

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 25

SAYI/NO: 2

ARALIK/DECEMBER 2021

KAMU HUKUKU ♦KÖKÜSARI, Otantik Yorum ♦ALTUNTAŞ, Kıyasın (Analojinin) Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile Karşılaştırması ve Hukuk Alanındaki Yansıması ♦ARTUKOĞLU, İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği.

ÖZEL HUKUK ♦YAŞAR, İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi.

II

ISSN 2651-494X

e-ISSN 2791-6502

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager
Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
Arş. Gör. Ogün USTA

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /
Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, peer-reviewed and open-access journal published twice a year, in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Aralık 2021 / Erzincan, December 2021.

Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ogün USTA (*ogun.usta@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu* / Editorial Board******

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

*** Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

**** The academics in the Editorial Board are listed according to their academic titles and alphabetical order.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergihukuk@erzincan.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve derginin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir. Posta ile bir nüsha (yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Mimar Sinan Mah. 24070 Merkez/Erzincan adresine gönderilen çalışmalar da değerlendirmeye alınacaktır.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, ilk sayfada çalışma başlığının altında yazarın yalnızca ismine yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelere uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazara geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent to the e-mail address of the Journal (*dergihukuk@erzincan.edu.tr*) as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address. In addition, one hard copy of the papers that is sent to the postal address of the Erzincan Binali Yıldırım University Law Faculty (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Mimar Sinan Mah. 24070 Merkez/Erzincan) is acceptable too.
7. In the submitted papers only the name of the author should be included under the title of the work on the first page. Academic title, the university, the faculty and department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively in the footnote that should be created with the (*) symbol next to the name.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıklarını kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

1. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

1. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, “Hukuk Kavramının Analizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı)

AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Çeviri / Translation

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

Otantik Yorum

Authentic Interpretation..... 211-236

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Fuat ALTUNTAŞ

Kıyasın (Analojinin) Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile Karşılaştırması ve Hukuk Alanındaki Yansıması

Comparison of Analogy with Other Reasoning Methods and Its Reflection in the Field of Law..... 237-279

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Muhammed Necat ARTUKOĞLU

İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği

Privacy of Private Life in Islamic Law..... 281-332

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Büşra YAŞAR

İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi

Termination of Employment Contract Due to Private Life of Employee..... 335-373

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 2 Aralık/December 2021

Otantik Yorum*

Authentic Interpretation

Timothy ENDICOTT**

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARİ***

ÖZ

Hukuk mirasımızda önemli fakat büyük ölçüde unutulmuş bir konuyu, yani ‘yasaların yorumu, yasa koyucu tarafından yapılır (İngiliz hukuku bakımından ‘kuralı’ da denebilir)’ düşüncesini tartışarak, hukuki yorum ilkelerinin belirlenmesi meselesini ele alacağım. Otantik yorumun yasa koyucu tarafından yapılan yorum olduğu düşüncesi, Roma imparatorları Konstantin ve Jüstinyen ile, Bracton, Aquinas, İngiltere Kralı I. James, Hobbes ve Bentham’ı bir araya getirdi. Daha 17. yüzyılın başlarında, İngiltere’de yeni bir modern yaklaşım ortaya çıkıyordu. Bu modern yakla-

* Bu makalenin “Authentic Interpretation” adlı İngilizce aslı şurada yayınlanmıştır: Ratio Juris, Vol. 33, No. 1, 2020, pp.6-23. Burada yayımlamak için yazarından izin alınmıştır.

** Oxford Üniversitesi, Email: timothy.endicott@law.ox.ac.uk.

*** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

E-posta: ikokusari@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0003-0045-5868.

Çeviri/Translation

Çeviri Geliş Tarihi: 29.11.2021 / Çeviri Kabul Tarihi: 08.12.2021.

Atf: Timothy Endicott (Çev. İsmail Köküsarı), “Otantik Yorum”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 2, Aralık 2021, (211-236).

şım, yorum yapma yetkisini yasama organından alıyor ve bağımsız mahkemelere veriyordu. Ben, modern yaklaşımın lehinde bazı ikna edici genel argümanlar olduğunu ileri süreceğim. Fakat, yorumlama yetkisinin yasa koyucuya verilmesi gerektiği intibamı uyandıran bazı argümanları da ortaya koymakta yarar var. Ayrıca modern yaklaşımın bazı eksikliklerini de ortaya koymak gerekir; ben bu eksikliklerin, yargıçların yasaları nasıl yorumlayacaklarına dair zor soruyla yakından ilgili olduğunu iddia edeceğim.

Anahtar Kelimeler: yasama yorumu, AB Adalet Divanı, Sturgeon kararı, yorum ilkeleri, Ortak Hukuk.

ABSTRACT

I approach the identification of the principles of legal interpretation through a discussion of an important but largely forgotten strand in our legal heritage: the idea (and at some points in English law, the rule) that the interpretation of legislation is to be done by the lawmaker. The idea that authentic interpretation is interpretation by the lawmaker united the Roman emperors Constantine and Justinian with Bracton, Aquinas, King James I of England, Hobbes, and Bentham. Already in the early 17th century, a new modern approach was emerging in England. The modern approach separates the interpretive power from the legislative power, and allocates the interpretive power to an independent court. I argue that there are some cogent, general considerations in favour of the modern approach. But it is worth identifying the elements of good sense that made it seem that the interpretive power ought to be reserved for the lawmaker. And it is worth identifying the drawbacks in the modern approach; I argue that they are highly relevant to the complex question of how judges ought to interpret legislation.

Keywords: interpretation of legislator, EU Court of Justice, Sturgeon case, principles of legal interpretation, Common Law

1. Yorum ve Hukukun İki Görünümü

Hukuki yorum, hukukun normatif ve olgusal görünümleri arasındaki hayati bir bağıdır. Profesör Robert Alexy (2010)'nin belirttiği gibi, hukukun bu iki görünümü *karşılıklı (dual) ilişki içerisinde*¹. Normatif yönü, hu-

¹ Alexy, 2013, 97: "hukuk zorunlu olarak gerçek ve olgusal boyut ile ideal ve eleştirel boyuttan oluşur. Olgusal boyut, yetkililerce çıkarılmayı ve toplumsal etkililiği, ideal

kukun, “siyasal bir toplulukta nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili birbirine bağlı sorular dizisini cevaplayan dinamik bir normlar sistemi” olarak varlık göstermesidir. Olgusal tarafı ise, tarihi olaylar dizisidir; dahası şundaki kişi ve kurumların tasarruflarının bütünüdür. Bu olaylar dizisi ile tasarruflar bütünü (bunların birleşimini, “uygulama” olarak adlandırabiliriz) olgusal bir mesele olarak dışsal bir bakışla (sizin ve benim *gözlemci olarak* kabul edebileceğimiz bakış açısı) fark edilebilir. Hukukun olgusal yönü, onun bir uygulama olarak mevcudiyetidir (hukuku bir normlar sistemi olarak gören uygulama ile kararların -yasal, idari, yargısal, kamusal ve özel- normatif güce sahip olduğunu kabul eden uygulama dahil). Normlar, içsel bakış açısıyla da belirlenebilir/teşhis edilebilir (sizin ve benim ne yapılacağı ile ilgili *karar veren* olarak kabul edildiğimiz bakış açısı); bununla birlikte, anlayabildiğimiz kadarıyla, herhangi birimiz sistemin normlarını ona bağlı kalmadan veya bu bakış açısına sahip olmadan da teşhis edebiliriz.

Hukukun iki görünümü, onlar arasında var olan bağ nedeniyle *karşılıklı (dual) ilişki içerisinde*dir. Ve hukuki yorum, “uygulama olarak hukuk” ile “hukukun normatif içeriği” arasındaki hayati bir bağdır. Hukuki yorum, hukukun bu iki görünümü arasında doğru bir bağlantı kurulduğu sürece, ilkelere dayanan bir faaliyet olabilir.

Kanaatimce hukuki yorum, ilkelere dayanan bir faaliyet olabilir. Bu makalede, bunun temel ilkelerini ortaya koymaya çalışacağım. “İlkeler” terimi ile, sizin, benim ve hukuki yorumla uğraşan herkesin, bir yorumcu olarak nasıl davranacağımızı belirlerken takip edeceğimiz akıl yürütme sırasında, yani yorumlayıp yorumlamama, yorumlanacak şeyin ve iyi yorumun ne olduğu (ve hangi farazi yorumların yorum olmadığı) konusundaki akıl yürütme esnasında benimsememiz gereken soyut büyük önermeleri kastediyorum. Bu ilkelere hiçbir şekilde uymuyorsak, biz aksini düşünsek de, gerçekte yorum yapmıyor olacağız. İyi yorum yapmak için bu yorum ilkelerine harfiyen ve içtenlikle uymamız gerekir.

boyut ise ahlaki doğruluğu ifade eder”. Kanaatimce, gerçek (real) ve ideal terimleri yanıltıcıdır: Hukukun normatif yönünün olgusal yönünden daha az gerçek olduğunu düşünmüyorum, her bir norm ile ideal (umulan veya ilham alınan şey olarak anlaşılır) arasında bir ilişki olsa da, “ideal olarak ne yapılması gerektiğinden” ziyade “ne yapılması gerektiğine” odaklanırım. Bu nedenle, hukukun olgusal ve normatif yönlerine odaklanacağım.

Hukuk mirasımızda önemli fakat büyük oranda unutulmuş bir konuyu, yani ‘yasaların yorumu, yasa koyucu tarafından yapılır düşüncesini (İngiliz hukuku bakımından ‘kuralı’ da denebilir)’ tartışarak, hukuki yorum ilkelerinin belirlenmesi meselesine yaklaşacağım. Bu düşünce, sadece kuralı koyan otorite tarafından yapılan yorumun, otantik olabileceğidir. *Otantik yorum* esasında, *yorumun yasa koyucu tarafından yapılması* anlamında kullanılan eski teknik bir terimdir. Ayrıca, yorum yapmayı yasa koyucudan (ve diğer kural koyuculardan) alarak, bağımsız mahkemelere veren modern görüşün lehinde bazı ikna edici ve genel argümanların olduğunu ileri süreceğim (4. Bölüm). Fakat, modern görüşün, kuvvetler ayrılığının yeni bir biçimi olduğunu (günümüz hukuk öğrencilerinin varsaydığı gibi hukukun doğasının zorunlu bir gereği olmadığını) hatırlatmakta yarar var. Ayrıca, yorumlama yetkisinin yasa koyucuya verilmesi gerektiği intibamı uyandıran bazı argümanları belirtmeyi de faydalı görüyoruz. Yine, modern yaklaşımın, yargıçların nasıl yorum yapması gerektiğine dair zorlu soruyla yakından ilgili bazı eksikliklerini ortaya çıkarmak da konumuz açısından önemlidir.

