutuklama Uygulamaları ve Tutuklamada Savunmanın Rolü", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 125-126, 2015, s. 148; Yakup Levent Korkut, "Türkiye'de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 96 vd.

kişilerin özgürlüğünü güvence altına alma; soruşturma evresinde tutuklama tedbirinin ölçüsüz uygulanmasına, iddianamenin hazırlanması sürecinin uzun sürmesine ve soruşturmanın sürüncemede kalmasına engel olma amaçlarına matuf[40], 17.10.2019 kabul tarihli 7188 sayılı Kanun md. 18 ile CMK md. 102/4'e: *"Soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir."* fıkrasını eklemiştir.

Soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek süre; ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde bir yılı, Devlete karşı suçlar, TMK kapsamındaki suçlar ve toplu olarak işlenen suçlarda ise her halde iki yılı geçemeyecektir. Bu aşamada ifade etmek gerekir ki, soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek süreler, azami tutukluluk sürelerine dahil olup; hükmü, soruşturma evresi için ayrıca bir süre düzenlemesi şeklinde anlamamak gerekir[41].

C. Yargı İçtihatlarında Makul Sürede Serbest Bırakılma

İHAS md. 5/3 ve ANY md. 19/7 uyarınca, tutuklama ile özgürlüğüne müdahale edilen kişilerin *"makul sürede yargılanma ve salıverilmeyi talep etme hakkı"* mevcuttur[42]. İHAS md. 5/3: *"İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir."* ve ANY md. 19/7: *"Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir."* hükümler gereğince kişinin özgürlüğüne tutuklama koruma tedbiri ile müdahale edildiğinde kişi *"makul sürede yargılanma ve yargılama sürecinde serbest bırakılma hakkına"* sahiptir.

40 Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç, s. 95.

41 İnci, s. 169.

42 Baytaz, s. 138-139.

CMK da bu doğrultuda *"Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri"* başlıklı md. 104/1: *"Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir."* hükmünü havidir. Söz konusu düzenlemeler tutuklamanın; geçici, istisnai ve ceza veya infaz değil bir koruma tedbiri niteliğinde olmasının sonucudur[43].

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (*"İHAM"*) göre İHAS md. 5/3, suç şüphesi nedeniyle gözaltına alınan veya tutulan bir kimsenin, her türlü keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakılmasına karşı güvence sağlamaktadır[44]. İHAM, bu güvenceyi kavramsal olarak belirlememekte somut her olaydaki koşulların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir[45].

Anayasa Mahkemesi de (*"AYM"*), tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunda genel nitelikte bir tanım yapılamayacağını söylemektedir: *"Öte yandan tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu kaldığı sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurucunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih; doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklanma tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir. Bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında sürdürülen tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde tutuklamanın ön şartı olan kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğunun, tutuklama nedenlerinin ve tutuklamanın neden ölçülü olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmasa da belirli bir süre geçtikten sonraki tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun somut olgularla birlikte açıklanması gerekir. Ayrıca belirli bir süreyi aşan tutukluluğa ilişkin devam kararlarında tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli değildir. Son olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda* tutuklamanın *ölçülü olduğuna ilişkin olguların,*

43 Metin Feyzioğlu, Güneş Okuyucu-Ergün, "Türk Hukukunda Tutuklukta Azami Süre", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı 1, 2010, s. 37; İbicioğlu, s. 140.

44 İHAM, Başvuru No: 25642/94 (Aquilina V. Malta).

45 "Sanığın tutukluluğunun devamının makul olup olmadığı, her davada kendine has özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Dikkate alınabilecek faktörler son derece çeşitlidir. Dolayısıyla, belirli bir tutuklamanın makullüğünün değerlendirilmesinde geniş görüş farklılıkları olasılığı olabilir." İHAM, Başvuru No: 2122/64 (Wemhoff V. Almanya).

özellikle tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının ortaya konulması gerekir. Tutukluluğun uzun sürdüğü veya makul süreyi aştığı şikâyetiyle yapılan bireysel başvurularda, tutukluluğa ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı veya tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin kamu organlarının özen yükümlülüğü ile bağdaşmayan tutumları nedeniyle tamamlanmadığı kanaatine varılırsa tutukluğun makul süreyi aştığı sonucuna ulaşılacaktır."[46]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (*"YCGK")* da İHAM ve AYM ile aynı doğrultuda olmak üzere değerlendirmenin somut her olayın özelliğine göre yapılması gerektiğini belirtmektedir: *"CMK'da, tutuklama için azami süreler düzenlenmiş olmakla birlikte, tutuklama için makul bir süre öngörülmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de tutuklamada makul süre hususunda kesin bir süre öngörülmemiştir. Bu bakımdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığını incelerken her somut olayın koşullarına göre değerlendirmektedir. Mahkeme, tutuklulukta makul sürenin tespitinde; özgürlüğün kısıtlandığı süre, isnat edilen suçun niteliği, mahkûmiyet halinde verilmesi olası ceza, özgürlüğün kısıtlanmasının kişi üzerindeki etkileri, kişinin davranışları, soruşturmanın yürütülme şekli ve ilgili adli işlemlerin niteliği gibi ölçütleri dikkate almaktadır. Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda karar vermektedir. Anayasa Mahkemesine göre, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu olarak kaldığı sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir."*[47]

İHAM, AYM ve YCGK tarafından*"makul sürenin"* tespiti konusunda genel nitelikte bir tanım verilmemekte somut her olayın koşullarını değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşılması gerektiğini ifade edilmektedir. Bu aşamada, çalışmamızın içerdiği çaba, belirsiz nitelikte bu kavramın çerçevesini çizmektir.

İHAM içtihadında: *"Bir suç işlediği gerekçesiyle tutuklanan kişiye yönelik makul şüphelerin devamlılığının sine qua non olmazsa olmaz koşulu tutukluluk kuralına uygunluktur, fakat kimi kez bu yeterli olmamaktadır; Mahkeme, hukuki mercilerin hürriyet hakkından yoksun bırakmaya devam etme gerekçelerinin meşruluğunu ortaya koymak durumunda olduklarını eklemektedir. Bunların "gerekli" ve "yeterli" olduğu takdirde, AİHM ulusal makamların yargı süreci boyunca yeterli ihtimamı gösterip göstermediklerinin ayrıca*

46 AYM, T 22/01/2019, Başvuru No: 2015/7311 (Zeynep Kaplan Başvurusu).

47 Yargıtay CGK, T. 24/02/2022, E. 2017/544, K. 2022/123.

belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, Hükümetin yapmış olduğu firar tehlikesi, kanıtların yok edilmesi ve aralarında bir firari bulunan sanıkların durumu tespitlerine katılmamaktadır. Ayrıca bu tespitler yalnızca verilen cezanın derecesinin belirlenmesine olanak tanır. Tutukluluk halini doğrulayacak ilgili tamamlayıcı kanıtların bütününe göre değerlendirilmesi gerekir."[48] denilmek suretiyle tutukluluk gerekçelerinin meşruluğunun ortaya konulmasına bunların da *"gerekli"* ve *"yeterli"* olmasına dikkat çekilmektedir.

AYM içtihadında: *"Bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında sürdürülen tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde tutuklamanın ön şartı olan kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğunun, tutuklama nedenlerinin ve tutuklamanın neden ölçülü olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmasa da belirli bir süre geçtikten sonraki tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun somut olgularla birlikte açıklanması gerekir. Ayrıca belirli bir süreyi aşan tutukluluğa ilişkin devam kararlarında tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli değildir. Son olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda tutuklamanın ölçülü olduğuna ilişkin olguların, özellikle tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının ortaya konulması gerekir. Tutukluluğun uzun sürdüğü veya makul süreyi aştığı şikâyetiyle yapılan bireysel başvurularda, tutukluluğa ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı veya tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin kamu organlarının özen yükümlülüğü ile bağdaşmayan tutumları nedeniyle tamamlanmadığı kanaatine varılırsa tutukluğun makul süreyi aştığı sonucuna ulaşılacaktır."*[49] AYM'nin başka bir içtihadında: *"Tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler 'ilgili' ve 'yeterli' görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gös-*

48 İHAM, Başvuru No: 40159/98 (Temel ve Taşkın V. Türkiye).

49 AYM, T. 04/04/2019, Başvuru No: 2014/9772 (Enver Beyaztaş Başvurusu).

terilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir. Dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmalı ve tutuklu bulunan kişiler tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığı göz önüne alınmalıdır. Öte yandan hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedenlerinden biri veya birkaçının varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir."[50] denilmek suretiyle sürenin makul olup olmadığının tespit edebilmek için tutukluluk halinin devamına ilişkin gerekçelere dikkat çekmekle birlikte yargılamaya konu olan somut olayın koşullarının da değerlendirme yaparken göz önüne tutulması gerektiğini belirtmiştir.

İHAM ve AYM, tutukluluk süresinin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmede suç şüphesinin, tutuklama sebeplerinin ve tutuklamaya veya tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda *"yeterli gerekçenin"* varlığını aramaktadır[51]. Yargı kararları ışığında, tutukluluk halinde makul sürenin sınırını belirleyebilmek adına çıkan sonuçlardan biri tutukluluk halini hukuka uygun olarak nitelendirebilmek için *"haklı, yeterli ve doyurucu"* gerekçenin ortaya konulması gerekliliğidir[52]. Aksi takdirde bu niteliklere sahip olmayan kararlar, kişinin özgürlüğünden haksız olarak yoksun bırakılmasına sebep olmaktadır[53].

---

50 AYM, T. 21/11/2013, Başvuru No: 2012/1158 (Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu).

51 İnci, s. 180 vd.; Ayrıca bkz. "Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır. Ancak bu nitelemeye bağlı olarak kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Zira tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Buna göre suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir." AYM, T. 02/12/2015, Başvuru No: 2013/5576.

52 Mustafa Ruhan Erdem, Bahar Konuk, "Anayasa Mahkemesi'nin Terör Suçlarında Tutukluluk Süresine İlişkin İptal Kararının Düşündürdükleri", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 44, 2013, s. 13 vd.; Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç, s. 96; Ünver, Hakeri, s. 387.

53 Konuk-Sommer, s. 265 vd.; "Kişi özgürlüğünün haksız ve hukuka aykırı olarak kısıtlanması başlı başına önemli bir insan hakkı ihlalidir.", Yargıtay 12. CD, T. 29/05/2017, E. 2016/2333, K. 2017/4473.

Sonuç

CMK md. 102, tutuklulukta geçecek azami nitelikteki süreleri belirlemiştir. Bu sürelerin düzenlenmiş olmasının nedeni kişinin özgürlüğüne tutuklama ile müdahale edildiğinde bunun bir cezaya dönüşmesine engel olmaktır. Hükmü, belirtilen süreler boyunca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği şeklinde anlamamak gerekir. Azami sınır aşılmamış olsa dahi tutukluluk ile istenen amaca ulaşılmış veya tutukluluk için gerekli koşullar ortadan kalkmış ise koruma tedbirinin sonlandırılması gerekir.

Cumhuriyet savcılığının iddianame düzenlenebilmesi için gerekli olan *"yeterli şüphe"* koşuluna ulaşmak için yaptığı araştırma faaliyetinin uzun bir sürece yayılması, iddianame düzenlenmiş olsa dahi kişinin uzun süre tutukluluk halinin devam etmesi ihtimalleri ve tutukluluk halinin sonlandırılmasına ilişkin yapılan itirazların incelenmesinde yaşanan sorunlar kişinin özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahalenin varlığını gündeme getirmektedir.

Kanun koyucu, 2019-7188 sayılı Kanun ile soruşturma evresinde tutuklulukta geçecek süreler için ayrıca düzenleme yapmıştır. Bu süreler, azami nitelikteki sürelere dahil olan ve soruşturma evresinde kişinin özgürlüğünü güvence altına alma amacına matuf niteliktedir. İHAM ve AYM, makul süreye ilişkin içtihatlarında *"makul süre"* kavramını tanımlamamaktadır. Ancak ilgili içtihatlar, ilk tutuklama kararında ve tutukluluğa ilişkin incelemelerde gerekçenin ortaya konulması gerektiğini bildirmektedir. Gerekçelerin de haklılık, yeterlilik niteliklerini içermesi gerektiğini aksi takdirde müdahalenin hukuka aykırı olduğunu tespit etmektedir. Bir başka ifade ile bahse konu nitelikte olmayan gerekçeler ile kişinin özgürlüğüne müdahale edilmesi, kişinin temel bir hakkının ihlali niteliğindedir.

CMK md. 109/1 hükmü gereğince, somut bir olayda tutuklama nedenleri varlığı tespit edildiği takdirde kişinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Suç şüphesi nedeniyle adli kontrol yükümlülüklerine tabi kılınan kişinin de İHAS md. 5 ve ANY md. 19 anlamındaki *"özgürlüğüne"* müdahale edilmiş olur. Kişinin özgürlüğüne müdahale söz konusu ise çalışmamız boyunca açıklama gayretine giriştiğimiz bütün prensipler *"adli kontrol"* için de geçerlidir.

İfade etmek gerekir ki kişinin özgürlüğüne müdahale ceza muhakemesi ile ortaya çıktığı takdirde, kişi özgürlüğü bağlamında *"makul süre"* ve ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin *"geçici olma"* niteliği göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır. Bu doğrultuda CMK md. 102'de, tutuklulukta geçecek azami süreler belirlenmiştir.

7331 sayılı Kanun md. 17'nin, CMK'ya eklediği 110/A hükmü ile de tutuklama ile aynı koşullara dayalı olarak uygulanması söz konusu olan adli kontrol için azami nitelikteki süreler belirlenmiştir.

Gelinen aşama itibarıyla, soruşturma evresinde kişinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına veya direkt adli kontrol altına alınmasına karar verildiği takdirde tutuklama tedbirine başvurulduğunda ortaya çıkan sorunların adli kontrol için de ortaya çıkması söz konusudur. Bu sorunlar ortaya çıktığı takdirde de kişinin özgürlüğüne müdahalenin ölçülü olmama ihtimali kuvvetlidir. Bu itibarla, CMK md. 110/A'da soruşturma evresinde adli kontrolde geçecek sürelere ilişkin düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akad, Mehmet, "Hukuk ve Devlet", *Kadir Kas Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2014, ss. 13-17.
- Arslan, Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 28, Sayı 120, 2015, ss. 155-172.
- Baytaz, Abdullah Batuhan, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2018, ss. 133-153.
- Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "Olağanüstü Hallerde Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Sınırlandırılması", Ed. Özgenç, İzzet, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, ss. 419-461.
- Erdem, Mustafa Ruhan; Konuk, Bahar, "Anayasa Mahkemesi'nin Terör Suçlarında Tutukluluk Süresine İlişkin İptal Kararının Düşündürdükleri", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 44, 2013, ss. 11-18.
- Feyzioğlu, Metin; Okuyucu-Ergün, Güneş, "Türk Hukukunda Tutuklukta Azami Süre", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı 1, 2010, ss. 35-59.
- Gökdemir, Muratcan, *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Soruşturma Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Günay, Erhan, *Türk İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- İbicioğlu, Gözde, *Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- İnci, Z. Özen, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Karabağ-Bulut, Nil, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 2, 2020, ss. 517-561.
- Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Nisan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kartal, Cansu Büşra, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2013, ss. 63-87.
- Katoğlu, Tuğrul, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2011, ss. 16-33.
- Keskin-Kiziroğlu, Serap, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 60, Sayı 1-2, 2011, ss. 49-61.
- Konuk-Sommer, Bahar, *Bir Temel Hak Garantisi Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Korkut, Yakup Levent, "Türkiye'de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, ss. 75-106.

- Nuhoğlu, Ayşe, "Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul, 2009, s. 175-191.
- Öztürk, Bahri ve Diğerleri, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Öztürk, Bahri; Eker-Kazancı, Behiye; Soyer-Güleç, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Şahbaz, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, 2005, ss. 163-188.
- Şahinkaya, Onur, *Önleyici Yakalama ve Durdurma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Şirin, Osman, "Türkiye'de Tutuklama Uygulamaları ve Tutuklamada Savunmanın Rolü", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 125-126, 2015, ss. 141-150.
- Talas, Serdar, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasına Yönelik Koruma Tedbirleri", Ed. Özgenç, İzzet, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, ss. 191-208.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, "Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 125-126, 2015, ss. 7-28.
- Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Tek Bir İşletme Teşkil Eden Rüzgâr Enerji Santrallerinin Birden Farklı Belediyenin Alanına Girmesi Durumunda Düzenlenecek İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatında Yetki Sorunu*

The Problem of Authority in the Opening and Work Permit Issuance in the Case of Wind Power Plants Constituting a Single Enterprise Located in the Area of Several Different Municipalities

Muhammed Furkan YILMAZ**

ÖZ

Enerji tüketiminin tüm dünyada artması çevresel sürdürülebilirlik endişelerinin doğmasına neden olmakta ve yenilenebilir enerji kaynaklarına olan yönelimi intaç etmektedir. Burada, rüzgâr enerjisi, çevreye duyarlı ve ekonomik bir seçenek olarak temayüz etmektedir. Türkiye'deki rüzgâr enerji santralleri, enerji ihtiyacını temin etmede mühim bir rol üstlenirken, bu santrallerin işyeri açma ve çalışma ruhsatı süreçlerinde yetkili idarenin tespitine müteallik bazı sorunlar vukua gelmektedir. Çalışmada, rüzgâr enerji santrallerinin faaliyete geçebilmesi için muktezi işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınması süreçlerinde yetkili idarenin belirlenmesine yönelik hukuki düzenlemeler ve uygulamadaki bazı sorunlar tavzih edilmiştir. Büyükşehir belediyeleri, il özel idareleri ve organize sanayi bölgeleri gibi farklı idarelerin yetki alanları tetkik edilmiş, yetki uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik öneriler serdedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Rüzgâr enerji santrali, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, yetkili idare, yetki uyuşmazlığı, yenilenebilir enerji.

* Makale gönderim tarihi: 10.02.2025. Makale kabul tarihi: 20.03.2025. Muhammed Furkan Yılmaz, "Tek Bir İşletme Teşkil Eden Rüzgâr Enerji Santrallerinin Birden Farklı Belediyenin Alanına Girmesi Durumunda Düzenlenecek İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatında Yetki Sorunu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 413-426, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.11

** Doktora Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 0009-0003-6477-8727, furkannnyilmaz92@gmail.com

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

The increase in energy consumption all over the world leads to the emergence of environmental sustainability concerns and leads to the orientation towards renewable energy sources. Here, wind energy stands out as an environmentally friendly and economical option. While wind power plants in Turkey play an important role in meeting the energy demand, there are problems related to the determination of the competent authority in the business opening and working licence processes of these power plants. In this study, some problems in legal regulations and practices regarding the determination of the competent authority in the process of obtaining the workplace opening and working licence required for the operation of wind power plants are clarified. The jurisdiction areas of different administrations such as metropolitan municipalities, special provincial administrations and organised industrial zones have been examined, and suggestions for the resolution of jurisdiction disputes have been put forward.

Keywords: Wind power plant, workplace opening and operation licence, competent authority, conflict of jurisdiction, renewable energy.

Giriş

Enerji kaynaklarının etkin ve sürdürülebilir bir şekilde kullanımı, günümüzün en önemli global meselelerinden biri hâline gelmiştir. Artan nüfus, şehirleşme, sanayileşme ve fosil yakıtların çevreye verdiği zarar, yenilenebilir enerji kaynaklarına olan ilgiyi gün geçtikçe artırmaktadır. Bu bağlamda, temiz ve sürdürülebilir bir enerji kaynağı olarak öne çıkan enerji kaynaklarından birisi de rüzgâr enerjisidir. Ülkemiz gibi rüzgâr potansiyeli fazla olan yerlerde, bu enerji kaynağından istifade etmek için kurulan rüzgâr enerji santralleri, enerji ihtiyacını temin etmekle birlikte çevresel sürdürülebilirliğe de katkıda bulunmaktadır.

Rüzgâr enerji santrallerinin faaliyete geçebilmesi için işyeri açma ve çalışma ruhsatının alınması iktiza etmektedir. Birden fazla idari sınır içinde yer alan santrallerin işyeri açma ve çalışma ruhsatı süreçlerinde yaşanan yetki sorunları önemli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu çalışma, rüzgâr enerji santralleri özelinde işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının hangi idarelerce verilmesi gerektiğini ele alarak, mevcut mevzuat çerçevesinde çözüm önerileri sunmayı istihdaf etmektedir.

I. Genel Olarak

Nüfusun artması, şehirleşmenin hız kazanması, sanayileşmenin yayılması ve 1970'lı yıllardan itibaren vuku bulan petrol krizleri, ülkelerin, enerji tüketimi ve kullanımı meselesine ciddi manada önem vermesine sebep olmuştur[1]. Tüm

1 Sezgin Yıldız, *İzmir'de Kurulu Bazı Rüzgâr Enerji Santrallerinin Çevresel Etkileri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2019, s. 5.

bu hususlar enerji ihtiyacını artırmış ve ülkeler daha verimli bir şekilde enerji üretebileceği fosil yakıtlara yönelmiştir[2]. Ancak, fosil yakıtların kullanılmasıyla beraber çevresel krizler baş göstermiş ve farklı enerji kaynakları önem kazanmaya başlamıştır.

İşbu, teknolojisi ve kullanımı en hızlı gelişme gösteren ve ekonomisi de fosil kaynaklı enerji kaynakları ile rekabet edebilir hâle gelen yenilenebilir enerji kaynaklarının en önemlilerinden birisi de rüzgâr enerjisidir[3]. Ülkemizde de rüzgârın bol miktarda bulunması, tükenmemesi, yerli, ucuz ve güvenli olması rüzgârın, enerji kaynağı olarak kullanılmasını hızlandırmıştır[4]. Rüzgârdaki enerjiyi elektrik enerjisine dönüştüren sistemler rüzgâr türbinleri olarak addedilmektedir[5]. Bu rüzgâr türbinlerinin faaliyet gösterebilmesi için ise yetkili idarelerden işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınması lazım gelmektedir.

İdareler, üstlenmiş oldukları kamu hizmeti ve kolluk gibi faaliyetlerini yerine getirirken çoğu zaman idari işlemler ihdas etmekte ve bu idari işlemler vasıtasıyla, işleme muhatap kişilerin hukuki durumlarında değişiklik husule getirmektedirler[6]. İşbu idarelerin bu faaliyetlerin ifası için tevessül ettiği işlemlerden başlıcası ise ruhsattır[7]. İzin verme manasına karşılık gelen ruhsat, rüzgâr enerji santrallerinin faaliyet gösterebilmesi için yetkili idareden almak zorunda bulunduğu izinde ise işyeri açma ve çalışma ruhsatı olarak tezahür etmektedir[8]. Çalışmamız kapsamında ele alacağımız rüzgâr enerji santrallerinin faaliyete geçebilmesi için alınması gereken işbu işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin olarak kanun koyucu tarafından 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun ve Bakanlar Kurulu'nca ise mezkûr Kanunun uygulanmasına yönelik İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik vazedilmiştir.

İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'in Tanımlar başlığını taşıyan 4. maddesi uyarınca, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, yetkili idareler

---

2 Peyman Umre Erkınay, *Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Rüzgar Enerjisinin Türkiyede Binalarda Kullanımı Üzerine Bir İnceleme,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2012, s. 1.

3 Fatih Karık, Adnan Sözen, Ümit İskender, "Türkiye'de Rüzgar Enerjisinde Mevcut Durum", *Gazi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, s. 221.

4 Zeynep İlkılıç, "Türkiye'de Rüzgar Enerjisi ve Rüzgar Enerji Sistemlerinin Gelişimi", *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, 2016, Cilt 6, Sayı 2/2, 2016, s. 3.

5 Ufuk Elibüyük, İbrahim Üçgül, "Rüzgâr Türbinleri, Çeşitleri ve Rüzgâr Enerjisi Depolama Yöntemleri", *Journal of Yekarum*, Cilt 2, Sayı 3, 2014, s. 1.

6 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri,* 25. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2023, s. 286.

7 Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, 4. Bası, s. 537.

8 Atahan Sarı, *OSB'lerde Ruhsat*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021, s. 29.

tarafından bu Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinin açılıp faaliyet göstermesi için verilen izni ifade etmektedir. Bu tanıma uygun surette tanzim edilen 6. maddenin 1. fıkrası mucibince ise bu surette işbu ruhsatın alınmaksızın işyerinin açılamayacağı ve çalıştırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı fıkraya göre, özel mevzuatına göre verilecek olan izin, tescil ya da benzeri işlemlerin varlığı, bu yönetmelik kapsamında alınacak ruhsatın gerekliliğini izale etmemektedir. İşbu işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmaksızın açılan işyerleri yetkili idareler tarafından kapatılacaktır.

3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'un 4. maddesinde ruhsatı düzenlemeye yetkili idarelerin; insan sağlığına zarar vermeme, çevre kirliliğine yol açmama ve yangın, patlama, genel güvenlik, iş güvenliği, işçi sağlığı, trafik ve karayolları, imar, kat mülkiyeti ve doğanın korunması ile ilgili düzenlemelere aykırı davranmama kriterlerine müsteniden ihdas edilecek yönetmeliği esas alması gerektiği ifade edilmiştir. 2005/9207 sayılı mezkûr Yönetmelik, bu kriterlerin tatbikine matufen, işyerlerini bazı sınıflara ayırmış ve her bir işyeri sınıfı için farklı ruhsat düzenleme süreci öngörmüştür. Yönetmelik uyarınca öngörülen işyerleri sınıfından bir tanesi de gayrisıhhi müesseselerdir. Yine gayrisıhhi müesseseler, yönetmelikçe üç alt başlığa tefrik edilmiştir. Yönetmeliğin 4. maddesinde, faaliyeti sırasında çevresinde bulunanlara biyolojik, kimyasal, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden az veya çok zarar veren veya vermesi muhtemel olan ya da doğal kaynakların kirlenmesine sebep olabilecek müesseseler olarak tanımlanan gayrisıhhi müesseseler; birinci, ikinci ve üçüncü sınıf gayrisıhhi müesseseler olarak tasnif edilmiştir.

Konutlardan ve insan ikametine mahsus diğer yerlerden mutlaka uzak bulundurulmaları gerekenler birinci sınıf; konutlardan ve insan ikametine mahsus diğer yerlerden mutlaka uzak bulundurulmaları gerekmeyen, bununla birlikte müessesenin faaliyetinin gerektirdiği durumlarda izin verilmeden önce civarında ikamet edenlerin esenlik ve istirahati hususunda konumu, tesisatı ve vaziyeti itibarıyla bir zarar vermeyeceğine kanaat oluşması için inceleme yapılması gerekenler ikinci sınıf; konutların ve insan ikametine mahsus diğer yerlerin yanında açılabilmesi için sıhhî nezarete tabi tutulması yeterli olanlar ise üçüncü sınıf gayrisıhhi müesseseler olarak telakki edilmektedir. Mezkûr yönetmeliğin Ek-2 kısmında gayrisıhhi müesseseler tek tek tadat edilmek suretiyle listelenmiştir. İşbu çizelgede, çalışmamıza başlığını veren rüzgâr enerji santralleri ise ikinci sınıf gayrisıhhi müessese olarak tavsif edilmiştir.

II. Rüzgâr Enerji Santrallerindeki Yetkili İdarenin Belirlenmesi Hususunda Mevzuat Düzenlemeleri

Kanun koyucu, 3572 sayılı Kanun'la işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili merciler olarak mahalli idareleri tayin etmiştir. İlgili Kanun'un 3. maddesi şu şekildedir:

"İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatını vermeye aşağıdaki merciler yetkilidir:

a) Belediye hudutları ve mücavir alan dışında kalan işyerleri ve işletmelere il özel idareleri.

b) Belediye hudutları ile mücavir alan içinde kalan tüm işyerleri ve işletmelere belediyeler,

c) Belediye hudutları ve mücavir alan içinde kalan işyeri ve işletmelerden büyükşehir belediyesi olan yerlerde;

ca) 2 nci ve 3 üncü sınıf gayrisıhhi müesseseler için büyükşehir belediye başkanlığı,

cb) Sıhhi ve sair işletmeler için ise büyükşehir belediyesi içinde kalan diğer belediye başkanlıkları."

İlgili kanun maddesinde görüldüğü üzere, işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye yetkili idareler, işletmenin niteliğine ve işletmenin büyükşehir belediyesi sınırında kalıp kalmamasına göre değişiklik göstermektedir. Bu düzenleme uyarınca, büyükşehir belediyesi olmayan illerdeki tüm işyerleri ve işletmeler bakımından, söz konusu işyerleri belediye sınırları ve mücavir alan dışında kaldığı takdirde il özel idareleri, işyerlerinin belediye hudutları ve mücavir alan içerisinde yer alması hâlinde ise ilçe belediyeleri işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili olacaktır. İşyeri ve işletmelerin, büyükşehir belediyesine sahip illerde teşekkül ettiği durumlarda ise yetkili idare işyerinin niteliğine göre tayin ve tespit edilmektedir. Kanundaki düzenleme mucibince, yukarıda zikredildiği veçhile ikinci sınıf gayrisıhhi müessese keyfiyetinde olan rüzgâr enerji santrallerine ilişkin iş yeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediye başkanlığı mezundur. Mamafih, bu hususa dair 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda da düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 70. maddesinde il özel idarelerinin sorumlu ve yetkili kılındığı durumlarla ilgili olarak bu Kanunla çelişmesi hâlinde 3572 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun ise 84. maddesinde belediyelerin yetkili kılındığı durumlara ilişkin bu Kanun'un hilafına hüküm ihtiva eden 3572 sayılı Kanun'un hüküm doğurmayacağı ifade edilmiştir. Buna mukabil, büyükşehir belediyesinin mevcut olduğu yerlerde yetkiye dair bir çeliş-

kinin mevcudiyeti durumunda bu çelişkinin ne şekilde çözüleceği 5216 sayılı Büyükşehir Kanunu'nda tanzim edilmemiştir.

Dolayısıyla, tüm bu açıklamalar ışığında söylenmelidir ki gayrisıhhi müesseselerde, işyeri açma ve çalışma ruhsatının hangi idare tarafından verileceği, Büyükşehir Belediyesi Kanunu, Belediye Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu ve 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun çerçevesinde belirlenmektedir.

A. Büyükşehir Belediyesi Olmayan İllerde Yetki Meselesi

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3/a. maddesi uyarınca, il halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını temin etmek üzere kurulan ve karar organları seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisine il özel idaresi adı verilmektedir. Yine aynı kanunun 5. maddesi mucibince, il özel idaresinin görev alanı il sınırlarını teşmil etmektedir. 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1/5. maddesiyle büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki il özel idareleri lağvedilmiştir. Dolayısıyla, il özel idaresi artık sadece büyükşehir belediyesi olmayan illerde mevcuttur[9].

Yukarıda ifade olunduğu üzere, il özel idarelerinin bulunduğu illerde teşkil eden rüzgâr enerji santralleri için tanzim edilecek işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye yetkili idarenin tespiti İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca yapılacak, 3572 sayılı Kanun nazara alınmayacaktır. İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/g. maddesi uyarınca, belediye sınırları dışındaki gayri sıhhî müesseseler bakımından işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye il özel idaresi mezundur. İl özel idaresi bulunan illerdeki, ilçe belediyelerinin görevlerinin ne olduğu hususu ise Belediye Kanunu'nda vazedilmiştir. Mezkûr Belediye Kanunu'nun 15/l. maddesine göre, gayrisıhhi müesseselerin ruhsatlandırılması ve denetlenmesi yetkisi belediyelere tevdi edilmiştir. Mezkûr maddenin devamında gayrisıhhi müesseselerden birinci sınıf olanların ruhsatlandırılması ve denetlenmesi, büyükşehir ve il merkez belediyeleri dışındaki yerlerde il özel idaresine bahşedilmekle birlikte, rüzgâr enerji santrallerinin ikinci sınıf gayrisıhhi müesseselerden olduğu nazara alındığında, bu bendin rüzgâr enerji santrallerine şamil olmadığı söylenecektir. Binaenaleyh, rüzgâr enerji santrallerinin belediye sınırları içerisinde yer alması durumunda, işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye yetkili mercii belediye olacak, işbu santrallerin belediye sınırları dışında yer alması hâlinde ise işyeri açma ve çalışma ruhsatı il özel idarelerinden alınabilecektir.

9 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku,* 9. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 249.

Uygulamada bazen, büyükşehir belediyesi olmayan, diğer bir ifadeyle il özel idaresinin teşekkül ettiği illerde rüzgâr enerji santrallerinin birden fazla belediyenin sınırına girdiği ya da hem belediye hem de il özel idaresi alanında yer aldığı müşahede edilmektedir. Bu gibi durumlarda, iş yeri açma ve çalışma ruhsatının hangi idarelerden alınacağı, yine işbu ruhsatın alınması için lazım gelen harçların hangi idarelere tediye edileceği hususunda tereddütler yaşanmaktadır. Kanaatimize göre, İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan *"Hizmetlerin diğer mahallî idareler ve kamu kuruluşları arasında bütünlük ve uyum içinde yürütülmesine yönelik koordinasyon o ilin valisi tarafından sağlanır."* hükmü nazarı itibara alındığında, belediyeler arasında ya da il özel idaresi ve belediyeler arasında bu neviden uyuşmazlıklar husule geldiğinde, işbu uyuşmazlıkların il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisi niteliğinde bulunan vali tarafından çözülmesi iktiza etmektedir. Yine kanaatimize göre, vali, işbu uyuşmazlığı çözerken rüzgâr enerji santralinin bulunduğu işletme merkezinin konumunu esas almalı ve işletme merkezi hangi idarenin sınırları içerisinde teşkil ettiyse o idareyi, işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili görmelidir.

Bu noktada ifadesi lazım gelen husus, ticari işletmenin merkezi ile ilgili olarak TK'da herhangi bir tanımın yer almamasıdır. Doktrinde ise genellikle işletme merkezinin, işletmenin idari, hukuki ve ticari faaliyetlerinin temerküz ettiği ve ifa edildiği yere karşılık geldiği ifade edilmektedir. Ancak her zaman bu faaliyetler aynı çatı altında icra edilmemektedir. Söz gelimi, fabrika ile idari merkez farklı yerlerde, hatta farklı şehirlerde bulunabilmektedir. Genel olarak, idari faaliyetlerin yürütüldüğü yer işletme merkezi olarak telakki edilmektedir[10].