Bizim argümanımız, şimdi açıklayacağım ve savunacağım “hukuki yorumun temel ilkeleri” görüşünü desteklemektedir:

0. Yasallık (legality) ilkesi;
1. Yasama yetkisinin tanınması ilkesi;
2. Yorum yapma yetkisinin tanınması ilkesi;
3. Hukuki yorumun gayesinin “hukukun icrası için bir norm temin etmek” olduğu ilkesi;
4. Yorum yetkisinden kaynaklanan takdir yetkisinin adil ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanılması ilkesi.

Ayrıca bizim argümanımız, bu ilkelerle ilgili şu genel kanaati de desteklemektedir: Eğer yorumcu hukukun iki görünümü arasında doğru bir bağlantı kurmak durumundaysa, söz konusu ilkeler hukuki yorumun taşınması gereken yapısal zorunluluklardır. Hukuki yorum, kural koyma *olgununun normatif* etkisini belirler.

Tartışmayı somutlaştıracak bir örnek dava olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) *Sturgeon v Condor* kararına burada yer vereceğim². Bu, benim sık kullandığım ve sizin de karşılaşmış olabileceğiniz kararlardan biridir, ki bu kararda yaptıkları şey yorumdan başka bir şeye

² 19 Kasım 2009 Tarihli Karar, *Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH*, Joined Cases C-402/07 ve C-432/07, EU:C:2009:716 (Bundan sonra *Sturgeon v Condor* veya *Sturgeon* olarak anılacak).

benzemekle birlikte, yargıçlar kendi kararlarının yoruma dayandığını belirtmişlerdir. Pek tabii siz, onların hiçbir şekilde yorum yapmadıklarını düşünseniz de, bu gibi kararlara ulaşılırken kullanılan akıl yürütme sürecinin, ‘(kendilerinin ve toplumlarının) kurallara uymasını sağlamakla, kamuya açık karar vermekle ve kullandıkları akıl yürütmenin gerekçesini göstermekle görevli önde gelen yargıçlarca’ “yorum” olarak adlandırılması, ağzımı açık bıraktı.

2. *Sturgeon v Condor*: Hukuki Yorum veya Tüzüğün Yargıçlarca Değiştirilmesi?

Sturgeon v Condor davası, uçuşlarının iptal edilmesi halinde hava yolu ile seyahat edenlere tazmin hakkı veren AB Tüzüğü ile ilgilidir. Eğer uçuş sadece ertelenirse, söz konusu Tüzük tazminat hakkı tanımamaktadır³. Uçuşu iptal edilmeyen ve fakat ertelenen bazı kişiler, AB Adalet Divanına tazminat haklarının var olduğu noktasında dava açtılar. Davacılar, uçuşun uzun süre ertelenmesinin de iptale benzer bir sonuç doğurduğunu iddia ettiler. Gerçekten de, eğer siz üç günlük tatile gidecekseniz ve uçuşunuz üç gün ertelenmişse, ertelemenin planınıza etkisi iptal etmekle aynı olduğu için, davacıların haklılık payı vardı.

Savcı (müdde-i umumi/advocate general) Eleanor Sharpston’ın görüşüne göre, davacılar “ertelemenin iptal kadar kötü sonuç doğuracağını iddia etmekte” haklıydılar. Fakat, savcı bakımından, iptal ile ertelemenin arasındaki farktan kaynaklanan kaçınılmaz bir problem vardı, o da, ‘erteleme ne kadar sürerse iptal gibi hukuki muamele görebilir’ sorunudur. Savcıya göre yargıçlar bu sorunu çözüme kavuşturamazdı; çünkü onların esas işi Tüzüğü yorumlamaktı. Söz konusu sorun (ertelemenin iptaldeki kötü sonuçları doğuracak kadar uzun sürmesi halinde, ertelemeyi iptal olarak görmeyi ihmal etme), Divan tarafından çözülemezdi, dolayısıyla yasa organına bırakılmıyordu.

Uçuşun ne kadar süreyle ertelenmesi halinde tazminat hakkı verileceğini [ç.n.] (*sihirli rakamı*) belirleme yetkisi yasamanın imtiyazındadır.

³ “uçuşun iptali halinde, ilgili yolcular tazminat hakkına sahip olacaktır”. Erteleme halinde, “[...] yolculara yiyecek ve içecek, gerekiyorsa otelde konaklama imkânları tanınacaktır [...]”. Uçağa alınmama ve uçuşların iptali veya uzun süreli erteleme durumunda yolculara tazminat ve yardıma ilişkin ortak kuralları belirleyen ve 295/91 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldıran Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 261/2004 sayılı ve 11 Şubat 2004 tarihli Tüzüğü. *Official Journal* L 046 of 17 Şubat 2004.

[...] Bir kimsenin belirleyeceği herhangi bir süre, Tüzüğün açıkça içermediği bir anlamı yüklemek ve yasama yetkisinin yargı tarafından gaspı olacaktır. [...] Altta yatan sorun, ne kadar yapıcı olursa olsun, yorum yoluyla çözülemez. [...] ⁴

Divandaki Savcı, belirli bir tarafın avukatı değil, fakat yargıçların karara ulaşmasından önce onlara yardımcı olmak için görüş bildiren bir görevlidir. *Sturgeon* kararında, Savcının argümanları yargıçları kısıtlamadı. Yargıçlar, AB hukukunun genel ilkelerinden biri olan “eşitlik ilkesine” dayandılar ve bu ilkenin, Tüzüğü “tazminat hakkı verecek şekilde yorumlamayı gerektirdiğini” savundular. Savcının, yorumun sınırları ile ilgili görüşünden bahsetmeksizin, yargıçlar, savcı tarafından “sihirli rakam” olarak adlandırılan üç saatlik erteleme süresini benimsediler.

Hava yolcularının iptal veya uzun süreli erteleme halinde uğradıkları zararların kıyaslanabilir (benzer) olduğu nazara alındığında, uçuşları ertelenen yolcular ile iptal edilen yolcular, eşit muamele ilkesi ihlal edilmeksizin, farklı bir muameleye tabi tutulamaz. [...] uçuş erteleme süresi 3 saate eşit ve daha fazla bir zaman kaybına yol açarsa, 261/2004 sayılı Tüzük hükümleri uçuşu ertelenen yolcular ile uçuşu iptal edilenlere benzer muamele edilecek şekilde yorumlanmalı [...] ⁵

Yargıçlar, yasama organının erteleme ile iptal arasında oluşturduğu farkı ortadan kaldırdılar. Onlar, yasama organının iptalden kaçınarak erteleme yoluna gitmeleri için hava yolu şirketlerine tanıdığı imkânı anlamsız kıldılar. Ayrıca yargıçlar, ilgayı Tüzüğün yorumu olarak takdim ettiler. Savcı ise kendi görüşünde, Divanın söz konusu uyuşmazlık çözme yöntemini ‘yorum’ olarak tasnif etmedi. Ayrıca kararda, Divanın bu yöntemi, ancak hava yollarını 261/2004 sayılı Tüzüktekinden farklı bir şekilde düzenlemek için Divanın kendisi tarafından çıkarılan yeni bir tedbir olarak görülürse savunulabilirdi. Oysa Divan Tüzüğü değiştirdi.

Böyle bir tedbir alması, Divan açısından hatalı mı olurdu? Belki de, AB hukuku, AB Adalet Divanının, ‘yasa koyucu tarafından öngörülme yeni yükümlülükler ihdas etmek ve yeni haklar bahsetmek için Tüzükleri değiştirme yetkisine sahip olmasına imkân verecek’ derecede (Divan’ın

⁴ Savcı Sharpston’ın *Sturgeon v Condor* (2 Temmuz 2019) kararındaki görüşü, EU:C:2009:416, paragraf 93–97.

⁵ *Sturgeon v Condor*, paragraf 60 ve 69. Divan, 3 saatlik süreyi sihirli bir rakam olarak kabul etti; çünkü Tüzük, uçuşun iptal edilmesi halinde, eğer yolcular normal uçuş süresini 3 saat aşmadan yönlendirme uçuş ile varış yerine ulaşırlarsa, hava yolu şirketinin yolcuların zararını karşılamak zorunda olmayacağını düzenlemiştir (Regulation (EC) No 261/2004, Article (5)(1)(c)(iii)).

kendi yargı yetkisini genişletmesi ve AB hukukunun genel ilkelerine ilişkin verdiği kararlar yoluyla) dönüştü. Bu fikrin kendine has yanı, tabii ki, yargıçların bunu böyle değerlendirmemesidir. Elbette Divan, Anlaşmaların yasa koyuculara tanıdığı yeni AB tüzükleri ihdas etme yetkisi gibi açık uçlu bir kural koyma yetkisinin varlığını iddia etmedi. Ayrıca, Divan, ‘eğer erteleme nedeniyle tazminata hükmetme gerekçeleri uçuşun iptali nedeniyle tazminata hükmetme gerekçeleri kadar güçlüyse, bütün kişilerin davalı şirkete karşı eşit muamele ilkesi kapsamında tazminat isteme hakkının olacağını kabul eden’ genel bir kural da koymadı. Divan hava yolu yolcularının, sadece Tüzükte belirtilen tazminat ile benzer/kıyaslanabilir bir zarara uğraması halinde yeni bir tazminat isteme hakkı yaratma yetkisini kendinde görmüştür⁶. Divan’ın “eşitlik ilkesi” altında talep ettiği yetki, yasama organının koyduğu tedbirle ‘belirsiz, yeterince belirtilmemiş bir benzerliğe (comparability) sahip olma’ (bir tür yaklaşık durum gibi görünen) koşulu ile kısıtlanmıştır. Divan yasa koyucunun Tüzükte düzenlediğiyle kıyaslanabilir bir yeni yükümlülük yaratabilecektir, fakat bu benzerlik yakın bir benzerlik olmalıdır.

Dolayısıyla, Divanın Sturgeon kararında ‘genel bir ilkeyi’ uygulamak için bir kuralı değiştirdiğini söyleyebiliriz. Her ne kadar AB hukukunda onun için kullanılan bir terim olsa da, söz konusu genel ilke, eşitlik ilkesi değildir. Ayrıca, bu genel ilke, bir ayrımcılık yasağı ilkesi de değildir, çünkü ayrımcılık temeline dayanmıyor. Divan’ın dayandığı ilke, ‘bir davacının koşullarının, AB hukukunda lehine menfaat tanınan başka kişilerin koşullarına *benzer olduğu*’ bir eşitlik ilkesidir.

Burada, bana göre, Profesör Alexy’nin teorisi gibi maddi ilkeleri hukukun bir parçası olarak gören ve ilkeleri (eşitlik ilkesi gibi) bir optimizasyon şartı olarak ele alan anlayış açısından bir sorun var gibi görünmektedir⁷. Maddi ilkeler, hukukun belirli bir değeri geliştirip temin etmesini şart koşar. Ya AB yasaması, AB hukukunun maddi ilkeleriyle uyumsuz bir kural koyarsa? Bir kural, kuraldaki istisnai durumlar hariç, o kuralın içinde yer alan şartlara göre hüküm doğuracak olan emredici bir normdur. Bir optimizasyon (en iyi duruma getirme ç.n.) şartı -Alexy’nin teorisinde

⁶ Yakın analogilere yönelik belirsiz sınırlamasıyla, ‘kıyaslanabilirlik şartı’ 9 Eylül 2004 tarihli *Spain v Commission* kararında ifade edildi. *Spain v Commission*, C-304/01, EU:C:2004:495, paragraf 31.

⁷ Bkz. Alexy, 2005. Optimizasyon koşulu için, bkz. Alexy, 2002, 47–8.

bir ilke- aynı düzeydeki başka değerlerle dengelenmelidir⁸. Alexy'nin teorisinde, ilkeler birbiriyle eşölçülebilirdir ve bu görüşe göre AB hukuku, potansiyel olarak, ilkeler bütünüdür birbiriyle tutarlı bir uygulaması olarak görülebilir. Fakat burada şöyle bir sorun var: İlkeler, optimizasyon şartı olmayan kurallarla nasıl eşölçülebilir?⁹. Eğer biz AB hukukunun içeriğini bir ilkeler bütünü olarak görüyorsak, eğer kurallar optimizasyonu dışlayan emredici normlarsa, o zaman bizim ona kuralları nasıl dahil edebildiğimizi anlamıyorum¹⁰.

Hukuki ilkeler, en iyi şekilde, optimizasyon şartı olarak değil, sağlam bir hukuki argüman için gerekli olan “soyut ve normatif büyük önermeler” olarak anlaşılabilir¹¹. Ve bunlar, hukuk kurallarının varlığı ile de uyumludur. Eşitlik, pekala AB hukukunun genel bir ilkesi olabilir ve benzer davaların genellikle aynı şekilde ele alınacağı (ya da belirsiz yakınlık şartını karşılıyorsa, belki de benzer davaların genel olarak aynı şekilde muamele göreceklere) soyut bir önerme olabilir. Fakat bu ilke, uçuşun ertelenmesi nedeniyle tazminat verilmesi yönünde bir madde eklemek için bir tüzüğü değiştirmeye yetmez. Çünkü AB Adalet Divanının bir düzenlemeyi değiştirebileceği ve değiştirmesi gerektiği sonucunu desteklemek

⁸ Ibid. Optimizasyon şartlarının çoğunlukla birbiriyle eşölçülemez olduğu noktasında bkz. **Endicott**, 2014b.

⁹ HLA Hart, Ronald Dworkin'in hukukta ilkelerin rolüne ilişkin görüşünde benzer bir sorun buldu ve bir kural ile ilke arasındaki çatışma ihtimali nedeniyle, Dworkin'in teorisinin (ki bu teoride ilkelerin ağırlığı vardır, fakat kurallar ya hep ya hiç şeklinde uygulanır) tutarlı olmadığını iddia etti. Bkz. **Hart**, 2012, 262.

¹⁰ Profesör Alexy, (Alman Anayasası'nın 102. maddesinde ölüm cezasının yasaklanmasındaki gibi) anayasal hak oluşturan kuralların “kesin bir şekilde bağlayıcı” olduğunu ve “pozitif ve emredici boyutun” öncelikli olduğunu belirterek, bu ikilemi ortaya koymuştur. Fakat, ona göre, bu öncelik sadece ilk bakışta (prima facie) ve kuralların bağlayıcılık gücü, “anayasal otoriteye sahip şekli ilkelerin ağırlığından daha ağır” bir ilkenin gücüyle sınırlıdır (**Alexy**, 2014, 62–3). Böylece, belki de bu teoride, kurallar sadece ilk bakışta etkiye sahiptir. Fakat o zaman ikilem, paradoks haline gelir. Çünkü Alexy'nin şu tanımına benzer bir kural yoktur: “eğer bir kural geçerliyse ve uygulama koşulları ortaya çıkmışsa, kesinlikle o kuralın emrettiği şeyin yapılması gerekir” (ibid., 52).

¹¹ *Bir Argümantasyon Teorisi (A Theory of Legal Argumentation)* adlı eski çalışmasında, “insan onuruna saygı duyulmalıdır” ve “benzer durumlara benzer muamele edilmelidir” şeklindeki ilkeler ile ilgili olarak Alexy şunu belirtti: “Çok yüksek derecede genel olması sebebiyle, bu ilkeler bir kararın gerekçelendirilmesinde doğrudan kullanılamaz. Ek normatif önermelere ihtiyaç vardır” (**Alexy**, 1989, 243). İlkelere yönelik bu yaklaşımı, onların optimizasyon şartı olduğuna dair iddiadan daha cezbedici görüyorum.

için daha fazla önermeye (sadece benzer davaların aynı şekilde ele alınmasına ilişkin soyut genel önermeye – ilkeye değil) ihtiyacınız var. Bu sadece eşitlik ilkesini değil, yetki devrini de gerektirir. Eşitlik ilkesi, takdir yetkisini şu ya da bu şekilde kullanmanın lehinde bir gerekçe olabilir, fakat mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı durumlarda, bu yetkinin varlığını iddia etmek için olamaz.

AB hukukunu Antlaşmaların sunduğu şekilde, yani yasa yapma yetkisine yasa koyucuların sahip olduğu bir rejim olarak, anlamanın en iyisi olduğunu düşünüyorum¹². Bu nedenle (ve eşitlik ilkesi gibi ilkeler, Sturgeon’daki davacılara, AB yasamasının tanıdığı hak gibi bir hak tanımak için temel oluşturmaya yetecek bir işlev göremeyeceği için) Sturgeon gibi davalardaki kararı bir kural koyuculuk olarak tanımlamak en iyisidir. Bu, AB Adalet Divanının kendi doktrininde yer alan fakat Anlaşmalar tarafından tanınmamış “tüzüğün hükümlerinin hukuki sonuçlarını değiştirme yetkisinin” kullanımınıdır.

Şimdi varsayalım ki siz bu sonuca (ve savcının görüşüne) katılıyorsunuz. Yani, Sturgeon’daki karar, bir tüzüğün yargı tarafından değiştirilmesi sonucunda verilmiştir. Yargıçlar, yaptıkları şeyi nasıl yorum olarak -yani 261/2004 sayılı Tüzüğün ne anlama geldiğinin açık bir şekilde ifadesi olarak¹³- sunuyorlar? Eğer savcının görüşüne katılıyorsanız, bu yorumun onların vardığı sonucu desteklemediğini söyleyeceksiniz, fakat onların iyi niyetli veya ciddi olduğundan şüphelenmek için de ortada bir sebep yoktur. Yargıçlar rol yapmıyordu. Onlar, kendilerinin görevinin Tüzüğü, “uçuşun ertelenmesi halinde tazminat talep etme hakkının var olduğunu çıkarsayacak şekilde yorumlamak” olduğuna, kesin bir şekilde ikna olmuşlardı. Onların, bu kararı, kendilerine ve halka nasıl bu şekilde sunabildiklerini sormak lazım.

Varılan bir sonucun, yorum olarak adlandırılması için ne gereklidir? Bu sonuç, soyut ve tümel yorum önermelerine yani yorum ilkelerine dayanmalıdır. Sturgeon davasında yargıçların yaptıkları şey için yorum kelimesini kullanıp kullanmamamız beni çok ilgilendirmiyor. Yorum kelimesi, büyük ölçüde esnek bir kelimedir. Fakat, yorum ilkelerinin verilen

12 “Birliğin yetkilerinin uygulanması için, kurumlar [Konsey, Komisyon ve Parlamento] düzenlemeler çıkaracaktır” (Avrupa Birliğinin Çalışması Üzerine Anlaşmanın 288. maddesi).

13 *Sturgeon v Condor*, paragraf 69.

kararı destekleyip desteklemediğini sormak gerekir. Eğer öyleyse, o zaman Divan'ın yorumu gerçek/özgün bir yorumdu.

3. Otantik Yorum - Gelenek

Bizim ortak mirasımız, gerçek hukuki yorum için rehber bir ilke sunmaktadır. Jüstinyen'den Bracton'a, Aquinas'a, Hobbes'a ve Bentham'a kadar büyük tarihi şahsiyetlerin tümü, temel yorum ilkesinin “eğer yorum bir hukuki sonuç doğuracaksa, o zaman kuralı koyan merci tarafından yapılmalıdır” ilkesi olduğunu düşündü. Bu düşünce Kıta Avrupa hukukunun (civil law)¹⁴ köklü bir ögesi idi ve Ortak Hukuku (common law) da etkiledi. Günümüzde, kuralı koyan tarafından yapılan yorumu “otantik yorum (authentic interpretation)” olarak adlandırmayı büyük oranda unuttuk.

Bu kural, bir zamanlar İngiliz hukukunun bir kuralıydı. Henry de Bracton adı altında basılan güvenilir bir 13. yüzyıl Ortak Hukuk araştırması, bu dönemde yargıçların kanunları yorumlayamadığını ifade etti:

Özel kişiler kralların davranışlarını sorgulayamaz, yargıçlar da kraliyet işlemlerinin anlamını tartışamazlar: İçlerinde bu yönde bir şüphe doğsa bile onu çözemeler. Muğlaklık ve belirsizlik söz konusu olduğunda, bir ifade iki anlama geldiğinde, yüce kralın yorum ve onayını beklemek gerekir, çünkü kendi davranışlarının yorumunu yapmak ona aittir¹⁵.