Dolayısıyla, böyle bir durumun varlığı hâlinde, idari, hukuki ve ticari faaliyetlerin aynı yerde bulunmaması hâlinde, söz gelimi rüzgâr türbinleriyle idari faaliyetlerin farklı yerlerde teşekkül ettiği durumlarda, idari faaliyetlerin bulunduğu yer işletme merkezi olarak kabul edilmelidir.

Uygulamada, rüzgâr enerji santrallerinin birden fazla ilin sınırına dahil olduğu da görülmektedir. Bu gibi hâllerde de yukarıda yaptığımız izahat çerçevesinde yine işletmenin merkezi dikkate alınmalı ve işletme merkezinin bulunduğu yerde yetkili idare hangisiyse iş yeri açma ve çalışma ruhsatını tanzim etmeye de o idare mezun olmalıdır. Ancak, aynı il sınırları içerisindeki yetki uyuşmazlıklarına ilişkin sorunu gidermeye vali yetkiliyken, farklı il sınırlarına dair bir uyuşmazlık mevzu bahis olduğunda, valinin yetkisinin o il sınırına inhisar

10 Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Abuzer Kendigelen, Füsun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 318; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku,* 24. Bası, Ankara, 2018, s. 34 ve 35.

ettiği düşünüldüğünde yetkili idareyi belirlemeye salahiyeti valide olamayacaktır. Kanaatimize göre, böyle bir uyuşmazlığın husule gelmesi ihtimalinde, yetki sorunu idari vesayet ilkesi vasıtasıyla hallolunmalıdır. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 127/5. maddesinde merkezi idarelere mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla biz, merkezi idare olarak tecelli eden ilgili Bakanlığın, farklı iller arasında vücuda gelen bu yetki sorununu çözmeye muktedir ve mezun olduğu kanaatini taşımaktayız. İşbu ilgili Bakanlık ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'dır.

B. Büyükşehir Belediyesi Olan Yerlerdeki Yetki Sorunu

Büyükşehir belediyeleri, Anayasa'nın 127/5. maddesinde vazedilen *"Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir."* hükmüne müsteniden 1984 yılında tanzim edilen 195 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile teşekkül etmişlerdir. Bu KHK daha sonrasında 3030 sayılı Kanun ile TBMM tarafından değiştirilerek kabul edilmiştir. Ülkemizde ilk büyükşehirler 1984 yılında İstanbul, Ankara ve İzmir'de kurulmakla birlikte, 2024 itibariyle 30 ilimizde büyükşehir bulunmaktadır.

Mezkûr 3030 sayılı Kanun, 2004 tarihli 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun ihdasıyla birlikte kaldırılmıştır. Bu itibarla, bugün için büyükşehir belediyelerini tanzim eden Kanun 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'dur. İşbu 5216 sayılı Kanun'un 28. maddesi gereğince ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun hilafına olmayan hükümleri büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyeleri hakkında da tatbiki kabildir.

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, büyükşehir belediyeleri; sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasındaki koordinasyonu sağlayan, idari ve mali özerkliğe sahip olarak kanunlarda verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan, karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmaktadır. Yine Mezkûr Kanun'un 4. maddesine göre, büyükşehir belediyeleri kanunla kurulabilmekte ve toplam nüfusu 750.000 olan il belediyeleri, kanunla büyükşehir belediyesine tebdil olabilmektedir.

5216 sayılı Kanun'un 5. maddesi mucibince, büyükşehir belediyesinin sınırları, il mülki sınırları; ilçe belediyelerinin sınırları ise bu ilçelerin mülki sınırlarıdır.

Büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev ve sorumlulukları 5216 sayılı Kanun'un 7. maddesinde teferruatlı olarak tadat edilmiştir. İlgili maddede, birinci sınıf gayrisıhhi müesseselerin ruhsat-

landırılması ve denetlenmesinin büyükşehir belediyesinin, ikinci ve üçüncü sınıf gayrisıhhi müesseselerin ruhsatlandırılması ve denetlenmesinin ise ilçe belediyelerinin görevi olduğu tasrih edilmiştir. Dolayısıyla, yukarıda da zikredildiği üzere, ikinci sınıf gayrisıhhi müessese olarak addedilen rüzgâr enerji santrallerin ruhsatlandırılması Büyükşehir Belediyesi Kanunu uyarınca ilçe belediyeleri tarafından gerçekleştirilecektir. Hasılı kelam, büyükşehir belediyesinin mevcut olduğu illerde kurulan rüzgâr enerji santrallerine ilişkin iş yeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye işbu santralin bulunduğu yer ilçe belediyesi mezundur.

Büyükşehir Belediyesi Kanunu çerçevesinde yaptığımız bu açıklamalara karşın, işbu Kanun'da, İl Özel İdaresi Kanunu ve Belediye Kanunu'nun aksine, 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'un uygulanmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir hükmün neden Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na konulmadığı anlaşılmamakla birlikte, bu durum beraberinde birtakım sorunları getirmektedir. Zira, 3572 sayılı Kanun'da ikinci sınıf gayrisıhhi müesseselere ilişkin işyeri açma ve çalışma ruhsatını verecek idare olarak büyükşehir belediyeleri belirlenmişken, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda bu yetki ilçe belediyelerine tevdi edilmiştir.

Aynı anda yürürlükte bulunan farklı iki kanunda, bir meseleye ilişkin farklı çözümler öngören hükümlerin mevcudiyeti hâlinde kanunlar arasında çatışma söz konusudur. Bu noktada, eskiden beri uygulanagelen iki temel ilke bulunmaktadır. Bunlar; özel kanun, genel kanunu kovar (Lex specialis derogat legi generali) ve sonraki kanun önceki kanunu kovar (Lex posterior derogat legi priori) ilkeleridir. Buna karşılık, özel kanunun eski tarihli ve genel kanunun yeni olması hâlinde ise çözümü güç bir sorun vukua gelmektedir. Nitekim, işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının hangi idarelerce verileceği meselesinde 3572 sayılı Kanun önceki tarihli ve özel kanun hüviyetinde, Büyükşehir Belediyesi Kanunu ise genel kanun niteliğine sahip yeni kanundur. Böyle bir sorunun varlığı hâlinde, mesele, tüm yorum araçlarına tevessül etmek suretiyle kanun koyucunun saikini tespit etmek yoluyla çözülmelidir[11].

Kanaatimize göre, kanun koyucu, önceki tarihli özel kanunda düzenlenen yetkili idare bahsinde yeni bir bakış açısıyla sonraki tarihli kanunda bir değişiklik yapmayı murat etmiştir. Kanun koyucu, her ne kadar İl Özel İdaresi Kanunu ve Belediye Kanunu'na benzer surette Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda ayrıca, 3572 sayılı Kanunu'nun uygulama alanını bertaraf edici özel bir hüküm ihdas

11 Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 27. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 80 ve 81.

etmese de 3572 sayılı Kanun'da düzenlenen bir hususta ayrıca bir düzenleme yapmak suretiyle o meseleye ilişkin saik ve muradını izhar etmiştir[12]. Dolayısıyla, büyükşehir belediyesinin bulunduğu iller bakımından da 3572 sayılı Kanun'un nazarı itibara alınmaması ve yetkili idarelerin Büyükşehir Belediyesi Kanunu çerçevesinde belirlenmesi yerinde olacaktır. Ancak yine de İl Özel İdaresi Kanunu ve Belediye Kanunu'na benzer şekilde Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na da 3572 sayılı Kanun'un uygulama alanını bertaraf eden bir hükmün ihdas edilmesi isabetli olacaktır.

Rüzgâr enerji santralinin farklı ilçe belediyelerinin sınırlarına girmesi hâlinde, il özel idarelerine ilişkin serdettiğimiz izahatların burada da tatbik edilmesinin lazım geldiği kanaatini taşımaktayız. Söz gelimi, büyükşehir belediyesi bulunan bir yerde, rüzgâr enerji santralinin farklı ilçe belediyelerinin sınırlarına dahil olması ihtimalinde, santralin işletme merkezi esas alınmalı ve işletme merkezi hangi ilçede konumlandıysa, o ilçe belediyesi, işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili olmalıdır. İlçe belediyeleri arasında işbu ruhsata dair bir uyuşmazlık tahaddüs etmesi durumunda, ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlama vazifesi tevdi edilen büyükşehir belediyesi, işbu uyuşmazlığı çözmelidir. Büyükşehir belediyesi, işletme merkezinin bulunduğu ilçe belediyesini ruhsat verme bakımından tavzif etmelidir. Yine rüzgâr enerji santralinin, farklı il sınırlarında konuşlanması hâlinde ise mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisini haiz olan ilgili Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, bu yetki sorununu çözmelidir.

Büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyelerinin görev ve sorumluluklarının ifade edildiği 5216 sayılı Kanun'un 7. maddesinin son fıkrasında *"4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunuyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığına ve organize*

12 Nitekim, Yargıtay CGK'nın 20/02/2018 tarih ve E. 2014/516, K. 2018/47 sayılı kararında da isabetli olarak bu esas benimsenmiştir. *"Şayet, önceki kanun özel yeni kanun genel ise bu durumda da kanun koyucunun genel yasayı çıkarırken hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir. Kanun koyucu önceki tarihli özel kanunla düzenlenen hususlarda yeni bir bakış açısıyla sonraki tarihli genel kanunla bir değişiklik öngördüğü takdirde olaya sonraki tarihli genel kanunun uygulanması gerekir. Aynı anda yürürlükte bulunan iki ayrı kanun, aynı olayda birbirinden farklı düzenlemeler içerdiği takdirde, sonraki kanunda yer alan hükümler olaya uygulanmakta ve kanun koyucunun o mevzudaki iradesinin yeni getirilen düzenlemeler çerçevesinde değiştiği kabul edilmektedir. Eğer kanun koyucu, sonraki düzenlemesinde önceki düzenleme hükümlerini değiştirdiğini açıkça belirtmişse problem doğmaz ancak sonraki düzenleme aynı hususu farklı şekilde düzenlemişse ve açıkça bir ilgadan bahsedilmiyorsa Anayasa Mahkemesinin 15.03.1966 tarih ve E, 1965/40 K, 1966/15 sayılı Kararında (RG:18.7.1966 tarih ve S.12351) nitelendirildiği üzere üstü kapalı (zımni) bir kaldırma söz konusudur. Anayasa Mahkemesi 'Özel kanunlardan yürürlük tarihine göre önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında çelişme bulunursa veya öncekinin ele aldığı konuyu sonraki kanun yeni baştan düzenlerse sonraki kanun, önceki kanunu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırır' şeklindeki içtihadı ile normlar hiyerarşisinde önceki kanun ve sonraki kanun hususuna açıklık getirmektedir."* www.lexpera.com

sanayi bölgelerine tanınan yetki ve sorumluluklar ile sivil hava ulaşımına açık havaalanları ve bu havaalanları bünyesinde yer alan tüm tesisler bu Kanunun kapsamı dışındadır." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, organize sanayi bölgelerindeki ya da sivil hava ulaşımına açık havaalanları bünyesinde yer alan rüzgâr enerji santralleri bakımından iş yeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye ilçe belediyeleri salahiyetli olamayacaktır.

C. Organize Sanayi Bölgelerindeki Yetki Meselesi

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 3. maddesinde organize sanayi bölgeleri; sanayinin uygun görülen alanlarda yapılanmasını sağlamak, çarpık sanayileşme ve çevre sorunlarını önlemek, kentleşmeyi yönlendirmek, kaynakları rasyonel kullanmak, bilgi ve bilişim teknolojilerinden yararlanmak, sanayi türlerinin belirli bir plan dâhilinde yerleştirilmesi ve geliştirilmesi amacıyla, sınırları tasdik edilmiş arazi parçalarının imar planlarındaki oranlar dâhilinde gerekli ortak kullanım alanları, hizmet ve destek alanları ve teknoloji geliştirme bölgeleri ile donatılıp planlı bir şekilde ve belirli sistemler dâhilinde sanayi için tahsis edilmesiyle oluşturulan ve bu Kanun hükümlerine göre kurulan, planlanan ve işletilen, kaynak kullanımında verimliliği hedefleyen mal ve hizmet üretim bölgeleri olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 4. maddesinde *"Yürürlüğe giren imar plânına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları OSB tarafından verilir ve denetlenir."* hükmü yer almaktadır. Bu itibarla, organize sanayi bölgelerindeki rüzgâr enerji santrallerine ilişkin işyeri açma ve çalışma ruhsatının OSB tarafından verileceği söylenecektir. Nitekim, yukarıda da değindiğimiz İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinde de bu kanun hükmüne benzer surette organize sanayi bölgelerindeki yetkili idare OSB tüzelkişiliği olarak tebarüz ettirilmiştir.

Sonuç

Günümüzde, devletlerin iştigal ettiği önemli meselelerden birisini enerji üretimi ve kullanımı teşkil etmektedir. Enerji üretiminde yüzyıllardır kullanılagelen fosil yakıtların yakılmasıyla birlikte ekolojik denge tahribata uğramış ve nice çevre sorunları husule gelmiştir. Bu durum, birçok ülkede, enerji üretimi hususunda fosil yakıtların yerine yenilenebilir enerji kaynaklarının ikame edilmesini sağlamıştır. Yenilenebilir enerji kaynaklarından birisi olan rüzgâr da bu surette enerji kaynağı olarak istimal edilmeye başlamış ve birçok ülke gibi ülkemizde de rüzgâr türbinleri ve ikinci sınıf gayrisıhhi müessese olarak tavsif edilen rüzgâr santralleri teşekkül etmeye başlamıştır.

Yenilenebilir enerji kaynağı olarak telakki edilen rüzgârın, rüzgâr enerji santrallerinde kullanılabilir enerjiye dönüşebilmesi için rüzgâr türbinleri kurulmakta ve bu rüzgâr türbinlerinin faaliyete geçebilmesi için de işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının yetkili idarelerden alınması iktiza etmektedir. İş yeri açma ve çalışma ruhsatlarını verecek idarenin belirlenmesine yönelik muhtelif düzenlemeler ihdas edilmiştir. Bunlar; Büyükşehir Belediyesi Kanunu, Belediye Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu ve 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunlardır.

Zikredilen düzenlemeler mucibince, büyükşehir belediyesi bulunmayan, diğer bir tabirle il özel idaresinin mevcut olduğu illerde, rüzgâr enerji santrallerinin belediye sınırları içerisinde yer alması durumunda, işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye yetkili mercii belediyedir. İşbu santrallerin belediye sınırları dışında yer alması hâlinde ise işyeri açma ve çalışma ruhsatı il özel idarelerinden alınabilecektir. Uygulamada bazen, il özel idaresinin teşekkül ettiği illerde rüzgâr enerji santrallerinin birden fazla belediyenin sınırına girdiği ya da hem belediye hem de il özel idaresi alanında yer aldığı görülmektedir. Bu gibi hâllerde, iş yeri açma ve çalışma ruhsatının hangi idarelerden alınacağı, yine işbu ruhsatın alınması için muktezi harçların hangi idarelere ödeneceği hususunda duraksamalar yaşanmaktadır. Kanaatimize göre, İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesindeki *"Hizmetlerin diğer mahallî idareler ve kamu kuruluşları arasında bütünlük ve uyum içinde yürütülmesine yönelik koordinasyon o ilin valisi tarafından sağlanır."* hükmü dikkate alındığında, belediyeler arasında ya da il özel idaresi ve belediyeler arasında bu gibi uyuşmazlıklar vukua geldiğinde, işbu uyuşmazlıkların il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisi niteliğinde bulunan vali tarafından çözülmesi lazım gelmektedir. Yine kanaatimize göre, vali, işbu ihtilafı çözerken rüzgâr enerji santralinin bulunduğu işletme merkezinin konumunu esas almalı ve işletme merkezi hangi idarenin sınırları içerisinde bulunuyorsa o idareyi, işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili görmelidir.

Uygulamada bazen rüzgâr enerji santrallerinin birden fazla ilin sınırına girdiği de vakidir. Bu gibi hâllerde de yine işletmenin merkezinin dikkate alınması ve işletme merkezinin bulunduğu yerde yetkili idare hangisiyse iş yeri açma ve çalışma ruhsatını tanzim etmeye de o idarenin mezun olması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak, aynı il sınırları içerisindeki yetki uyuşmazlıklarına ilişkin sorunu çözmeye vali yetkiliyken, farklı il sınırlarına dair bir uyuşmazlıkta valinin yetkisinin o il sınırına inhisar ettiği düşünüldüğünde yetkili idareyi belirleme yetkisi valide olamayacaktır. Kanaatimize göre, böyle bir uyuşmazlığın

varlığı ihtimalinde, yetki sorunu idari vesayet ilkesi çerçevesinde çözülmelidir. Bu itibarla biz, merkezi idare olarak tecelli eden ilgili Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın, farklı iller arasında vücuda gelen bu yetki sorununu çözmeye mezun olduğu kanaatini taşıyoruz.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7. maddesinde, ikinci sınıf gayrisıhhi müesseselerin ruhsatlandırılması ve denetlenmesinin ilçe belediyelerinin görevi olduğu vazedilmiştir. Dolayısıyla, büyükşehir belediyesinin bulunduğu illerde, ikinci sınıf gayrisıhhi müessese olarak addedilen rüzgâr enerji santrallerin ruhsatlandırılması ilçe belediyeleri tarafından gerçekleştirilecektir. Kanaatimize göre, büyükşehir belediyesi bulunan bir yerde rüzgâr enerji santralinin farklı ilçe belediyelerinin sınırlarına girmesi hâlinde, yine santralin işletme merkezi nazarı itibara alınmalı ve işletme merkezi hangi ilçedeyse o ilçe belediyesi, işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili olmalıdır. Böyle bir uyuşmazlığı, ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlama vazifesi tevdi edilen büyükşehir belediyesi çözmelidir. Büyükşehir belediyesi, işletme merkezinin bulunduğu ilçe belediyesini ruhsat verme bakımından tavzif etmelidir. Yine rüzgâr enerji santralinin, farklı il sınırlarında yer alması hâlinde ise bu yetki sorunu, mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisini haiz olan ilgili Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca hallolunmalıdır.

5216 sayılı Kanun'un 7. maddesinin son fıkrasında *"4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunuyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığına ve organize sanayi bölgelerine tanınan yetki ve sorumluluklar ile sivil hava ulaşımına açık havaalanları ve bu havaalanları bünyesinde yer alan tüm tesisler bu Kanunun kapsamı dışındadır."* hükmü yer almaktadır. Yine 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinde ise işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının OSB tarafından verileceği ve denetleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, organize sanayi bölgelerinde kurulan rüzgâr enerji santrallerine ilişkin işyeri açma ve çalışma ruhsatı OSB tarafından verilecektir.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- Elibüyük, Ufuk; Üçgül, İbrahim, "Rüzgâr Türbinleri, Çeşitleri ve Rüzgâr Enerjisi Depolama Yöntemleri", *Journal of Yekarum*, Cilt 2, Sayı 3, 2014, ss. 1-14.
- Erkınay, Peyman Umre, *Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Rüzgar Enerjisinin Türkiyede Binalarda Kullanımı Üzerine Bir İnceleme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Adana, 2012.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 25. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2023.
- İlkılıç, Zeynep, "Türkiye'de Rüzgar Enerjisi ve Rüzgar Enerji Sistemlerinin Gelişimi", *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2/2, 2016, ss. 1-13.
- Karık, Fatih; Sözen, Adnan; İskender, Ümit, "Türkiye'de Rüzgar Enerjisinde Mevcut Durum", *Gazi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, ss. 219-234.
- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 27. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Sarı, Atahan, *OSB'lerde Ruhsat*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021.
- Ulusoy, Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan; Kendigelen, Abuzer; Nomer-Ertan, Füsun, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Yıldız, Sezgin, *İzmir'de Kurulu Bazı Rüzgâr Enerji Santrallerinin Çevresel Etkileri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İzmir, 2019.
- www.lexpera.com

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Scrum Çalışma Modeli ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler*

Scrum Work Model and Legal Relations Between the Parties

Yusuf AKMAN**

ÖZ

Scrum, yaygın atik/çevik çalışma yöntemlerinden birisidir. Scrum çalışma yöntemi özellikle yazılım sektöründe sıklıkla kullanılmaktadır. Scrum yönteminde öncelikle roller belirlenir. Bu roller; proje sorumlusu, Scrum başkanı ve geliştirme ekibi olarak karşımıza çıkar. Scrum çalışmaya ilişkin olaylar, proje iş listesi ve proje toplantılarıdır. Scrum, esnek çalışma yöntemleri arasında da sayılabilir. Scrum, klasik iş hukuku çalışma biçimlerinden farklılaşır. Bu nedenle iş hukuku bakımından çeşitli sorunları da beraberinde getirir. İşveren-müşteri, işveren-Scrum başkanı, işveren-geliştirme ekibi arasındaki hukuki ilişkiler birbirinden farklı olabilir. Geliştirme ekibinin sadece işverenin kendi çalışanlarından oluşması mümkündür. Bu durumda iş hukuku açısından kişilerin hukuki nitelikleri açısından herhangi bir sorun meydana gelmez. Ancak işyeri dışından kişilerin geliştirme ekibine katılması durumunda bu kimselerin hukuki nitelikleri açısından problemler söz konusu olmaktadır. İş sözleşmesi, taraflar arasında bağımlı hukuki ilişki tesis eder. Scrum'da iş hukuku açısından cevaplanması gereken soru, taraflar arasında bağımlı hukuki ilişkinin kurulup kurumadığıdır. Scrum gibi esnek çalışma yöntemleri bakımından kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır. Aksi halde somut olaya göre bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Proje sorumlusu, scrum başkanı, geliştirme ekibi, proje iş listesi, proje toplantıları.

ABSTRACT

Scrum is one of the common agile working methods. Scrum working is frequently used especially in the software industry. In the Scrum method, roles are determined first. These roles are project owner, scrum master and scrum team. The events related to Scrum are the project backlog and sprint. Scrum can also be counted

* Makale gönderim tarihi: 16.08.2024. Makale kabul tarihi: 24.04.2025. Yusuf Akman, "Scrum Çalışma Modeli ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 427-453, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.12

** Araştırma Görevlisi, Doktor, Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, 0000-0002-1608-3424, yusufakman13@gmail.com

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

among flexible working methods. Scrum work differs from classical Labor Law working methods. For this reason, it brings along various problems in terms of Labor Law. The legal relationships between employer and customer, employer and scrum master, employer and scrum team may be different from each other. It is possible for the development team to consist solely of the employer's own employees. In this case, there is no problem in terms of the legal qualifications of persons in terms of labor law. However, if persons who are from outside the workplace are included in the development team, there are problems in terms of the legal qualifications of these persons. An employment contract establishes a subordinate legal relationship between the parties. The question that must be answered in terms of Labor Law in Scrumda is whether a legal subordinate relationship has been established between the parties. It is clear that there is a need for legal regulation in terms of flexible working methods such as Scrum. Otherwise, an evaluation will have to be made according to the concrete case.

Keywords: Project owner, scrum master, scrum team, projeckt backlog, sprint.

Giriş

Çalışma sürelerinin esnekleşmesi, uzman işgücüne ihtiyaç duyulması sonucu işyeri dışı kaynak kullanımının yaygınlaşması gibi nedenler yeni çalışma modellerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Uygulamada süregelen kullanımları neticesinde önceleri işveren ve işçiler tarafından benimsenen çalışma modelleri, sonrasında iş hukukunun da ilgisini çekmeye başlamıştır. Bu çalışma modellerinden birisi de Scrum çalışmadır. Scrum, müşterilerin talep ettikleri projeler doğrultusuna işverenler tarafından uzman işgücünün (geliştirme ekibi-Scrum team) işyeri içinden veya dışından ya da iç ve dış işgücünün harmanlanarak bir araya getirilmesi sonucu işin görülmesinde kullanılır.

Scrum'da süreç, kural olarak, çalışmanın kendi has bir yapı çerçevesinde yürütülür. Scrum'un yapısı gereği uzman işgücünün işin görülmesinde esas olarak emir ve talimata ihtiyaç duymaması çalışma yönteminin en temel özelliğidir. Diğer yandan ise, müşterinin yeni taleplerinin ortaya çıkabileceği, işverenin proje sorumlusu aracılığıyla bu talepleri ekibe aktarmakla yükümlü olduğu ve ekibin bütün bu talepleri yerine getirmek zorunda olduğu çalışmanın özellikleri arasında yer alır.

Karşılaştırmalı hukukta ve uygulamada ekip üyelerine nitelikli olmayan işçi gibi emir ve talimatın verilmemesi nedeniyle, ekibe işyeri dışından katılan kişilerle iş sözleşmesine dayanan bir iş ilişkisi kurulamayacağı vurgulanmaktadır. Söz konusu düşünce Scrum'un kendine has özelliği ile gerekçelendirilmektedir. Tüm bu hususlar nedeniyle Scrum modelinin Türk iş hukuku bakımından incelenmesi gerekmektedir.

I. Scrum Çalışma Kavramı

Atik/çevik (agile) çalışma yöntemleri, çalışma hayatında süregelen hiyerarşik yapılardan uzaklaşmanın amaçlandığı, esnek ve göreve yönelik ekiplerin bir araya getirilmesi sonucu oluşan çalışma süreçleridir[1]. Scrum modeli ise, Dünyada yeni bir kavram olmamakla birlikte, başlarda sadece yazılım programlarının geliştirilmesinde uygulanmış, ancak 1990'ların ortalarından sonra diğer projelerde de sıklıkla tercih edilmeye başlanmıştır[2]. Hatta Scrum modeli o kadar yaygınlaşmıştır ki, genel olarak atik/çevik (*agile*) çalışma yöntemleri tanımlanırken Scrumun unsurları veya kendisi eş anlamlı olarak kullanılmıştır[3].

Öğretide Scrum hakkında çeşitli tanımlar yapılmıştır. Schwaber ve Sutherland'e göre Scrum, bu çalışma içerisinde yer alan insanların karmaşık görevleri ustalıkla yerine getirmek suretiyle mümkün olan en yüksek değerde olan içerik, ürün veya projeleri sunabilecekleri bir sistem veya çerçevedir[4]. Heise'ye göre Scrum, atik/çevik (*agile*) çalışma yöntemlerinin özel bir biçimi olarak ifade edilebilir[5]. Solmecke'ye göre Scrum, karmaşık problemlerin veya projelerin çözümünü isteyen müşterilerin isteklerini dikkate almak ve değişen şartlara tepki vermek gibi sorunların en baştan çözülmesini sağlayan veya bu sorunların azaltılmasına hizmet eden bir proje yöntemidir[6].

Daha açık ifade edecek olunursa, işverenlerin belirli projeleri yerine getirmek üzere işyerindeki işçilerinden veya farklı işverenlerin işçilerinden ya da bağımsız çalışanların da aralarında bulunduğu karma bir gruptan ekip oluşturup, ekibe çalışma sürecini yönetmek üzere bir işçisini yahut dışarıdan bir kimseyi görevlendirdiği, ekipteki üyelerin işyerinde çalışan diğer işçilerden daha esnek çalışma süresine ve şekline sahip olarak faaliyetlerini sürdürdükleri çalışma sistemi, Scrum olarak ifade edilebilir.

Scrum, süreç veya teknikten ziyade bir sistemdir. Bu sistem içerisinde birçok

---

1 Thomas Kania, "BetrVG § 87 Mitbestimmungsrechte", Ed.Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Bası, 2025, Rn. 21a.

2 Dietmar Heise, "Agile Arbeit, Scrum und Crowdworking – New Work außerhalb des Arbeitsrechts?", *NZA-Beilage,* 2019, s. 102; Christian Arnold, Jens Günther, Arbeitsrecht 4.0, *Praxishandbuch zum Arbeits-, IP- und Datenschutzrecht in Einer Digitalisierten Arbeitswelt*, C. H. Beck, 2018, s. 55.

3 Oliver Stiemerling, "Vorgehensmodelle und IT-Projektmanagement", Ed.Andreas Leupold, Andreas Wiebe, Silke Glossner, IT-Recht, 4. Bası 2021, Rn. 48.

4 Ken Schwaber, Jeff Sutherland, *Der Scrum Guide, Der Gültige Leitfaden für Scrum: Die Spielregeln*, Temmuz 2013, s. 3.

5 Heise, s. 102. Benzer yönde bkz. Arnold, Günther, s. 55 ve 56.

6 Christian Solmecke, "§ 1 Digitalisierte Arbeitswelt", Ed.Stefan Kramer, *IT-Arbeitsrecht*, 3. Bası 2023, Rn. 31.

süreç mevcuttur ve Scrum'da farklı tekniklerin kullanılabilmesi mümkündür[7]. Scrum modelinde karmaşık projelerin çözüm yöntemi, çalışmanın yinelenmesi suretiyle ilerletilmesine ve geliştirilmesine dayandırılmaktadır[8]. Scrum'u diğer çalışmalardan ayıran özelliği, söz konusu karmaşık projeler de olsa, ara sonuçların ortaya çıktığı ve aşamalı ilerleyen bir süreci içermesidir[9].

Aşamalı bir çalışma modeli olarak Scrum, geliştirme ekibinin ortaya çıkaracağı ara sonuçların ışığında proje sorumlusunun da gereksinimlerini geliştirmeye veya tamamlamaya hizmet etmektedir[10]. Diğer proje yönetim şekillerinden farklı olarak, Scrum, uzun bir planlama süreci içermez[11]. Scrum modelinde müşteriler ile iletişim; sözleşmenin müzakereleri, çalışma süreci ve araç ve gereçlerin sağlanmasından daha çok öneme sahiptir[12].

Scrum sistemi içerisinde; Scrum takımları ve takım içi roller, takıma ilişkin olaylar ve kurallar bulunmaktadır[13]. Geliştirme ekibi ortak bir amaçla hareket eder. Bu amacın gerçekleşmesi ise takımın başarısıyla doğru orantılıdır[14]. Scrum kuralları aracılığıyla; roller, olaylar ve sonuçlar arasındaki ilişki ve etkileşim belirlenmiş olur[15].

II. Scrumda Roller

A. Proje Sorumlusu (Project Owner)

Proje sorumluları, projelerin/fikirlerin biriktirilmesi için verilerin sağlanmasından, müşterinin üründen beklentisi hakkında geliştirme ekibine bilgi verilmesinden ve genel olarak proje tasarımından sorumlu kişiler olarak ifade edilebilir[16]. Müşteriler açısından ise proje sorumlusu, bir bakıma onların çı-

7 Schwaber, Sutherland, s. 3.

8 Frank Sarre, "§ 1 Erstellung und Pflege von Software", Ed. Astrid Auer-Reinsdorff; Isabell Conrad, *Handbuch IT- un Datenschutzrech*, 3. Bası, 2019, Rn. 60.

9 Dietmar Heise, André Friedl, "Flexible („agile") Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung - das Ende von Scrum?", *NZA,* 2015, s. 130. Çalışmanın aşamalı olması, önceden planlanmasını da kolaylaştırmaktadır. Bkz. Heise, s. 102.

10 Scrumun bu olumlu yanına yazılım geliştirme açısından bakan *Sarre*, müşterilerin gereksinimlerinin scrum aracılığıyla başarıyla yerine getirileceğini ifade etmektedir. Bkz. Sarre, Rn. 60.

11 Heise, s. 102.

12 Christian Frank, "Bewegliche Vertragsgestaltung für agiles Programmieren - Ein Vorschlag zur rechtlichen Abschichtung zwischen Planung und Realisierung", *Computer and Recht*, Cilt 27, Sayı 3, 2011, s. 138.

13 Schwaber, Sutherland, s. 3; Heise, Friedl, s. 130.

14 Schwaber, Sutherland, s. 3.

15 Schwaber, Sutherland, s. 3.

16 Arnold, Günther, s. 57; Heise, s. 102; Kai Litsche, Ilies Yacoubi, "Arbeitnehmerüberlassung und agile Prozess- und Organisationsmethoden", *NZA,* 2017, s. 487. İşin sonucunun ne şekilde gerçekleşeceği, aslında organizasyonun ne şekilde yürütüleceği ve Scrum ekibindeki kişilere bağlıdır. Bkz. Schwaber, Sutherland, s. 5.

karlarını gözetir ve mükerrer şekilde devam eden taleplerinin öncelik sırası ile ilgilenilir[17]. Geliştirme ekibinin çabaları neticesinde projenin değerinin maksimum noktaya ulaşmasını sağlamak proje sorumlusunun temel hedefidir[18].

Scrum'da roller dağıtılırken proje sorumlusu bir komite/kurul olarak değil, bir şahıs olarak tasvir edilir[19]. Proje toplantılarının amacına ulaşıp ulaşmadığına ve proje geliştirmenin ne zaman sona ereceğine karar veren kişi proje sorumlusudur[20]. Proje sorumlusu kişilerin mesleki karar alma mekanizmalarının hızlı ve doğru karar verme doğrultusunda çalışması gerekir[21]. Proje sorumlusu ile müşteri arasında iş sözleşmesine dayanan bir hukuki ilişki yoktur[22]. Proje sorumlusu genellikle, Scrum yöntemini tercih eden ve işyerinde uygulayan işverenin işçisi konumunda bulunur.

B. Scrum Başkanı (Scrum Master)

Scrum başkanı, diğer bir deyişle Scrum ustası, Scrum'un toplu ve organize bir çalışma olarak fonksiyon göstermesi ile ilgilenir ve bu amaçla tüm Scrum sürecini koordine eder[23]. Scrum başkanının bir nevi koç ya da moderatör olduğu da söylenebilir[24]. Heise'ye göre, bu kişilere "*hizmetçi lider*" (arka plandaki lider) demek daha doğru olur[25]. Hizmetçi lider kavramı, scrum çalışmasındaki engelleri ortadan kaldıran, süreci gözlemleyen ve tavsiyelerde bulunan ve Scrum'a geri planda önderlik eden Scrum başkanını ifade eder[26]. Schwaber ve Sutherland ise, Scrum başkanını "*gerçek lider*" olarak tanımlar[27]. Gerçek lider

17 Ürüne karşılık gelen piyasa değeri iş piyasasında ne kadar büyük ise, müşterilerin gereksinimlerinin değerinin de o kadar yüksek olduğu ifade edilebilir. Bkz. Sarre, Rn. 60.

18 Precht Hauke, David Saive, "Compliant Programming- Juristen in der agilen Software - Entwicklung, Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht", *InTeR,* 2020, s. 14.