Bracton'a göre yargıçlar, sözleşmeleri yorumlayabilirler. Eğer sen ve ben bir sözleşme yapmışsak, ortak kural koyucuyuz demektir ve otantik

¹⁴ “[...] Kıta Avrupası kanun teorisi, “yasaları genel bağlayıcı bir şekilde ancak yasa koyucunun açıklayabileceği” yönünde olmuştur. Kanunu çıkaran kurum tarafından yapılan bir otantik yorumun olduğu haller hariç, Kıta Avrupası kanun teorisi yargıcın yorum konusunda tam bir özgürlüğü haiz olduğunu savunur. Başka hiç kimse bu yorum ile bağlı değildir ve kendisinin de başka bir davada bu yorumu takip etme zorunluluğu yoktur. Bir otantik yorum yapılan kadar, konu diğer davalar açısından çözümsüz kalır” (Pound, 1946, 273). John Austin (1861, 19) Kıta Avrupası (civil law) hukukundaki otantik yorum geleneğine aşinaydı. Ona göre “yasamanın pozitif hukuku açıklamak için çıkardığı kanunların kelimenin tam anlamıyla kanun olarak adlandırılması mümkün değildir [...] onlar tam olarak yasama kuvvetince yapılan yorum kanunlarıdır. Veya Roma hukuku çalışan yazarların ifadesiyle, onlar otantik yorum kanunlarıdır. Austin, otantik yorumun, kıyas, ölçülülük ve eşitliğe dayanan gerçek olmayan geniş yorumun zıttı olduğunu iddia eder” (ibid., 1xviii). Sturgeon'daki yorum, mahkemenin kuralı, kıyaslanabilir olaya teşmil ettirdiği genişletici bir yorumdu.

¹⁵ Bracton, 1997, vol. 2, s.109. Benzer şekilde, 1215'in Northampton Eyre'sındaki Gilbert de Clare davasında “seleflerinin çıkardığı fermanları ancak kralın yorumlayabileceği” iddia edildi (Brand, 2005, vol. 3, 122 SS 245-9 [85 Northants. 11]).

yorum ancak bizim yorumumuzdur; fakat eğer biz yorum konusunda uzlaşamaz ve mahkemeye gidersek, yargıçların otantik yorum yapması çok mümkün olmaz ve onun yerine başka bir şey yapmaları gerekir. Benzer şekilde Bracton'a göre, yargıçlar vasiyetnameleri de yorumlayabilir¹⁶. Vasiyetnamenin tenfizi sırasında, miras bırakandan otantik yorum yapmasını istemek için çok geç olurdu. Sözleşmeler ve vasiyetnameler bağlamında, mahkeme, yargısal zorunluluk nedeniyle, otantik olmayan bir yoruma başvurmak durumunda kalabilir.

Yasalara bakıldığında, yargıçların 13. yüzyılın sonlarında ve 14. yüzyılın başlarında ilk parlamentolarda ve Kral Konseyinde yer alarak yasmada rol oynadıkları dönemi gösteren bir istisna var. O zaman, yargıçlar otantik yorum yapabilirlerdi, onlar yasa koyma merciinin bir parçasıydı¹⁷. Artık yasama yetkisini kullanmadıkları dönemde ise, hükümdar yorum meselesini Konsey'e havale etmeyi onlara zorunlu kıldı. Yargıç olarak göreve atanmalarından başlayarak hukuki uyuşmazlıkları kurallara uygun bir şekilde çözmelerine kadar, hiçbir aşamada yargıçlar, kanunları yorumlama yetkisine sahip değillerdi.

Bracton'un açıklamasındaki can alıcı ibare, Bracton'un zamanında çok eski olan meşhur bir özdeyişi: *Eius sit interpretari cuius est condere* (eylemi yorumlamak onu yapana aittir)¹⁸. Bu özdeyiş Roma hukukundan kaynaklanmaktadır. Fakat, ne kuralların yorumcusunun bağımsız hukukçular olduğu Cumhuriyet döneminde ne de imparatorların hukukçuları himayesine aldığı erken İmparatorluk döneminde gün yüzüne çıktı. Ancak Jüstinyen dönemiyle birlikte, kanunların yorumu imparatorun münhasır yetkisinin merkezinde yer aldı. Onun görevlendirmesiyle yapılan "Roma hukuku derlemesinin" tamamlanması üzerine, Jüstinyen şöyle emretti:

¹⁶ Bracton, özel hukuk kişilerinin hukuki muameleleri yorumlama görevinin genel olarak yargıçların olduğuna kesin bir şekilde kanaat getirdi. Bu kapsamda, çeyize muvafakat veren belge de yargıçların yorumuna tabiydi (**Bracton**, 199, vol. 2, s.274). Bracton yorum terimini, karineler için de kullandı: Mahkemenin hükmünün geçerli olduğu (vol. 3, s. 122), bir kişinin köleden ziyade özgür olduğu (vol. 3, s. 91), kişinin mirasçı olmasının asıl olduğu vb. karineler (vol. 4, s. 333).

¹⁷ Bkz. **Brand**, 2016, 7. Bir davayı gören yargıç kuraldaki niyetin ne olduğu hatırlayabilir veya yasanın çıkarılmasına katılan bir yargıçla istişare edebilir Bkz. ayrıca **Plucknett**, 1922.

¹⁸ Bracton'un krallık anlayışında bu düşüncenin yeri ile ilgili bir yorum için bkz. **Kantorowicz**, 1957, 158-9.

*Eğer herhangi bir şey müphem görünürse, yargıçlar, yüce otorite tarafından izah edilmesi için onu İmparatora havale eder, ki kuralı koyan da yorumlayan da sadece o'dur*¹⁹.

Bracton'a göre, bu, imparator olarak İngiltere Kralı açısından kuşku duyulmayan bir hukuk kuralı haline gelmişti. Bracton ile aynı yüzyılda yazan Thomas Aquinas'a göre, otantik yorum siyasi iktidarın sınırlarına ve temellerine dair karmaşık bir teorinin unsuruydu. Onun "Teolojinin Özeti (Summary of Theology)" adlı eseri, Bracton'un bir özdeyişini içermektedir:

*Kanunların yorumunu yapabilecek olan tek kişi onu yapandır [ad eum solum pertinet leges interpretari, cuius est condere leges]. Fakat, kanunlara tabi olanlar, kanun yapamazlar. Dolayısıyla, onların, kanun koyucunun niyetini yorumlama hakkı bulunmamakla birlikte, her zaman kanunların lafzına uygun davranmaları gerekir*²⁰.

Bu ifadeler, bütün yetkileri kural koyucunun elinde toplamayı savunuyor gibi gelebilir. Aslında Aquinas, bu konuda pragmatik ve esnek. Bu ifadelerin, 'Teolojinin Özeti' kitabının diyalog kısmında, Aquinas'ın tartıştığı önermelere, mutad olarak verdiği farazi itirazlardan biri olarak görünmesi önemlidir. Söz konusu ifadeler, 'bir kanuna tabi olan kişi, o kanunun lafzına bihakkın aykırı davranabilir' önermesine farazi bir itirazdı. Ve Aquinas buna şöyle cevap verdi:

*Kanun koyucunun niyetine uyan bir kimse, kanunu, kanun koyucunun açık bir zarar nedeniyle bariz hale gelen niyetinin aksine kolay kolay yorumlayamaz. Zira şüphe varsa, ya kanunun lafzına göre hareket etmeli ya da üstlerine danışmalıdır*²¹.

¹⁹ Kendi tercümem. Latince aslı şu şekildedir: "Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari". Codex Justinianus 1.17.2.21 (AD 529, 2nd ed. 534). Jüstinyen, Digest'in anlamını açıklayan şerhleri bile yasaklayacak kadar ileri gitmişti. Muhtemelen bunu yapmadaki amacı, Digest'in anıtsal başarısını perçinlemek ve ayrıca kendi kural koyma otoritesini korumaktı (Falcone, 2014, 14). MS. 316'da, Konstantin şöyle emretmişti: "biz sadece hakkaniyet ile hukuk arasında yorum (tercih) yapabiliriz ve yapmalıyız (Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere)". Codex Justinianus 1.14.1. Fakat muhtemelen bu ferman, hukuki yorumu yasaklamaktan ziyade, adalet için hukuktan uzaklaşmayı yasaklamak için çıkarılmıştı.

²⁰ Summa Theologiae I-II q. 96 (kendi tercümem).

²¹ Ibid. (kendi tercümem).

Benzer şekilde hakkaniyet tartışmasında da, Aquinas hakkaniyetin bir erdem olduğu önermesine karşı yöneltilen şu farazi itirazı mütalaa etmiştir:

Kanun koyucunun niyetini sadece hükümdar yorumlayabilir, bu nedenle İmparator, Kanunlar ve Anayasalar Kodeksinde (Codex of Laws and Constitutions) 'sadece hakkaniyet ile kanun arasında tercih yapabiliriz ve yapmalıyız'²² demektedir. Dolayısıyla, hakkaniyete uygun davranmak yasaya aykırıdır ve nihai olarak hakkaniyet bir erdem değildir²³.

Aquinas'ın bu itiraza cevabı karmaşık ve pek hassastır:

Hükümdarın yorumu olmadan kanunun lafzından ayrılmanın yanlış olduğu şüpheli durumlarda, yoruma mahal vardır. Fakat apaçık durumlarda, görevimiz kanunu yorumlamak değil uygulamaktır²⁴.