19 Sarre, Rn. 60; Schwaber, Sutherland, s. 5.

20 Arnold, Günther, s. 57.

21 Precht, Saive, s. 14.

22 Arnold, Günther, s. 57.

23 Gregor Thüsing, Simon Mantsch, "SCRUM als selbständige Arbeit: Administrative Regulierung versus gesetzgeberischer Wille?", *NZS,* 2023, s. 842; Erwin Salamon, "§ 330 Mitbestimmung bei der Arbeitsorganisation: Gruppenarbeit und mobiles Arbeiten", Ed. Heinrich Kiel, Stefan Lunk, Hartmut Oetker, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 4: Kollektives Arbeitsrecht II, Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Bası, 2022, Rn. 7; Arnold, Günther, s. 57; Precht, Saive, s. 15; Schwaber, Sutherland, s. 6.

24 Stefan Lunk, "§ 340 Die Mitbestimmung bei der Einstellung", Ed. Heinrich Kiel, Stefan Lunk, Hartmut Oetker, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 4: Kollektives Arbeitsrecht II, Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Bası 2022, Rn. 42; Litsche, Yacoubi, s. 487; Heise, Friedl, s. 130; Thüsing, Mantsch, s. 842.

25 Heise, s. 102. Benzer yönde bkz. Heise, Friedl, s. 130.

26 Joshua Partogi, *What Does It Mean for The Scrum Master to Be a True Leader as Written in Scrum Guide*?, www.scrum.org

27 Schwaber, Sutherland, s. 6.

ifadesinden ise, Scruma önderlik eden ve ekip üyelerine ilham veren "*önder lider*", hizmetçi liderin de görevlerini yerine getirebilen "*arka plandaki lider*" ve gerekirse işin tekniği ile ilgili de etkiler bırakan lider "*destek lider*" anlaşılabilir[28]. Biz de ikinci görüşe katılmaktayız. Zira hizmetçi lider ifadesi daha dar kapsamlı iken, gerçek lider ifadesi uygulamadaki duruma da uyumlu şekilde daha geniş kapsamlı bir role karşılık gelir[29].

Scrum kurallarını hazırlamak veya bunlara uyulmasını sağlamak, geliştirme ekibinin organizasyon sürecine riayet etmesi ile ilgilenmek, etkili ürün tanımı ve proje iş listesinin yönetimi için etkili teknikler bulmaya yardımcı olmak[30] ve organizasyonel bakış açısı ile geliştirme ekibini desteklemek Scrum başkanının görevleri arasında yer alır[31]. Projedeki aksaklıkları tespit eden Scrum başkanı, proje sürecinde tercih edilen yöntemlerin sürekli bir biçimde iyileştirilmesinde de rol oynar[32]. Ayrıca geliştirme ekibinin çalışmalarının hedeflenen sonuçtan sapıp sapmadığını da gözlemleyebilir[33]. Scrum başkanı, görevini yerine getirmek suretiyle aslında; müşteriler, proje sorumlusu ve geliştirme ekibinin tümüne destek sağlamış olmaktadır[34]. Scrum başkanının sonuçtan daha ziyade sonuca giden yoldan sorumlu olduğu ifade edilebilir[35].

Scrum başkanı, işverenin çalışanı olabileceği gibi işyeri/şirket dışından görevlendirilmiş birisi de olabilir[36]. Scrum başkanını geliştirme ekibinin seçmesi daha ideal olmasına rağmen, şirketler kendilerinin belirlediği Scrum başkanlarının Scrum'u idare etmesini tercih etmektedir[37].

C. Geliştirme Ekibi (Scrum Team)

Scrum kapsamındaki bir projenin geliştirilmesi, bir veya birden fazla uzmanın oluşturduğu geliştirme ekibi tarafından proje toplantılarının yapılması ile mümkündür[38]. Her ne kadar "*geliştirme ekibi*" şeklinde ifade edilse de bu ekip herhangi bir şeyi geliştirebilecek kimseleri değil, ihtiyaç duyulan işi yapabile-

28 Partogi, www.scrum.org

29 Benzer yönde bkz. Partogi, www.scrum.org

30 Schwaber, Sutherland, s. 7.

31 Arnold, Günther, s. 57; Salamon, Rn. 7; Heise, s. 102; Litsche, Yacoubi, s. 487; Schwaber, Sutherland, s. 6.

32 Sarre, Rn. 60; Litsche, Yacoubi, s. 487; Heise, Friedl, s. 131; Schwaber, Sutherland, s. 6.

33 Sarre, Rn. 60; Heise, Friedl, s. 131.

34 Precht, Saive, s. 15.

35 Christian Förster, "IT-Vertragsrecht: Teil 3 – Softwareentwicklungsvertrag", *MMR*, 2024, ss. 477-481.

36 Lunk, Rn. 42.

37 Heise, Friedl, s. 130.

38 Arnold, Günther, s. 57.

cek uzman kişileri ihtiva eder[39]. Geliştirme ekibi, aslında her toplantıda potansiyel olarak teslim edilebilir nitelikte olmakla birlikte, "*geliştirilmeye devam edilen*" bir ürün sunarak görevini yerine getirir[40].

Geliştirme ekibinde yer alacak ideal kişi sayısının en az üç en fazla dokuz olması ifade edilmektedir[41]. Geliştirme ekibi içerisinde yer alan kişiler arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur[42]. Ekipteki kişiler, genellikle bilgi birikimi ve yeteneği aynı seviyede olan ve farklı disiplinlerde de çalışabilen uzman kişiler arasından seçilir[43]. Ekipte; müşterinin çalışanları, işverenin çalışanları, farklı bir işverenin çalışanları ve dışarıdan alınan ve şirketler/işverenler tarafından serbest/bağımsız çalışan olarak da tabir edilen kimseler yer alabilir[44]. Ancak uygulamada şirketlerin ekip içerisindeki kişileri genellikle şirket dışından seçtiği görülmektedir[45].

Uygulamada, geliştirme ekibinin Scrum başkanı tarafından oluşturulmasının tercih edilmesine sıklıkla rastlanmaktadır. İdeal olan Scrum'un bu şekilde yapılmasının gerektiği belirtilmektedir[46]. Scrum'da ekibin iş birliği, müşterinin projeye ilişkin gereksinimlerini ve isteklerini Scrum başkanının oluşturduğu sistem üzerinden aktarması sonucunda yapılacak işe yöneliktir[47].

III. Scrum'a İlişkin Olaylar

A. Proje İş Listesi (Project Backlog)

Proje iş listesi, projede yer alması istenen, projeye dâhil olması mümkün olan unsurları veya talepleri içeren liste olarak ifade edilebilir[48]. Scrum, geliştirme ekibini harekete geçirmeye veya çalışmayı aktif hâle getirmeye neden olan bir Scrum fikri ile ortaya çıkar[49]. Fikrin oluşması "*Kullanıcı Hikâyesi*" (*User Story*) de denilen, müşterilerin ürüne dair düşünceleri ile mümkün hâle gelir[50]. Kullanıcı hikâyeleri proje iş listesindeki metne aktarılır[51]. Ayrıca proje sahipleri, müşterilerin ürün hakkındaki taleplerini proje iş listesi içerisine

39 Precht, Saive, s. 15.
40 Schwaber, Sutherland, s. 6.
41 Arnold, Günther, s. 57; Heise, Friedl, s. 131.
42 Heise, Friedl, s. 131; Arnold, Günther, s. 57.
43 Litsche, Yacoubi, s. 487; Arnold, Günther, s. 57; Sarre, Rn. 60; Heise, Friedl, s. 131.
44 Arnold, Günther, s. 57; Heise, Friedl, s. 131.
45 Litsche, Yacoubi, s. 487.
46 Heise, s. 102.
47 Lunk, Rn. 42.
48 Schwaber, Sutherland, s. 13.
49 Arnold, Günther, s. 58; Heise, Friedl, s. 131.
50 Arnold, Günther, s. 58; Heise, Friedl, s. 131.
51 Arnold, Günther, s. 58; Heise, Friedl, s. 131.

kaydeder[52]. Bu anlamda müşteriler ve proje sorumlusunun isteklerinin bir sınırı olmadığından ve her talep veya ihtiyaç en baştan belirlenemeyeceğinden, genelde ürün iş listesinin asla tamamlanamayacağı ifade edilir[53].

Scrum'un sürekli olarak gelişme ve ilerleme özelliği nedeniyle, proje iş listesi proje sorumlusu tarafından süreç içerisinde yaşanacak değişimlere uyarlanır[54]. Proje sorumlusu, geliştirme ekibinin proje iş listesinde yer alan bilgilerin tamamını doğru anladığından emin olmalıdır[55]. Bu bağlamda, proje sorumlusunun proje iş listesinden esas sorumlu olduğu ifade edilebilir[56]. Proje iş listesinin önemi, geliştirme ekibinin bu listeyi dikkate alarak çalışması esasına dayanır. Zira geliştirme ekibinde yer alan kişiler ister şirket içinden ister şirket dışından olsun, proje iş listesindeki sıralamaya uygun olarak işleri yerine getirmek durumundadır[57].

B. Proje Toplantıları (Sprint)

Scrum'da proje geliştirmelerinin kilit noktası "*Sprint*" olarak ifade edilen proje toplantılarıdır[58]. Toplantıların planı çoğunlukla geliştirme ekibi tarafından yapılır[59]. Proje iş listesinde yer alan kullanıcı hikâyeleri, belirli ancak süre olarak sınırlı bir zaman aralığında olan proje toplantılarında geliştirilir[60]. Scrum çalışmasının söz konusu olduğu bir proje geliştirme veya ürün oluşturma süreci, kural olarak birden çok proje toplantısının yapılması ile mümkün olur[61].

Toplantılarda, proje sorumlusunun müşteri tarafından sürekli olarak aktarılabilen ve değişebilen talepleri de dikkate alınır[62]. Bu bağlamda proje iş listesinde, toplantılarda ele alınması gereken projeye ilişkin gereksinimler öncelik sırasına göre listelenir[63]. Proje iş listesinde meydana gelebilecek değişimler hâlihazırda yürütülen proje toplantısının sona ermesini engellemez[64]. Proje toplantıları ile mevcut proje toplantı sürecinin amacına ve daha genel olarak ekibin projede istenilen sonuca ulaşıp ulaşamayacağı hakkında veri elde edilmesi sağlanır[65].

---

52 Arnold, Günther, s. 58; Heise, Friedl, s. 131.
53 Schwaber, Sutherland, s. 13.
54 Arnold, Günther, s. 58; Heise, Friedl, s. 131.
55 Precht, Saive, s. 15; Schwaber, Sutherland, s. 13.
56 Precht, Saive, s. 15; Schwaber, Sutherland, s. 13.
57 Litsche, Yacoubi, s. 487.
58 Arnold, Günther, s. 58.
59 Sarre, Rn. 62; Precht, Saive, s. 15.
60 Heise, s. 102.
61 Arnold, Günther, s. 58.
62 Lunk, Rn. 42; Precht, Saive, s. 15.
63 Sarre, Rn. 62.
64 Schwaber, Sutherland, s. 8; Sarre, Rn. 60.
65 Sarre, Rn. 63; Schwaber, Sutherland, s. 10.

Toplantıların vaktinde yapılması ve sürdürülmesi konusunda sorumluluk sahibi kişi Scrum başkanıdır[66]. Scrum başkanı, proje gelişim sürecini analiz etmek ve koşulları iyileştirmek için ihtiyaç halinde bu toplantılara katılabilir[67].

Proje toplantı süreci; toplantı aralıklarının düzenlenmesi, günlük Scrum çalışmaları, geliştirme çalışmaları, toplantıların gözden geçirilmesi ve toplantıların değerlendirilmesi aşamalarından oluşur[68]. Proje toplantılarının süresi iki ila dört hafta ile sınırlı olarak belirlenir[69]. Günlük Scrum çalışmasında geliştirme ekibi, çalışmalarının güncel durumu hakkında bilgiler aktarır[70]. Tüm proje toplantı sürelerinin aynı olması tercih edilir[71]. Toplantıların incelenmesi sürecinde, toplantı sonuçları proje sorumlusuna sunulur[72]. Toplantıların değerlendirilmesinde, Scrum başkanının gözetiminde olmak koşuluyla, yapılan toplantı organizasyonel yapı ve Scrum süreci açısından geliştirme ekibi tarafından tartışılır[73]. Proje toplantıları, toplantıların incelenmesi ve geriye dönük olarak toplantıların değerlendirilmesi ile sona erer[74]. Proje toplantılarında izlenilen bu süreç, proje iş listesi tamamlanana kadar kendisini tekrar eder[75].

IV. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkilerin Tespiti

A. İşveren ile Müşteri Arasındaki Hukuki İlişkinin Belirlenmesi

İşverenler, müşteriler tarafından talep edilen bir ürünün meydana gelmesi için Scrum modeline yönelmektedir. Müşteriler, sürece belirli derecede müdahil olabilse de Scrum'da yer alan rollerden birisine sahip değildir. Müşteriler ile işveren arasındaki ilişki, Scrum ekibinin arasındaki ilişkilerden farklıdır. Bu doğrultuda, işveren ile müşteriler arasındaki hukuki ilişkinin hangi sözleşmeden kaynaklandığının belirlenmesi önem arz eder. Scrum sistemi genellikle yazılım sektöründe kullanıldığından işveren ile müşteri arasındaki hukuki ilişkiyi özellikle bu kapsamda ele almayı uygun görmekteyiz.

66 Precht, Saive, s. 15.

67 Sarre, Rn. 63.

68 Heise, s. 102; Arnold, Günther, s. 58.

69 Arnold, Günther, s. 58; Heise, s. 102.

70 Heise, s. 102; Schwaber, Sutherland, s. 10; Precht, Saive, s. 15. Ekip üyelerinin hangi hususlar üzerinde çalıştığı, çalışma sürecinde ne gibi sorunların ortaya çıktığı ve daha sonra ele alacağı konular günlük toplantılarda gündeme gelebilir. Bkz. Sarre, Rn. 63.

71 Schwaber, Sutherland, s. 8.

72 Heise, s. 102. Proje toplantılarının incelenmesi sürecinde, toplantılarda ele alınamamış ve proje iş listesinde öncelikli sırada yer alan hususlar daha sonraki toplantıda ele alınmak üzere gündeme dâhil edilir. Bkz. Sarre, Rn. 67; Precht, Saive, s. 15.

73 Heise, s. 102; Schwaber, Sutherland, s. 12; Precht, Saive, s. 15.

74 Heise, s. 102.

75 Heise, s. 102.

Scrum'da işveren, müşterinin talebi doğrultusunda onun istediği ürünü yapmayı ve teslim etmeyi borçlanmaktadır. Eser sözleşmesinde de yüklenici bedeni veya fikri olarak bir eser ortaya çıkarma ve teslim etme borcu altına girmektedir[76]. Eser sözleşmelerinde iş sahibi eser karşılığında bedel ödemekle yükümlüdür[77]. Scrum'da da müşteri, yapılan işin sonucuna karşılık olarak belirli bir bedel yükümlü hâle gelmektedir. Bu bağlamda Scrum kapsamında meydana getirilen yazılım programlarına ilişkin hukuki ilişkide eser sözleşmesine dair unsurların bulunduğu söylenebilir.

Bilgisayar programları hukuken eşya olarak kabul edilmez[78]. Bunlar fikri eser kapsamında yer alır[79]. Fikri eserlerin maddi şeyler üzerinde somutlaştırılması durumunda ise söz konusu maddi şeyler eşya niteliğine sahip olur[80]. Bir çalışma sonucu elde edilen ürünün fikri eser kabul edilebilmesi için; bağımsız fikri çalışma sonucu gerçekleşmesi, eserin kişinin yetenek ve yaratıcılığı sonucu meydana gelmesi ve eserin onu ortaya çıkaran kişilerin kişisel özelliklerini yansıtması gerekir[81]. Geliştirme ekibi, müşterinin üründe olmasını istediği özellikleri bağımsız fikri çalışmaları ve kendi yaratıcılıkları sonucunda oluştu-

76 Hayrunnisa Özdemir, "Eser Sözleşmesi", Ed. M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 494.

77 Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 1143.

78 Haluk N. Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 8.

79 Türk ve İsviçre hukukunda eşya kavramının tanımı mevcut olmamakla birlikte öğretide dar anlamda eşya kavramı görüşü savunulmaktadır. Buna göre, fiziksel olarak kavranılabilen şeyler eşya niteliğini haizdir. Örneğin veri ortamındaki bilgisayar programları gibi telif hakkıyla koruma altına alınan esere eşya hukukuna ilişkin kurallar uygulansa dahi teslim ile fikri haklar alıcıya geçmez. Bkz. Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und Das Eigentum*, Dritte, Ergänzte und Überarbeitete Bası, Grundriss es Schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern, 2007, Rn. 81, Rn 83; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu: Eşya Hukuku IV/1 Giriş, Temel Kavram ve İlkeler – Zilyetlik – Tapu Sicili*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 66 ve 67. Örneğin bir veri taşıyıcısı taşınabilir eşya kategorisinde yer almasına rağmen, üzerinde kayıtlı olduğu fikir ise fikri mülkiyetin konusudur. Bkz. Stephan Wolf, Wolfgang Wiegand, "Vor Art. 641ff. ZGB", Ed. Thomas Geiser, Stephan Wolf, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 7. Bası, 2023, Helbing Lichtenhahn Verlag, Rn. 10. Alman hukukunda cismanilik eşya kavramının en önemli unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda bilgisayar programları cismanilik unsuruna sahip değildirler. Ancak bilgisayar programları bir veri taşıyıcısında saklanmak suretiyle maddi bir biçim kazanması durumunda bir eşyanın hukuki niteliğini haiz olurlar. Üzerlerindeki fikri haklar ise fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturur. Bkz. Fritz Baur, Rolf Stürner, *Sachenrecht*, 18. Bası, 2009, C. H. BECK, Rn. 2.

80 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 10.

81 Ömer Arbek, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 106 ve 107; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 32 vd. Fikri eserler; soyuttur, eşya olarak nitelendirilemez ve somutlaştığı eşyadan farlılık arz eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 5 ve 6.

rur. Scrum, alanında uzman kişiler tarafından icra edilir. Uzman kişiler, özel olarak ve kişisel özellikleri nedeniyle seçildiklerinden, ortaya çıkan ürünün her koşulda onların kişisel özelliklerini yansıttığı da ifade edilebilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu[82] (FSEK) bakımından bir eserin fikri eser olarak kabul edilebilmesi, eserin bu Kanun anlamında fikri eser kategorilerinden birisinde yer almasına bağlıdır. Kanunda belirtilen kategoriler için sınırlı sayı ilkesi geçerlidir[83]. FSEK. m. 2/1'de, bilgisayar programlarının fikri eserler arasında sayılabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, bir Scrum'un hedefi bilgisayar programının elde edilmesi olabilir. Örnekteki gibi bir çalışmanın tamamlanması ile ortaya çıkan ürünün fikri eser niteliğine sahip olduğu söylenebilir.

FSEK. m. 2/1'in son cümlesi uyarınca, sonraki safhada bilgisayar programı olma özelliğini barındıran hazırlık çalışmaları fikri eser kategorileri içerisinde bulunur. Acaba Scrum açısından sadece nihai ürün mü fikri eser sayılacak, yoksa her bir proje toplantısı sonucunda sunulan çalışmaların da fikri eser olarak kabul edilmesi mümkün olacak mıdır? Yukarıda da ifade edildiği üzere aslında, erken aşamadaki proje toplantılarında sunulan bir ürün dahi nihai ürün olmaya adaydır. Bu özelliği barındıran bir ürünün, "*sonraki aşamada bilgisayar programı olma*" özelliğine evleviyetle sahip olduğu söylenebilir. Geliştirme ekibi tarafından her bir proje toplantısında meydana getirilen müşteriye teslim edilebilecek potansiyeldeki ürünlerin fikri eser olarak sınıflandırılması yerinde olacaktır.

Müşterilerin proje toplantılarına müdahil olabilmesi, proje iş listelerinin değişmesini talep etmesi veya öncelikli unsurların tekrar sıralandırılmasını istemesi; Scrum'da yer aldığı hatta çalışma sonucu ortaya çıkaran fikri eserin sahiplerinden birisi olduğu ve böylece fikri eser sahipliğinde bir birlik olduğu tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Heussen'e göre, Scrum modeli gibi atik/çevik (agile) çalışma yöntemlerinde işveren ile müşteriler arasında lisans sözleşmesine dayanan bir hukuki ilişki bulunmaz. Scrum'da müşteri ile proje sorumlusu arasında oldukça yakın iş birliği vardır, bu nedenle fikri eserin birlikte sahibi olarak sayılmalıdır[84]. Aksi görüşteki Fuchs, Meierhöfer, Morsbach ve Pahlow'a göre, geliştirme ekiplerinin müşterinin istediği eseri meydana getirme sürecinde, müşteri ile işveren arasında projenin hedefleri ve süreçle ilgili

82 Arbek, s. 107; Bozbel, s. 38. Eserler hakkında sınırlı sayı ilkesi geçerli olsa bile, bir türe ait olmuş bulunan eserler bakımından bu ilke önem arz etmez. Bkz. Tekinalp, s. 114.

83 RG. 13.12.1951-7981.

84 Benno Heussen, "Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware -Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen", *GRUR,* 1987, s. 779 ve 780.

fikir alışverişinde bulunulsa da bu durum fikri eser sahipliğinde birliğe hizmet etmez. Zira müşterinin sürece katılımı sadece eserin talep edilen sonuç doğrultusunda programlanmasına ilişkin gereksinimlerin belirlenmesi açısından söz konusu olmaktadır[85].

FSEK. m. 10 uyarınca, birden fazla kimse tarafından meydana getirilen ve ayrılmaz bütünlük oluşturan fikri eserlerdeki eser sahipliği üzerinde birliğin bulunduğu kabul edilir. Scrum'da, müşteri genellikle eserin meydana getirilmesine yönelik yaratıcı bir fikir ortaya sunmaz. Diğer deyişle müşterilerin fiilleri, eserin ortaya çıkmasındaki bağımsız ve yaratıcı özelliği etkilemez veya bunlara katkıda bulunmaz[86]. Müşteri, sadece tavsiyelerde bulunur veya eserin kullanım amacına ilişkin talimatların yer aldığı bir istek listesinin hazırlanmasına yardımcı olur[87]. FSEK. m.10/3'e göre, teknik ve ayrıntılara dair yardımda bulunanlar birlikte hak sahibi olarak kabul edilemez. Dolayısıyla müşterilerin, kural olarak, Scrum sonucu ortaya çıkan fikri esere ilişkin birlikte hak sahipliği halinin söz konusu olmaz. Bu anlamda taraflar arasında meydana gelen hukuki ilişkinin lisans sözleşmesine ilişkin özellikleri taşıdığı ifade edilebilir.

Nihayet, taraflar arasındaki hukuki ilişkide, iki farklı sözleşme türünün (lisans-eser) özellikleri bir arada bulunur. Bu tip sözleşmelere, ısmarlama yazılım sözleşmeleri denilmektedir[88]. Ismarlama yazılım sözleşmeleri, yazılım geliştiricisinin kullanıcıya yazılım imal etme ve yazılıma üzerindeki fikri hakları devretme borcu altına girdiği sözleşme türüdür[89]. O halde, yazılım programına ilişkin bir Scrum'da işveren ve müşteri arasındaki hukuki ilişkinin ısmarlama yazılım sözleşmesine dayandığı söylenebilir.

B. İşveren ile Scrum Başkanı Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi

Scrum, işverenin kendi işçileri ile de yerine getirilebilir. Ülkemizde işverenlerin bu yola sıklıkla başvurdukları gözlemlenmektedir. Özellikle yazılım sektöründe Scrum başkanları şirket içerisinde iş analisti olarak görev yapan kimse-

85 Anke Fuchs, Christine Meierhöfer, Jochen Morsbach, Louis Pahlow, "Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht? Unterschiede zu den "klassischen" Softwareentwicklungsprojekten", *MMR*, 2012, s. 431.

86 Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 107 ve 108.

87 Fuchs, Meierhöfer, Morsbach, Pahlow, s. 431. Bir kimsenin eser hakkında tavsiyelerde bulunması veya az ya da çok talimat vermesi onu müşterek eser sahibi yapmaz. Bkz. Bozbel, s. 94.

88 Kaan Hatipoğlu, *Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 88 ve 89.

89 Mustafa Fadıl Yıldırım, *Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)*, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul, 1999, s. 26; Hatipoğlu, s. 88.

lerden seçilmekte, bu kişiler daha sonra geliştirme ekibinin görevlerini takip etmektedir. Bu şekildeki Scrum'da, Scrum başkanı olarak görev yapanlar işçi olarak sınıflandırılır, dolayısıyla taraflar arasında bir iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir. Scrum başkanının şirket dışından seçilmesi ve kendi seçeceği ekip üyeleriyle Scrum'u tamamlayacak olması durumunda ise taraflar arasındaki hukuki ilişkinin takım sözleşmesine dayanarak kurulan iş sözleşmeleri açısından değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

1. Genel Olarak Takım Sözleşmesine Dayanarak Kurulan İş Sözleşmeleri

Takım sözleşmesi, bir grubu oluşturan işçiler arasından bir işçinin takımdaki diğer işçileri temsil etmek suretiyle işverenle yazılı olarak yaptığı sözleşmeye denir[90]. Takım sözleşmesi iş sözleşmesi olarak nitelendirilmez[91]. İşçileri temsilen işverenle takım sözleşmesi imzalayan kişiler takım kılavuzu olarak ifade edilir. Takım kılavuzunun takım içerisinden olması şarttır[92]. Takım sözleşmesine dayanarak kurulan iş sözleşmelerine inşaat, müzik vb. işlerde rastlamak mümkündür[93]. Takım sözleşmesi esas alınarak kurulan iş sözleşmeleri, belirli veya belirsiz süreli olarak akdedilebilir[94].

Takım sözleşmesi ile takım kılavuzu iş görme borcu altına girerken, takım içerisinde yer alan diğer işçilerin iş görme yükümlülükleri ortaya çıkmaz[95]. Diğer bir deyişle, bu anda taraflar arasında bir iş sözleşmesi meydana gelmez[96]. İş sözleşmesinin kurulduğu an olarak, işçilerin fiilen işi başladığı an esas alınır[97]. İşçiler ifadesinden ise, takım sözleşmesinde adları bulunan işçilerin anlaşılması gerekir[98].

---

90 Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 921; İbrahim Aydınlı, "Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi - İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, Sayı 1, 2018, s. 59; Kenan Tunçoğlu, "Takım Sözleşmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 36, Sayı 1-4, 1970, s. 314; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 60; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s. 463.

91 Kocayusufpaşaoğlu, s. 921; Sümer, s. 60; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 463.

92 Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 78.

93 Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 53, (İş Hukuku).

94 Sümer, s. 60; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 464; Tunçomağ, s. 321.

95 Tunçomağ, Centel, s. 79.

96 Tunçomağ, s. 321; Kocayusufpaşaoğlu, s. 921; Sümer, s. 60; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 464.

97 Tunçomağ, s. 321; Aydınlı, s. 61; Kocayusufpaşaoğlu, s. 921; Sümer, s. 60; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 464.

98 Sümer, *İş Hukuku*, s. 54.

2. Değerlendirme

İşyeri içerisinden işçilerin kullanıldığı bir Scrum'da, Scrum başkanı ve geliştirme ekibi işverenin işçisi olduğundan, takım sözleşmesine dayanarak kurulan iş sözleşmelerinden bahsedilemez. Dış kaynak kullanılarak yapılan Scrum'da, geliştirme ekibi üyeleri genellikle scrum başkanı tarafından bir araya getirilir. Scrum başkanı işveren ile görüşmeleri yapar ve geliştirme ekibini oluşturacağı taahhüdünde bulunur. Scrum başkanı ile geliştirme ekibi arasında, kural olarak, ast-üst ilişkisi yoktur. Çalışma modelinin özelliği gereği Scrum başkanı farklı bir rolde görevini ifa eder. Dolayısıyla Scrum başkanının iş hukuku bakımından geliştirme ekibi üyeleri ile aynı statüde olduğu söylenebilir.

Scrum'un belirli süre için yapılan projeler için öngörülmesi taraflar arasındaki ilişkinin takım sözleşmesine dayanmasına engel değildir. Bu bağlamda işveren ile Scrum yoluyla işyerindeki faaliyete katılan Scrum başkanı ve geliştirme ekibi üyeleri arasında kişisel ve hukuki bağımlılık mevcutsa, taraflar arasında takım sözleşmesine dayanan iş sözleşmeleri kurulmasının mümkün olduğu ifade edilebilir.

C. İşveren ile Geliştirme Ekibi Arasındaki Hukuki İlişkinin Nitelendirilmesi Sorunu

1. Bağımsız Olarak Çalışan Kimselerin Ekibe Katılması

Scrum, işverenin sadece kendi işçileri ile de gerçekleştirilebilir. Scrum'un içeriğinde emir ve talimat yoğunluğunun az olması veya hiç olmaması ekip üyelerinin işçi niteliklerini etkilemez. Diğer deyişle, işyerinde iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçinin Scrum'da yer alması salt çalışma modelinin özellikleri nedeniyle iş sözleşmesini ortadan kaldırmaz. İşveren, ekip üyelerine emir ve talimat vermese dahi işverenin geliştirme ekibinin iş sözleşmelerini feshetmesi veya disiplin yetkilerini kullanması her zaman mümkündür. Emir ve talimat hakkını kullanmama hususu taraflar arasındaki bağımlılığın derecesinden değil, aksine Scrum çalışma modelinin kendine has özelliğinden kaynaklanır.

Geliştirme ekibinin, işverenin işçileri ile herhangi bir işveren için çalışmayan (bağımsız çalışan) kimselerin bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulması halinde, dışarıdan katılan kişilerin hukuki statülerinin belirlenmesi gerekir. Uygulamada bu kişilerin bağımsız çalışan olarak sınıflandırılmasına yönelik bir eğilim ve istek olduğu görülmektedir[99]. Öğretide de bağımsız çalışan olarak sayılmaları düşüncesi ağır basmaktadır[100]. Bunun nedeni olarak, çalışmanın

99 Thüsing, Mantsch, s. 843.

100 Arnold, Günther, s. 63; Heise, s. 106.

özellikleri esas alınmakta ve bu düşünce emir ve talimatların eksikliğin bulunması ile gerekçelendirilmektedir[101]. Ancak öğretide ekip üyelerinin hukuki statüleri hakkında detaylı bir inceleme bulunmamakta, yalnızca işçi olarak değerlendirilmemeleri için hangi unsurların var olmaması ve hangi unsurların varlığından özellikle kaçınılması gerektiği vurgulanmaktadır[102]. Diğer bir ifadeyle görüşler, işverenlere tavsiyede bulunmaktan öteye gidememektedir.

Tarafların, aralarındaki hukuki ilişkiye hangi anlamı yüklediği veya sözleşmeyi ne şekilde tasarladıkları değil, ilişkinin fiili durumda hangi sözleşmenin unsurlarını barındırdığı önem arz eder[103]. Geliştirme ekibine dışarıdan katılanların hukuki statülerinin belirlenmesinde, salt Scrum kurallarına değil ayrıca taraflar arasındaki gerçekte hangi hukuki ilişkinin var olduğuna bakılması yerinde olacaktır. Bu minvalde, öncelikle iş hukuku açısından genel olarak bağımlılık kavramının incelenmesinde, daha sonra ise kişisel ve hukuki bağımlılığın belirlenmesinde dikkate alınan ölçütler açısından bir değerlendirme yapılmasında yarar vardır.

a. İş Hukukunda Bağımlılık Kavramı

Bir iş görme sözleşmesinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için taraflar arasında bağımlı hukuki ilişkinin varlığı gerekir[104]. İşverenin iş organizasyonu kapsamında olmak üzere işçinin, onun yönetim ve denetimini kabul etmek suretiyle emir ve talimatları çerçevesinde iş görme borcu altına girmesi bağımlılık ile mümkün olur[105].

İşçinin işgücü, kişiliği ile sıkı sıkıya bağlı ve onun ayrılmaz bir unsurudur. İşçi ve işveren arasında meydana gelen bağımlılık ilişkisi ise taraflar arasında hukuki bir hiyerarşik ilişki meydana getirir[106]. Bu bağlamda, iş sözleşmelerinde bulunan bağımlılık ilişkisinin "kişisel ve hukuki bağımlılık" olduğu ifade edilebilir[107].

İşverenin tüm işçileri ile aynı derecede bağımlılık ilişkisinin olması beklenemez. İşçinin niteliğinin arttığı oranda bağımlılık derecesinde de azalma görü-

101 Arnold, Günther, s. 62.

102 Arnold, Günther, s. 62; Heise, s. 105 vd.

103 Süleyman Başterzi, "Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 17, Mart 2010, s. 194.

104 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 235; Aydın Başbuğ, Mehtap Yücel-Bodur, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 119; Sümer, s. 8.

105 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 167; Sümer, *İş Hukuku*, s. 42.

106 Süzek, s. 235 ve 236.

107 Süzek, s. 235.

lür[108]. Ayrıca gelişen teknoloji ve yeni çalışma yöntemlerinin ortaya çıkması da bağımlılığın zayıflamasına neden olmaktadır[109]. Bu doğrultuda taraflar arasındaki bağımlılığın tespiti için gerek yargı kararları gerek öğreti aracılığıyla yardımcı ölçütler geliştirilmiştir.

b. İş Hukukunda Bağımlılığın Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler Açısından Bağımsız Olarak Çalışan Kişinin Ekibe Katılımının Değerlendirilmesi

i. İşin İşverence Belirlenen Yerde Yapılması

Geliştirme ekibinin işleri, kural olarak, belirli bir yerde yerine getirilmesine bağlı olan işlerden değildir. Ekip üyelerinin, paylaşım sonucu kendilerine atanan işleri Scrum çalışmasının özellikleri gereği istedikleri yerden yapabilmesi mümkündür. Örneğin yazılım işlerinin yapıldığı Scrum'da geliştirme ekibi üyeleri, işlerini bir kafede, araçta veya kendi evlerinde yerine getirebilir.

Güncel gelişmeler neticesinde anlamını yitirmekte olan belirli bir yerde sabit olarak çalışma kavramı[110], belirli bir konumda çalışmasını sürdürmeyen Scrum üyesinin bağımsız çalışan olarak değerlendirilmesine yol açmamalıdır. İşveren, güvenliğe ilişkin gerekliliklerden dolayı ekip üyelerinin kendi işyerinde çalışmasını isteyebilir. Bu durum işverence belirlenen yerde çalışmanın yapıldığının göstergesi sayılabilir.

ii. Çalışma Sürelerinin İşverence Belirlenmesi

Scrum modeli, proje toplantıları ve günlük Scrumları içerir. Çalışmaların zamanı genellikle işveren tarafından belirlenmez. Bu durum ekibin üyelerinin salt bağımsız çalışan olmasından değil, çalışma şeklinin özelliğinden kaynaklanır. Ekibin tamamının işverenin işçisi olması halinde dahi aynı durum söz konusu olmaktadır.

Acaba ekip üyelerinin bir kısmının (işverenin işçilerinin) haftalık çalışma saatlerine uyarak çalışmalarını ifa etmesi, dışarıdan katılan kişilerin ise çalışma saatlerine uymadan çalışmalarını yürütmesi tek başına bu kişilerin iş sözleşmesi kapsamında çalışmadığı anlamına gelebilir mi? Ekibe dışarıdan katılan kişilerin çalışma sürelerine diğer işçiler gibi riayet etmemesi ve bunun karşılığında bir yaptırımın bulunmaması her zaman bağımsız çalışmaya işaret etmez. Scrum'da üyelerin uzmanlık derecesi, kişinin grup arasında farklılık az etmesine neden olabilir. Her ne kadar Scrum'da görev paylaşımı ekip tarafından

108 Sümer, *İş Hukuku*, s. 42.

109 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 170; Süzek, s. 237; Başbuğ, Yücel-Bodur, s. 121.

110 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 342.

belirlense de işveren veya Scrum başkanı dışarıdan seçecekleri kişilerin belirlenmesinde Scrum'daki görevlere uygun olarak nitelikli kişileri seçer. Alanında uzman ve nitelikli kişilerin işverenin diğer işçileri gibi işyerindeki haftalık çalışma süresine sıkı sıkıya bağlı olarak çalışması beklenemez. Kaldı ki dışarıdan katılan kişiler, her halükârda proje toplantılarına veya günlük Scrumlara kadar üzerine düşen görevleri yerine getirmekle ve bunlara katılmakla yükümlüdürler. Bu bağlamda, Scrum modelinin yapısı ve çalışanların niteliği gereği, çalışma sürelerinin işverence kararlaştırılmamasının, tek başına ekip üyesinin bağımsız çalışan olarak değerlendirilmesinde ölçüt olmayacağı ifade edilebilir.

Ancak Baden Wüttenberg Eyalet Sosyal Mahkemesi'nin Scrum çalışma hakkında önüne gelen bir uyuşmazlıkta verdiği karar dikkat çekicidir. Uyuşmazlık davalı şirketin oluşturduğu Scrum ekibine dışarıdan katılan davacının sosyal güvenlik hukuku açısından hukuki durumunu belirlemeye ilişkindir. Mahkeme kararında çalışma sürelerinin işveren tarafından belirlenmediğini; a) salt uzmanlık gerektiren işlerin seçilmesinin *çalışma zamanını işverence belirlenmemesine neden olmayacağı*ndan, b) proje toplantılarına katılmanın her an iş yapmaya hazır olma anlamına gelmediğinden, c) bir anlaşma söz konusu olmasa bile önemli ölçüde işe çağırılmanın somut olayda mevcut olmadığından hareketle tespit etmiştir. Mahkeme bu kapsamda davacının bağımlı hukuki ilişki çerçevesinde çalışmadığına hükmetmiştir[111].

iii. İşverenin İş Organizasyonu ile Bütünleşme

İşverenin ortaya koyduğu kurallar ve işin yürütümü bakımından belirlediği koşullar çerçevesinde iş görme, iş organizasyonu kapsamında faaliyette bulunma anlamına gelmektedir[112]. Bu şekilde bir araya getirilmiş bir organizasyonda çalışanlar, belirli bir serbestiye sahip olarak iş görme edimini ifa etseler dahi, kişisel ve hukuki olarak işverene bağımlı kabul edilirler[113].

Bağımsız çalışanların da bir organizasyon ile bütünleşmesi mümkün olduğundan, işverenin iş organizasyonu ile bütünleşme ölçütünün farklı unsurlar ile desteklenmesi gerektiği söylenebilir[114]. Örneğin, işin görülmesinde işveren tarafından sağlanan iş araçlarının kullanılması, işçinin iş organizasyonu kapsamında faaliyette bulunduğunu destekler niteliktedir. Scrum'da, dışarıdan katılan üyelerin işverenin iş aletlerini kullanmasına sıklıkla rastlanılmaktadır. Ancak Litschen ve Yacoubi'ye göre, proje sahiplerinin ekibe dışarıdan katılan

111 www.sozialgerichtsbarkeit.de (07.12.2024).

112 Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 211 ve 212.

113 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 344.

114 Doğan, s. 213.

kişilere bilgisayar, depolama aygıtı vb. aletleri sağlaması iş organizasyonu ile bütünleşmeyi desteklemez. Zira Scrum'da bu yaygın bir durum olarak karşımıza çıkar[115]. Arnold ve Günther'e göre, işyerine ilişkin e-posta adresinin bu çalışanlarla ilişkilendirilmemesiyle, ziyaretçi kart ile işyerine erişimin sağlanmasıyla, iş aletlerinin kullanılmasında farklılıkla veya Scrum'un diğer üyeleri ile mekânsal ayrılık sağlanmasıyla, bağımsız çalışan olarak ekibe katılan kişinin organizasyonla bütünleşmesi engellenebilir[116].

İşverenin iş organizasyonuna dâhil olma, işin hangi zamanda başlayacağı, süresi, mekânı ve içeriği ile ilgilidir. Kural olarak bu unsurlar işveren tarafından belirlenir[117]. Sayılan unsurlar Scrum açısından değerlendirildiğinde; Scrum kararı alma yetkisi ve dolayısıyla ilk Scrum'un başlayacağı zamanının tespiti işverene aittir, Scrum'un süresi çalışmanın kendine has özelliği nedeniyle genellikle benzer uzunlukta kararlaştırılır, Scrum'un gerçekleştirileceği mekân konusuna göre işverenin istekleri doğrultusunda belirlenebilir, çalışmanın içeriği müşterilerin taleplerinin yer aldığı proje iş listesi aracılığıyla proje sorumlusu tarafından geliştirme ekibine aktarılır[118].

Thüsing ve Mantsch'a göre, Scrum gibi atik/çevik çalışma sistemleri, dışarıdan destek almak suretiyle, destek alınan kişilere emir ve talimat vermeksizin ve onları iş organizasyona entegre etmeksizin yerine getirilir[119]. Heise'ye göre, Scrum çalışmada işveren kendi çalışanlarını adeta bir dış kaynak olarak kullanabilir. Dışarıdan geliştirme ekibine katılan kişinin sırf ekip üyesi olması ve ekiple birlikte çalışması onu iş organizasyonu çerçevesinde bağımlı olarak çalışan kişi konumuna getirmez[120]. Kanaatimizce Scrum'da dışarıdan katılan kimselerin, çalışma modelinin özellikleri gereği, işin görülmesine ilişkin tek-

115 Litschen, Yacoubi, s. 488.

116 Arnold, Günther, s. 63.

117 Ali Güzel, "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara, 1997, s. 100, (İşçi Kavramı); Başterzi, s. 182.

118 "...İş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bağımlılık unsurunun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır...", Y9HD., E. 2014/34323 K. 2016/6152 T. 15/03/2016, www.lexpera.com.tr (07.12.2024)

119 Thüsing, Mantsch, s. 844.

120 Dietmar Heise, "Sozialversicherungspflicht in der agilen Arbeitswelt", *NZA*, 2017, s. 1574.

nik emir ve talimatlar almaması iş organizasyonu kapsamına dâhil olmadıkları anlamına gelmez. Zira iş organizasyonuna dâhil olma halinde sıkı sıkıya emir ve talimatların varlığı aranmamakta, işverenin çizdiği sınırlar kapsamında iş sürecine katılma yeterli görülmektedir[121]. Somut olayın özelliklerine göre, Scrum'un çerçevesinin işveren veya onu temsilen proje sorumlusu tarafından belirlendiği ya da araç ve gereçlerin işveren tarafından sağlandığı çalışmada geliştirme ekibi üyesinin iş organizasyonuna dâhil olduğu kabul edilebilir.

iv. İş Malzemelerinin İşverence Sağlanması

İşin görülmesinde kullanılan malzemeler kural olarak işveren tarafından temin edilir[122]. İşin özellikleri veya aksine ilişkin bir anlaşma varsa bunların işçi tarafından sağlanması mümkün olabilir[123]. Gerçekten 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[124]'na (TBK) göre, "*Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür*" (TBK. m. 413/1). Uygulamada Scrum modelinin kullanıldığı yazılım işlerinde güvenlik açısından iş bilgisayarlarının şirketler (işverenler) tarafından temin edildiği görülmektedir.

İşyerinde yapılması şart olmayan bir Scrum'da, işi evinde yerine getiren ekip üyesi bulunabilir. Bu durumda, ekip üyesinin iş için kullandığı bilgisayarın kendisine ait olması, çalışma esnasında kullanılan elektrik, internet veya telefon faturası gibi giderlere kendisinin katlanması mümkündür. Dolayısıyla söz konusu hallerde TBK. m. 413/2'de yer alan işçiye uygun karşılık verilmesi hükmünün yanı sıra işverenin giderleri karşılama borcu bakımından da kanundan sapma ortaya çıkar. Ekip üyesinin elektrik, internet veya telefon faturası gibi giderleri tek başına üstlenmek zorunda kalmasının; TBK. m. 414/3'te yer alan zorunlu giderlerin kısmen veya tamamen işçi tarafından karşılanamayacağına, TBK. m. 416'da belirtilen işçiye giderlere ilişkin masrafın ücretle birlikte ödenmesine ve uygun bir avans verilmesine ilişkin hükümlere de aykırılık teşkil edeceği açıktır. Zira bu şekildeki Scrum'da ekip üyesi zorunlu giderlere kendisi katlanır.

v. İşçinin İşi Reddetme Hakkının Bulunmaması

Bağımsız çalışan kimseler ifa edecekleri işi seçmekte özgürdürler. Bağımlı ola-

121 Doğan, s. 211.

122 "...Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması... bağımlılık unsuru açısından önemlidir...". Y9HD., E. 2015/3576 K. 2015/8445 T. 26/02/2015, www.lexpera.com.tr (07.12.2024)

123 Güzel, *İşçi Kavramı*, s. 122.

124 RG. 04.02.2011-27836.

rak çalışan işçinin işverenin emir ve talimatları çerçevesinde verilen işi reddetme hakkı yoktur[125]. Diğer bir ifadeyle, işin, işçinin kendi özgür iradesi neticesinde reddedilememesi bağımlı olarak çalışmanın varlığına işaret eder[126].

Scrum çalışmada ele alınan proje süresince müşterilerin çeşitli gereksinimleri ortaya çıkabilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, gereksinimler proje iş listesine aktarılır ve proje toplantılarında ekip üyelerine bildirilir. Aşamalı biçimde ilerleyen Scrum'da her aşamada ortaya çıkabilecek ek gereksinimler yeni bir iş yükü anlamına gelebilir. Ekip üyelerinin sonradan kendilerine aktarılan gereksinimleri devam eden proje toplantı sürecine eklememe hakları varsa da talep edilen unsurların sonraki toplantı sürecine eklenmesi şarttır. Ekip üyelerinin belirtilen işleri, diğer deyişle yeni iş yükünü reddetme hakkı olmadığı ifade edilebilir.

vi. İşletme Rizikosunun Üstlenilmesi

Bağımsız çalışanlar, faaliyetlerini kendi hesaplarına yapar ve bunun sonucunda ortaya çıkan kâr veya zarara katlanırlar[127]. İşletme rizikosunun üstlenilmesi iş hukuku süjesi olarak işverenlere aittir. İşyerindeki mal ve hizmet üretimine dair kararların kendilerince alınması, doğabilecek risklere katlanılması sonucunu doğurur[128]. İşçilerin işletme rizikosunu üstlenmesi söz konusu olmaz.

Ekibe dışarıdan katılan kişiler belirli bir ücret karşılığı Scrum'a dâhil olurlar. İşverenin ek ödemesi olması[129] haricinde kârdan paya ilişkin ödeme almaları söz konusu değildir[130]. Diğer bir deyişle, çalışma sonucu şirketin kâr elde etme-

---

125 "...Çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) durumunda, çalışan kişinin "bağımsız çalışan" olduğu kabul edilmelidir. Vekilin dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirme hakkı, işverene karşı mutlak olmamakla birlikte bir ölçüde bağımsızlığını ortaya koymaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır...", Y9HD., E. 2016/15883 K. 2016/17663 T. 11/10/2016, www.lexpera.com.tr (07.12.2024).

126 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 346; Doğan, s. 248; Başterzi, s. 189.

127 Doğan, s. 226; Başterzi, s. 185.

128 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 346 ve 347; Başterzi, s. 185.

129 Çalışanın ikramiye veya prim gibi ödemeler alması kârdan pay aldığını göstermez. Bkz. Doğan, s. 237.

130 "...Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri de nazara alındığında, tüm dosya kapsamına göre; davacı ile davalı şirket arasında 26.12.2012 tarihli "İş Ortaklığı Sözleşmesi"nin akdedildiği, davacının sözleşmede öngörülen koşullar dahilinde yapılacak satışlar sonucu elde edilecek kazançtan belirlenen oranda bir pay aldığı ve bu şekilde ekonomik risk kendisine ait olacak şekilde çalıştığı, işyerinde kendisine emir ve talimat veren kimse olmadığı gibi davacının kayden sigortalı olarak da görünmediği, işyeri organizasyonu içerisinde yer almasının tamamen işin mahiyetinden kaynaklı olduğu ve bunun da davalıya bağımlı çalıştığı sonucunu doğurmayacağı anlaşılmaktadır...", Y9HD., E. 2020/8783 K. 2021/4012 T. 16/02/2021, www.lexpera.com.tr (07.12.2024)

si, ekip üyesinin malvarlığında artış; şirketin zarar etmesi, projede elde edeceği ücrette herhangi bir azalma meydana getirmez. Scrum'un işyerine veya işletmeye ilişkin sonuçlarına işverenler katlanır.

vii. Değerlendirme

İş sözleşmelerinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli özelliği bağımlı hukuki ilişki kurmasıdır. Bağımlılık unsuru geliştirme ekibinin karma veya sadece işyeri dışından kimselerden oluşacak şekilde kurulduğu Scrum çalışmalarında yoğun olarak bulunmaz. Bağımlılığın salt işin tekniğine ilişkin emir ve talimatlar çerçevesinde değerlendirilmesi halinde ise, herhangi bir ekip üyesinin işçi olarak sınıflandırılması mümkün gözükmemektedir. Bu doğrultuda, bağımlılığın tespitinde esas alınan yardımcı ölçütlere de özellikle önem verilmesi gerektiği ifade edilebilir.

Uygulamada Scrum çalışmasının içeriği, süresi ve taraflar arasındaki ilişkiler çeşitli şekilde belirlenebilmektedir. İşverenlerin Scrum süresince ekibe dışarıdan katılan kimselerle doğrudan belirli süreli iş sözleşmesi yaptıkları dahi gözlemlenmektedir[131]. Dolayısıyla salt çalışmanın biçimine göre değil, somut olayın özelliklerine göre taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

2. Farklı Bir İşverenin İşçisi Olan Kişi/Kişilerin Ekibe Katılımı

Geliştirme ekibinde farklı işverenlerle çalışan kişilerin yer alması mümkündür. Uygulamada, geliştirme ekibi bu kişileri de içerisine alacak şekilde oluşturulduğu da gözlemlenmektedir. Belirtilen şekilde hareket eden bir işveren, farklı işverenlerin çalışanlarını dış kaynak olarak kullanmış olur. İşverenin söz konusu işçileri kendi işyerlerinde belirli süre ile çalıştırma süreci, iş hukuku açısından geçici iş ilişkisi kapsamında gerçekleşebilir.

a. Genel Olarak Geçici İş İlişkisi Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu[132]'nda (İşK) geçici iş ilişkisinin, özel istihdam bürosu aracılığıyla veya holding ya da şirketler topluluğu arasında yapılmasına cevaz verilmiştir. Gerçekten 4857 sayılı Kanun uyarınca, farklı bir şirkette/işverenin işyerinde çalışan işçinin geçici işverenin işyerine dâhil olması, çalıştığı şirketin/işverenin bir özel istihdam bürosu niteliğinde olması veya holding veya aynı şirket topluluğunda bulunmasına bağlıdır (İşK. m. 7). Kanunda belirtilen

131 "...Davacı ile davalı arasında belirli süreli iş sözleşmesi bulunmakta, davacı söz konusu sözleşme çerçevesinde Scrum ekibine dahil olmaktadır...", ArbG Lübeck, Urteil vom 22.01.2020- 4 Ca 2222/19, www.dejure.de (07.12.2024).

132 RG. 10.06.2003-25134.

tarafların bulunmadığı bir hukuki ilişkide usulüne uygun bir geçici iş ilişkisi kurulmuş olmaz.

Geçici iş ilişkisi, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi ve genel anlamda geçici iş ilişkisi olmak üzere ikiye ayrılır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin tarafları geçici işveren-geçici işçi-özel istihdam bürosu iken, genel anlamda geçici iş ilişkisinin tarafları geçici işveren-geçici işçi-işverendir[133]. Geçici iş ilişkisi, taraflar arasında yapılacak geçici işçi sağlama sözleşmesi ile kurulur[134]. İşçi bu sözleşme neticesinde sözleşmede yer alan süre kadar geçici işverene iş görme borcunu ifa eder[135]. İş görme borcunu geçici işverenin emir ve talimatları çerçevesinde yerine getirir[136]. Ücret ödeme borcu kural olarak işverenin üzerinde kalmaya devam eder[137]. Geçici işçinin iş sözleşmesi, geçici işveren tarafından değil işçinin kendi işvereni tarafından feshedilebilir[138].

b. Değerlendirme

Alman öğretisinde geliştirme ekibine katılan farklı işverenin işçilerinin geçici işçi statüsünde yer alıp almayacağı değerlendirilmiştir. Arnold ve Günther'e göre, Scrum'da emir ve talimatın bulunmaması geçici iş ilişkisinin ortaya çıkmasını engeller[139]. Litsche ve Yacoubi'ye göre, proje sorumlusunun, Scrum başkanının ve nihayetinde işverenin şirket dışından katılım sağlayan çalışanlara emir ve talimat verme yetkisi yoktur. Ayrıca Scrum başkanı görevi kapsamında işverenin, şirket dışı çalışanlara emir ve talimat verilmesini engelleyebilir ve geçici iş ilişkisinin kanuni unsurlarının gerçekleşmesinden kaçınılmasını sağlayabilir. Fakat uygulamada bu durumun gerçekleşmesinin zor olacağı durumların varlığını da ifade etmek gerekir. Örneğin, çalışmaya ilişkin tavsiye veya talimatların çok yoğun olduğu Scrum, iş hukukuna özgü emir ve talimatları

133 Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 155; Süzek, s. 295; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 351; Ş. Esra Baskan, "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2017, s. 10 ve 11.

134 Akyiğit, s. 158; Süzek, s. 295; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 351; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 231 ve 232. Geçici işçi sağlama sözleşmesi hukuki niteliği açısından, ticaret hukuku ve borçlar hukukunu ilgilendiren bir sözleşmedir. Seçkin Nazlı, *Özel İş Aracılığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 246 ve 247; Orhan Ersun Civan, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 66, Sayı 2, 2017, s. 316.

135 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 231; Süzek, s. 305; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 360; Baskan, s. 13.

136 Sümer, *İş Hukuku*, s. 70; Baskan, s. 13; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 360; Süzek, s. 306; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 131; Civan, s. 365; Nazlı, s. 232.

137 Sümer, *İş Hukuku*, s. 70; Baskan, s. 26.

138 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 364.

139 Arnold, Günther, s. 61.

dolaylı olarak içerebilir[140]. Heise'ye göre, Scrum çalışması için yeni ve kanuni sözleşme tanımına ihtiyaç vardır. Farklı şirketlerden ekibe katılan kişiler iş hukuku kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle, şirketler arasında geçici işçi sağlamaya yönelik bir sözleşme söz konusu olmaz[141]. Lunk'a göre, proje sorumlusu iş hukukuna ait emir ve talimatların verilmemesi yoluyla Scrum çalışmasının içerisine gizlenmiş bir geçici iş ilişkisinin varlığını engelleyebilir[142].

Uygulamada, farklı işyerlerinde çalışan işçilerin, Alman hukukunda olduğu gibi, geçici iş ilişkisinin kanuni prosedürleri yerine getirilmeksizin geliştirme ekibine katıldıkları görülmektedir. Gerçekten, özel istihdam bürosu aracılığıyla veya genel anlamda ödünç iş ilişkisi yoluyla ekibin oluşturulması tercih edilmemekte, harici şirketlerin işçileri farklı sözleşmeler kapsamında ekibe dahil edilmektedir.

Geçici ilişkisinde emir ve talimat yetkisi geçici olarak geçici işverene devredilir. İşçi, iş görme edimini ifa ederken geçici işverenin emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Ancak unutmamak gerekir ki, işin niteliğine göre emir ve talimatlar saydamlaşabilir. Scrum çalışmasının kullanıldığı iş türlerinde özellikle işin tekniğine ilişkin (teknik talimatlar) emir ve talimatların bulunmaması veya çok az bulunması tek başına taraflar arasındaki ilişkinin geçici iş ilişkisi olmadığı sonucunu doğurmaz. Scrum çalışmada ücret ödeme borcu, Scrum sonucu projenin sahibi olacak işverenin üzerine bırakılır. Geçici iş ilişkisinde ise işveren ücret ödeme borcu altındadır. Tarafların bunun aksini kararlaştırması mümkündür. Scrum'da da durum bu şekilde cereyan etmektedir. Ekibe şirket dışından katılan işçi ile Scrum çalışmaya devam edip etmeme kararı işverene aittir. Ancak bu durum işverenin ekip üyesinin kendi işvereni ile olan iş sözleşmesini feshedebileceği anlamına gelmez. Fesih yetkisi ekip üyesinin kendi işverenin de kalmaya devam eder. Tüm bu benzerlikler karşısında taraflar arasında bağımlı hukuki ilişki mevcutsa, geçici iş ilişkisi varlığının ve iş hukukuna özgü kuralların uygulanacağının kabulü gerekir.

Sonuç

Scrum çalışma, uygulamada şirketlerin başvurduğu çalışma sistemlerinden birisidir. Scrum çalışma sisteminde geliştirme ekibi uzman kişilerin bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulmaktadır. Her Scrum çalışmasında ekibin aynı yapıda olması mümkün değildir. Bu bağlamda şirketlerin bir kısmı Scrum çalışmayı kendi işçileri ile gerçekleştirirken, diğer bir kısmı ise ekipteki üyelerin

140 Litsche, Yacoubi, s. 486.

141 Heise, s. 105.

142 Lunk, Rn. 42.

yapısını farklı şekilde tasarlamaktadır. Şöyle ki, ekibin bir bölümü işverenin kendi işçileri, diğer bölümü başka işverenlerin işçileri ve bir diğer bölümü ise esasen daha önce bağımsız olarak çalışan kimselerden oluşabilmektedir. Bu durum çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir.

Karşılaştırmalı Hukuktaki görüşlere benzer şekilde ülkemizdeki pratik uygulamada da ekibe işyeri dışından katılan kimseler bağımsız çalışan statüsünde değerlendirilmektedir. Scrum çalışmanın işverenin işin tekniğine ilişkin emir ve talimatlarını içermeyen genel özellikleri bu görüşe temel dayanak teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu düşünce doğrultusunda farklı bir işyerinden ekibe katılanlar bağımsız çalışan olarak değerlendirilmekte ve bu kimseler işçi olarak sınıflandırılmamaktadır. Bağımlılığın tespitinde esas alınan ölçütler açısından değerlendirildiğinde, salt çalışmanın şekli esas alarak öne sürülen düşünceleri kabul etmek mümkün değildir. Zira somut olaya göre ekibe katılan kimselerin iş hukuku bağlamında hukuki niteliklerinin değişebilmesi mümkün gözükmektedir.

Belirtilen sakıncaların önüne geçilmesi için Scrum çalışma gibi esnek çalışma yöntemleri bakımından kanuni düzenlemenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Aksi halde her durumda somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Bunun yanı sıra genel kanaat neticesinde uygulamada belirli bir kategoriye (bağımsız çalışan) dâhil edilmiş olan ekip üyeleri İş Kanunu'nun korumasından da mahrum kalacaktır.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Antalya, O. Gökhan, *Marmara Hukuk Yorumu: Eşya Hukuku IV/1 Giriş, Temel Kavram ve İlkeler – Zilyetlik – Tapu Sicili*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Arbek, Ömer, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Arnold, Christian; Günther, Jens, *Arbeitsrecht 4.0, Praxishandbuch zum Arbeits-, IP- und Datenschutzrecht in Einer Digitalisierten Arbeitswelt*, C. H. Beck, 2018.
- Aydınlı, İbrahim, "Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi- İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, Sayı 1, 2008, ss. 39-83.
- Baskan, Ş. Esra, "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2017, ss. 3-46.
- Başbuğ, Aydın; Yücel-Bodur, Mehtap, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Başterzi, Süleyman, "Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 17, Mart 2010, ss. 175-198.
- Bozbel, Savaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Civan, Orhan Ersun, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 66, Sayı 2, 2017, ss. 311-397.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat; Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Doğan, Sevil, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Frank, Christian, "Bewegliche Vertragsgestaltung für agiles Programmieren - Ein Vorschlag zur rechtlichen Abschichtung zwischen Planung und Realisierung", *Computer and Recht*, Cilt 27, Sayı 3, 2011, ss. 138-144.
- Fritz, Baur; Stürner, Rolf, *Sachenrecht*, 18. Bası, C. H. BECK, 2009.
- Förster, Christian, "IT-Vertragsrecht: Teil 3 – Softwareentwicklungsvertrag", *MMR*, 2024, ss. 477-481.
- Fuchs, Anke; Meierhöfer, Christine; Morsbach, Jochen; Pahlow, Louis, "Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht? Unterschiede zu den „klassischen" Softwareentwicklungsprojekten", *MMR*, 2012, ss. 427-433.
- Güzel, Ali, "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara, 1997, ss. 83-126.
- Hatipoğlu, Kaan, Paket Yazılım Lisans Sözleşmeleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Heise, Dietmar, "Agile Arbeit, Scrum und Crowdworking – New Work außerhalb des Arbeitsrechts?", *NZA-Beilage*, 2019, ss. 100-106.
- Heise, Dietmar, "Sozialversicherungspflicht in der agilen Arbeitswelt", *NZA*, 2017, ss. 1571-1577.
- Heise, Dietmar; Friedl, André, "Flexible („agile") Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung – das Ende von Scrum?", *NZA*, 2015, ss. 129-137.

- Heussen, Benno, "Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware -Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen", *GRUR*, 1987, ss. 779-792.
- Kania, Thomas, "BetrVG § 87 Mitbestimmungsrechte", Ed. Rudi Müller-Glöge; Ulrich Preis; Ingrid Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Bası, 2025.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, ss. 921-931.
- Litsche, Kai; Yacoubi, Ilies, "Arbeitnehmerüberlassung und agile Prozess- und Organisationsmethoden", *NZA*, 2017, ss. 484-489.
- Lunk, Stefan, "§ 340 Die Mitbestimmung bei der Einstellung", Heinrich Kiel, Stefan Lunk, Hartmut Oetker, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 4: Kollektives Arbeitsrecht II, Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Bası, 2022.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022.
- Nazlı, Seçkin, *Özel İş Aracılığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Nomer, Haluk N.; Ergüne, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Özdemir, Hayrunnisa, "Eser Sözleşmesi", Ed. M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, ss. 491-649.
- Partogi, Joshua, *What Does It Mean for The Scrum Master to Be a True Leader as Written in Scrum Guide?*, www.scrum.org
- Precht, Hauke; Saive, David, "Compliant Programming - Juristen in der agilen Software - Entwicklung, Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht", *InTeR*, 2020, ss. 13-17.
- Rey, Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und Das Eigentum*, Dritte, Ergänzte und Überarbeitete Bası, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern, 2007.
- Salamon, Erwin, "§ 330 Mitbestimmung bei der Arbeitsorganisation: Gruppenarbeit und mobiles Arbeiten", Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4: Kollektives Arbeitsrecht II, Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Bası, 2022.
- Sarre, Frank, "*§ 1* Erstellung und Pflege von Software", Ed.Auer-Reinsdorff, Astrid / Conrad, Isabell, *Handbuch IT- un Datenschutzrech*, 3. Bası, 2019.
- Schwaber, Ken; Sutherland, Jeff, *Der Scrum Guide, Der Gültige Leitfaden für Scrum: Die Spielregeln*, Juli 2013.
- Solmecke, Christian, "*§ 1* Digitalisierte Arbeitswelt", Stefan Kramer, *IT-Arbeitsrecht*, 3. Bası, 2023.
- Stiemerling, Oliver, "Vorgehensmodelle und IT-Projektmanagement", Ed. Leupold, Andreas; Wiebe, Andreas; Glossner, Silke, *IT-Recht*, 4. Bası, 2021.
- Suluk, Cahit; Karasu, Rauf; Nal, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Thüsing, Gregor; Mantsch, Simon, "SCRUM als selbständige Arbeit: Administrative Regulierung versus gesetzgeberischer Wille?", *NZS*, 2023, ss. 841-846.
- Tunçomağ, Kenan, Takım Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 36, Sayı 1- 4, 1970, ss. 311-322.
- Tunçomağ, Kenan; Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Wolf, Stephan; Wiegand, Wolfgang, "Vor Art. 641ff. ZGB", Ed. Thomas Geiser, Stephan Wolf, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 7. Auflage, 2023, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)*, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul, 1999.

İnternet Kaynakları

- www.dejure.de
- www.lexpera.com.tr
- www.sozialgerichtsbarkeit.de

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Sözleşme ile Alacağın Devrinin Engellenmesinin Alacak Finansmanı (Faktoring ve Forfaiting) Açısından İrdelenmesi*

Analysis of Contractual Prohibition of Assignment of Receivables in Comparative Law and Turkish Law within the Context of Receivables Financing (Factoring and Forfaiting)

Eda ATAMER-COŞKUNSU**

ÖZ

Alacak devrinin sözleşme ile yasaklanması (pactum de non cedendo), tedarik zincirinde yer alan küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin alacak finansmanına erişimlerine engel olmaktadır. Büyük alıcılar tarafından tedarik sözleşmelerine genel işlem koşulları olarak eklenen devir yasakları, sadece ülkemizde değil diğer ülkelerde de büyüyen bir problem haline gelmiştir. Bu nedenle gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse pek çok hukuk sisteminde sözleşmesel devir yasaklarının etkisini sınırlayıcı yasal değişiklikler yapılmıştır. Türkiye'deki tüm işletmelerin %99,8'inin küçük ve orta büyüklükteki işletmelerden oluştuğu düşünüldüğünde, mevzuat değişikliğinin ülkemiz açısından da kaçınılmaz olduğu daha iyi anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler ışığında, Türk Hukuku açısından konunun değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanması, sözleşmesel devir yasağı, pactum de non cedendo, alacak finansmanı, faktoring, forfaiting, küçük ve orta büyüklükte işletmeler.

---

* Makale gönderim tarihi: 06.12.2024 Makale kabul tarihi: 09.01.2025. Eda Atamer-Coşkunsu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Sözleşme ile Alacağın Devrinin Engellenmesinin Alacak Finansmanı (Faktoring ve Forfaiting) Açısından İrdelenmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 455-474, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.13

Bu makale İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programında "Forfaiting Sözleşmesi" isimli doktora tezinden türetilmiştir.

** Doktora Öğrencisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bölümü, 0000-0001-6426-1451, av.edaatamer@gmail.com

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

The prohibition of assignment of receivables by contract (pactum de non cedendo) prevents small and medium-sized enterprises in the supply chain from accessing receivables financing. Assignment prohibitions added to supply contracts as standardized terms of contract by large buyers have become a growing problem not only in our country but also in other countries. For this reason, both in international regulations and in many legal systems, legal changes have been made to limit the effect of contractual prohibitions. When it is considered that 99.8% of all enterprises in Turkey are small and medium-sized enterprises, it is better understood that legislative changes are also unavoidable for our country. In this context, it is important to evaluate the issue in terms of Turkish Law in the light of developments in the international and comparative law.

Keywords: Contractual prohibition of assignment of receivables, ban on assignment, pactum de non cedendo, receivables financing, factoring, forfaiting, small and medium-sized enterprises.

Giriş

Türk Borçlar Kanunun (TBK)[1] 183'üncü maddesine göre, kanun, *sözleşme* veya işin niteliği *engel olmadıkça* alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir (TBK m. 183/1; İBK[2] m. 164/1). Hükümden de anlaşılacağı üzere, devir engeli kanundan veya işin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden de kaynaklanabilir.

Diğer taraftan, temelinde alacak devri bulunan faktoring[3] ve forfaiting[4] söz-

1 RG. 04.02.2011-27836.

2 İsviçre Borçlar Kanunu (OR-İBK), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en

3 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu m. 38'e göre "Faktoring sözleşmesi, mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir." Faktoring sözleşmesine konu alacakların fatura ve benzeri alacağa bağlı belgelerle tevsik edilmesi zorunludur. Faktoring kavram ve tanımı konusunda açıklamalar için bkz. Cumhur Özakman, *Factoring Sözleşmeleri*, İstanbul, 1988, s. 13 vd.; Özge Uzun-Kazmacı, *Faktoring Sözleşmesi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 41 ve 42.

4 Forfaiting, mal veya hizmet ihracatından doğan -genellikle poliçe, bono gibi kıymetli evraka bağlanmış- vadeli alacakların banka veya finans kuruluşu tarafından faiz ve diğer masraflar indirildikten (iskonto edildikten) sonra devralınması karşılığında peşin ödemenin yapıldığı; alacak veya alacağa bağlı risklerin forfaiting kuruluşu tarafından üstlenildiği bir finansman yöntemidir. Forfaitinge uygulamada çoğunlukla kambiyo senedine bağlanmış alacaklar konu olmakla birlikte, defter alacaklarının da (özellikle akreditif, banka garantisi altına alınmış alacaklar ile uluslararası alanda finansal kiralama sözleşmesinden doğan alacaklar) forfaiting sözleşmesine konu olması mümkündür. Forfaiting tanımı için bkz. Nuray Ekşi, "Forfaiting Sözleşmesi", *Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1993, s. 251; Pınar Aşık, *Hukuki Açıdan Forfaiting*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 21 ve 22.

leşmeleri açısından bakıldığında ise, bu sözleşmelerin geçerli olarak akdedilebilmeleri için alacağın devrine engel teşkil eden bir durum bulunmaması gerekmektedir. Faktoring ve forfaiting işlemlerinde, *ticari ilişkiden* doğan para alacakları finanse edildiğinden, kanundan veya işin niteliğinden kaynaklanan alacaklar, bu işlemlere konu olmamaktadır[5]. Ancak, taraflar arasındaki temel ilişkide devri sözleşme ile yasaklanmış alacaklar (*pactum de non cedenco*)[6], faktoring ve forfaiting sözleşmeleri açısından sorun teşkil etmektedir ve bu nedenle konunun bu açıdan değerlendirilmesi önem arz etmektedir[7]. Zira, bu durumda, borçlunun korunması ilkesi kapsamında temel ilişkideki borçlunun menfaatleri ile, alacağını devrederek kendisine finansman temin etme özgürlüğü kısıtlanan alacaklının menfaatleri ve devralanların menfaatleri çatışmaktadır. Bu menfaatler arası dengenin adaletli şekilde kurulması için, her bir tarafın menfaatlerinin iyi analiz edilmesi gerekmektedir[8].