Bu görüş açısından, yorumlama yetkisi, hükümdarın yetkilerinin bir parçasıdır ve muğlak olan yasanın anlamını açıklığa kavuşturmayı kapsar. Ancak, bu yetkinin hükümdara hasredilmesi, hükümdarın astının hakkaniyete uygun davranmaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bu bakış açısı, Bracton'un basit yönteminden daha karmaşıktır. Aquinas, yorumlama yetkisinin yasa koyucuya ait olduğu noktasında genel bir ilkenin varlığını kabul ediyor görünmektedir; buna karşın, söz konusu ilkeyi 'bir yargıcın hakkaniyetli karar vermesiyle' ve ayrıca 'yasa koyucunun varsayılan niyeti tarafından yasanın sözlerinden ayrılmanın haklı veya hatta gerekli olduğu koşullardan açıkça anlaşıldığı durumlarda, yargı yorumlarıyla' uyumlu olarak görmüştür. Bu görüşe göre, yargıçlar yasanın ne anlama geldiği noktasında tereddüde düşüklerinde yorum meselesini yasa koyucuya havale etmelidir. Aquinas'ın bu anlayışı benimsemesinin sebebi, kamu yararını her zaman düşüncesinin merkezine oturtmasıdır. O, kralın ya da imparatorun yetkisini, prensin bir *hakkı* (*right*) olarak değil, fakat, prensin siyasal toplumun yararı için meşru bir şekilde elinde tutması gereken *yetkisi* (*authority*) olarak gördü²⁵. O zaman, yargıç kanun koyucu-

²² *Codex Justinianus* 1.14.1, n. 19'dan alıntı.

²³ *Summa Theologiae* II-II q. 120 (kendi tercümem). Bkz. İmparatorun (Konstantin) fermanı için üstteki n. 19.

²⁴ *Ibid.* (kendi tercümem).

²⁵ Aquinas'ın düşüncesinin bu yönü hakkında bkz. **Finnis**, 1998, 264 ve genel olarak chap. VIII.2, "Government: Limited and Ruling by Law"

nun yetkisinin sebebini göz önünde tuttuğu sürece, hakkaniyetteki ve hukukun adil uygulanmasındaki kamusal yarar, esnek bir hüküm vermeyi haklılaştırabilir.

Fakat İngiltere’de mutlakiyetçi Stuart kralları, yorum yetkisini kendilerinin hakları olarak görmeye başlamıştı. 17. yüzyıl İngilteresinde siyasetin iç savaşa doğru kayması nedeniyle, bütün otantik yorum düşüncesi sorgulanmaya başlandı. 17. yüzyılın mirası, Ortak Hukukun otantik yorum öğretisini bütünüyle terk etmesi oldu.

Otantik yorum ile ilgili gerilim, Kral 1. James ve Sir Edward Coke arasındaki zıtlaşmada tekrar ortaya çıktı. Coke’un otantik yorumun sona ermesindeki mesuliyetini abartmamalıyız. O, erken dönem modern parlamenterizmin gelişimden kaynaklı politik şartlarda çalışan yenilikçi bir yargıçtı ve onun yenilikleri İngiliz İç Savaşı ve Muhteşem (Glorious) Devrimi sonrası bir dönem için inşa edilmişti. Ancak Coke’un bıçağı keskindi.

Bracton’dan yaklaşık dört yüzyıl sonra, Kral James geleneksel görüşün savunucu oldu:

*Kanunun koyucusu olan Kral, onun yorumcusudur*²⁶.

O, Tanrının İngiltere krallarına mutlak bir imtiyaz²⁷ verdiğini düşündü ve yargıçların keyfi karar verme potansiyeline atıf yaparak, Tanrının ne kadar hikmetli olduğunu açıkladı:

Eğer yargıçlar kanunları kendileri yorumlarsa ve başka kimsenin yorumlamasına müsaade etmezlerse, o zaman onlar kanunları kolayca gemici çorabına çevirirler.

Sir Edward Coke, “Yasaklar (Prohibitions) Davasında”, hukukun, Kral’ın yargısal yetkisini yargıçlara devretmesini emrettiğine²⁸ ve kanunları yorumlama yetkisinin yargısal yetkide mündemiç olduğuna karar vererek, İç Savaşın yıkımını tahmin etti:

*Ortak Hukuk yargıçlarının kuralları ve bu alanda parlamentonun çıkardığı yasaları yorumlaması kamunun yararınaydı*²⁹.

²⁶ *Case of Prohibitions*, 2 Kasım 1608, Sir Julius Caesar’ın notlarından: **Usher**, 1903, 673.

²⁷ Tacın mutlak imtiyazı ne hukukçuların konuşabileceği bir konudur ne de tartışılması hukuki bir şeydir” (Speech in the Star Chamber, 1616”, iç. **Mcllwain**, 1918, 326-45, 333).

²⁸ *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co Rep 64.

²⁹ *High Commission* (1611) 12 Coke Reports 84, 77 ER 1361, 1362.

Bu ifadeler, 21. yüzyılın öğrencisine biraz bayağı gelebilir, fakat 1611’de devrim niteliğindedir. Coke’un düşünüş tarzı, İç Savaş ve Muh-teşem Devrimden sonra Parlatentonun zaferinin bir yan etkisi olarak yaygınlaştı. Bunun yargısal sonucu, Parlatentonun yasama yetkisini ve yargıların ise yorum yetkisini Kralın şahsından ayırmasıydı.

Buna rağmen, İç Savaş esnasında bile, Thomas Hobbes, özellikle Coke’u işaret ederek bu yeni anlayışın aleyhinde çalışıyordu ve Coke’un Yasaklar (Prohibitions) Davasında belirtmiş olduğu “kimin akli hukuk olarak kabul edilecek” meselesine dair görüşlerini reddediyordu (Hobbes 1991, 187). Hobbes otantik yorumu şu şekilde savunuyordu:

Hukukun doğasının içerisinde olduğu şey, kanunun lafzı değil, ruhu veya manası, yani otantik yorumdur (yasa koyucunun anlamı) ve yorumcular ancak hükümdarın atadığı kimseler olabilir. Aksi takdirde, bir yorumcunun hüneriyle yasa, hükümdarın muradına aykırı bir anlam taşıyor hale getirilebilir, böylece yorumcu yasa koyucu haline gelir (Ibid., 190).

Elbette, yasa koyucu ile Hobbes’ın kastı hükümdardı, yani toplumun üyelerinin zorla veya rızaen itaat ettiği bir kişi veya kişi grubu. Hükümdar, “barış ve ortak savunma için elverişli olduğuna kanaat getirirse, toplumun bütün gücünü ve araçlarını kullanabilir” (ibid., 121). Hobbes’a göre, hükümdar (sovereign power), hem kanunları yapan hem de onları yorumlayan bir iktidardır.

Siyasi iktidarın temellerine dair özgün görüşlerinin mükemmelliğine rağmen, Hobbes, bizim yorum ilkeleri meselemize cevap vermedi. Bunun birbiriyle bağlantılı iki nedeninden ilki, yargıçlar ile diğer devlet kurumları arasındaki makul ilişkinin ne olduğu ile ilgili bir görüş geliştirmemesiydi³⁰. İkincisi, otantik yorumun hükümdar tarafından değil de, onun atadığı kişilerce yapılabileceğini belirterek, otantik yorum düşüncesini muğlaklaştırdı. Yargıya dair bir teori geliştirmede. Onun muhtemem eseri, hükümdarın yorum yetkisini kullanabilmesinden veya yargıçları atayıp denetleyebilmesinden bahsetmedi. Hobbes alt düzey (subordinate) yargıçlar ile hükümdarın yetkilendirdiği yorumcular (ki bunların yorumları alt düzey yargıçları bağlıyordu) arasındaki farkı ortaya koymuştu. Eğer, alt düzey yargıçlar böyle bir yorumcunun yorumu olmadan karar verirse, onların kararları emsal niteliğine sahip olamazdı, çünkü “alt düzey bir yargıcın

³⁰ Hobbes’ın eserlerinden böyle bir görüşü ortaya çıkaran yaratıcı bir çalışma için bkz. **Dyzenhaus**, 2009, 506.

hatası, hükümdarın genel bir iradesi olan kanunu değiştiremez” (ibid., 194)³¹. Hobbes’ın teorisi (çoğunlukla İngiltere özelinde konuyu anlatsa da) soyuttu ve İngiliz Kraliyet Mahkemesi gibi mahkemelerin yargıçlarının alt düzey mahkeme mi yoksa hükümdarın atadığı yorumcu mu olduğunu açıklığa kavuşturacak kriter koymamıştı. Belki de kriter, bağımsızlıktı. 1701 Veraset Kanunundan (Act of Settlement) sonra, İngiliz yargıçlar, hükümdar tarafından görevden azledilemedi. Yargıçlar sembolik olarak halen kral veya kraliçeyi temsil etseler de, Sir Edward Coke’la kıyaslandığında hükümdara karşı daha güçlüydüler. Fakat, Hobbes, kanunların bağımsız yargıçlar tarafından yorumlandığı yeni İngiliz uygulamasının, kendi teorisine aykırı olup olmadığını ortaya koymadı.

Ortak Hukukta (common law), otantik yorum öğretisi kaybolmaya başlarken, yasamanın üstünlüğü öğretisi yükselişe geçmişti. Yargıçlar, halen de kullandıkları “kanunun yorumunun parlamentonun niyetini yansıttığı için doğru olduğu” noktasındaki görüşü geliştirdiler. Buna karşılık, Coke’un yargıçların kanunları yorumlaması gerektiği noktasındaki görüşü bu gün olduğu gibi 19. yüzyılda da bilinen bir şeydi.

Bu bağlamda, Jeremy Bentham, Hobbes’ın aksine bariz bir şekilde karşıdevrimciydi. Bentham, garip bir şekilde, Thomas Aquinas ve İmparator Jüstinyen ile teorik bir müttefik gibi görünmektedir. Hepsi de, farklı açılardan otantik yorum üzerinde ittifak ettiler; hem ‘kanun koyma yetkisinin kamu yararı açısından önemi ile ilgili endişeyi’ hem de ‘yasa koyuculuk açısından yorum yapma yetkisinin önemi ile ilgili memnuniyeti’ paylaştılar. Hiçbiri de Sturgeon kararından dolayı hayal kırıklığı yaşamazdı. Çünkü, karardaki şey, eğer AB Adalet Divanı gibi kurumlar yorum yetkisine sahip olursa, onların olacağını beklediği şeydi.

Fakat, pragmatik ve hassas olan Thomas Aquinas’ın aksine, Bentham, yargıçların yasaları yorumlamaması gerektiğini söylemek için karakteris-

³¹ Hobbes ayrıca şunları ifade etti: “alt düzey yargıç, hükümdarı böyle bir kanunu yapmaya iten sebepleri göz önünde tutmalıdır, ki bu durumda kanuna uygun olan hüküm kendi hükümdarının hükmü olsun, aksi taktirde bizzat yargıcın hükmü olur ki o da adaletsiz olur” (Hobbes, 1991, 187). Muhtemelen burada Hobbes, (1) alt düzey yargıcın bir davada karar verme yetkisinin olduğunu, (2) eğer bu karar hükümdarın kanun çıkarma saikine uygun değilse, kararın gayri adil (hukuka aykırı?) bir yetki icrası olduğunu ve (3) her halde, alt düzey yargıcın yorumunun kanun koyma niteliğinde olmaması gerektiğini kastetti.

tik olarak hararetli ve hiddetli bir gerekçeye sahipti. Yargıcın sadece yargıçların mutluluğunu artırmasına karşılık, yasa koyucu, genel mutluluğu artırmaya yarayacak şekilde kural koyacaktı:

*Yargıç kanunları yorumlama yetkisini temellük etmeye cüret ederse, yani kendi iradesini yasamanınkiyle değiştirirse, her şey keyfi olur, hiç kimse onu kaprisinin gideceği noktayı öngöremez*³².

Dolayısıyla, Bentham, yorumlama işinin yasa koyucuya ait bir iş olduğunu düşündü. Ayrıca yasaların yorumlanması işinin mahkemelerce yasa koyucuya havale edilmesi yönünde bir kanaati de vardı (Endicott 2014a).

Yine, Bentham özellikle yorumla ilgili akıl yürütme tarzı bakımından, Roma İmparatorluğuna kadar giden faydacı bir düşünce kalıbına sahip olmasına rağmen, onun akıl yürütmesi otantik yorumun lehine daha genel bir argümanın örneği idi. Yorumlama yetkisi yasanın anlamının ne olduğunu tespit etme yetkisidir. Konstantin'den Bentham'a kadar bütün düşünürlerimiz, anayasanın yasama yetkisini yasa koyucuya tahsis etmesindeki amillerin aynısını, aynı zamanda yorum yetkisini yasa koyucuya vermenin sebebi olarak da gördüler. Eğer yorum, yasa koyucunun koyduğu kuralın icrasını (hukuki sonuçlarını) temin etmiyorsa, otantik olmayan, gerçekte yorum bile denemeyecek yorumcu kaprislerinden ibarettir. Bunu ise, ancak kural koyucu yapabilir.

4. Otantik Yoruma Karşı

Otantik yoruma olan ilgi, sadece teoriyle veya Roma İmparatorlarının emirnameleriyle sınırlı kalmadı. 1794 Prusya büyük kodifikasyonu, mahkemelerin yorum meselesini yasama organındaki kanun komisyonuna havale etmesini öngörerek, otantik yoruma yer verdi:

*Eğer yargıç kanun hükmünün gerçek anlamında şüpheye düşerse, davanın taraflarını belirtmeksizin, kanun komisyonuna tereddütlerini aktararak ondan kuralın anlamı konusunda karar vermesini talep etmelidir*³³.

³² Bentham, 1843, pt. I, chap. XVII ("Power of the Laws over Expectation"), s.325.

³³ Prusya Eyaletleri İçin Genel Arazi Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten-1 June 1794,) §47 (kendi tercümem). Almanca aslı: "Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommißion anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen".

Bentham'ın, Jüstinyen'in, Bracton'un ve Prusya kanunlaştırma hareketini yapanların haklılık payı vardı. Hepsi de kanunun hâkimiyetini (the rule of law) korumaya çalışıyorlardı. Eğer yargıçlar kanunun ne anlama geldiğine istedikleri gibi karar verirlerse, keyfi bir idare riski doğardı. Elbette, ben, kuralların sadece yargıçlarca yorumlandığı hukuk sistemlerinin oturmuş bir sistem olduğunu iddia etmiyorum.

Fakat, yorumun bağımsız mahkemelerce yapılmasını gerektiren yapısal sebepler olduğuna inanıyorum. Bu yapısal sebep, kural koyucu ile uyumsuzlukları çözme yetkisini elinde bulunduran organ arasında özel bir kuvvetler ayrılığını gerektirir. Ayrıca yorumlama yetkisini kural koymadan ayırmak faydalı da olabilir.

Sözleşmeler açısından ise, belki de otantik yorum ideal olandır. Eğer aramızdaki sözleşme hükümlerinin ne anlama geldiği konusunda ihtilaf yaşarsak, istersek uygun gördüğümüz bir yoruma başvurmak konusunda uzlaşmamamız için bir neden yoktur (ayrıca şunu belirtmek önemlidir ki, bizim yeni hususlarda yaptığımız uzlaşmanın bir yorum mu yoksa değişiklik mi olduğunu araştırmaya bile gerek yok). Buna karşılık, ihtilafla ilgili bir uzlaşmaya varmadığımızda, hukuka uygunluk sorunu ortaya çıkabilir. Sözleşmeyi yorumlayan bir mahkemenin varlığı, tarafların ve toplumun uyumsuzluğu çözme ihtiyacını giderebilir. Ve bu da, tarafları sözleşmenin kuruluşu esnasında yapılması gereken faydalı bir meşakkat içine sokar: Bu meşakkat, her iki tarafın da sözleşmedeki önemli noktalarda, diğer taraf rıza gösterdiği kadarıyla, daha açık olmaları gerektiğini bilmeleleridir. Böyle bir durumda, anlaşmayı daha anlaşılır kılmak tarafların yararındadır, ki böylece bağımsız mahkemeler tarafların arzu ettiği anlamı verebilsin.

Özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da, genel yetkili bir mahkeme yoksa, tarafların yeterince açık bir anlaşma yapması onların menfaatindedir, bu durumda diğer tarafın anlaşmanın arzu edilen anlamının bu olmadığını iddia etmesi zor olacaktır. Bilindiği gibi, söz-

Halen yürürlükte olan 1812 tarihli Avusturya Medeni Kanunu yorumla ilgili olarak şu hükme yer vermiştir: “Bir kanuna, yasamanın açık niyetinden ve belirli sözcüklerin bağlamından açıkça anlaşılardan başka bir anlam yüklenemez” (kendi tercümem). Almanca aslı şu şekildedir: “Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.” ABGB § 6, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/6>.

leşmelerin anlamına dair ihtilafları otantik yoruma, yani tarafların üzerinde uzlaştığı yoruma başvurarak çözüme konusunda köklü bir gelenek var³⁴.

Şimdi yasa koyma açısından da benzer bir hususa değinebiliriz. Yorum yapma yetkisini, bağımsız bir organa vermek önemlidir. Çünkü bu, birinci olarak, yasa koyucuya, bağımsız mahkemelerin yasayı yasamanın istediği şekliyle anlaması için, açık ve anlaşılır bir kural yapma külfeti yükler.

İkincisi, her ne kadar, yasama tasarrufunun doğasına ve bağlamına bağlı gibi görünse de, yasaların hukukta genel olarak uzmanlık kesp etmiş kimselerce yorumlanması da önemlidir³⁵.

Üçüncüsü, uyuşmazlığın görülmesi esnasında yasama organına yorum işini havale etmek, imkânsıza yakın derecede elverişsizdir. Mahkemenin günlük işleyişi taraflar arasında cereyan eden meseleleri içeren dosyayla düzenlenir. Fakat, yasa koyucunun günlük işleyişi, böyle bir liste ve dosyayla şekillendirilemez; fakat müzakere kuralları, hükümet gündemi ve günün siyasetiyle şekillenir. Bu üç belirleyici faktör, yasa koyucunun böyle bir yorum görevine (ve yorumlanacak meselede tarafların ne dediğini adil ve tarafsız bir şekilde dinlemeye) münasip olmadığına delalet eder. Ayrıca, yorum meselesinin uyuşmazlığın görülmesi esnasında sonuca bağlanmamasının yüksek bir masrafı da vardır. Dahası, yasa koyucunun münasip olmadığı bir görevi yapmasını beklemek hem masraflıdır hem de onu kendi asli görevinden veya diğer siyasi hedeflerinden alıko-yabilir.

34 “Bir anlaşmanın bütün tarafları, anlaşmayı belirli bir şekilde anlamak için uluslararası hukuk kapsamında bir uzlaşmaya varırlarsa, o zaman otantik yorum söz konusudur” (Linderfalk, 2007, 25). Böyle anlaşmaların hukuki gücü ile ilgili belirsizlikler yaşanabilir. Bkz. **Berner**, 2016, 845, “otantik yorumun, ismi dışında, her yönüyle bir kural koymak olduğunu” iddia ediyor. Bkz. ayrıca **Orakhelashvili**, 2008, 514-5.

35 Her Ortak Hukuktan uzaklaşan uygulamaya şüpheyle yaklaşan erken modern dönemdeki Ortak Hukuk yargıçlarınca, kuşkusuz yargısal yorumun değeri abartılmıştı; onlar kanunları, Ortak Hukuktan ayrılmama şartına (varsayımına) göre yorumlardı. Bu bakış açısından, yorumcunun Ortak Hukuk uzmanı olmasının hayati önemi ortadadır. Baş yargıç Warburton’a göre: “Ortak Hukuk kurallarına göre bir kanun, onun hakkında bilgisi olmayan tarafından yorumlanabilir, ve bir kanunu, kanunun yapımından önce Ortak Hukukun ne olduğunu bilmeyen birisi yorumlayamaz” (CUL MS MM 1.21 fol. 106v’ye atf yapan **Baker**, 2017, 366’dan alıntı). Bkz. ayrıca *Page v Tulse* (1676) 86 ER 954.

Dördüncüsü, yorum meselesini yasamaya sevk etmek (eğer gerçekleştirilebilir ve yasama da vaktini ayırmaya ve bu işi yapmaya hazırsa) başka bir tür keyfiliğe açılan kapı olabilir. Geçmişte yapılmış olan bir yasayla ilgili uyumsuzluğu çözerken, yasa koyucu ancak günün siyasi gündemine göre hareket eder. Yasanın çıkarıldığı zaman ile yasanın yorumunun yasa koyucuya sevk edildiği zaman arasında milletvekilleri değişmemiş olsa bile, yasa koyucunun bu yasaya yapıldığı zamanki anlamını vermesi, mutlak bir şekilde beklenemez. Bu sorunu, Hobbes'ın yorum yapma yetkisinin niçin kural koyucuya ait olduğunu açıklamaya çalışırken kullandığı canlı bir imgeyle örneklendirebiliriz:

“Böylece, ona göre, diğer hiçbir yorumcu bunu yapamasa da, yasama yetkisi vasıtasıyla, ipin uçlarını geri çekmek veya (İskender'in kılıcıyla Gordian düğümünde yaptığı gibi) istenilen uçları yeni baştan oluşturmak suretiyle, kanunda çözülemeyecek bir düğüm olmaz (Hobbes 1991, 191)”.