Borçlunun menfaatleri açısından, sözleşmesel devir yasağının temelinde, alacağın devri sebebiyle -alacak devrine rıza göstermesi dahi gerekmeyen- borçlunun durumunun kötüleşmemesi, yani borçluyu koruma ilkesinden kaynaklanmaktadır. *Pactum de non cedendo* sayesinde alacaklının alacağını devretmesi

---

5 Forfaiting açısından bkz. Andreas Deuber, *Rechtliche Aspekte in Der Forfaitierung*, Haupt, 1993, s. 86; Aşık, s. 154. Faktoring açısından bkz. Özakman, s. 22.

6 Pactum de non cedendo, alacağı devretmeme anlaşmasıdır. Bu bağımsız bir anlaşma olup, herhangi bir şekle tabi değildir. Devir yasağının doğduğu sözleşmenin içinde düzenlenebileceği gibi, ayrı bir anlaşma da yapılabilir. Bkz. Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 1084; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, 14. Bası, İstanbul, 2018, s. 597; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, İstanbul, 2021, s. 418; H. Tolunay Ozanemre-Yayla*, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği),* Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 195. Alacaklı ile borçlu arasında yapılan bu anlaşma ile alacaklının tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Bkz. Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Faktoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi,* Çağ Üniversitesi Yayınları No: 3, Mersin, 2004, s. 81; Oruç Hami Şener, *Faktoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması,* Ankara, 2005, s. 76, dn. 164; Uzun-Kazmacı, s. 113; Ozanemre-Yayla, s. 196; Burcu Erbayraktar, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum De Non Cedendo),* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 373 ve 657.

7 Türk hukukunda *pactum de non cedendo*'yu faktoring sözleşmeleri açısından incelemeler için bkz. Uyanık-Çavuşoğlu, s. 108, 204 ve 205; Şener, s. 73 vd. (Yazar tarafından, alacağın temlikinin sözleşmeyle yasaklanmasının getirebileceği sakıncalar konusu ve bu konuda Alman Hukukunda yapılan düzenleme detaylı olarak irdelenmiştir. Yazar, Türk Hukuku açısından bu konuda düzenleme yapılmasına gerek olup olmadığını değerlendirdikten sonra, konuya ilişkin düzenleme önerisinde bulunmuştur. Bkz. Şener, s. 101.); Uzun-Kazmacı, ss. 112-118.

Forfaiting açısından bkz. Aşık, s. 154 ve 155.

Genel olarak bkz. Ozanemre-Yayla, s. 194 vd. Ayrıca, pactum de cedendo açısından kapsamlı bir çalışma için bkz. Erbayraktar, s. 11 vd.

8 Matthias Armgardt, "Die Wirkung Vertraglicher Abtretungsverbote im Deutschen und Ausländischen Privatrecht", *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Cilt 73, Sayı 2, 2009, s. 321.

engellenerek, borçlunun alacaklı olmayan birine ifada bulunma tehlikesi bertaraf edilmektedir. Ayrıca, borçlu bu konuda operasyonel takip külfetinden de kurtulmuş olmaktadır. Zira, zincirleme alacak devirlerinde veya faktoringe konu toptan (global) alacak devirlerinde, borçlunun ödemeyi kime yapması gerektiğini takip etmesi kendisi açısından bir külfet yaratmaktadır. Özellikle de tedarik zincirindeki büyük alıcılar açısından bu durum yanlış kişiye ifa riskini artırmaktadır[9]. Bu riski bertaraf etmek için tarafların aralarında kararlaştırdıkları devir yasağı, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında değerlendirilmekte, bu ilkeye göre tarafların diledikleri tipte ve içerikte düzenleme yapabilecekleri, bu minvalde alacağın devri yasağını da sözleşme ile yaratabilecekleri ve buna ilişkin koşulları istedikleri gibi düzenlemekte serbest oldukları belirtilmektedir[10]. Doktrinde, borçlunun devir yasağına olan bir menfaatinin de takas hakkı olduğu ileri sürülmektedir[11].

Alacaklının menfaatleri açısından değerlendirildiğinde ise, alacaklının alacağını devretmeye ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlanmakta ve özellikle ticaret hayatında finansmana erişimi engellenmektedir. Özellikle tedarik zincirinde yer alan Küçük ve Orta Büyüklükte İşletmeler (KOBİ) açısından durum ciddi bir tehlike yaratmaktadır. Zira, KOBİ'lerin finansmana erişim açısından ellerinde bulunan en değerli malvarlığı alacaklarıdır[12]. Bu noktada, büyük alıcıların domine ettiği tedarik zincirleri içerisinde yer alan KOBİ'ler bakımından menfaatler dengesinin tersine döndüğü görülmektedir. Zira, kanunun koruma sağladığı borçlu konumundaki "büyük ve güçlü alıcılar" iken, zayıf konumda olanlar ise alacakları üzerinde tasarruf yetkileri kısıtlanmış "alacaklı KOBİ"lerdir. Söz konusu büyük alıcılar, sözleşmelerde genel işlem şartları içerisine koydukları devir yasağı hükümleri ile KOBİ'lerin *alacağın devri* yöntemiyle finansmandan yararlanmalarına engel olmaktadırlar. Bu engelin sebebi ise, borcun, borçlunun şahsen ifa etmesi gerekli borç niteliğinde olmasından veya başkaca geçerli bir meşru gerekçeden kaynaklanmamaktadır. Borçluyu koruma saikiyle getirilen düzenlemeler, bugün büyük alıcıların (borçluların) finansal açıdan daha da güçlü hale gelmelerini sağlamaktır. Oluşturulan bu tedarik zinciri sistemi içerisinde, ticari alacağını devrederek sağlayacağı finansman ile kendisine işletme sermayesi yaratabilecek KOBİ'lerin, bu kaynaktan yararlanamaması ve büyük

9 Bkz. Şener, s. 75 ve 76; N. Orkun Akseli, "Non-Assignment Clauses and Their Treatment Under UNCITRAL's Secured Transactions Law Instruments", Ed. Spyridon V. Bazinas, N. Orkun Akseli, *International and Comparative Secured Transactions Law: Essays in Honour of Roderick A Macdonald*, 2017, s. 80, 81 ve 82; Erbayraktar, ss. 161-166.

10 Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Erbayraktar, s. 205 vd.

11 Erbayraktar, s. 169.

12 KOBİ'ler açısından sakıncalara ilişkin açıklamalar için bkz. Şener, s. 87 vd.; Ozanemre-Yayla, s. 196; Erbayraktar, ss. 239-242.

alıcıların ödemelerini beklemeleri gerekmektedir[13]. Bu durumda, KOBİ'ler tedarik zincirlerinde varlıklarını sürdürebilmek adına, ağır sözleşme şartlarını kabul etmek zorunda kalmaktadırlar[14]. Diğer yandan, sözleşme özgürlüğü temelinde bakıldığında, alacaklının da alacağını devretme, üçüncü kişilerle istediği şekilde sözleşme akdedebilme özgürlüğü kısıtlanmış bulunmaktadır[15].

Devralanın korunmaya değer menfaatleri açısından bakıldığında ise uluslararası tartışmalarda ön plana çıkan husus, devralanın alacaklılarının devredilen alacağa erişim haklarının korunmasıdır. Ancak, alacaklı ile borçlu arasında borçlu lehine getirilen devir yasağı nedeniyle devir işleminin geçersiz sayılması halinde bu koruma reddedilmektedir. Zira geçersiz devir işlemi nedeniyle, devredenin alacaklıları cebri icra veya iflas halinde devredilen alacağa erişebilirler. Bu durumda, devir yasağı, borçlu ile alacaklı arasındaki anlaşmadan hiç haberi olmayan ve devir yasağıyla ilgisi olmayan üçüncü kişileri yani devralan ve onun alacaklılarını kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Bu açından, uluslararası doktrinde devir yasağının tam olarak devralanın aleyhine kararlaştırılmış olduğundan, onun çıkarları açısından dikkatle ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir[16].

Bu noktada, sözleşme özgürlüğü ilkesinden, alacaklının alacağını başkalarına devredebilme serbestisinin mi yoksa tarafların aralarında anlaşarak borçlunun

13 Finansmandan, vadesinden önce alacağının karşılığını elde eden KOBİ yararlandığı kadar, dolaylı olarak onun müşterileri de yararlanmaktadırlar. Zira, nakit paraya kavuşan KOBİ daha çok vadeli satış yapma ve iş hacmini artırma imkânı bulacaktır. Ayrıca, üretim için hammadde veya işletmesi aldığı mal veya hizmetin karşılığını peşin olarak ödeyebilecek, belki bu şekilde peşin ödeme indiriminden yararlanarak tasarruf edecektir. Diğer yandan, alacak finansmanından (faktoring veya forfaiting) yaralanan KOBİ'nin ilişki içinde borçlusu da peşin yerine vadeli alım yapmış olacak ve adeta alacak finansmanı yöntemi ile kendisine kredi verilmiş gibi olacaktır. Bkz. Özakman, s. 28; Uzun-Kazmacı, s. 26.

14 Nitekim, tedarik zincirindeki global anlamda bu sorunlar o kadar belirgindir ki, uzun zamandır farklı ülke hukuklarında tartışılır durumdadır. Bu kapsamda, tedarik zincirleri açısından getirilen düzenlemelere uyum kapsamında, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1530'uncu maddesi uyarınca ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemelerin sonuçları düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin sebebinin, global olarak uygulamadaki ihtiyaçtan kaynaklanmakta olduğu açıktır. Madde, alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hâlleri kapsamaktadır. Bu düzenlemeler ile tedarik zinciri içerisinde, çoğunluğu KOBİ olan tedarikçileri geç veya taksitli ödemelere karşı korunmak istenmektedir. Ancak, TTK'da bu maddeyi ihlale yönelik bir yaptırım öngörülmemiş olduğundan, getirilen düzenlemenin uygulamada KOBİ'ler açısından karşılık bulduğunu söylemek güçtür, zira KOBİ'ler bu maddeye rağmen büyük alıcıların geç ödemeleri ile karşılaşmaktadırlar. Ancak, geciken ifanın yanı sıra, çoğunlukla sözleşmelerinde devir yasakları nedeniyle bu tedarikçiler, vadesinden önce alacaklarını devredip finansman ihtiyaçlarını da karşılayamamaktadırlar.

15 Ozanemre-Yayla, s. 196.

16 Armgardt, s. 322.

yararına alacaklının devir yetkisinin mi kısıtlandığının anlaşılması gerektiği[17] hususlarının tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde, menfaatler arası oluşan bu çatışmanın yarattığı görüş farklılıkları ve bunların hukuk sistemlerindeki düzenlemelere nasıl yansıdığı ele alındıktan sonra, Türk Hukuku açısından bir değerlendirme yapılmıştır.

I. Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta *Pactum De Non Cedendo*

A. Türk ve İsviçre Hukukunda

Türk ve İsviçre Hukukunda çoğunluk görüşüne göre, sözleşmesel devir yasağı, sadece sözleşme tarafları (yani temel ilişkideki alacaklı ile borçlu) arasında değil, üçüncü kişilere karşı[18], dolayısıyla alacak finansmanı (faktoring ve forfaiting) şirketlerine karşı da ileri sürülebilir. Devir yasağının, bu mutlak etkisi sebebiyle, yasağa rağmen alacağın faktoring veya forfaiting kuruluşuna devredilmesi halinde, söz konusu devir geçersiz olur, herhangi bir hüküm doğurmaz[19]. Bu görüşteki yazarlara göre, TBK m. 183/f.2'ye (İBK m. 164/2) göre; "*Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.*" hükmünün mefhum-ı muhalifinden anlaşılan, devir yasağı içeren belgeye dayanması halinde, *pactum de non cedendo*'nun herkese karşı ileri sürülebileceğidir[20]. Bu kapsamda, devir ya-

17 Bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s. 204 ve 205, dn. 793.

18 Pactum de non codendo'nun mutlak etkiye sahip olduğu konusundaki açıklamalar için bkz. Şener, s. 83, dn. 179 (Yazar, mevcut düzenlemenin mutlak etkili olduğunu belirtmekle birlikte, kişisel alacaklardan doğmayan para alacakları için, Alman Hukukundakine benzer şekilde, mutlak etkinin kaldırılması içi yasa değişikliği yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Şener, s. 101 ve 110); Erbayraktar, s. 279 vd., 657 ve 658. Ayrıca bkz. Armgardt, s. 325.

19 Andreas Von Tuhr (Terc. Cevat Edege), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara, 1983, s. 844 ve 835; Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, 1958, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 326; Özakman, s. 22; Nisim Franko: "Alacağın Temliki", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, s. 184; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 13. Bası, Sayram Yayınları, Konya, 2024, s. 425, 426; Şener, s. 84; Kemal Dayınlarlı, *Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri*, 5. Bası, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 190; Uzun-Kazmacı, s. 112; H. Kübra Ercoşkun-Şenol, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara, 2021, s. 133, dn. 452 (Yazar, mutlak etkiyi eleştirmekte, nispi etkisizlik yönünde yasa değişikliği yapılması gerektiğini belirtmektedir).

Forfaiting sözleşmeleri açısından, İsviçre Hukukunda da devir yasağı olan bir alacağın devrinin hem devredenle devralan arasında hem de üçüncü kişilere karşı hükümsüz olduğu, devrin gerçekleşmemiş ve bu durumda alacağın hala devredene ait olduğu; ancak borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu ve devredenin devralana karşı sorumlu olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Deuber, s. 86.

20 Şener, s. 83 ve 84, dn. 179; Erbayraktar, s. 279 ve 280. Devir yasağının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, aslında şekle tabi olmayan pactum de non codendo'nun, TBK m1.83/f.2 hükmü gereğince, yazılı olarak borç senedinde yer almasının şart olarak öngörüldüğü yönünde bkz. Özakman, s. 22.

sağına rağmen alacak devredilmişse, bu devir ne devredenle devralan arasında ne de borçluya karşı hüküm ifade eder. Borçlu, *pactum de non cedendo*'yu savunma olarak[21] ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Alacak, devredenin malvarlığında kalmaya devam edeceğinden, devredenin alacaklıları tarafından haczedilebilir[22]. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu görüşte olan yazarların çoğu, devir yasağına rağmen alacağın devredilmiş olması durumunda, borçlunun icazet vermesi halinde, devir işleminin geçerli hale geleceğini kabul etmektedirler[23].

Bu durumda, devir yasağına rağmen bir alacağın alacak finansmanı (faktoring veya forfaiting) şirketine devredildiği hallerde, şirket, aralarındaki faktoring veya forfaiting sözleşmesine aykırılık nedeniyle, kendi müşterisinden (devredenden) zararının giderilmesini isteyebilir. Yargıtay'ın[24] da benimsediği bu

---

21 Borçlunun savunmasının teknik anlamda bir def'i mi yoksa itiraz mı olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Borçlunun ileri sürdüğü savunmayı def'i olarak değerlendiren görüş için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* 29. Bası, Legem Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1398; Şener, s. 83. İtiraz olarak değerlendiren görüş için bkz. Dayınlarlı, s. 190; Erbayraktar, s. 660 (Yazar, "def'i" görüşünü, nispi etkisizlik görüşüne yakın olması nedeniyle eleştirmektedir. Bkz. s.282, 283). Zira, itiraz olması halinde hâkim re'sen nazara alırken, def'i olması durumunda borçlunun ileri sürmemesi halinde hâkim kendiliğinden dikkate alamaz.

22 Von Tuhr, s. 844; Şener, s. 84 ve 109; Dayınlarlı, s. 190; Erbayraktar, s. 280, dn. 1039.

23 Tunçomağ, s. 1085; Eren, s. 1399; Şener, s. 85, 86; Dayınlarlı, s. 191; Uzun-Kazmacı, s. 115; Erbayraktar, s. 281. Ancak bu durumda borçlunun onay vermesi yeterli olmadığı ve devir işleminin geçerli hale gelebilmesi için sözleşme ile getirilmiş olan devir yasağının yine sözleşme ile kaldırılabileceği yönünde bkz. Şener, s. 85 ve 86; Erbayraktar, s. 281.

24 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.11.2021 T., 2018/565 E., 2021/1464 K. sayılı kararına göre; "*Tarafların borç ilişkisinden doğan alacağın başkasına devredilmesini yasaklaması hâlinde sözleşmeden kaynaklanan "akdî devir yasağı" söz konusudur. Sözleşmede kararlaştırılan devir yasağına rağmen alacak temlik edilmiş ise; yapılan devir nedeniyle alacağı devralan üçüncü kişi, borçluya başvuramaz. Bu durumda borçlu, alacağı devredene karşı akdî devir yasağı savunmasında bulunabilir. Sözleşmeden doğan devir yasağının üçüncü kişilere mutlak olarak ileri sürülmesi bazı hâllerde haksızlıklara yol açabilir. TBK'nın 183/2. maddesi bu yasağı yumuşatmak amacıyla bir istisnaya yer vermiştir. Bu hükümle sözleşmeden doğan temlik yasağının bir istisnası getirilmiştir.*" Hükmünden anlaşılan, 183/f.1'in mutlak etkisini kabul etmekte, TBK m. 183/f.2 ile bunun yumuşatıldığını ifade etmektedir. Yargıtay 14 HD, 2011/3185 E., 2011/7135 K. sayılı kararına göre; "*Davacının dayandığı, davalılardan yüklenici ile yapılan "inşaat yapım sözleşmesi" niteliği itibariyle yukarıda sözü edilen alacağın temliki işlemidir. Her ne kadar temlik işlemi yapılırken borçlunun rızası gerekmez ise de, BK m. 162/1 (183/1) uyarınca temlikin geçerliliği için kanun veya sözleşme ile ya da işin mahiyeti icabı temlik yapan kişinin men edilmemiş olması gerekir. Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 3. maddesinde ise aynen "yüklenici firma kendine ait parselleri isterse kooperatif şeklinde, isterse yap-sat şeklinde yapmakta serbesttir. Temlik edemez veya sözleşmeyle doğan haklarını bir başkasına veya firmaya devredemez.' hükmü bulunmaktadır. Görülüyor ki, sözleşmenin bu hükmüyle yükleniciye temlik yasağı getirilmiştir. Bundan dolayı da davacı üçüncü kişi, yüklenicinin yaptığı temlike dayanarak davalı arsa sahibinden mülkiyet nakli talebinde bulunamaz.*" (https://legalbank.net/arama (01.12.2024).

Alman Federal Mahkemesinin de borçlunun korunmaya değer menfaati nedeniyle genel işlem koşulu niteliğindeki kayıtları geçerli sayması nedeniyle kanunda değişiklik yapılma ihtiyacı doğmuştur. Bkz. Erbayraktar, s. 592 ve 593, dn. 2166.

yaklaşım çerçevesinde, *pactum de non cedendo*'dan doğan risk devralanın üzerinde kalmaktadır.

Diğer yandan, *pactum de cedendo*'nun mutlak etkisini kabul eden bu görüşe karşılık, farklı hukuk sistemlerinde kabul gören *pactum de cedendo*'nun nispi etkisi olduğu yönündeki azınlık görüşü[25] Türk Hukuk doktrininde de gittikçe taraftar kazanmaktadır[26]. Bu görüşe göre, *pactum de non cedendo* yalnızca borçlu ile alacaklı arasında geçerlidir, üçüncü kişilere ileri sürülemez. Devir yasağına aykırı şekilde alacağın devredilmesi halinde, bu devir borçlu dışında herkese karşı geçerlidir. Borçlu yeni alacaklıya ifadan kaçınamaz. Borçlu, devreden ile arasındaki pactum de non cedendo'ya dayanarak, zarara uğramış olması halinde devredene karşı tazminat talep edebilir[27]. Ayrıca, alacak devralanın malvarlığına geçmiş olduğundan, devredenin alacaklıları tarafından haczedilemez, devredenin iflası halinde söz konusu alacak iflas masasına geçmez[28].

Doktrinde her ne kadar çok yakın dönemde, *pactum de non cedendo*'nun borçlu ile alacaklı arasında nispi etki doğurması gerektiği görüşü kabul edilmeye başlanmış olsa da Türk Hukuku açısından TBK m. 183/f.2 (İBK m. 164/2) hükmünün de bu durumu doğrulayıcı varlığı karşısında doktrindeki baskın görüş, devir yasağının mutlak etkili olduğu doğrultusundadır. Ancak, doktrin açısından bu konunun tartışılmaya başlanmış olması Türk Hukuku açısından

---

25 Söz konusu görüş, farklı hukuk sistemlerinde esasında çok eski dönemlerden beri tartışılmaktadır. Bu konuda açıklamalar için bkz. Erbayraktar, s. 200 vd. (Yazar, eserinde bu görüşleri "mutlak etki teorisi" ile "salt borçlandırıcı etki teorisi" olarak adlandırmaktadır). Türk Hukukunda da bu görüşü önceden beri benimseyenler bulunmaktadır. Bkz. Jale Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi,* Ankara 1953, s. 224.

26 Bkz. Cevdet Salih Şahiniz, "Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, s. 510; Ozanemre-Yayla, s. 198 ve 199. Bazı yazarlar, nispi etkisizlik görüşünü, borçlunun buradaki savunma hakkının bir itiraz değil defi olmasına dayandırmaktadır. Bkz. Şahiniz, s. 510 ve 511 (Yazara göre, TBK m. 182/f.2 hükmünün mefhum-ı muhalifinden anlaşılan, yazılı borç tanıması devir yasağını içermekte ise, borçlu böyle bir alacağı devralana karşı devir yasağı *def'ini* ileri sürebilir. Bu hükümden çıkan sonuç, Türk ve İsviçre Hukukuna göre, sözleşmede kararlaştırılan bir devir yasağına aykırı şekilde alacağın devredilmesi halinde, borçlu, kendisinden ifa talep eden devralana karşı devir yasağı *def'ini* ileri sürmek suretiyle ifadan kaçınabilecektir. Yani, borçlu dilerse devir yasağı *def*'ini ileri sürmeyerek, borcu alacağı devralana ifa edebilecektir. Bu nedenle, devir yasağının ileri sürülmesi, borçluya tanınmış bir itiraz değil, *def*'i hakkıdır. Bu da Türk/İsviçre Borçlar Hukukunda, sözleşmeye dayanan devir yasağına aykırı olarak gerçekleştirilen bir temlik halinde nispi geçersizliğin varlığını kabulü gerekli kılmaktadır. Nispi etkisizlik görüşüne göre, *pactum de non cedendo* yalnızca borçlu ile alacaklı arasında hüküm doğurur ve alacağın devrine engel teşkil etmez).

27 Bu yönde görüşler için bkz. Şahiniz, s. 51 ve 511 (Yazar, nispi etkisizlik görüşünü savunmakla birlikte, borçlunun yeni alacaklıya ifadan def'i ileri sürerek kaçınabileceği görüşündedir); Ozanemre-Yayla, s. 198 ve 199.

28 Şahiniz, s. 510.

büyük bir gelişmedir. Zira son dönemde kabul görmeye başlayan nispi etkili olma görüşünün yanı sıra, mutlak etki görüşünü kabul eden bazı yazarlar tarafından (Almanya'da olduğu gibi) ticari işler açısından istisna getirilmesi önerilmiştir[29].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukukunda da Türk Hukukunda olduğu gibi henüz bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, İBK'nin genel hükümlerinde değişiklik yapılmasını öngören bir tasarı hazırlanmıştır (OR 2020) ancak yürürlüğe girmeden İsviçre Federal Meclisi'nin kararıyla kaldırılmıştır. Bu tasarıda, İBK m. 164'ün (TBK m. 183'e karşılık genel maddesinin) sözleşmedeki devir yasağının sadece taraflar arasındaki ilişki açısından hüküm ve sonuç doğuracağı ve devralana karşı ileri sürülemeyeceği düzenlenmişti[30]. Söz konusu tasarı yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte, şayet İsviçre'de ileride İBK değişikliği tekrar gündeme gelirse, bu durumda söz konusu maddenin nispi geçersizlik esas alınarak düzenlenme ihtimali bulunduğu anlaşılmaktadır. Zira, tasasının bu maddesi, o dönemde yasa tasarısını hazırlayanların, İsviçre doktrininde de ağırlık kazanmaya başlayan nispi geçersizlik görüşünü dikkate aldığını göstermektedir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta *Pactum De Non Cedendo*

1. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda da Almanya Medeni Kanunu (AlmMK) Art.399 uyarınca, alacağın devri sözleşme ile yasaklanabilir. Türk Hukukunda olduğu gibi, Alman doktrininde ve yargı içtihatlarında baskın görüş, AlmMK Art.399'a göre alacağı devir yasağının herkese karşı (erga omnes) geçersiz olarak yorumlamaktadır[31]. Ancak, doktrinde bu görüşe karşı nispi geçersizlik kavramı da uzun zamandır savunulmaktadır[32].

1994 yılında Alman Ticaret Kanunu'nda (AlmTK) sözleşmesel devir yasakları konusunda hukuki rejim değişikliğine girilmiştir. Değiştirilen AlmTK 354a maddesi ile; alacaklıyla borçlu arasında bir para alacağı söz konusuysa ve bu

29 Türk hukukunda ilk kez ŞENER tarafından, alacağın temlikinin sözleşmeyle yasaklanmasının getirebileceği sakıncalar konusu ve bu konuda Alman Hukukunda yapılan düzenleme detaylı olarak irdelenmiştir. Yazar, Türk Hukuku açısından konuya ilişkin düzenleme önerisinde de bulunmuştur. Bkz. Şener, s. 73 vd. Bu görüşü destekleyici yönde bkz. Uzun-Kazmacı, s. 117.

30 Ozanemre-Yayla, s. 199, dn. 371.

31 Bkz. Georg Rasche: Prohibitions on Assignment, a European Civil Code and Business Financing, The European Legal Forum (E), 3-2002, s. 136; Armgardt, s. 315.

32 Bu görüşün en önemli savunucularından biri Alman Hukukçu Canaris'tir. Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht,* 2. Auf, Berlin-Newyork 1982, s. 874 (Şener'den naklen s. 83 ve 84, dn. 179). Ayrıca bkz. Armgardt, s. 319. Bu konuda açıklamalar için ayrıca bkz. Erbayraktar, s. 287 vd.

alacağın doğduğu hukuki işlem her iki taraf için de ticari bir işlem ise, yani taraflar tacir ise veya borçlu taraf bir kamu hukuku tüzel kişisi, kamu hukukuna özgü özel bir malvarlığı ise, devir yasağına rağmen alacağın devredilmesi halinde devir işleminin geçerli olacağı kabul edilmiştir[33]. Bunun yanı sıra, borçluyu alacaklı olmayan birine ifa tehlikesinden korumak adına, borçlunun devredene ibra etkisiyle ödeme yapabilme imkânı getirilmiştir (AlmTK 354a/2)[34].

AlmTK'de gerçekleştirilen bu değişiklik sonrasında, nispi geçersizlik görüşü doktrinde ağırlık kazanmaya başlamıştır[35]. Oysaki, Alman Hukukunda böyle bir istisna hüküm getirilme fikrinin temelleri esasında çok daha eskiye dayanmaktadır. Nispi geçersizlik görüşü ise, AlmTK'nin kanunlaşması döneminde ortaya çıkmamıştır. Özellikle, AlmMK Art.399 hükmünün tarihçesine bakıldığında, esasında Alman Hukukunda 20. yüzyılın ortalarına kadar söz konusu düzenlemenin nispi geçersizlik olarak yorumlandığı görülmektedir. Biraz daha geçmişe gidilip AlmMK'nin ilk taslağına bakıldığında ise, o dönemde alacağın devri yasağının üçüncü kişilere etkisi olmadığı anlaşılmaktadır. Alman doktrininde, zaman içinde bu görüşün değişerek mutlak etki görüşünün ağırlık kazandığı, ancak, bu değişimin sebebi olarak, o dönem yasama komisyonlarında mutlak geçersizliğe yönelik düzenlemenin arka planında, sözleşme ile kabul edilen devir yasaklarının uygulama üzerinde etkisi olmayan, nadir uygulanan istisnalar olduğu fikrinin yattığı belirtilmektedir. Fakat, eski dönemde yasa koyucular, büyük şirketlerin daha sonra bu istisnayı bir kural haline dönüştüreceklerini ve bunun neticesinde karşılaşılacak büyük ekonomik sonuçları tahmin edememişlerdir[36]. Ancak, bu ekonomik sorunun baş göstermesi üzerine, bir yandan hukukçular ve ekonomistler söz konusu düzenlemeyi eleştirmekteyken, diğer yandan 1936-37 döneminde Alman Maliye Bakanlığı tarafından özellikle KOBİ'ler için dezavantajlı olduğundan, uygulamada ayrım gözetmeksizin her sözleşmeye devir yasağı konulmaması yönünde bir tavsiye yayımlamıştır[37]. Bu sürecin neticesinde ise gelinen noktada ise, 1994 yılında AlmTK'de yasal rejim değiştirilerek, yukarıda belirtilen düzenleme yapılmıştır[38]. Alman

33 Bkz. Şener, s. 90 ve 91; Uzun-Kazmacı, s. 116; Rasche, s. 136; Armgardt, s. 316.

34 Armgardt, s. 316. Ancak, Alman doktrininde 356a/2 hükmü uyarınca borçlunun isterse devredene ödeme yaparak borçtan kurtulma imkânı karşısında, devralanın teminatsız bir pozisyonda olduğu belirtilerek, devralanın sağladığı kredi açısından hala güvenilir bir teminattan yoksun olduğu yönünde eleştirilmektedir. Zira bu düzenleme ile, devir yasağı kapsamındaki devredilemezlik, borçluların ilk alacaklılarına ödeme yapması ve devralana ödeme yapmaması riskiyle yer değiştirmiştir. Rasche, s. 136.

35 Armgardt, s. 319.

36 Armgardt, s. 320, 321. Ayrıca bkz. Uyanık-Çavuşoğlu, s. 81; Şener, s. 87, dn. 189.

37 Rasche, s. 136.

38 Söz konusu düzenlemenin tacir olmayan kişileri kapsıyor olması, eşitliğe aykırılık gerekçesiyle Alman doktrininde eleştirilmektedir. Bkz. Şener, s. 90 ve 91, dn. 194; Rasche, s. 137; Armgardt,

doktrininde, bu düzenleme ile, KOBİ'lerin alacaklarını banka ve faktoring şirketlerine devrederek finansman sağlamalarının kolaylaştırılmış olduğu ve bu bakımdan da pratik bir ödeme sahip olduğu ifade edilmektedir[39].

2. Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukukunda *pactum de non cedendo*'ya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, içtihat hukuku kapsamında alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği kabul edilmektedir. Diğer ülkelerdeki mutlak etki ve nispi etki tartışması Avusturya Hukuku açısından da geçerlidir[40]. Fakat, Alman Hukukunu takip eden Avusturya Hukukunda da 2005 yılında AlmTK'ye benzer bir düzenleme benimsenmiştir (AvTK m. 1396a)[41]. Ancak, AvTK'deki düzenleme, Alman Hukukundan farklı olarak, borçlunun ilk alacaklısına ödeme yaparak borçtan kurtulmasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir[42].

3. Fransız Hukukunda

Fransız Medeni Kanununa göre diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, alacak devrinin borçluya ve üçüncü kişilere karşı geçerli olabilmesi için borçluya bildirim yapılması gerekmektedir (FMK m. 1690). Ancak, 1981 yılında yapılan bir değişiklik ile işletmelerin faaliyetlerinden kaynaklanan alacaklarını kredi kuruluşlarına devretmelerine imkân veren düzenlemeyi (Loi Dailly) yürürlüğe koymuştur. Devredenin, alacaklarını liste halinde kredi kuruluşuna vermesi gerekli ve yeterlidir. Bu durumda ayrıca bildirim yapılması gerekmemektedir[43]. Bunun dışında, Fransız Hukukunda sözleşmesel devir yasaklarının üçüncü kişilere karşı etkisi yoktur, yani sadece taraflar arasında geçerlidir[44]. Yüksek Mahkeme (Cour de Cassation) kararlarında da sözleşmesel devir yasağının, alacağın kredi kuruluşuna devrini engellemeyeceğini; kredi kuruluşu borçlu ile devreden arasında öngörülen yasağa tabi olmadığından, yasağın devralanın üzerinde etkisi olmadığını belirtip böyle bir yasağa aykırı devir halinde, devredene, borçluya karşı zararlarını giderme sorumluluğu yüklenebileceği ifade edilmiştir. Ancak, bir istisna olarak, FMK m. 900/1 uyarınca devir yasağı geçici

---

s. 321 ve 322.

39 Bu konuda açıklamalar için bkz. Erbayraktar, s. 592 vd., dn. 2165.

40 Armgardt, s. 324.

41 Kanun değişikliğinin gerekçesinde de sözleşme il kararlaştırılan devir yasağı uygulamasının KOBİ'ler aleyhine yaygınlaşmaya başlaması nedeniyle, AlmTK m. 354a ve UNCITRAL m. 9 düzenlemeleri örnek alınarak AvTK m. 1369a'da değişiklik yapıldığı belirtilmektedir. Erbayraktar, s. 578.

42 Uzun-Kazmacı, s. 116.

43 Rasche, s. 134 ve 135; Armgardt, s. 325 ve 326. Ayrıca bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s. 90, ss. 95-98.

44 Armgardt, s. 325.

ve meşru bir menfaate dayanmaktaysa, bu durumda üçüncü kişilere karşı etkili olabilir[45].

4. İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukukunda, devir yasağının niteliği tartışmalıdır. Devir yasağının, devri engellenemeyen salt sözleşmesel bir devir kısıtlaması olduğunu savunan görüşün (sözleşme-contract görüşü) yanı sıra, sözleşmesel hakları mülkiyet olarak nitelendirip eşyanın doğası gereği sahip olduğu "devredilebilirlik"ten yoksun bırakmak olduğunu savunan bir görüş (mülkiyet - property görüşü) bulunmaktadır[46]. Mülkiyet görüşüne göre, bir malvarlığı değeri olan "alacak hakkı", mülkiyet olarak değerlendirilmekte ve devir yasağı da mülkiyeti devretme özgürlüğüne müdahale olarak görülmektedir. Sözleşme görüşüne göre ise, devir yasağı sözleşme ile yaratılan bir haktır, taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde diledikleri şekilde devir yasağı düzenlemesi yapabilirler[47].

İngiliz Hukukunda, eski anlayışa göre, devretme serbestisi, devredenin, sözleşmesel devir kısıtlamasına rağmen, alacaklarını bir başkasına devretme yeteneğini ifade etmektedir. Zira bu sayede varlığın (alacağın) ekonomik değeri kullanılmaktadır. Sözleşme özgürlüğü ise, borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılan ve sözleşmeye borçluyu koruyucu nitelikte kısıtlamalar konulabilmesini ifade etmekteydi[48]. Ancak daha sonra doktrinde sözleşme özgürlüğü görüşünde olanlar genellikle sözleşmesel devir yasağının devredenin üçüncü kişilere devretme hakkı üzerinde bir etkisi olmaması gerektiğini ileri sürmeye başlamışlardır[49]. Fakat, bu görüşe göre, (yasal temlik söz konusu değilse[50])

---

45 Rasche, s. 135.

46 G. J. Tolhurst, J. W. Carter, "Prohobitions on Assignment: Contract or Property?", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, December 2014, s. 692 vd., Contract or Property; G. J. Tolhurst, J. W. Carter, "Prohobitions on Assignment: A Choice To Be Made", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 73, Sayı 2, Temmuz 2014, s. 405 vd., (Choice). Ayrıca bkz. Akseli, s. 82 vd. (Yazar, ABD doktrininin bakış açısının devretme özgürlüğüne karşı sözleşme özgürlüğü (free alieanability vs. freedom of contract) olduğunu, İngiliz ve Avusturya doktrininin bakış açısının mülkiyete karşı sözleşme özgürlüğü (property vs. freedom of contract) olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akseli, s. 82.

47 Tolhurst, Carter, *Contract or Property*, s. 692; Akseli, s. 83. Bu görüşlerin müşterek hukuk ve modern hukuktaki değerlendirmeleri konusunda açıklamalar için bkz. Erbayraktar, s. 200 vd. (Yazar, mülkiyet temeline dayanan görüşü salt borçlandırıcı etki teorisi, sözleşme temeline dayanan görüşü mutlak etki teorisi olarak adlandırmaktadır).

48 Akseli, s. 82 ve 83.

49 Açıklamalar için bkz. Akseli, s. 83. Bu görüşte bkz. Tolhurst, Carter, *Contract or Property*, s. 692.

50 İngiltere'de alacağın devri ikiye ayrılmaktadır. Biri yasal temlik (statutory assignment), diğeri ise hakkaniyet hukukuna dayalı (equity) temliktir. Yasal temlik, Mülkiyet Kanunu (Law of Property Act 1925) m. 136'da belirlenen şartları taşıyan temliktir. Devir yasağı bulunan bir alacak, yasal temlike konu olamaz. Bu şartları taşımayan temlik ise equity temliktir. Örneğin, bıorçluya bildirim

devralan, devreden tarafın katılımı olmadan borçluya karşı ifa davası açamaz[51]. Yani, sözleşmesel devir yasağı, devralanın haklarını borçluya ileri sürebilmesini engellemektedir. Bu durumda, devir borçluya karşı "nispeten" etkisizdir. Zira, borçlu devir bildirimi görmezden gelip ilk alacaklıya ödeme yapabilir[52]. Diğer yandan, İngiliz Hukukunda devir yasağının aşılması konusunda alternatif bir yol olarak "declaration of trust" müessesesi bulunmaktadır[53]. Buna göre, devralan (beneficiary) ile devreden (trustee) arasındaki "declaration of trust" sayesinde, devredenin (trustee) sözleşmeden doğan edim borçlarını yerine getirmemesi halinde, devralanın (beneficiary) doğrudan borçluya karşı dava açma imkânı bulunmaktadır ve bu davaya devredeni de davalı olarak dâhil edebilmektedir[54].

İngiliz doktrininde yaşanan bu görüş ayrılıkları devam ederken, 1993 yılında House of Lords'un (Lordlar Kamarası) "Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposal" kararında devir yasağının etkisinin, sözleşmedeki yasağın yorumlanması yöntemiyle belirleneceğini görüşü benimsenmiştir. Kararda, devir yasağının geçerliliği kabul etmekle birlikte, devralan ile devreden arasındaki devrin de geçerli olacağı ifade edilmiştir. Kararda ayrıca, devir yasağının sözleşmede açıkça yazılması, devrin borçlunun rızasına tabi tutulduğu hallerde makul sebep olmaksızın devrin reddedilmemesi, kamu düzenine aykırı yasaklar konulmaması gibi ilkeler benimsenmiştir[55].

Karardan sonra da "mülkiyet" ve "sözleşme" görüşleri zemininde konu tartışılmaya devam etmiştir. Neticede, İngiltere Hükümeti küçük işletmelerin alacak finansmanına erişimini engelleyen bariyerleri kaldırmak amacıyla, 2015 yılında Küçük İşletmeler, Girişim ve İstihdam Yasası 2015'te (The Small Business, Enterprise and Employment Act 2015)[56] değişiklik yaparak, devir yasakları-

---

yapılmamışsa, bu durumda equity temlik söz konusu olur. Bkz. Louise Gullifer, "Should Clauses Prohibiting Assignment Be Overriden By Statue?", *Penn State University Journal of Law & International Affairs*, Cilt 4, Sayı 1, Aralık 2015, s. 50 ve 51. Ayrıca bkz. Akseli, s. 83, dn. 35 (Ellis v Torrington [1920] 1 KB 399, 410-11 "*Common law, borçları kişisel yükümlülükler olarak ele aldı ve borçların devrini yalnızca borçluya karşı hukuki dava açma hakkının devri olarak gördü ve kesinlikle sınırlı sayıda dava dışında, bu tür devirleri tanımadı. Equity mahkemeleri her zaman farklı bir görüşe sahipti. Borçları bir mülk olarak ele aldılar ve mülkü tasarrufa tabi tutmak için bir hukuki dava açma zorunluluğunu yalnızca mülkün devrinden sonra gelen bir olay olarak gördüler.*")

51 Rasche, s. 138; Armgardt, s. 325; Tolhurst, Carter, *Contract or Property*, s. 693.

52 Rasche, s. 138.

53 İngiliz hukukunda bir mülkiyet veya hak üzerinde birlikte hak sahibi olmayı sağlayan hukuki belgedir.

54 Rasche, s. 138; Akseli, s. 83.

55 Karar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Akseli, s. 83 ve 84; Tolhurst, Carter, *Contract or Property*, s. 693 ve 694.

56 Küçük İşletmeler, Girişim ve İstihdam Yasası 2015, https://www.gov.uk/government/collections/small-business-enterprise-and-employment-bill

nın geçersiz sayılacağını kabul etmiştir[57]. 2018 yılında ise, söz konusu düzenlemeye istinaden Ticari Sözleşme Şartları (Alacağın Devri) Yönetmeliği [The Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018][58] yayımlanmıştır. Yönetmelik, küçük işletmelerin mal, hizmet veya maddi olmayan duran varlıkların tedariki sözleşmelerinden doğan alacaklarının devrine ilişkin herhangi bir yasak, koşul ve kısıtlamayı geçersiz hale getirerek, küçük işletmelerin *alacağa dayalı finansmana* erişmesini kolaylaştırmayı amaçlamıştır. Yönetmelik, devralanların, tedarikçiler ve borçlular arasındaki temel sözleşme düzenlemelerinin şartlarını görmezden gelebileceği anlamına gelmeyeceğini; mevcut takas haklarının devralanı bağlamaya devam edeceğini de düzenlemektedir.

5. ABD Hukukunda

Amerikan Hukuku, Common Law sisteminden etkilenmekle birlikte, son dönemde ABD'de gelişen alacak finansmanı alanındaki yeni anlayış da düzenlemelere yansımıştır. ABD'de de önceleri devir yasağının mutlak etkiye sahip olduğu düşünülmekteyken, gelişen yeni içtihat sonrasında, Amerikan Tekdüzen Ticaret Kanununda (ATK- Uniform Commercial Code/UCC) Bölüm 9-318 (4)'te değişiklik yapılmıştır[59]. Buna göre, ticari finansman işlemlerinde alacakların devrini yasaklayan veya kısıtlayan sözleşme kayıtlarının geçersiz kabul edilmektedir[60].

6. Uluslararası Düzenlemelerde

UNCITRAL[61] ve UNIDROIT[62] gibi kuruluşlar tarafından, gerek uluslararası ticarete ilişkin kuralların modernizasyonu gerekse uluslararası özel hukukun ülkeler arasında uyumlu hale getirilmesi amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır[63]. Bu kuruluşlar tarafından geliştirilen uluslararası ticarete ilişkin düzenlemelere genel olarak bakıldığında, uluslararası iyi uygulamanın (interna-

57 Akseli, s. 89. Gullifer, İngiliz Hukukunda devir yasaklarına ilişkin argümanları da ortaya koyarak, bu konuda yasal düzenleme yapılmasının gerekip gerekmediğini değerlendirmek amacıyla gerçekleştirdiği anket çalışması sonuçlarını dikkate alarak yaptığı değerlendirmede, sözleşmesel devir yasağının yasal olarak geçersiz hale getirilmesinin faydalı olacağının anlaşıldığını ileri sürmüştür. Bkz. Gullifer, s. 68.

58 Ticari Sözleşme Şartları (Alacağın Devri) Yönetmeliği, https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2018/9780111171080

59 Uyanık-Çavuşoğlu, s. 104, dn. 431.

60 Armgardt, s. 325; Uzun-Kazmacı, s. 117.

61 The United Nations Commission on International Trade Law.

62 The International Institute for the Unification of Private Law.

63 Bu kuruluşların yaptıkları düzenlemelere ilişkin bilgiler için bkz. Rasche, s. 139; Armgardt, s. 332 ve 333; Faktoring Konvansiyonu ile ilgili açıklamalar için bkz. Uyanık-Çavuşoğlu, s. 204 ve 205.

tional best practice), özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için finansmana erişimi kolaylaştırmak amacıyla alacakların devredilebilirliğini ve tedavülünü kolaylaştırmayı amaçlayan bir yaklaşımı savunduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerde devir yasağının geçersiz sayılmasına neden olan temel düşünce ise, ekonomik düzenin alacakların devredilebilirliğine ve işlem masraflarının azaltılmasına olan menfaatin, borçlunun özel menfaatine üstün tutulmasıdır. Söz konusu düzenlemeler;

- Uluslararası Ticarette Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu[64] (United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade) m. 9/1;

- UNIDROIT Faktoring Konvansiyonu (UNIDROIT Factoring Convention) m. 6/1;

- Teminatlı İşlemler Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions) m. 13/1;

- UNIDROIT Faktoring Model Kanunu 2023 (UNIDROIT Factoring Model Law 2023) m. 8.

Yukarıda belirtilen model kanunlar ve konvansiyonlarda alacak devriyle ilgili benzer düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, alacağın devri, borçlu ile devreden arasındaki devredenin alacağı devretme hakkını herhangi bir şekilde sınırlayan sözleşme kayıtlarına rağmen geçerli kabul edilmektedir. Ayrıca, borçlunun, devir sebebiyle sözleşmeyi feshedemeyeceği de belirtilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 2023 yılında yayımlanan yeni UNIDROIT Faktoring Model Kanunu (FMK)[65], diğer uluslararası düzenlemelerden bir adım daha ileri giderek, faktoringe konu olacak alacaklar bakımından, borçlunun devir karşıtı bir hükümle ilgili olarak sözleşmenin ihlali nedeniyle devreden kişiden tazminat talep etme hakkının korunmayacağını düzenlemektedir (FMK m. 8/f.2).

---

64 Uluslararası Ticarette Alacakların Devri Hakkındaki Birleşmiş Milletle Konvansiyonu içerinde yer alan UNCITRAL Sekteterliği'nin Açıklayıcı Notuna (Explanatory Note) göre; "Sözleşmenin temel amacı, ulusal sınırlar arasında daha uygun oranlarda sermaye ve kredinin bulunabilirliğini teşvik etmek ve böylece mal ve hizmetlerin sınır ötesi hareketini kolaylaştırmaktır. Sözleşme, varlık bazlı borç verme, faktoring, fatura iskontosu, forfaiting ve menkul kıymetleştirme ve finansman sağlanmayan işlemler dahil olmak üzere önemli alacak finansmanı işlemleri bağlamında ortaya çıkan bir dizi sorunla ilgili yasal belirsizliği azaltarak bu amaca ulaşmaktadır." (Bkz. United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, s. 28) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ctc-assignment-convention-e.pdf (30.11.2024).

65 FMK'nın İngilizce ve Fransızca versiyonları için bkz. https://www.unidroit.org/instruments/factoring/model-law-on-factoring/ (30.11.2024).

II. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, Türk ve İsviçre Hukuku dışında tüm hukuk sistemlerinde, ticari faaliyetlerden kaynaklanan işlemler veya küçük işletmeler açısından alacağın devrinin sözleşmeyle yasaklanması konusunda bir takım istisna hükümlerin kabul edildiği görülmektedir. Gerek bu düzenlemeler gerekse doktrindeki görüşler açısından değerlendirildiğinde, *pactum de non cedendo*'nun mutlak etkili olduğu veya olması gerektiği görüşü gittikçe zayıflamakta, nispi geçersizlik görüşü baskın hale gelmektedir. Uluslararası düzenlemelerde de bu yaklaşım tarzı oldukça net görülmektedir. Bunun temel iki nedeni;

i. Sözleşme özgürlüğü kavramından sadece tarafların istedikleri içerikte sözleşme düzenleyebilecekleri ve bu kapsamda sözleşmeye devir yasakları koyabilecekleri anlayışının yanı sıra, alacaklının tasarruf yetkisinin kısıtlanmaması ve üçüncü kişilerle sözleşme yapmasının engellenmemesinin de sözleşme özgürlüğünün diğer boyutu olduğunun,

ii. Büyük alıcıların ödeme yapacakları alacaklıları takip etmedeki zorluğun, küçük alıcıların (veya bazı hukuk sistemlerinde tüm tacirlerin) finansman ihtiyaçlarından ve büyük alıcılar ile küçük satıcılar arasındaki ekonomik dengesizlikten daha önemli olmadığının, anlaşılmaya başlanmasıdır. Söz konusu anlayışın Türkiye açısından kabul edilmemesi için hiçbir neden yoktur. Aksine, gelişmiş ekonomilere ve köklü hukuk sistemlerine sahip ülkelerde dahi yukarıda belirtilen ekonomik gerekçelerle ve alacakların tedavülünün engellenmemesi amacıyla, bu yönde ciddi yasal rejim değişiklikleri yapılmışken, Türkiye'de de bu tür bir yasal rejim değişikliğine gidilmesi elzem hale gelmiştir. Zira Türkiye'deki tüm işletmelerin %99,8'i KOBİ'lerden oluşmakta ve bu işletmeler toplam istihdamın %76,7'sini sağlamaktadır. Bu oranlar Türkiye ekonomisinde KOBİ'lerin öneminin büyüklüğünü çarpıcı olarak göstermektedir[66]. Bu çerçevede değerlendirildiğinde;

- Birinci olarak, Türk Hukukunda hâlâ *sözleşme özgürlüğü* kavramından sadece sözleşme içeriğinin taraflarca istenildiği şekilde kararlaştırılabileceği ve tarafların istedikleri gibi devir yasağı düzenlenebilecekleri anlayışı devam etmektedir. Diğer yandan, tasarruf yetkisi kısıtlanan ve malvarlığı değeri olarak alacak haklarını üçüncü kişilere devretmeleri büyük alıcılar tarafından keyfi şekilde engellenen KOBİ'lerin, alacaklarını devretmek için sözleşme akdedebilme özgürlükleri göz önünde bulundurulmamaktadır. Kanaatimizce, sözleş-

66 Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin (KOBİ) Önemi ve İkinci OECD-KOBİ İstanbul Bakanlar Konferansı, https://www.mfa.gov.tr/kucuk-ve-orta-buyuklukteki-isletmelerin-_kobi_-onemi-ve-ikinci-oecd-kobi-istanbul-bakanlar-konferansi.tr.mfa (30.11.2024)

me özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, borçlu ancak kendisi ile alacaklı arasında etki doğuracak şekilde devir yasağı öngörebilmelidir[67]. Bu yaklaşım her iki taraf açısından da koruyucu ve daha adil bir çözüm sunmaktadır. Bu durumda, borçlunun alacağın devri yüzünden zarara uğraması söz konusu olursa, zararının giderilmesi için aralarında devir yasağı anlaşması bulunan kendi alacaklısına başvurabilecektir.

- İkinci olarak, doktrinde her ne kadar, sözleşmede kararlaştırılan devir yasaklarının, alacaklının TMK m. 23/f.2 aykırı şekilde ekonomik özgürlüğünden vazgeçmesi veya ahlaka aykırı derecede ekonomik tasarruf özgürlüğünün kısıtlanması anlamına geleceği veya bu devir yasaklarının genel işlem şartı denetimine tabi tutulması halinde koşullar oluşmuşsa TBK m. 21/f.1,2 uyarınca yazılmamış sayılabileceklerine ilişkin görüşler ileri sürülmekteyse de[68], yukarıda izah edilen gerekçelerle bu tartışmalar teorik olarak kalmakta, uygulamada karşılığı bulunmamaktadır[69]. Zira, tedarik zincirindeki KOBİ'ler çoğu zaman büyük alıcılardan olan alacakları için dava ve icra takibi haklarını dahi kullanmamaktadırlar[70]. Tedarik sözleşmeleri kapsamında sürekli ilişki içerisinde kalabilmek adına, sözleşmeleri feshetmedikleri gibi, alacak haklarını da yargı yoluyla takip ve tahsil etmemektedirler. Nitekim bu doğrultuda gelişmiş içtihada rastlamak da zordur.

---

67 Aynı yönde bkz. Rasche, s. 138; Ozanemre-Yayla, s. 198 ve 199; Ercoşkun-Şenol, s. 133.

68 Ozanemre-Yayla, s. 198; Ercoşkun-Şenol, s. 130; Erbayraktar, ss. 621-625.

69 Nitekim Yargıtay kararlarının alacaklı aleyhine olduğunu ve hatta Türk Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da Alman Federal Mahkemesinin borçlunun korunmaya değer menfaati nedeniyle genel işlem koşulu niteliğindeki kayıtları geçerli sayması nedeniyle kanunda değişiklik yapılma ihtiyacı doğduğunu belirtmiştik. Bkz. dn. 24.

70 Kaldı ki, dava açılması halinde de doktrindeki söz konusu görüşler doğrultusunda içtihat oluşma ihtimali zayıftır. Nitekim doktrinde Şener, burada alacaklının "alacak" hakkının özüne dokunulmadığından ve alacaklı hak sahibi olarak kalmaya devam ettiğinden, böyle bir devir yasağının TMK m. 23/f.2'ye aykırı olduğunun kabul edilmesinin uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Ayrıca, genel işlem şartları açısından da, pactum de non cedendo'nun genel işlem şartı olarak işlerlik kazanması halinde dahi, bu şartın TBK m. 25 kapsamında gerçekleştirilecek içerik denetimine dayanabileceğini ve dolayısıyla geçerli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Şener, s. 99 ve 100. Diğer yandan, Yargıtay'ın tacirler bakımından genel işlem şartı denetiminde tüketicilerden farklı olarak oldukça her somut olay özelinde dikkatle değerlendirmek gerektiği görüşünü benimsediği görülmektedir. Yargıtay, tacirler açısından, "basiretli tacir olma" ilkesini oldukça katı değerlendirmekte ve hatta bazı kararlarında genel işlem şartına konu sözleşme hükmünün "ekonomik yıkım yaratacak düzeyde" olması kriterini aramaktadır. Bkz. Yargıtay 17 H.D. 3.7.2018 T., 2017/1825 E., 2018/6690 K. sayılı karar (Karar metni ve kararın eleştirisi için bkz. Rıza Gündoğdu, "Bir Yargıtay Kararı Işığında Tacirler Bakımından Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 15, Sayı 165, Mayıs 2020, s. 955 vd.)

Sonuç

Yukarıda incelenen hukuk sistemlerinde kanun koyucular, ilgili değişiklikleri yapmadan önce etki analizleri de yaparak, konuyu derinlemesine tartışmış[71] ve uluslararası konvansiyonları da dikkate alarak kendi ulusal yasalarında gerekli değişiklikleri yapmışlardır. Netice itibariyle, Türk Hukukunda mevcut düzenleme karşısında, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, uygulamada çözüm bulmanın zor olduğu görünmektedir. Kanaatimizce, kanun değişikliğine gidilmeksizin uygulamada çözüm bulunabilecek olsaydı, günümüz koşullarında hâlâ tedarik zincirindeki bu sorunların devam etmiyor olması gerekirdi. Bu nedenle, biz de kanun değişikliği yapılması yönündeki görüşlere katılmaktayız[72]. Bu kapsamda, doktrinde Şener tarafından yapılması önerilmiş olduğu gibi kişisel sebeplerden doğmayan para alacakları açısından devir yasağının mutlak etkisinin kaldırılması amacıyla Türk Borçlar Kanununda değişiklik yapılması[73] ya da ticari finansman işlemlerinde alacakların devrini yasaklayan veya kısıtlayan sözleşme kayıtlarının geçersiz kabul edilmesine yönelik bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğunu değerlendirmekteyiz.

71 Örneğin, İngiltere'de 2015 tarihli Kanun reformunun yürürlüğe girmesinden önceki süreçte, ilgili bakanlığın etki analizi belgesinde müdahalenin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştı: "Ticari alacakların devri yasağını geçersiz kılmak için yasa çıkarmaktan başka alternatif seçenekleri değerlendirdik. İşletmelere ticari alacakların devri yasağı maddelerini geçersiz kılmanın yararları konusunda rehberlik sunmayı veya işletmelerin gönüllü bir koda katılmasını talep etmeyi değerlendirebilirdik. Ancak bu önlemler, işletmeleri bu maddeleri geçersiz kılmaya zorlamazdı ve sorunu çözmek için dağınık bir çaba yaratırdı. Bu nedenle, bu sözleşmesel engeli ancak yasa yoluyla kaldırabileceğimiz sonucuna vardık." Akseli, s. 88, dn. 59.

72 Aynı yönde bkz. Şener, s. 101, 110; Uzun-Kazmacı, s. 117; Ozanemre-Yayla, s. 199; Ercoşkun-Şenol, s. 133.

73 Bkz. Şener, s. 101 ve 110.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 13. Bası, Sayram Yayınları, Konya, 2024.
- Akseli, N. Orkun, "Non-Assignment Clauses and Their Treatment Under UNCITRAL's Secured Transactions Law Instruments", Ed. Spyridon V. Bazinas, N. Akseli, *International and Comparative Secured Transactions Law: Essays in Honour of Roderick A Macdonald*, 2017, ss. 77-93.
- Armgardt, Matthias, "Die Wirkung Vertraglicher Abtretungsverbote im Deutschen und Ausländischen Privatrecht", *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Cilt 73, Sayı 2, 2009, ss. 314-335.
- Aşık, Pınar, *Hukuki Açıdan Forfaiting*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Dayınlarlı, Kemal, *Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri,* 5. Bası, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Deuber, Andreas, *Rechtliche Aspekte in Der Forfaitierung*, Haupt, 1993.
- Ekşi, Nuray, "Forfaiting Sözleşmesi", *Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1993, ss. 245-280.
- Erbayraktar, Burcu, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi* (*pactum de non cedendo*), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Ercoşkun-Şenol, H. Kübra, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 29. Bası, Legem Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Franko, Nisim, "Alacağın Temliki", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, ss. 177-197.
- Gullifer, Louise, "Should Clauses Prohibiting Assignment Be Overriden By Statue?", *Penn State University Journal of Law & International Affairs*, Cilt 4, Sayı 1, Aralık 2015, ss. 47-68.
- Gündoğdu, Rıza, "Bir Yargıtay Kararı Işığında Tacirler Bakımından Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 15, Sayı 165, Mayıs 2020, ss. 955-971.
- Güral, Jale, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi*, Ankara, 1953.
- Hatemi, Hüseyin; Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.
- Ozanemre-Yayla, H. Tolunay, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği*), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Özakman, Cumhur, *Factoring Sözleşmeleri*, İstanbul, 1988.
- Rasche, Georg, "Prohibitions on Assignment, a European Civil Code and Business Financing", The European Legal Forum (E), 3-2002, ss. 133-140.
- Saymen, Ferit H.; Elbir, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler,* Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1958.

- Şahiniz, Salih, "Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, ss. 495-520.
- Şener, Oruç Hami, *Faktoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Tekinay, S. Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1993.
- Tolhurst, G. J.; Carter, J. W., "Prohobitions on Assignment: Contract or Property?", *Butterworths Journal of International Banking And Financial Law*, December 2014, ss. 692-697.
- Tolhurst, G. J.; Carter, J. W., "Prohobitions on Assignment: A Choice To Be Made", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 73, Sayı 2, Temmuz 2014, ss. 405-434.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 6. Bası, İstanbul, 1976.
- Uzun-Kazmacı, Özge, *Faktoring Sözleşmesi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer, *Faktoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi,* Çağ Üniversitesi Yayınları No: 3, Mersin, 2004.
- Von Tuhr, Andreas (Terc. Cevat Edege), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara, 1983.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW
Araştırma Makalesi / Research Article

Toplu Rehin*

Collective Pledge

Kaan KARAMAN**

ÖZ

Taşınmaz rehnine ilişkin temel ilkelerden biri olan belirlilik ilkesi, rehin hakkının hangi tür taşınmazlar üzerinde kurulabileceği ve bu rehin ile hangi tür ve miktarda alacakların teminat altına alınacağına dair iki temel soruya yanıt aramaktadır. Belirlilik ilkesi bir alacağın yalnızca tek bir taşınmaz üzerinde rehin hakkı tesis edilerek teminat altına alınmasını esas almaktadır. Bununla birlikte, TMK m. 855'te düzenlenen birlikte rehin kurumu aracılığıyla bir alacağın birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulması suretiyle güvence altına alınmasına imkân tanımaktadır.

Birlikte rehinde kural, teminatın bölünmesi yani paylı rehin; istisna ise teminatının bölünmeksizin rehnin konusu olması yani toplu rehindir. Taşınmazların aynı malike ait olması yahut taşınmaz maliklerinin müteselsil borçlu sıfatını taşıması durumlarında, tapuya kayıtlı taşınmazlar toplu rehin konusu olabilmektedir. Taraflar rehin sözleşmesi ile toplu rehine karar kılabilmektedir. Böylece tek bir alacağın tamamını güvence altına alınmakta ve rehin yükünün bölünmesi gerekmeksizin tüm taşınmazlar toplu olarak rehin kapsamına alınabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz rehni, belirlilik ilkesi, toplu rehnin konusu, toplu rehnin, toplu rehnin paraya çevrilmesi.

ABSTRACT

The principle of definiteness, which is one of the basic principles of immovable property pledge, seeks answers to two fundamental questions: on which types of immovable property the pledge right may be established and on which types and amounts of receivables will be secured by this pledge. The principle of definiteness is based on the principle that a receivable may be secured by establishing a pledge right only on a single immovable property. However, the institution of joint pledge regulated under Article 855 of the TCC (Turkish Civil Code) allows a receivable to be secured by establishing a pledge on more than one immovable. In joint pledge, the rule is the division of the collateral, i.e. shared pledge; the exception is the subject matter of the pledge without division of the collateral, i.e. collective pledge.

* Makale gönderim tarihi: 11.01.2025. Makale kabul tarihi: 17.01.2025. Kaan Karaman, "Toplu Rehin", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 475-499, DOI: https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.14

** Öğretim Görevlisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, 0000-0002-1418-5064, kkaraman@mediol.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

In cases where the immovables belong to the same owner or the owners of the immovables are joint debtors, immovables registered in the title deed may be subject to collective pledge. The parties may decide on a collective pledge with a pledge agreement. Thus, a single receivable is secured in its entirety and all immovables can be collectively pledged without the need to divide the pledge burden.

Keywords: Immovable pledge, principle of certainty, subject of collective pledge, collective pledge, monetisation of collective pledge.

Giriş

Rehin hukuku, bireylerin borçlanabilmesine olanak sağlarken, alacaklılara da rehin hakkı tesis etmek suretiyle alacaklarını güvence altına alma imkânı tanımaktadır. Teminatlar, borcun ifa edilmemesi hâlinde paraya çevrilerek alacağın karşılanmasında kritik bir rol oynamaktadır. Özellikle bankalar, taşınmazların yüksek değerli olmaları ve zamanla bu değerlerini büyük ölçüde koruyabilmeleri nedeniyle, sağladıkları kredilere karşılık taşınmaz rehni tesis etmeyi tercih etmektedir.

Alacak, yalnızca tek bir taşınmaz üzerinde güvence altına alınabileceği gibi, birden fazla taşınmaz üzerinde de teminat altına alınabilir. Uygulamada, özellikle yüksek tutarlı kredilerde tek bir taşınmazın teminat bedelinin kredi miktarını karşılamaması nedeniyle, birden fazla taşınmazın aynı alacak için rehin edilmesi yaygın bir yöntemdir. Bu durum, kredi veren açısından teminatın genişletilmesi ve güvence seviyesinin artırılması açısından büyük önem taşımaktadır.

Ticari yaşamda, birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulması yoluyla yüksek miktarda kredi sağlanması, doktrinde "birlikte rehin" olarak adlandırılmaktadır. Birlikte rehinde temel kural, teminatın bölünmesi, diğer bir ifadeyle "paylı rehin"dir. Her ne kadar bu çalışmada, paylı rehin detaylı bir şekilde ele alınmayacak olsa da rehin hukukunun temel kurumlarından biri olması nedeniyle kısaca değinilecektir. Birlikte rehnin istisnası, teminatın bölünmemesi, yani "toplu rehin"dir. Toplu rehin, Türk Medeni Kanunu'nda açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte, toplu rehine başvurulabilmesi için gerekli koşullar Kanun'da düzenlenmiştir.

Çalışmamızda, öncelikle kural olan TMK m. 855/2-3'te düzenlenen paylı rehin, ardından TMK m. 855/'de düzenlenen istisna niteliğindeki toplu rehin incelenecektir.

I. Birlikte Rehin

Taşınmaz rehin sistemi, kişisel alacağı teminat altına alma ve arazi değerinin tedavül ettirilmesi işlevlerini yerine getirme amaçlarına yönelmiştir[1]. Taşınmaz rehni aynı alacak için tek bir taşınmaz üzerinde kurulabildiği gibi birden çok alacak için de kurulabilir.

TMK m. 850 ve devamındaki hükümlerle düzenlenmiş olan taşınmaz rehnine hâkim olan ilkelerden birisi belirlilik ilkesidir. Bir yönüyle alacağa, diğer yönüyle rehin konusu taşınmaza ilişkin olan belirlilik ilkesi gereği, teminat altına alınacak alacağın ve teminat olarak gösterilen taşınmazın[2] belirlenmiş olması gerekmektedir[3].

TMK m. 855 hükmü gereği aynı alacağı güvence altına almak amacıyla birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulmasına imkân tanınmaktadır. Bu hüküm belirlilik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilemez[4]. Aksine, bu düzenleme belirlilik ilkesinin daha esnek bir yorumunu mümkün kılmakta ve birden fazla taşınmazın aynı alacağı temin etmek amacıyla rehnedilmesi hususunda yasal bir çerçeve sunmaktadır.

Birden fazla taşınmaz üzerinde aynı alacak için rehin kurulması[5] *"Taşınmaz birden çok ise"* başlığı altında TMK m. 855'te düzenlenmiştir: "*Birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalarına bağlıdır. Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedildiği diğer hâllerde, her taşınmazın alacağın ne miktarı için güvence oluşturduğu rehin kurulurken belirtilir. Aksine bir anlaşma bulunmadıkça, tapu idaresi, re'sen güvenceyi taşınmazların her birine değeri oranında dağıtır."*

---

1 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 26. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, N. 3185.

2 TST m. 20'de "Resmi senede, işleme konu taşınmaz mal ve tarafların isteği açıkça yazılır" ifadesine yer verilmektedir.

3 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3201; Faruk Acar, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi,* 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 162 vd., (Belirlilik İlkesi); Fahri Erdem Kaşak, İpek Güvenç, "Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, s. 62; M. Cahit Günel, "Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 248.

4 Tülay Aydın Ünver, "Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehin Kurulması", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku (20 Ekim 2016)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 85; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3214; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 242; Kaşak, Güvenç, s. 62; Furkan Derdiman, "İpoteğin Kuruluşunda Rehin Konusu Yönünden Belirlilik İlkesi", Ed. Saibe Oktay Özdemir, Batuhan Akkuş, *İpotekle İlgili Makaleler,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 72.

5 Doktrinde birlikte rehin veya birlikte ipotek olarak adlandırılan rehin türü çalışmada bundan sonra birlikte rehin olarak ifade edilecektir.

Birlikte rehin kapsamında bir taşınmazın ele alınabilmesi için taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerekmektedir[6]. Kanun koyucu, birlikte rehin açısından paylı rehin ve toplu rehin olmak üzere ikili bir ayrım yapmıştır. Söz konusu ayrım çerçevesinde, taşınmazların her birinin ayrı ayrı alacağın belli bir kısmı için teminat oluşturması olarak ifade edebileceğimiz "paylı rehin" kuraldır. Yani birlikte rehinde, alacağın bütünlüğünü esas alan kanun koyucu, rehnin bölünmezliği ilkesini terk ederek teminatın bölünmesi kuralını benimsemiştir[7]. Nitekim TMK m. 855/2 de geçen "diğer hallerde" ibaresi bir bütün olarak ele aldığı alacağın teminatı olarak konulacak rehnin birden çok taşınmaz arasında paylaştırılmasını, kural olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Kuralın istisnası olarak düzenlenen toplu rehin ise, TMK m. 855/'de düzenlenmiş olup şartların gerçekleşmesi halinde rehinli taşınmazların her bir alacağın tamamı için teminat teşkil edeceğini ifade etmektedir.

Birlikte rehinde kural, teminatın bölünmesi; istisna ise teminatın bölünmeksizin rehnin konusu olmasıdır. TMK m. 855 hükmüne göre kural paylı rehin olduğu için, çalışmamızda ilk olarak paylı rehin ele alınacaktır.