Bir düğümü çözecek olan kişi, ipin mevcut uçlarıyla yetinmek zorundadır. Oysa yasa koyucu, tıpkı İskender'in düğümüne kılıcını çalarak yeni uçlar oluşturmasındaki gibi, yeni uçlar oluşturabilir. Fakat o durumda, kural koyucu bir ihtilafı çözerken yeni amaçlar/uçlar izlerse, İskender'in Gordian düğümünü çözmesindeki gibi, yorum yapmış olmayacaktır. Bu durumda, yasa koyucu, bir yorum üzerinde uzlaşma ihtiyacı duyan sözleşmeciler veya anlaşmacılar gibi olacaktır. O zaman yasama yetkisinin yeniden kullanımı ile otantik yorum yapma arasındaki farkı ayırt edecek bir kriter kalmayacaktır. Dolayısıyla hukuka uygunluk için de bir kriter olmayacaktır. Otantik yorumun varsayılan vaadi kanunun hâkimiyetini temin etmek ise, o zaman bu güvensiz bir vaat olurdu.

İronik bir şekilde, yargısal yorum, yasamanın kendisinin yasayı yorumlamasına kıyasen, yasanın hukuki sonuçlarını doğurmasına daha iyi hizmet edebilir. Böylece, kanaatimce, Bentham'a da malum olduğu gibi, yasa koyucunun amacını gerçekleştirmesi ve kanunun hâkimiyeti açısından tehlikeli olduğu doğruysa da, kanunların yargısal yorumu kanunun hâkimiyeti için bir adım daha ileridedir.

Kanunların yargıçlar tarafından yorumlanmasının önemine bir katkı olarak, erken dönem Ortak Hukuka (common law) tekrar değinebiliriz. Otantik yorum öğretisinin, çok az uygulandığını fark etmek sizi şaşırtmayabilir. Paul Brand 13 ve 14. yüzyıllarda yargıçların kanunları yorumladıklarını titizlikle ortaya koydu. Yani, kanunların anlamı ile ilgili ihtilaf sonuçları bağlanıyordu. Yine de sonuç, yorum yapma niyetlerinin olmadığına dair takındıkları katı tutucu tavır nedeniyle ilginçti. Bu faaliyet esna-

sında, yorum ile açıklama arasında ayrıma gittiler ve yorum yapmadıklarını, kuralı açıkladıklarını iddia ettiler (Brand 2016). Belki de, bu uygulama, Bracton'un otantik yorum ilkesinden ziyade Aquinas'ın yargıcın göreviyle ilgili esnek görüşüne daha yakındı.

5. Hukuki Yorumun İlkeleri

Yorum ilkeleri ile, bilindiği gibi, birinci tekil şahsın gözünden nasıl yorum yapılması gerektiği ile ilgili başlangıç noktasını kastediyorum. Farz edin ki siz AB Adalet Divanında yargıçsınız. Tüzüğün hangi anlama geldiğini yorumlamak durumundasınız (ki *Sturgeon* kararında da yargıçlar benzer durumdaydı).

Hangi ilkeye dayanmalısınız? İlk önce, iyi yorumun ön koşulu olarak görülen “sıfırıncı ilke (principle zero)”den başlayabilirsiniz. Bu durum, yorum terimine yer vermeden ifade edilebilir. İlkemiz, “yasallık (legality) ilkesidir”. Bu kapsamda, Divan üyesi bir yargıcın hukuka uygun davranma yükümlülüğü olduğu beklenir. Bu yükümlülüğten hareketle birinci ilkeyi yaşama geçirebiliriz. Birinci ilke ise, kural koyma yetkisinin tanınmasıdır. AB hukuku AB parlamentosuna tüzük yapma yetkisi vermektedir. Ayrıca, hukuk, birçok kamusal ve özel kişi ve kuruma (sadece yasamaya değil, sözleşmenin taraflarına ve vasiyet edene...) kural koyma yetkisi tanımış olabilir.

Birinci ilke, bu kurum ve kişilerle “uyum içinde olma” ilkesidir (bkz. Endicott 2015). Kısacası, siz, tali kural koyma yetkinizi yani yorumlama yetkinizi, ancak yasa koyucunun asli kural koyma yetkisine uygun şekilde kullanabilirsiniz. Her kurum, diğerinin görevine saygı duymalıdır. Bunu, otantik yorumun tarihinden de bir ders olarak öğrenebiliriz. Kanaatimce, yorumlama yetkisinin mahkemeye devri, Bentham'ın sandığı gibi zorunlu olarak kanunun hâkimiyetinin terk edilmesini doğurmaz. Fakat, Bentham'ın, Sir Edward Coke'a karşı verdiği amansız muhalefetinin genel çerçevesinden, yorumcunun yorum yetkisini yasamanın asli kural koyma yetkisine uygun şekilde icra etmemesi halinde, hukuk sisteminin iyi olmadığı sonucuna varılabilir.

Kanaatimce, *Sturgeon* kararında savcı görüşlerinde haklıydı. Onun görüşü, mahkemeler ile yasama arasındaki uyumun bir örneğiydi ve Divan yargıçlarının da bu görüşe göre hareket etmesi gerekiyordu. Divan, uçuşun ertelenmesi nedeniyle tazminata hükmederek, yasamanın uçuş ertelemesi

ile ilgili tazminat öngörmeyen iradesine aykırı davrandı³⁶. AB Adalet Divanının kendine has bir durumu olduğunu burada hemen belirteyim. Divan, 1960 ve 1970’lerde Avrupa Toplulukları için ulusüstü bir anayasa oluşturulmasında, üye devletlerin iç hukukunda AB hukukunun doğrudan üstün bir etki doğurmasında ve bu yeni hukuk düzeninin çeşitli eksikliklerini tamamlamada oynadığı önemli rolden kaynaklanan bir kural koyma konumunu haizdir³⁷. Bu durum Divanı, yardımcı yasa koyucuya olmasa da bir denetim organına dönüştürdü, Sturgeon’da ise Prusya Kanun Komisyonu gibi yasayı değiştiren bir komisyona dönüştürdü.

Hukuki yorumun ikinci ilkesi ise yorumlama yetkisinin tanınması ilkesidir. 1800’lerdeki Prusya hukuku, yargıçların yorum meselesini yasaya sevk etmesini emretti. Hukuk, yorum yetkisini mahkemelere verseydi, bu yetkiyi onların kullanması gerekirdi. Kural olarak, yasa koyucu yorumlama yetkisini açıkça düzenlemez. Modern dönemde olduğu gibi, bu gibi hallerde, yargıçların her zaman yorum yetkisini doğal olarak elinde bulundurduğu varsayılır. Yargıcın yorumlama yetkisi olduğuna dair bu varsayımdan hareketle, yorumlama yetkisinin yargıçlara, ancak kuralların hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlayan ‘hukuku uygulama yetkisinin varlığı’ nedeniyle verildiği söylenebilir. Oysa, AB Anlaşması açık bir şekilde Divana kuralların anlamını tespit etme yetkisi vermiştir:

“Avrupa Birliği Adalet Divanı, [...] Anlaşmaların uygulanması ve yorumlanması esnasında hukuka uyulmasını temin eder (Madde 19)”.

Eğer siz bu Divanda yargıçsanız, hukukun size tanıdığı yaratıcı (creative) yorum yetkisini uygulamak için elinizden geleni yapmanız gerekir. “Yaratıcı” terimi ile bu yetkiyi şu ya da bu şekilde kullanmanın sizin takdirinize kaldığını kastediyorum (bununla birlikte, hukuk bu yetkiyi belirli bir yönde kullanmanızı öngörebilir veya öngörmeyebilir). Her iki halde de, hukukun yorum sorununa cevabını siz yaratıyor olacaksınız. Eğer, AB Adalet Divanı’nda olduğu gibi³⁸, yargısal kararlar hukukun kaynağı ola-

³⁶ Yargıçların yasayı hiç bir şekilde geçersiz kılmamasını kastetmiyorum. Kanunların yargısal denetimi, yasamanın rolüne her halükarda aykırı davranıldığını göstermez ve AB Adalet Divanı, Anlaşmaya aykırı AB kurumlarının düzenlemelerini iptal etmede tamamen makul bir yetkiye sahiptir.

³⁷ 5 Şubat 1963 tarihli karar, *Van Gend en Loos*, Case 26/62, EU:C:1963:1.

³⁸ Adalet Divanı, başlangıçtan beri kendi içtihatlarına hukukun kaynağı olarak muamele ediyor. 1950’lerde, “mahkemenin müstekar içtihatlarına göre” ifadesi, standart bir ibareydi. Bkz. örneğin, 17 Temmuz 1959 tarihli karar, *Société des aciars fins de l’Est v*

rak kabul edilirse, sizin verdiğiniz karar ileriye yönelik kural koyma niteliğinde de olacaktır. Siz, doğrudan yasama yetkisini kullanmış oluyorsunuz, fakat yaptığınız yorum kural koyma mahiyetinde olacaktır.

Hukuki yorum ilkemizin üçüncüsü, yorumun amacının kuralın uygulanması için bir norm sağlamasıdır. Yani, yargıçların yorum yetkisi, kuralın hukuki sonuçlarını doğurması amacıyla kendilerinin kuralı uygulama görevlerine de yardımcı olur, ve bu yetki, Divan'ın yasamanın çıkardığı kanunun hukuki sonuçlarını doğurmasını sağlama sorumluluğunu ortadan kaldıracak biçimde kullanılmamalıdır. Bu ilke sıfıncı ve birinci ilkelerin sonucu mahiyetindedir. Tıpkı birinci ilke gibi, yargısal bağılılığı gerekli kılar.

Sıfıncı ilke bir ön koşul olduğu gibi, dördüncü ilke de yorum sürecinin bitişinden itibaren başlar: Divan, yorum yetkisinin kaçınılmaz bir sonucu olan takdir yetkisinin kullanımı sırasında kamu yararına uygun ve adil bir şekilde hareket etmelidir.