II. Paylı Rehin

Birden fazla taşınmazın, aynı borcu teminat altına almak amacıyla kullanılması talep edildiğinde ve toplu rehin kurulmasına ilişkin gerekli şartlar sağlanmadığında, rehin yükünün taşınmazlar arasında bölüştürülmesi gerektiği durumda, bu rehin türüne doktrin literatüründe "paylı rehin"[8] denilmektedir. Toplu rehnin şartları sağlanmadığı durumların yanı sıra; taraflar toplu rehin kurma yerine paylı rehin tesis etmeyi tercih ettiklerinde de her bir taşınmaza rehin yükü paylaştırılarak paylı rehin oluşturulabilir[9]. Paylı rehin, rehinli

6 Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 106 vd.; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 236; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3211.

7 Erden Kuntalp, "Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmaz Rehni", *Yiğit Okur'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 265, (Taşınmaz Rehni); Günel, s. 248.

8 Doktrinde paylı rehin kavramı yerine farklı kavramlar kullanılmaktadır. Paylı rehin kavramı yerine, Acar, *"güvence bölünerek oluşturulan rehin*" kavramını kullanmayı tercihe etmektedir. (bkz. Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Rehin), N. 92; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 244.); Doktrinde bu kavramın karşılığı olarak Bengisu, *"müşterek rehin"* (bkz. Hande Bengisu, "Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Kurulan İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Taşınmazların Satışına İlişkin Sorunlar", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 4, İstanbul, 2009, s. 188); Kuntalp *"teminatın bölünmesi"* (bkz. Kuntalp, *Taşınmaz Rehni* s. 267.); Gürsoy *"kolektif olmayan rehin"* (bkz. Kemal Tahir Gürsoy, *Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesinde Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978, s. 19.) kavramlarını kullanmaktadır. Biz çalışmamızda paylı rehin kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

9 A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 587; Çetiner, s. 205; Gürsoy, s. 21; Kuntalp, *Taşınmaz Rehni*, s. 273; Helvacı, s. 218 ve 227; Aydın Ünver, s. 98.

alacağın birden fazla taşınmaz arasında paylaşılması esasına dayanır ve bu durum, taşınmazların her birinin belirli bir kısmına karşılık gelen teminatlar olarak işlev görür.

Paylı rehin yukarıda da ifade edildiği üzere birlikte rehnin kural olarak uygulanan türüdür. Belirtmek gerekir ki bölünen alacak değil sadece rehin yüküdür[10].

Paylı rehinde birden çok taşınmaz üzerinde kurulan sadece bir rehnin olması paylı rehini çoklu rehin[11]den ayıran temel kıstastır[12]. Paylı rehini birlikte rehinden ayıran kıstas ise, paylı rehinde rehin yükünün taşınılmazlar üzerinde paylaştırılmasıdır.

Paylı rehnin konusunu teşkil edecek taşınmazlar ile toplu rehnin konusu olabilecek taşınmazlar arasında bir fark bulunmamaktadır[13]. Paylı rehin için, rehinle yüklenecek taşınmazların ayrı ayrı alacağın ne kadarını temin ettiğinin belirtilmesi, alacağın aynı olması, teminatın bölünmesi, taşınmaz malik (ler) i ile rehin alacaklısı arasında rehin yükünün dağıtılması sözleşmesinin olması ve paylı rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekmektedir[14].

Paylı rehinde, temin edilen alacak bir tane olup güvence teminatı bölünmüş olur ve her taşınmaz yalnızca toplam rehin miktarının belirli bir kısmından sorumlu olur[15]. Paylı rehinde, rehin yükü taşınmazlar arasında oranlı olarak paylaştırıldığından, taşınmaz sayısı kadar rehin hakkı ortaya çıkar[16]. Taşınmazlar üzerindeki rehin hakları birbirinden bağımsız olduğu için farklı türde rehin haklarının aynı taşınmaz üzerinde kurulabilmesi mümkündür[17].

III. Toplu Rehin

A. Genel Olarak Toplu Rehin

TMK m.855/1 ve TST m. 32/1/a-b düzenlemeleri çerçevesinde güvencenin bölünmeden rehnin konusu olması, doktrinde daha çok toplu rehin olarak adlan-

10 Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar,* 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 295.

11 Çoklu rehinde birden fazla taşınmaz üzerinde her biri için ayrı rehin vardır.

12 Çetiner, s. 205.

13 Bu yüzden biz burada çalışmamamızın esas konusu olan toplu rehne atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

14 Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 244. vd; Kaşak, Güvenç, s. 81 vd.

15 Acar, *Rehin*, N. 92; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 244; Çetiner, s. 205; Aydın Ünver, s. 88; Kaşak, Güvenç, s. 85; İlhan, Helvacı, *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı,* İstanbul 2008, s. 228.

16 Zekeriya Kurşat, "Birlikte Rehin", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, Ankara, 2006, ss. 393-426, s. 401 ve 402;

17 Kurşat, s. 401 ve 402; Kaşak, Güvenç, s. 85

dırılmakla birlikte[18], doktrinde, kolektif rehin[19], müteselsil rehin[20] ve müşterek rehin[21] kavramları da kullanılmaktadır[22]. Biz çalışmamızda toplu rehin ifadesini tercih etmekteyiz[23].

Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnini düzenleyen kanun koyucu, kural olarak rehnin bölünmesini yani paylı rehin esas almakla birlikte, toplu rehin sistemini benimseyebilme imkânı da tanımıştır. TMK m. 855/1'de toplu rehin açıkça ifade edilmemekle beraber, TMK m. 855/2'de anlatılan teminatın bölünmesi yönteminin açıklama biçimi dikkatle incelenildiği takdirde birinci fıkrada teminatın bölünmesi dışında bir yöntemin belirlendiği anlaşılmaktadır[24]. Kural olan paylı rehinde öngörülen yöntem, teminatın bölünmesi olduğu için istisna olarak düzenlenen toplu rehindeki yöntemin de teminatın bölünmemesi olacağı açıktır[25].

Tek bir alacağın tamamını güvence altına almayı amaçlayan[26] teminatın bölünmemesi yöntemi olarak kanunda yer alan ve toplu rehin olarak ifade ettiğimiz rehnin bu türünün tanımına 743 sayılı MK'da olmadığı gibi 4721 sayılı TMK'da yer verilmemiştir. Biz toplu rehin kavramını, birden çok taşınmazın aynı alacak için her bir taşınmazın, borcun tamamından sorumlu olması muhtevasını

---

18 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3185 vd; Köprülü, Kaneti, s. 291; Kuntalp, *Taşınmaz Rehni*, s. 267; Gürsoy, s. 8; Bülent Davran, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 28; Yarg.12. HD. E. 17448, K. 1796, T. 23/11/2001, www.kazanci.com (18.10.2024).

19 Gürsoy, s. 8 ve 9; Ferit H. Saymen, Halid Kemal Elbir, *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar),* Hak Kitabevi, İstanbul, 1954, s. 583;

20 Acar, *Rehin Hukuku,* s. 243; Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 250; Kurşat, s. 399, 403 vd.; Rona Serozan, "Taşınmaz Rehni", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 64, Sayı 2, 2006, ss. 301-324, s. 319; Bengisu, s. 1883.

21 Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 243; Davran, s. 28; Hüseyin Avni Göktürk, *Türk Medenî Hukuku Dördüncü Kitap, Aynî Haklar,* Ankara, 1949, s. 1038; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 1036.

22 Anlaşılmanın kolaylığı açısından çalışmamızda sadece toplu rehin kavramı ile ifade edilecektir.

23 Doktrinde toplu rehin ifadesini tercih edenler için bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 74; Çetiner, s. 199; Köprülü, Kaneti, s. 291; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3220; Günel, s. 248; Kaşak, Güvenç, s. 63; Kuntalp, s. 266 ve 270; Sarı, s. 1004-1005; Sümer Altay, Ali Eskiocak, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni,* Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 58; Tümerdem, s. 55; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 725; Helvacı, s. 212; Özer, s. 26; Sirmen, s. 586; Toplu rehin kavramının güvencenin bölünmemesi esasına dayalı rehni karşılamakta yetersiz olduğu yönünde bkz. Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 243, dn. 740; Yargıtay'ın toplu rehin ifadesini kullandığı kararlar için bkz. Yargıtay'ın toplu rehin ifadesini kullandığı kararlar için bkz. YHGK, E. 2002/12-823, K. 2002/1020, T. 27/11/2002; Yarg. 12. HD, E. 2001/17448, K. 2001/19796, T. 23/11/2001; Yarg. 12. HD, E. 2002/6829, K. 2002/8052, T. 18/04/2002, www.kazanci.com (07.10.2024).

24 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni*, s. 271.

25 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni*, s. 271.

26 Talih Uyar, "İcra Hukukunda Taşınmaz Rehni Kavramı", *Manisa Barosu Dergisi,* Cilt 26, Sayı 101, 2007, s. 523.

karşılayacak bir rehin türü olarak kullanıyoruz.

Toplu rehinde, rehin konusu taşınmazlar alacağın tamamını güvence altına aldığı için rehin konusu taşınmazların her birinin tapu kaydına alacağın tamamı belirtilir[27]. Toplu rehinin kurulabilmesi için alacağın aynı olması gerekir. Alacağın birden fazla olduğu durumlarda toplu rehin kurulması söz konusu değildir[28].

Toplu rehin koşullarının mevcut olduğu durumlarda, taraflar isterse toplu rehni isterse paylı rehni tercih edebilir. Bununla birlikte taraflar, toplu rehin koşullarının sağlandığı durumlarda, toplu rehin ve paylı rehinden birini tercih etmek zorunda olmayıp birden fazla taşınmaz üzerinde her iki rehin türü de uygulayabilme hakkına sahiptirler. Örneğin, aynı malike ait ve aynı alacağı teminata alan eşit değerdeki dört taşınmazın ikisi üzerinde toplu rehin, diğer ikisi üzerinde ise paylı rehin tesis edilebilmesi mümkündür[29].

Toplu rehin, tarafların toplu rehin kararlaştırması sonucu tesis edilebilmektedir. Bunun yanı sıra, rehinle yüklü bir taşınmazın sonradan kat mülkiyetine çevrilmesi veya bölünmesi neticesinde de toplu rehin gündeme gelebilmektedir[30]. Bu kapsamda, taşınmazın fiilen bağımsız hale gelmesi ve bölünen parçaların tapu siciline ayrı ayrı kaydedilmesi gerekmektedir[31].

Üzerinde rehin bulunan bir taşınmazdan parça veya parçaların ayrılması durumunda, rehin yükü bu parça veya parçalar üzerinde de devam edebilecektir[32]. Rehin yükünün ayrılan parça veya parçalar üzerinde devam edebilmesi için ayrılan kısımların, tapu siciline kaydı mümkün olan taşınmaz niteliğinde olması gerekir. Bu ayrılan kısımlar rehin hakkının varlığını nasıl devam ettireceğini, "...ipotekli taşınmazın bölünmesi hâlinde, aksine bir anlaşma yoksa, rehin taşınmazlara değerleri oranında tapu idaresince re'sen dağıtılır..." hükmüne yer veren TMK m. 889/1 düzenlenmiştir. Bu hüküm, taşınmazın bölünmesi halinde rehin yükünün taşınmazların değerleri dikkate alınarak paylaştırılmasını ve böylece paylı rehnin tesis edilmesini öngörür. Taraflar arasında rehin yükünün paylaşımı kararlaştırılmamış olabilir, bu durumda tapu müdürü bu paylaştır-

27 Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 250; Murat Tümerdem, "Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Sayı 32, 2017.

28 Altay, Eskiocak, s. 350.

29 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni*, s. 275.

30 Kurşat, s. 394; Kaşak, Güvenç, s. 78; Ancak burada belirtilen bölünme, TMK m. 868'de düzenlenen taşınmazın küçük bir parçasının ayrılması değil, TMK m. 889 kapsamında taşınmazın tamamen bölünmesidir.

31 Kurşat, s. 415; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 22; Kaşak, Güvenç, s. 78.

32 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 279; Tolga Özer, *Taşınmazların Birlikte Rehni*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 54.

mayı re'sen gerçekleştirecektir. Bölünme sonrasında toplu rehnin doğabilmesi, toplu rehin koşullarının sağlanmasına bağlıdır[33]. Aksi durumda, toplu rehin şartlarının sağlanmaması durumunda yapılan tescil, yolsuz rehin niteliği taşır ve bu durumda paylı rehin tesis edilebilir[34].

B. Toplu Rehnin Konusu

Toplu rehin, bir taşınmaz rehni olduğu için ve aynı zamanda TMK m. 855 aynı taşınmaz üzerinde rehin kurulmasını düzenlediği için taşınmaz rehnine konu olabilenler toplu rehnin de konusunu oluşturabilmektedir[35]. Taşınmaz rehnine nelerin konu olabileceği TMK m. 853'te düzenlenmiş olup bu hükme göre, yalnız tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Yani tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar[36] için taşınmaz rehni söz konusu olamaz[37].

TMK m. 998 ve TMK m. 704 gereği, arazi, bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler toplu rehnin konusu olabilir[38]. Toplu rehnin kurulacağı taşınmazların aynı türde olması gerekmediği için farklı türdeki taşınmazlar da toplu rehnin konusu olabilir. Örneğin bir arazi, kat mülkiyetine konu bağımsız bir bölüm ile toplu rehnin konusunu teşkil edebilir[39].

Paylı mülkiyete tabi taşınmazlar da toplu rehnin konusunu oluşturabilir. TMK m. 692/1'e göre, paylı mülkiyet konusu taşınmazın tamamı ancak paydaşların tamamının onayıyla rehnedilebilir. Ancak her paydaş, kendi payını rehnedebilir[40]. Bir pay üzerinde rehin hakkı kurulmuşsa, taşınmazın tamamının rehnedilmesi mümkün olmaz. Ancak, taşınmazın tamamı önceden rehnedilmişse,

---

33 Gürsoy, s. 26; Kurşat, s. 418; Kaşak, Güvenç, s. 78; Özer, s. 55 vd.

34 Özer, s. 55 vd.; Gürsoy, s. 17; Kaşak, Güvenç, s. 78.

35 Feride Demirbaş, *Toplu İpotek*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 27; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3211; Sarı, s. 992; Gürsoy, s. 4; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1031; Acar, *Rehin*, N. 74; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 242; Aydın Ünver, s. 86;

36 Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde rehin hakkı tesis edilmek istenmesi durumunda bunun nasıl gerçekleşebileceğine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Demirbaş, s. 27 ve 28.

37 Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 725; Yeşim Gülekli, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Bakımından Kapsamı*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1992, s. 3; Aydın Ünver, s. 86; Sarı, *Belirlilik,* s. 992; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3211; Demirbaş, s. 27; Gürsoy, s. 4; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1031; Kaşak, Güvenç, s. 64; Acar, *Rehin,* N. 74; Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 242; Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde de rehin kurulabilir; ancak bu taşınmazlar, taşınır rehni hükümlerine tabi olacaktır. Aynı yönde bkz. Yarg. 16. HD., E. 5201, K. 7024, T. 07/05/2004, karar için bkz. Altay, Eskiocak, s. 45.

38 Kat irtifakının toplu rehnin konusu olup olamayacağı hakkındaki doktrindeki tartışma hakkında bkz. Demirbaş, s. 32, 33 ve 34.

39 Kaşak, Güvenç, s. 64

40 Bir taşınmaz üzerinde beş pay sahibi var ve bu beş pay sahibinden üçü kendi payları üzerinde toplu rehin kurmak isterlerse bu üç paylı malik borçtan müteselsil sorumlu olmaktadır. Ancak paylı maliklerin hepsi taşınmazın tümü üzerinde toplu rehin kurarlarsa bu durumda paylı malikler borçtan müteselsil sorumlu olmaları aranmayacaktır. Bkz. Özer, s. 20

sonradan payın başka bir rehne konu edilmesine engel bir durum bulunmaz[41].

TMK m. 702/2, tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar almasını hükme bağlamaktadır. TMK m. 857/3 ise, elbirliği mülkiyetine konu bir taşınmazın ancak maliklerin tamamının onayıyla ve yalnızca taşınmazın tamamının bir bütün olarak rehnedilebileceğini hükme bağlamaktadır. Elbirliği mülkiyetinde, bağımsız pay söz konusu değildir ve bu sebeple elbirliği mülkiyetinde birden fazla taşınmazdan söz edilemez[42]. Bu durumda rehin de tek bir taşınmaz üzerinde tesis edilebile için toplu rehin gündeme gelemeyecektir[43]. Ancak, elbirliği mülkiyetindeki bir taşınmaz, toplu rehin oluşturabilecek başka bir taşınmazla birlikte rehne konu olabiliyorsa yahut elbirliği mülkiyetindeki aynı alacağı teminat altına almak için birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulması durumunda, toplu rehin söz konusu olabilecektir[44].

TMK'da madenlerin taşınmaz olarak kabulüne ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, önceki Medeni Kanun ve Maden Kanunu, madenler üzerinde rehin kurulmasına olanak tanımıştır. TMK m. 855 hükmü, maden rehnine de uygulanabilir nitelikte olup, bir maden ile başka bir taşınmaz üzerinde toplu rehin kurulmasına izin vermektedir[45]. Ancak, aynı alacak için birden fazla madenin toplu rehni mümkün değildir[46].

Ayrıca belirtmek gerekir ki gemiler[47] ve hava araçları için toplu rehin hükümleri uygulama alanı bulmayacak olup bunlar toplu rehnin konusu olarak ele alınamaz[48].

C. Toplu Rehnin Şartları

1. Genel Olarak

Toplu rehnin şartlarını taşınmaz bakımından, malik bakımından ve alacak bakımından ve diğer şartlar olmak üzere dört başlıkta değerlendirebiliriz. Buna göre toplu rehnin taşınmaz bakımından şartı, rehnin birden çok taşınmaz üzerinde kurulması; malik bakımından şartı, rehinli taşınmazların aynı kişiye ait olması yahut müteselsil borçlulara ait olması ve alacak bakımından şartı, aynı

41 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3211; Serozan, s. 318; Kaşak, Güvenç, s. 65.

42 Gürsoy, s. 7; Kurşat, s. 396; Kaşak, Güvenç, s. 65.

43 Özer, s. 21; Kaşak, Güvenç, s. 65.

44 Özer, s. 21; Kaşak, Güvenç, s. 66.

45 Kurşat, s. 14; Gürsoy, s. 5 ve 6; Kaşak, Güvenç, s. 66; Özer, s. 22.

46 Özer, s. 23.

47 Aynı alacak için birden çok gemi üzerinde rehin kurulması durumunda, TTK m. 1021 hükmü gündeme gelecek olup TMK m. 855 uygulama alanı bulamayacağına ilişkin bkz. Kurşat, s. 396; Özer, s. 23; Kaşak, Güvenç, s. 66; Aksi kanaat için bkz. Gürsoy, s. 6.

48 Bu konuda bkz. Kaşak, Güvenç, s. 67.

alacağın teminat altına alınması olarak ifade edilebilir[49]. Toplu rehin için çalışmamızda, diğer şartlar altında incelemeyi tercih ettiğimiz teminatın bölünmemesi, toplu rehin sözleşmesinin yapılmış olması ve tescilin yapılmış olması da gerekmektedir. Bu şartlardan biri gerçekleşmez ise toplu rehin söz konusu olamayacak olup paylı rehin gündeme gelebilecektir[50].

2. Taşınmaz Bakımından: Rehnin Birden Çok Taşınmaz Üzerinde Kurulması

Toplu rehnin için rehnin en az iki taşınmaz üzerinde kurulmalıdır. Bu taşınmazlar yukarıda ifade edildiği üzere aynı türden olmak zorunda değildir. Toplu rehini düzenleyen TMK m. 855/1 hükmü gereğince toplu rehin iki farklı şekilde olabilir. Bunlar, (i) birden çok taşınmazın aynı malike ait olması[51] ve (ii) taşınmazların maliklerinin tek bir kişi olmaması ile birlikte, maliklerin borçtan müteselsilen sorumlu olmasıdır. Bu iki alternatif şartta birinin olması durumunda toplu rehin gündeme gelecektir.

3. Malik Bakımından: Rehinli Taşınmazların Aynı Kişiye yahut Müteselsil Borçlulara Ait Olması

Türk Medeni Kanunu, aynı malike ait birden fazla taşınmaz üzerinde toplu rehin kurulmasını mümkün kılmıştır. Bu düzenlemenin temel amacı, malikin, borçtan doğan yükümlülüğünü karşılamak için tüm taşınmazlarını kaybetmesini engellemektir. Toplu rehin kapsamında rehineliden taşınmazlardan birinin değerinin alacağı karşılaması durumunda, diğer rehinli taşınmazların satışına gerek kalmamaktadır. Bu yaklaşım, kanun koyucunun, öngörülebilecek iki olası tehlikeden birini korumayı diğerine tercih ettiğini ortaya koymaktadır[52]. Şöyle ki, Medeni Kanun, toplu rehnin taşınmaz maliklerine yönelik olası zararını, rehne konu taşınmazların aynı malike ait olduğu durumlarda, malikin tüm taşınmazlarını kaybetme riskine kıyasla ikinci planda değerlendirmiştir. Kanun koyucu, malikin taşınmazlarını yitirme riskini, kredi temin edememe riskine göre daha ciddi ve öncelikli bir tehlike olarak kabul etmiştir[53].

Toplu rehinde rehne konu olan birden çok taşınmazın tek bir kişiye ait olması durumunda, toplu rehnin kurulabilmesi için ayrıca malikin borçtan kişisel olarak sorumlu olması şartı aranmamaktadır[54]. Genel rehin mantığından bu

49 Demirbaş, s. 49 vd.

50 Altay, Eskiocak, s. 48; Demirbaş, s. 49; Kaşak, Güvenç, s. 65.

51 Birden çok taşınmazın aynı malike ait olmasına bağlı olarak toplu rehin kurulabilecek haller için bkz. Çetiner, s. 202.

52 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 273.

53 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 273.

54 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 273.

bahisle ilgili toplu rehnin ayrışan herhangi bir yönü olmayacaktır.

Toplu rehinle ilgili olarak bu başlık altında belirtilmesi gereken bir husus da tek bir taşınmaza birden çok kişinin malik bulunduğu hallerdir. Kural olarak burada toplu rehin gündeme gelmeyecektir. Elbirliği mülkiyetin olduğu tek bir taşınmazın varlığı nettir ve bu sebepten herhangi bir tartışmalı husus yoktur. Paylı mülkiyette ise açıklanması gereken bir ayrım vardır. Ortak mülkiyette taşınmazın bizzat kendisinin rehnedilmesi ile paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki mülkiyet payının rehni farklı şekillerde ele alınmalıdır[55]. Ortak mülkiyette, taşınmazın TMK 692/1 kapsamında kendisinin rehnedildiği durumda, elbirliği mülkiyetinde olduğu gibi tek bir taşınmaz vardır. Buna karşılık TMK 688/3'teki halin gereği olarak maliklerin her bir payını ayrıca rehnetmeleri söz konusu olacaktır[56]. Gerçekten de artık tek bir taşınmazın rehni değil taşınmaz gibi işlem gören birden çok payın rehni söz konusu olacaktır[57]. Gözden kaçırmamak gerekir ki, paylı mülkiyette, paylar aynı malikte toplanması durumu ortaya çıkarsa, tek kişi mülkiyeti ortaya çıkacağı için birden fazla taşınmazdan bahsetmek artık mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla söz konusu taşınmaz toplu rehne konu olamayacaktır[58].

Birden fazla taşınmazın üzerinde toplu rehnin kurulmasının öngörüldüğü diğer hal, taşınmazların maliklerinin borçtan müteselsilen[59] sorumlu olmasıdır. TMK m. 855/1'e göre, toplu rehin, aynı malike ait birden fazla taşınmaz üzerinde kurulabildiği gibi aynı borçtan müteselsil sorumlu olan borçluların[60] taşınmazları üzerinde de kurulabilir. Müteselsil borçluluk bulunmayan farklı kişilere ait taşınmazlar için toplu rehin tesis edilmesi mümkün değildir[61]. TBK m. 162'ye göre müteselsil borçluluk, birden çok borçlunun, borcun tamamından sorumlu olması halidir ve toplu rehin için bu sorumluluk tapu memuruna ispat edilmelidir[62].

---

55 Demirbaş, s. 45; Özer, s. 19 ve 20; Kaşak/Güvenç, s. 64 vd.

56 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 274; Kurşat, s. 396.

57 TMK. 857/1: *"Paylı mülkiyette paydaş kendi payını rehnedebilir."*

58 Özer, s. 21; Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 274; Kaşak, Güvenç, s. 64 ve 65; Demirbaş, s. 46.

59 TMK. m. 855 f. 1 de sadece müteselsil sorumluluk ifadesine yer verilmişken eMK. 770 de malikin borçtan müşterek ve müteselsil sorumlu olması ifadesi kendine kanunda yer bulmaktaydı.

60 Benzer şekilde, TBK m. 586'da düzenlenen müteselsil kefalet de müteselsil borçluluk gibi toplu rehin kurulmasına olanak sağlar. Bkz. Helvacı, *İpotek,* s. 217, dn. 25; Davran, s. 28; Kaşak, Güvenç, s. 66; Gürsoy, s. 15; Özer, s. 31; Bengisu, s. 1883 ve 1884; Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 255; Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 275; Çetiner, s. 203.

61 Bu durumda paylı rehin kurulabilir.

62 Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 255.

4. Alacak Bakımından: Aynı Alacağın Teminat Altına Alınması

Toplu rehnin üçüncü şartı ise alacak bakımından olup aynı alacağın teminat altına alınmış olmasıdır. Aynı alacak ifadesinden anlaşılması gereken alacağın aynı hukuki sebebe dayanmasıdır[63]. Aynı hukuki sebebe dayanmayan alacaklar için toplu rehin kurulamaz[64].

5. Diğer Şartlar

a. Teminatın Bölünememesi

Toplu rehin kapsamında, rehin altına alınan taşınmazların her biri, toplu rehinle teminat altına alınan söz konusu alacağın tamamından sorumlu tutulur. Başka bir ifadeyle, taşınmazlar üzerindeki toplu rehin hakkı bütünlük teşkil eder ve bu hakkın bölünmesi söz konusu olamaz[65]. Bu çerçevede, TST m. 32/1/a'ya göre, rehinle teminat altına alınan tüm taşınmazların tapu sicillerine, alacak miktarının tamamı kaydedilir.

Toplu rehin sahibinin, sahip olduğu alacak hakkı, yeknesak bir nitelik taşımaktadır. Bu sebeple, bu hak farklı kişilere devredilemez[66]. Ayrıca, rehin hakkı sahibi devir hakkını yalnızca taşınmazlardan bazıları için de kullanabilmesi söz konusu değildir[67]. Rehin hakkı, teminat altına alınan alacağın tamamına yönelik bir bütünlük arz ettiğinden, devir işlemi yalnızca tüm taşınmazları kapsayacak şekilde gerçekleştirilebilir[68].

b. Toplu Rehin Sözleşmesinin ve Tescilin Yapılmış Olması

Toplu rehin kurulabilmesi için tarafların toplu rehin kurma iradesine sahip olması gerekmektedir[69]. Toplu rehin, birlikte rehnin istisnai bir türü olduğundan, tarafların toplu rehin tesis etme iradelerinin açıkça anlaşılması gerekir[70]. Bu nedenle, toplu rehnin şartları gerçekleşmiş olsa bile, tarafların TBK m. 856/2 gereği resmî yazılı bir toplu rehin sözleşmesi ile toplu rehin açıkça ifade edilmemişse, taşınmazlar üzerinde toplu rehin söz konusu olamaz[71]. Taraflar

63 Gürsoy, s. 13; Demirbaş, s. 54.

64 Bu konuda geniş açıklama için bkz. Demirbaş, s. 54 vd.

65 Kaşak, Güvenç, s. 70; Acar, *Rehin*, N. 95; Gürsoy, s. 8; Çetiner, s. 203.

66 Helvacı, s. 213; Kaşak, Güvenç, s. 70.

67 Helvacı, s. 213; Kaşak, Güvenç, s. 70; Aksi görüş için bkz. Özer, s. 63 ve 64.

68 Kaşak, Güvenç, s. 70.

69 Tümerdem, s. 350.

70 Bu yönde bkz. YHGK, E. 2002/12-823, K. 2002/1020, T. 27/11/2002; Yarg. 8. HD, E. 2013/21690, K. 2013/20428, T. 31/12/2013, www.kazanci.com (03.11.2024).

71 H. Nami Nomer, Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku,* Gözden Geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, N. 596; Kaşak, Güvenç, s. 71; Helvacı, s. 218; Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 273; Köprülü, Kaneti, s. 209; Kurşat, s. 406; Bu yönde yargı kararları için bkz. YHGK, E.

arasında böyle bir anlaşma bulunmaması durumunda, TMK'da kural olarak öngörülen paylı rehin hükümleri uygulanır[72].

TMK m. 856/1 hükmü gereği, toplu rehin de bütün aynî haklar gibi kural olarak tapu siciline tescil ile kurulur. Tescil işlemi, rehne konu taşınmazların her biri için ayrı ayrı yapılmalıdır[73]. TST m. 32 uyarınca, rehinli taşınmazların her birinin taşınmazın tapu kütüğünde yer alan sayfasında, rehinler sütununa alacak miktarının tamamı kaydedilir. Ayrıca, düşünceler sütununda taşınmazın hangi diğer taşınmazlarla birlikte rehnedildiği belirtilir. Bu düzenleme, taşınmazlar arasındaki hukuki irtibatı sağlamayı amaçlar[74]. TST m. 32/1/b hükmü gereği, müteselsil borçluluğun varlığı sebebi ile kurulan bir toplu rehin söz konusuysa, bu durum düşünceler sütununda ayrıca belirtilmelidir[75].

TST m. 20 de yer alan *"resmi senede, işleme konu taşınmaz mal ve tarafların isteği açıkça yazılır"* ifadesi gereği rehin sözleşmesinde rehne konu taşınmazın açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca, rehne konu taşınmaz resmî senet üzerinde gösterildikten sonra, taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına rehin hakkının tescili gerçekleştirilir. Tescil işlemi ile birlikte, rehin yasal olarak kurulmuş olur[76].

D. Toplu Rehnin Paylı Rehinle Karşılaştırılması

Medeni kanunun rehin üzerinden amacı, toplu rehin mantığı ile temelde farklılaşmaktadır. Medeni kanun rehinle, taşınmazın değerinin alacağın güvence altına almaya yeterli bir bölümünü alacaklıya özgüleyip, değerin artan bir bölümünü alacaklıya bırakmaktadır. Böylece rehin verilen taşınmaz satılsa bile, taşınmaz maliki, taşınmaz değeri ile teminat bedeli arasındaki nakdi değere sahip olabilir. Ve elbette malik isterse aynı taşınmaz üzerinde yeni krediler elde edebilir[77].

Türk Medeni Kanunu toplu rehinde, rehin alacaklısını rehin veren maliklere karşı avantajlı konuma getirmektedir. Gerçekten de alacağın tamamını elde edinceye kadar taşınmazların değerine başvurabilme imkânı veren toplu re-

---

12-83, K. 1020, T. 27/11/2002; Yarg. 12. HD, E. 9250, K. 13583, T. 14/05/2015; Aksi görüş için bkz. Aydın Ünver, s. 95, www.kazanci.com (03.11.2024).

72 Bu yönde bkz. YHGK, E. 2002/12-823, K. 2002/1020, T. 27/11/2002; Yarg. 8. HD, E. 2013/21690, K. 2013/20428, T. 31/12/2013, www.kazanci.com (03.11.2024).

73 Kaşak, Güvenç, s. 73; Gürsoy, s. 9.

74 Çetiner, s. 201; Kaşak, Güvenç, s. 73; Sarı, s. 1005; Köprülü, Kaneti, s. 292; Aksi görüş için bkz.; Kurşat, s. 406.

75 Kaşak, Güvenç, s. 73

76 Tümerdem, s. 340; Acar, *Belirlilik İlkesi*, s. 204.

77 Erden Kuntalp, "İpotek Derecelerinin Boş Dereceden İstifade ve Uygulamadan Ortaya Çıkan Sorunlar", *Türkiye Bankalar Birliği Yayınları*, Ankara, 1979, s. 9 vd.

hin, taşınmazların değer yitirmelerine karşı alacaklıyı çok avantajlı hale getirirken, rehin veren malik/lerin yeni kredi bulma olanaklarına ciddi bir sınırlama getirdiği aşikârdır. TMK'nın rehin veren taşınmaz maliki ile kredi veren rehin alacaklısı arasındaki menfaat dengesinin genel rehin ilkelerinde toplu rehne nazaran daha uygun düştüğü görülmektedir[78].

Birlikte rehinde teminatın bölünmesinin yani paylı rehnin kural, teminatın bölünememesinin istisna oluşunun doğal sonucu, toplu rehnin uygulama koşullarının gerçekleşmemesi durumunda mutlaka paylı rehne başvurması gereğidir. Buna karşılık toplu rehnin uygulama koşulları mevcut bulunsa bile taraflar toplu rehne giderek güvencenin bölünmemesini öngören toplu rehin kurabilecekleri gibi ana kural olan güvencenin paylaştırılmasını öngören paylı rehne de başvurabilir.

Toplu rehnin istisna oluşunun sonuçlarından biri de rehin sözleşmesinde tarafların açıkça toplu rehin kurduklarını belirtmeleri gereğidir[79]. Rehin sözleşmesinde açıkça teminatın bölüştürülmemesi suretiyle rehin kurulduğu ifade edilmemişse, bu rehnin teminatın bölünmesi yoluyla kurulduğu tartışma götürmeyen bir haldir[80].

Belirtmek gerekir ki, toplu rehin şartları gerçekleşmiş olsa bile taraflar toplu rehni seçmemiş olabilirler[81]. Taraflar açıkça toplu rehin olduğunu ifade etmedikçe, toplu rehinden bahsedilemeyecektir. Zira paylı rehin kural toplu rehin istisnadır[82].

E. Toplu Rehnin Hüküm ve Sonuçları

Toplu rehin durumunda, rehne konu taşınmazlar üzerinde tek bir rehnin mi mevcut olduğu yoksa birden daha fazla rehnin mi olduğu hususu, doktrinde tek ve ortak bir kanaatin bulunduğu bir konu değildir[83].

Eşya hukukuna hâkim olan ilkeden harekete ederek, her bir ayni hak sadece bir eşyanın konusu olabileceği için toplu rehinde de rehin kurulan taşınmaz sayısı kadar rehin hakkı vardır görüşünün[84] yanı sıra alacaklının, taşınmazların

78 Kuntalp, s. 273.

79 Köprülü, Kaneti, s. 293.

80 Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Eşya Hukuku,* 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 194.

81 Altay, Eskiocak, s. 52; Demirbaş, s. 49.

82 Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 253; Demirbaş, s. 49; Bengisu, s. 1884.

83 Özer, s. 26 vd.; Demirbaş, s. 24 vd.

84 Doktrinde çokluk görüşü olarak adlandırılan bu görüş için bkz. Aydın Ünver, s. 92, Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3224; Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 258; Mehmet Altın, A. Haydar Karahacıoğlu, M. Edip Doğrusöz, *Türk Hukukunda Rehin,* Üçbilek Matbaası, Ankara, 1996, s. 114.

birinden, alacağını temin etmesi ile birlikte rehin hakkının sona ermesi, rehnin bölünmemesi dolayısıyla da tek bir rehin hakkı bulunduğunu göstermektedir görüşü [85] de doktrinde savunulmaktadır.

Toplu rehinde rehin hakkının tek bir tane olduğu görüşü aksi görüşü savunan Oğuzman tarafından, rehinlerin birbirinden bağımsız olmadığı ve aralarında bir kanuni amaç birlikteliği olduğu[86] üzerinden okunmuştur.

Toplu rehin ile ilgili olarak, teminatın bölünemez niteliği ve rehin hakkının iktisadi ve hukuki açıdan bir bütün oluşturması ilkeleri gereği, toplu rehin durumunda tek bir rehnin mevcut olduğu görüşündeyiz. İsviçre Medeni Kanun m. 798/1 hükmünde de tek taşınmaz rehninin söz konusu olacağı açık bir şekilde ifade edilmektedir[87]. Toplu rehnin tüm taşınmazlar üzerinde aynı rehin türünde kurulması gerekliliği de toplu rehin kapsamında tek bir rehnin bulunduğu görüşünü desteklemektedir.

Toplu rehinde rehne konu birden fazla taşınmaz üzerinde bir rehin hakkı olmasının sonuçlarını üç başlık altında toplayabiliriz.

(i) Rehin hakkının bir tek oluşu, alacaklının hak üzerinde ancak bir bütün olarak tasarrufta bulunması sonucuna yol açmaktadır[88]. Alacaklı taşınmazlardan biri üzerinde rehin hakkından vazgeçebilmesi, bir taşınmaz üzerinde faiz yükünü ve rehin hakkının sırasını değiştirebilir[89].

(ii) Alacaklının taşınmazların bir veya birkaçı üzerinden temin edilmesi halinde, geri kalan taşınmazlar üzerinde rehin hakkı son bulmaktadır[90].

(iii) Rehin hakkı tek olduğu için kurulacak rehin aynı tipten olmalıdır.

Toplu rehinde, rehin hakkı sayısı üzerine doktrinde var olan tartışmanın pratik açısından çok önemi bulunmamaktadır. Çünkü rehnin sayısının birden fazla olduğunu savunanlar da söz konusu rehin haklarının sahibinin tek kişi olabileceğini ifade etmektedir[91]. Ayrıca her iki görüş açısından da yapılan işlem ve

---

85 Doktrinde teklik görüş olarak adlandırılan bu görüş için bkz. Helvacı, *İpotek,* s. 213; Gürsoy, s. 8, Kuntalp, *Taşınmaz Rehni*, s. 271; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 974; Özer, s. 27.

86 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 901.

87 Naklen, Demirbaş, s. 26; Özer, s. 28.

88 Kuntalp, s. 272.

89 Kuntalp'e göre taşınmazların maliklerinden biri lehine yaptığı söz konusu tasarruflar, borçtan müteselsilen sorumlu olan diğer maliklerin rücu ilişkileri açısından durumlarını ağırlaştıracağından, BK. 168/2 ve 598/1 anlamında kendisi için öngördüğü olumsuz sonucun doğmasını engellemek üzere, borçtan kişisel olarak sorumlu bulunan diğer tüm maliklerin muvafakatlerinin alınması yerinde olacaktır. Bu görüşün aksine doktrinde bu muvafakatin sadece kefilden alınması gerektiğinin müteselsil borçlu için gereksiz olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.

90 Köprülü, Kaneti, s. 293.

91 Özer, s. 28.

rehnin paraya çevrilme usulü değişmemektedir[92].

Toplu rehin durumunda, rehinle yüklü taşınmazlardan biri veya birkaçı, teminat altına alınan alacağın tamamını karşılamaya yeterli olduğunda, diğer taşınmazlar üzerindeki rehin yükü maddi olarak sona erer[93].

Toplu rehin hakkı sahibi, TMK m. 1014 uyarınca, tüm maliklerin veya müteselsil borçluların onayıyla bazı taşınmazları rehnin kapsamından çıkararak sorumluluktan kurtarabilir[94]. Aynı şekilde, rehin hakkı sahibi, taşınmaz malikiyle anlaşarak, rehin hakkından sonra gelen bir sınırlı ayni hakkı diğer müteselsil borçlu maliklerin rızası ile öncelikli hale getirebilir[95].

Toplu rehin kapsamında, taşınmazların hepsi aynı rehin yüküyle yüklendiği için yalnızca bazı taşınmazlarda yük değişikliği yapılamaz. Ancak, rehin hakkı sahibi, taşınmaz malikleriyle anlaşarak rehin yükünü taşınmazlara dağıtabilir, bunu tapu siciline tescil ettirerek münferit rehin haklarına dönüştürebilir[96]. Bu durumda, her taşınmaz yalnızca alacağın bir kısmından sorumlu olur ve rehin hakkından kısmi feragat gerçekleşir. Ayrıca, alacaklı, rehin borçlularıyla anlaşarak toplu rehni paylı rehne dönüştürebilir[97].

F. Kurulamayan Toplu Rehinlerin Hükmü

Toplu rehnin uygulama koşullarından biri gerçekleşmezse TMK. 855 f.1 hükmü emredici nitelikte olduğu için kurulan toplu rehin geçersizdir[98]. Buna bağlı olarak yapılan tescil de yolsuz tescildir[99]. Malikler söz konusu durumu aşabilmek adına toplu rehni paylı rehine dönüştürmek için tapu kaydının düzeltilmesi davasını açabilirler[100]. Ayrıca bizzat tapu müdürü de yanlışlığın düzeltilmesi adına mahkemeye başvurarak da isteyebilir. Maliklerin isteğinde olduğu gibi tapu müdürü de paylı rehne dönüştürülmesini isteyebilir[101]. Yolsuz tescil düzeltilmediği süreç içinde iyi niyetli üçüncü kişilerin hak iktisabının koruncağı tartışılmaz bir hususdur.

---

92 Demirbaş, s. 27.

93 Köprülü, Kaneti, s. 291; Davran, s. 27; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, N. 3225; Kaşak, Güvenç, s. 70; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1037; Helvacı, İpotek, s. 222; Özer, s. 26; Gürsoy, s. 8 ve 9; Aydın Ünver, s. 91; Aynı yönde yargı kararları için bkz. YHGK, E. 2002/12-823, K. 2002/1020, T. 27/11/2002; Yarg. 12. HD, E. 2001/17448, K. 2001/19796, T. 23/11/2001, www.kazanci.com (10.11.2024).

94 Kaşak, Güvenç, s. 76; Çetiner, s. 203 ve 204; Kurşat, s. 414.

95 Kaşak, Güvenç, s. 76; Kurşat, s. 414.

96 Kaşak, Güvenç, s. 76; Kurşat, s. 414.

97 Kaşak, Güvenç, s. 77; Çetiner, s. 204.

98 Kuntalp, s. 277.

99 Kurşat, s. 408; Kuntalp s. 277; Kaşak, Güvenç, s. 77; Aydın Ünver, s. 93.

100 Kurşat, s. 408; Kuntalp s. 277; Kaşak, Güvenç, s. 77; Aydın Ünver, s. 93.

101 Kuntalp, s. 277.

G. Toplu Rehinde İpoteğin Paraya Çevrilmesi

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanun'un rehnin paraya çevrilmesi şeklini düzenleyen 873. maddesinin 3. fıkrasında birlikte rehnin paraya çevrilme şekli ele alınmıştır: *"Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması hâlinde, rehnin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir."*

Kanunun birlikte rehnin paraya çevrilmesinde ifade ettiği iki temel husus vardır. (i)Rehin alacaklısının, paraya çevrilme talebinin rehinli bütün taşınmazlara karşı olması ve (ii) İcra dairesinin taşınmazları paraya çevrilmesi hususunda gerekli olan kadarını paraya çevirmesidir.

Alacaklının, toplu rehnin konusu olan tüm taşınmazların paraya çevrilmesini talep etme zorunluluğu, alacaklının bazı taşınmaz maliklerini koruyup diğerlerini zararına bırakacak şekilde seçim yapma riskine karşı düzenlenmiştir[102]. Ancak, icra dairesi, yalnızca alacağı karşılayabilecek miktarda taşınmazların satışına karar verir[103]. Böylece, alacağı karşılayacak miktarda taşınmazın satışı gerçekleşir ve daha fazla taşınmazın satışı yapılmasına gerek kalmaz. Bu nedenle, toplu rehin kapsamındaki tüm taşınmazların paraya çevrilmesi zorunlu değildir[104]. Bununla birlikte, icra dairesinin paraya çevrilecek olan taşınmazları belirleme usulü ile ilgili hukukumuzda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir[105].

---

102 YHGK, E. 2002/12-823, K. 2002/1020, T. 27/11/2002; Yarg. 8. HD, E. 2013/21690, K. 2013/20428, T. 31/12/2013, www.kazanci.com (21.11.2024).

103 Hangi taşınmazın paraya çevrileceğine icra müdürlüğünün kara vermesinin amacı alacaklı ile maliklerden bir kısmının diğerleri aleyhine hileli anlaşma yapmalarını önlemektir. Bkz. Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 248 ve 249; Kuntalp, s. 289 ve 290; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 763; Kaşak Güvenç, s. 77; Helvacı, *İpotek*, s. 220 ve 221; Sirmen, s. 587; Sarı, s. 1006; Kurşat, s. 424; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1040; Aydın Ünver, s. 87.

104 Kuntalp, s. 289 ve 290; Acar, *Belirlilik İlkesi,* s. 248-249; Kurşat, s. 424; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 763; Helvacı, *İpotek*, s. 220 ve 221; Sirmen, s. 587; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1040; Sarı, s. 1006; Kaşak Güvenç, s. 77; Aydın Ünver, s. 87.

105 Kaşak Güvenç, s. 77; Özer, s. 78; YHGK 27.11.2002 tarihinde vermiş olduğu kararda *"...yasaca satış talebi için getirilen bu zorunluluk, satışın uygulanması yönünden getirilmemiştir. Her iki taşınmazın satışı yasa gereği birlikte istenmiş olsa bile bu ipotekli taşınmazlar aynı anda satılmayacak, yine yasanın açık hükmü gereği icra müdürlüğünce ancak satışı zorunlu olanlar satılacaktır. İcra müdürünün toplu rehinle yüklü olup paraya çevirme istemine konu olan taşınmazların satışında hangi usulü izleyeceği yasada çok genel olarak düzenlenmiş, bu nedenle de satışta uygulanacak usulün ne olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır"* ifadelerine yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Türk hukukunda gerekli taşınmazları belirlerken hangi kriterlerin uygulanacağının açık olmadığını ifade etmiştir. YGHK E.12-823, K. 1020, T. 27/11/2002, www.kazanci.com (01.11.2024); Mehaz İsviçre hukukunda toplu rehnin paraya çevrilme usulü 23 Nisan 1920 Tarihli Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesine İlişkin Tüzükte düzenlenmiştir. Naklen, Özer, s. 78; Filiz Doğan, "İpotek Açısından Belirlilik İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Sayı 3, 1992, s.

Rehinli taşınmazın birlikte satışında karşımıza çıkacak iki temel uygulama vardır. Taşınmazların alacağı karşılayacak kadar satılıp satışın tatil edilmesi ve taşınmazlar üzerindeki teminat yükünün taşınmazların değeri oranında bölünmesidir[106].

Doktrinde bu paraya çevrilecek bütün taşınmazların satış işleminin aynı gün yapılması gerektiği[107] savunulmaktadır. Alacaklı taşınmazların bir kısmı rehin borcunu karşılasa da tüm taşınmazların satışını beraberce istemek zorundadır[108]. Bu zorunlulukla kanun koyucu alacaklının istediği taşınmaz rehin borçlusu ile anlaşmasını engellemeyi amaçlar[109].

Alacaklının rehinli taşınmazlar hepsi üzerinde rehnin paraya çevrilmesini talep etmediği bir ya da birkaçını dışarda bıraktığı bir talep ihalenin feshi sebebi olup, İİK m. 134 gereğince şikâyet söz konusu olabilir[110]. Doktrinde şikâyet üzerindeki tartışmaları incelemeden belirtelim ki taşınmazların tamamı için takip yapılması kuralı, takip talebiyle sınırlı olmayıp, takibin başlamasıyla birlikte satışa kadar yapılacak bütün işlemler, taşınmazın tamamına ilişkin olmak zorundadır[111].

Şikâyet yolu ile takibin iptaline[112] yol açılacağını doktrinde savunanlar olmakla birlikte şikâyetin takibin iptaline değil de takibe diğer taşınmazların da katılmasını sağlayacağı görüşü[113] de savunulmaktadır.

2. Taşınmazların Aynı Malike Ait Olması

Toplu rehin kurulabilmesi için, üzerinde rehin kurulacak taşınmazların mülkiyetinin aynı kişide bulunması gerekmektedir. Ancak, bu mülkiyetin borçluya ait olması gerekmez. Üçüncü bir kişinin taşınmazları üzerinde de toplu rehin kurulabilir. Bu durum, rehin verilen taşınmazların sahipliğinin borçlu dışındaki bir kişiye ait olabilmesine olanak tanır ve rehin hakkı yine borçluya ait alacağı teminat altına alır[114]. Birden çok taşınmaz üzerinde kurulan toplu rehnin konusu, taşınmazlar aynı kişiye ait ise taşınmazların tamamı değil, gerektiği kadarı paraya çevrilecektir. Yargıtay bu durumu şöyle ifade etmiştir*: "...Borç*

401.

106 Hande Bengisu, "Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Kurulan İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Taşınmazların Satışına İlişkin Sorunlar", *İstanbul Barosu Dergisi,* Cilt 83, Sayı 4, 2009, s. 1889.

107 İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları,* İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 582.

108 Uyar, s. 351 ve 352; Davran, s. 29.

109 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 289.

110 Bkz. Talih Uyar, "İhalenin Yapılması Sırasındaki Hatalı işlemlerle İlgi Bozma Nedenleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 6, 2006, s. 2422 vd.

111 Çetiner, s. 296.

112 Postacıoğlu, s. 582; Uyar, s. 351 ve 352.

113 Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 329.

114 Altın, Karahacıoğlu, Doğrusöz, s. 114.

bir kısım gayrimenkulün satılmasıyla tamamen karşılandığı takdirde, geri kalanların satılmasına lüzum ve zaruret yoktur"[115].

Gerektiği kadarı ifadesiyle kastedilen, yapılacak kıymet takdiri sonucunda alacağı karşılayabilecek değerdeki taşınmazlardır. Bu, icra dairesinin, alacak miktarını karşılayacak kadar taşınmazın satışına karar vereceği anlamına gelir[116]. Alacağı karşılayan taşınmazın satışı ile birlikte icra memuru satışı tatil eder[117]. Buna göre, icra dairesi, taşınmazların tamamının aynı malike ait olması halinde, malikin en az zararla taşınmazları paraya çevirecek şekilde seçim yapar[118].

İcra memurunun lüzumundan fazla taşınmazı satması durumunda malik İİK m. 134 uyarınca şikâyet yoluna başvuracaktır. Nitekim, Yargıtay 27.11.2002 tarihli kararında, toplu rehinde alacak miktarını aşan taşınmazların satışa sunulması halinde yapılan ihalenin feshedilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar, alacaklıyı tatmin edecek kadar taşınmazın satılması gerektiğini ve fazla satışların hukuki olarak geçersiz olacağını vurgulamaktadır[119].

İsviçre hukukundaki Taşınmazların Cebri İcra Yolu ile Paraya Çevrilmesine ilişkin Tüzüğünde[120] toplu rehinden sonraki derecelerde bir başka rehin yükü bulunmayan taşınmazların ilk olarak paraya çevrilmesi kuralının bizim hukukumuzda da uygulanması mümkün olabilecektir[121].

Rehinli taşınmazlar üzerinde toplu rehin alacaklısından sıra itibarıyla sonra gelen rehinli veya hacizli alacaklılar var ise, olası bir haksızlığı önlemek adına yapılması gereken toplu rehin yükünün rehinli taşınmazlar arasında değerlerine göre bölüştürülmesi ve tüm taşınmazların satılması yoluna gidilmesidir[122]. Bahsi geçen çözüm yoluna göre, taşınmazların birden fazla malike ait olması durumunda, rehnin paraya çevrilmesini düzenleyen İsviçre Tüzüğü m.119[123] uygulama alanı bulur[124].

3. Taşınmazların Farklı Maliklere Ait Olması

Toplu rehne konu taşınmazlar birden fazla malike ait olması durumunda, söz

115 Yarg. 2. HD, E. 5244, K. 5481, T. 30.04.1964, karar için bkz. Uyar, s. 565.

116 Burhan Gürdoğan, *Türk İsviçre, İcra ve İflas hukukunda Rehin Paraya Çevrilmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1967, s. 72.

117 Uyar, s. 352.

118 Göktürk, s. 1039; Köprülü, Kaneti, s. 294; Kurşat, s. 424 ve 425; Davran, s. 29; Helvacı, *İpotek*, s. 223 vd.; Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 290; Gürsoy, s. 23; Kaşak Güvenç, s. 77.

119 YHGK. 2002 /12-823 E. ve 2002/1020 K.

120 Naklen, Özer, s. 79.

121 Özer, s. 79.

122 Kuntalp, s. 291.

123 Naklen, Özer, s. 79.

124 Özer, s. 79.

konusu taşınmaz malikleri arasında çıkarların dengesini sağlayabilmek gerekir. Gerçekten de söz konusu dengenin sağlanabilmesi için, rehin yükünün taşınmazlar arasında bölünmesi ve tüm taşınmazların satılması yolu ile alacaklının borcu ödendikten sonra kalan bakiye taşınmaz maliklerinin taşınmaz değerleri oranında paylaştırılması lazımdır[125]. İsviçre tüzüğü m.119 da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir[126].

Malikleri farklı olan taşınmazlar üzerinde toplu rehin kurulmuşsa ve taşınmazlardan en az biri borçluya aitse, öncelikli olarak borçlunun taşınmazının paraya çevrilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır[127]. Böylece, borçlunun kendi taşınmazının satılmasıyla alacağın karşılanması amaçlanmaktadır. Eğer bu satış alacağı karşılamazsa, borçlunun borcunu teminat altına almak için taşınmazlarını rehineden üçüncü kişilerin taşınmazlarının paraya çevrilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[128].

4. Toplu Rehin Alacaklısından Sıra İtibariyle Sonra Gelen Rehin veya Haciz Alacaklısının Bulunması

İİK m. 129›a göre, toplu rehin alacaklısından sonra gelen rehin veya haciz alacaklısının, satış talep etmesi durumunda, ihalenin yapılabilmesi için bazı şartların sağlanması gerekmektedir. Bu şartlar, artırma bedelinin malın tahmin edilen değerinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacaklının alacağına rüçhan hakkı tanınan diğer alacakların o malla temin edilmiş olmasıdır[129]. Ayrıca, rüçhan hakkı olan alacakların toplamından fazla olması ve paraya çevirme ile paraların paylaştırılması için gerekli masrafları aşması gerekir. Ancak toplu rehin durumunda, taşınmazların değeri genellikle rehin yükünü karşılamadığından, bu şartın sağlanması zordur ve taşınmazın paraya çevrilmesi çoğu zaman mümkün olamaz[130].

Yargıtay[131], toplu rehin konusu taşınmazların, başka kişilere devredilmesi du-

---

125 Kuntalp, *Taşınmaz Rehni,* s. 291.

126 Özer s. 80.

127 Köprülü, Kaneti, s. 294.

128 Köprülü, Kaneti, s. 294; Gürsoy, s. 23; Göktürk, s. 1040; Helvacı, *İpotek*, s. 225 ve 226; Doktrinde taşınmazların farklı kişilere ait olması nedeniyle tüm taşınmazların paraya çevrilmesinin gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Özellikle, bazı taşınmazlar üzerinde başka rehin haklarının bulunması halinde, diğer alacaklıların zarar görme ihtimali göz önünde bulundurularak, tüm taşınmazların paraya çevrilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. Kuntalp, s. 291; Kurşat, s. 424 ve 425; Davran, s. 29; Gürsoy, s. 23; İsviçre Tüzüğü m. 107/2 hükmüne dayanan bu görüşün eleştirisi için bkz. Özer, s. 80 ve 81.

129 Özer, s. 82.

130 Özer, s. 82.

131 Yarg. 12. HD, E.1994/2487, K.1994/8817, T. 08/03/1994, karar metni için bkz. Nazif Kaçak, *İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi,* Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 118.

rumunda, TMK m. 863 ve TMK m. 889 hükümlerini kıyasen uygulayarak, rehin yükünün taşınmazlar arasında değerleri oranında bölünebileceğini kabul etmektedir. Böylece rüçhanlı alacaklıların haklarının korunması ve alacaklarını tahsil edebilmeleri mümkün hale gelir[132].

5. Alacaklının Taşınmazları Paraya Çevirme Yetkisinin Bulunup Bulunmadığı

Türk Medeni Kanunu'nda lex commissoria yasağı ile borcun ödenmemesi durumunda taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçmesi TMK m. 873/2 hükmü ile yasaklanmıştır. Bu hüküm uyarınca, muaccel hale gelmemiş borcun ödenmemesi ihtimalinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği hususunda bir anlaşma mümkün değildir. Ancak alacaklının taşınmazı bizzat paraya çevirmesini engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır [133]. Alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşma gereğince alacaklıya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip, adli takip veya serbest satış konusunda muhayyerlik tanıması imkân dâhilinde kabul edilir[134].

Doktrinde rehinli malların alacaklı tarafından paraya çevrilmesine ilişkin anlaşmaların lex commissoria yasağı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Alacaklıya özel olarak, rehinli taşınmazları paraya çevirme yetkisi verilebileceği[135]görüşünü savunanların yanı sıra böyle bir yetki verilemeyeceği görüşünü[136] savunanlar da vardır. Doktrinde üçüncü bir görüş ise bu yetkinin ancak borç muaccel olduktan sonra verilebileceğini[137] ifade ederken doktrindeki bu konudaki diğer bir görüşte söz konusu yetkinin ancak rehin alacaklısına rehin borçluları tarafından verilebilecek bir temsil yetkisi ile olabileceği, tarafların rehin hakkı içeriklerini anlaşarak değiştiremeyecekleri yönündedir[138].

---

132 Özer, s. 82; Doktrinde bazı görüşler, Yargıtay'ın TMK m. 889'un kıyasen uygulanmasına ilişkin kararını eleştirmektedir. Bu eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz. Özer, s. 82 ve 83.

133 Özer, s. 84.

134 Müjgan Tunç-Yücel, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 148.

135 İlhan Helvacı, *Medeni Kanun'a Göre Lex Comissoria Yasağı,* Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997, s. 134-135; Burhan Gürdoğan, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar,* Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1979, s. 18 ve 19; Alacaklı ve borçlunun, rehinli malın icra organları haricinde, serbest yoldan paraya çevrilmesi konusunda mümkün olması hususunda bkz. Tunç-Yücel, s. 98.

136 Helvacı, *Lex Commissoria*, s. 135; Sayman, Elbir, s. 548; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku,* İzmir, 2011, s. 544.

137 Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 59 ve 60.

138 Suat Sarı, "Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi", *Legal Hukuk Dergisi,* Cilt 5, Sayı 50, 2007, s. 425.

Alacaklıya rehinli taşınmazı özel bir yol aracılığıyla paraya çevirme yetkisi verilmesi halinde, yalnızca rehinli taşınmazın paraya çevrilmesi söz konusu olacaktır. Ancak, taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçmemesi nedeniyle, lex commissoria yasağına aykırı bir durum oluşmadığı savunulsa bile, toplu rehin söz konusu olduğunda bu tür bir anlaşmanın yapılmasının hukuken mümkün olmadığı görüşündeyiz. Çünkü, toplu rehin durumunda, alacaklı, rehinli taşınmazları doğrudan paraya çevirmesi, TMK m. 873/3 uyarınca mümkün değildir[139]. Bu düzenleme, toplu rehinde paraya çevirme talebinin tüm taşınmazlara yönelik yapılmasını ve icra dairesinin yalnızca gerekli olan taşınmazları paraya çevirmesini öngörmektedir. Böylece, yukarıda da ifade edildiği üzere borçlular arasında haksızlık yapılması veya bir kısmının dezavantajlı duruma düşmesi engellenir. Alacaklıya paraya çevirme yetkisi verilmesi, ilgili hükümle güdülen amacı tehlikeye atar ve hileli anlaşmaların önünü açabilir[140]. Bu nedenle, toplu rehin durumunda paraya çevirme işleminin yalnızca icra dairesi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmelidir[141].

6. Yetki

İlamlı takipler, her icra dairesinde gerçekleştirilebilmesine rağmen, ilamsız takiplerde toplu rehin durumunda rehin konusu taşınmazların birden fazla olması göz önünde bulundurulmalıdır. İİK m. 148›de yer alan «taşınmazın bulunduğu yer» ifadesi, toplu rehin durumunda, taşınmazlardan birinin bulunduğu yer olarak değerlendirilmelidir. Bu, toplu rehinde yer alan taşınmazlardan herhangi birinin bulunduğu yerin, ilamsız takibin yapılacağı icra dairesinin belirlenmesinde esas alınması gerektiği anlamına gelir[142]. Satışın da taşınmazların birinin bulunduğu yerde yapılması mümkündür[143].

Sonuç

Toplu rehin, özellikle yüksek miktarlı kredilerin teminat altına alınmasında önemli bir rol oynamaktadır. Tek bir taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip birden fazla malik bulunuyorsa, yalnızca bu taşınmaz teminat gösterilerek toplu rehin kurulması mümkün değildir. Ancak, bir taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet bulunması durumunda, maliklerden her biri kendi payını toplu rehine konu edebilir. Bu tür bir durumda, rehin konusu, taşınmaz gibi işlem gören birden fazla paya dönüşecektir.

---

139 Özer, s. 85.
140 Özer, s. 85.
141 Özer, s. 85 ve 86; Kurşat, s. 88 ve 89.
142 Budak, s. 119 ve 120.
143 Altay, Eskiocak, s. 65 ve 66.

Birlikte rehinde temel kural, paylı rehnin esas alınmasıdır. Eğer birden fazla taşınmaz üzerinde teminat bölünebiliyorsa yalnızca paylı rehin kurulabilir. Ancak, teminatın birden fazla taşınmaz üzerinde bölünmemesi hâlinde hem toplu rehin hem de paylı rehin kurulması mümkündür. Rehin sözleşmesinde toplu rehin kurulduğu açıkça belirtilmemişse, rehin otomatik olarak paylı rehin olarak kabul edilir. Ayrıca, bir malik, sahip olduğu taşınmazların bir kısmını toplu rehin, diğer kısmını ise paylı rehin olarak teminat gösterebilir. Toplu rehin, alacaklı açısından, paylı rehin ise taşınmazın borçlu açısından daha avantajlıdır.

Doktrinde, toplu rehinde taşınmazlar üzerinde tek bir rehin mi yoksa birden fazla rehin mi bulunduğu tartışmalıdır. Toplu rehin altındaki taşınmazlar arasındaki bağ, bağımsız olmaktan ziyade bir amaç birliği taşımaktadır. Alacağın karşılanması durumunda, ilgili taşınmazlar üzerindeki rehin sona erer. Toplu rehnin tek bir rehin olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Taraflar toplu rehin kurmak istemiş ancak toplu rehin için gerekli koşulları sağlayamamışsa, kurulan rehin geçersiz olacaktır. Bu durumda, maliklerin yolsuz tescilin düzeltilmesi için dava açma hakkı bulunmaktadır. Aynı şekilde, tapu müdürleri de mahkemeye başvurma yetkisine sahiptir.

Toplu rehinde, rehin paraya çevrilirken, rehin alacaklısı, paraya çevrilme talebini tüm taşınmazları kapsayacak şekilde yapmakla, icra dairesi ise yalnızca gerekli olan taşınmazları paraya çevirmekle yükümlüdür. Rehin alacaklısının paraya çevrilme talebini tüm taşınmazlara yönelik yapmaması durumunda, ihale feshi gündeme gelebilir ve şikâyet konusu olabilir. Bu şikâyetin, takibin iptali yerine, diğer taşınmazların takibe dâhil edilmesini sağlamak amacı taşıdığı görüşündeyim.

Taşınmazlar aynı malike aitse, yalnızca gereken taşınmazlar paraya çevrilir. Ancak, taşınmazların farklı maliklere ait olması hâlinde, rehin yükü taşınmazlar arasında bölüştürülerek tüm taşınmazlar satışa konu edilir. Satıştan artan bakiye olması durumunda, bu tutar taşınmaz değerleri oranında maliklere paylaştırılmalıdır. Toplu rehinde taşınmazların özel yoldan paraya çevrilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Acar, Faruk, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Eşya Hukuku,* 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Altay, Sümer; Eskiocak, Ali, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni,* Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Altın, Mehmet; Karahacıoğlu, A. Haydar; Doğrusöz, M. Edip, *Türk Hukukunda Rehin,* Üçbilek Matbaası, Ankara, 1996.
- Aydın-Ünver, Tülay, "Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehin Kurulması", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku (20 Ekim 2016),* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 85-102.
- Bengisu, Hande, "Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Kurulan İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Taşınmazların Satışına İlişkin Sorunlar", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 4, 2009, ss. 1879-1920.
- Budak, Ali Cem, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Çetiner, Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Davran, Bülent, *Rehin Hukuku Dersleri,* İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- Demirbaş, Feride, *Toplu İpotek,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Derdiman, Furkan, "İpoteğin Kuruluşunda Rehin Konusu Yönünden Belirlilik İlkesi", Ed. Saibe Oktay Özdemir; Batuhan Akkuş, *İpotekle İlgili Makaleler,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, ss. 37-80.
- Doğan, Filiz, "İpotek Açısından Belirlilik İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 3, 1992, ss. 372-406.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku,* Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2011.
- Göktürk, Hüseyin Avni, *Türk Medenî Hukuku Dördüncü Kitap, Aynî Haklar*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O., Ankara, 1949.
- Gülekli, Yeşim, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Bakımından Kapsamı*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1992.
- Günel, M. Cahit, "Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan,* Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2006, ss. 247-266.
- Gürdoğan, Burhan, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1967.
- Gürdoğan, Burhan, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar,* Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1979.
- Gürsoy, Kemal Tahir, *Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesinde Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar,* Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978.
- Gürsoy, Kemal Tahir; Eren, Fikret; Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.

- Helvacı, İlhan, *Medeni Kanun'a Göre Lex Comissoria Yasağı,* Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997.
- Helvacı, İlhan, *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008.
- Kaçak, Nazif, *İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kaşak, Fahri Erdem; Güvenç, İpek, "Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, ss. 61-92.
- Köprülü, Bülent; Kaneti, Selim, *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- Kuntalp, Erden, "Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmaz Rehni", *Yiğit Okura Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 247-264.
- Kuntalp, Erden, "İpotek Derecelerinin Boş Dereceden İstifade ve Uygulamadan Ortaya Çıkan Sorunlar", *Türkiye Bankalar Birliği Yayınları*, Ankara, 1979.
- Kurşat, Zekeriya, "Birlikte Rehin", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, ss. 393-426.
- Nomer, H. Nami; Ergüne, Serkan, *Eşya Hukuku,* Gözden Geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe, 26. Bası, *Eşya Hukuku,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- Özer, Tolga, *Taşınmazların Birlikte Rehni,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Postacıoğlu, İlhan, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Sarı, Suat, "Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,* Beta Basım, İstanbul, 2000, ss. 963-1011.
- Saymen, Ferit H.; Elbir, Halid K., *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar),* Hak Kitabevi, İstanbul, 1954.
- Serozan, Rona, "Taşınmaz Rehni", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 64, Sayı 2, 2006, ss. 301-324.
- Sirmen, A. Lale, *Eşya Hukuku,* 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3),* Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Tunç-Yücel, Müjgan, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi,* On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Tümerdem, Murat, "Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 32, 2017, ss. 337-366.
- Uyar, Talih, "İcra Hukukunda Taşınmaz Rehni Kavramı", *İstanbul Barosu Dergisi,* Cilt 81, Sayı 2, 2007.
- Uyar, Talih, "İhalenin Yapılması Sırasındaki Hatalı işlemlerle İlgi Bozma Nedenleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 6, 2006, ss. 2421-2453.
- Uyar, Talih, "Rehnin Paraya Çevrilmesi", *Manisa Barosu Dergisi*, Cilt 26, Sayı 101, 2007.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.
- www.kazanci.com.tr

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM), SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri** ile **HeinOnline, ICI World of Journals** ve **EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.

B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.

C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd) üzerinden gönderilebilir.

D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.

E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.

Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.

1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.

3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıklandırmalar dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna "*" koyularak dipnotta yazarın ünvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
5. Yazarın bilgilerinin altında "Öz" (Türkçe özet) yazılmalıdır. "Abstract" (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra "Résumé" (Fransızca özet) veya "Zusammenfassung" (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda "Anahtar kelimeler" kısmı yer almalıdır. "Keywords" ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna "Mots-clés" veya "Schlüsselwörter" eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3…) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına "-" koyulmalıdır.
9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçıncı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü¨ izlenmelidir.

Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.

10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, "bölüm adı", Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçıncı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, "An Overview of International Sanctions' Impact on Treaties and Contracts", Ed. Natalino Ronzitti, Coercive Diplomacy, *Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, "makale adı", *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?,* https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, "madde başlığı", *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçıncı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü¨ izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, "Organization of American States", *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü¨ ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü¨ izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü¨ Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimin adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoğlu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü¨ izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında "," kullanılmalıdır.
20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında ";" kullanılmalıdır.
21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde "Kaynaklar", İngilizce makalelerde "Bibliography", Fransızca makalelerde "Bibliographie", Almanca makalelerde "Literatur" başlığını taşımalıdır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında ";" kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.