Burada hukuki yorum ilkelerinin nihai halini şu şekilde ortaya koyabiliriz:

0. Yasallık (legality) ilkesi;

1. kural koyma yetkisinin tanınması, yani yasamaya veya başka bir yasa koyucuya kural koyma yetkisinin tanınmasına saygı duyma³⁹;

2. yorum yapma yetkisinin tanınması ilkesi, yani yorum yetkisinin mahkemeye tanınmasına saygı duyma;

3. yorumun amacının kuralın uygulanmasını sağlamak için norm oluşturma olduğu ilkesi (ve bunun, yasamanın çıkardığı kanunun hukuki sonuçlarını doğurmasını sağlama sorumluluğuyla uyumsuz olmaması);

4. yorum yetkisinden kaynaklanan takdir yetkisinin adil ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanılması ilkesi.

High Authority of the European Coal and Steel Community, Case 42/58, EU:C:1959:20. Ayrıca bkz. Savcı Lagrange'nın (5 Kasım 1960, EU:C:1960:41) 23 Şubat 1961 tarihli kararındaki görüşü için, Steenkolenmijnen - High Authority, Case 30-59, EU:C:1961:2: "Her davada tedrici olarak içtihatlarını oluşturarak karar vermek, Divan'ın yetkisindedir" (s.37).

³⁹ Genel olarak, sıfırdan dörde kadar olan ilkeleri, kural koyucular tarafından yapılan kuralların- anayasaların, sözleşmelerin ve vasiyetnamelerin... yorumlanmasına uygulayabiliriz.

6. Sonuç

Açıktır ki, ben hukuki yorumun ilkelerinin sadece bunlardan ibaret olduğunu iddia etmiyorum. Bazı yapısal ilkeleri kabataslak ortaya koydum ve içeriksel/maddi ilkelerden, yani belirli bir değeri destekleyen veya sağlayan yorumu tercih etmeye yönelik görüş lehinde argümanlar ileri sürmedim. Bu ilkeler, iyi yorum yapmak için elzemdir. Ayrıca, siyasal ve hukuki kültüre, hukuki soruna, yasanın hizmet edeceği kitlenin ihtiyaçlarına ve yasa koyucunun amaçlarına göre değişiklik gösterebilir. Bunlar hakkında genel geçer ifadeler serdetmek, siyasal aklın ilkeleri (siyasal akılla, bir siyasal toplumun üyelerinin ona göre davranacakları ilkeleri kastediyorum) hakkında genel geçer ifadelerde bulunmaya benzer.

Fakat, yapısal ilkelerin içeriksel ilkelere göre ilk bakışta (prima facie) öncelikli olduklarını söyleme cesaretim var. Bir değerın gerçekleştirilmesi ve daha da geliştirilmesini sağlayan (içeriksel) ilke, belirttiğim yapısal yorum ilkelerinden ayrılmayı haklı göstermediği gibi, böyle bir ilke mahkemenin kanundan ayrılmasını da haklı göstermez. Bu, hukukun ironilerinden birisidir. Hukuk, belirli oranda, mahkemelerin, hukukun gerçekleştirilmesi gereken değerlere göre hareket etmemesini ister.

Kaynaklar

Alexy, R. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification.* Çev. R. Adler ve N. MacCormick, Oxford: Oxford University Press, 1989.

Alexy, R. *A Theory of Constitutional Rights.* Çev. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Alexy, R. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4): 572–81, 2005.

Alexy, R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23(2): 167–82, 2010.

Alexy, R. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *American Journal of Jurisprudence* 58(2): 97–110, 2013.

Alexy, R. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* 22: 51–65, 2014.

Austin, J. *The Province of Jurisprudence Determined, or, the Philosophy of Positive Law.* 2nd ed. London: John Murray, 1861.

Baker, J. H. *The Reinvention of Magna Carta 1216–1616.* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Bentham, J. *Principles of the Civil Code.* In vol. 1 of *The Works of Jeremy Bentham.* Ed. J. Bowring, 297–364, 1843, Edinburgh: William Tait. Digitized by the Classical Utilitarianism Web Site (CUWS) at www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/index.html.

Berner, K. Authentic Interpretation in Public International Law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 76: 845–78, 2016.
http://www.zaoerv.de/76_2016/76_2016_4_a_845_878.pdf.

Bracton, H. de. *De Legibus et Consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England).* Trans. Samuel E. Thorne. Buffalo, NY: William S. Hein. (Orig. pub. ca. 1235.), 1997.

Brand, P. A. *The Earliest English Law Reports.* London: Selden Society, 2005.

Brand, P. The Judicial Interpretation of Legislation in Later Thirteenth and Early Fourteenth Century England. In *Law and Authority in British Legal History, 1200–1900.* Ed. M. Godfrey, 1–12. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Dyzenhaus, D. How Hobbes Met the “Hobbes Challenge.” *Modern Law Review* 72(3): 488–506, 2009.

- Endicott, T.** Arbitrariness. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 27(1): 49–71, 2014a.
- Endicott, T.** Proportionality and Incommensurability. In *Proportionality and the Rule of Law*. Ed. G. Huscroft, B. Miller, and G. Webber, 311–42. Cambridge: Cambridge University Press, 2014b.
- Endicott, T.** Comity among Authorities. *Current Legal Problems* 68(1): 1–26, 2015.
- Falcone, G.** The Prohibition of Commentaries to the Digest and the Antecessorial Literature. *Subseciva Groningana* 9: 1–36, 2014.
- Finnis, J.** *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Hart, H. L. A.** *The Concept of Law*. Ed. P. A. Bulloch, J. Raz, and L. Green. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Hobbes, T.** *Leviathan*. Ed. R. Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Linderfalk, U.** *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Springer, 2007.
- Kantorowicz, E. H.** *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1957.
- McIlwain, C. H.** ed. *The Political Works of James I*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1918.
- Orakhelashvili, A.** *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Plucknett, F. T.** *Statutes & Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 1922.
- Pound, R.** Sources and Forms of Law. *Notre Dame Lawyer* 21(4): 247–314, 1946.
- Usher, R. G.** James I and Sir Edward Coke. *The English Historical Review* 18(72):664–75, 1903.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 2 Aralık/December 2021

**Kıyasın (Analojinin) Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile
Karşılaştırması ve Hukuk Alanındaki Yansıması***

Comparison of Analogy with Other Reasoning Methods and Its
Reflection in the Field of Law

Arş. Gör. Fuat ALTUNTAŞ**

ÖZ

Bu çalışmada akıl yürütme yöntemlerinden kıyasın, ilk olarak genel görünümü ve günlük hayattaki uygulaması incelenecektir. Sonrasında ise diğer akıl yürütme yöntemleri ile ilişkisi ve karşılaştırması yapılacaktır. Söz konusu karşılaştırmalarla birlikte kıyasın alanı daha iyi belirlenmeye çalışılacaktır. Zira bir şeyin “ne” olduğunu belirlemek için, ne olmadığını da bilinmesi gerekmektedir. Ayrıca çalışmamızda kıyasın gerek genel ola-

* Bu makale, yüksek lisans tezi olarak kabul edilen “Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)” adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

E-posta: fuataltuntas5841@gmail.com. ORCID: 0000-0001-8206-2325

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 02.11.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 03.12.2021.

Atıf: Fuat Altuntaş, “Kıyasın (Analojinin) Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile Karşılaştırması ve Hukuk Alanındaki Yansıması”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 2, Aralık 2021, (237-279).

rak görünümünde gerekse de diğer akıl yürütme yöntemleri ile karşılaştırmalarında, hukuk alanındaki uygulamaları gösterilerek bu alandaki öneme de değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukukta kıyas, mantıkta kıyas, kıyasta benzerlik, hukuki akıl yürütme, karşılaştırma.

ABSTRACT

In this study, first of all, the general view of the analogy, one of the reasoning methods, and its application in daily life will be examined. Afterwards, its relation and comparison with other reasoning methods will be made. With these comparisons, the field of comparison will be tried to be determined better. Because in order to determine “what” something is, it is necessary to know what it is not. In addition, in our study, the importance of analogy in this field has been mentioned by showing its applications in the field of law, both in its general appearance and in comparisons with other reasoning methods.

Keywords: analogy in law, analogy in logic, similarity in analogy, legal reasoning, comparison.

GİRİŞ

Kıyas yöntemi, insan zihninin en temel akıl yürütmesidir. Diğer tüm akıl yürütmelerin kıyas yönteminden çıktığını iddia edebiliriz. Bu iddiayı desteklemek amacıyla insan zihninin nasıl çalıştığı konusunda Fransız düşünür Condillac’ın ünlü örneğini gösterebiliriz. Düşünüre göre insan zihni, sırayla dikkat eder, karşılaştırır (kıyas eder) ve neticesinde bir hüküm verir. Yani zihnin, şeyleri algıladıktan sonra yaptığı ilk işlem ve eylem karşılaştırmadır (kıyastır). Verilen örneğe göre beş duyu organının da mermerlerle kaplı olduğu bir insan farz ediyoruz. Bu insanın koku alma duyusunun açılmasına neden olacak mermer katmanının çıkarıldığını düşünelim. Söz konusu insana bir gül koklattığımız zaman, öncelikle zihinde bir “dikkat” belirlemektedir. Ancak daha öncesinde hiçbir dış etkiye maruz kalmayan kişinin, bu kokuya dair hiçbir fikri bulunmamaktadır. Sadece duyumsama söz konusudur. Zihin tamamen o kokudan ibarettir. Böylelikle kokunun zihne aksettiği haliyle bellek oluşmaya başlar. Sonrasında kişiye papatya çiçeği, yasemin çiçeği ve şeytantsi bitkisini sırasıyla kok-

lattığımızda, zihin artık kokular konusunda iyi ya da kötü şeklinde bir karşılaştırmaya başlar. Yapılan kıyaslama sonrasında bir hüküm verir.¹ Dolayısıyla görüldüğü gibi insan zihninin bir fikir ve hüküm verirken yaptığı ilk akıl yürütme yöntemi kıyasıdır.

Kıyas, akıl yürütme yöntemlerinin öncülerinden olmasına rağmen, bu yöntemin sağlıklı yapılmaması durumunda çeşitli safsatalara (yanlış akıl yürütmelere) neden olabilmektedir. Söz konusu safsatalar özellikle de hukuk gibi insan hayatını olumlu ya da olumsuz doğrudan etkileyen bir alanda olduğunda, kıyasın doğru bir şekilde yapılması daha da önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmamızda kıyas yönteminin genel olarak ve günlük hayattaki görünümünü ele aldıktan sonra, bu yöntemin diğer akıl yürütme yöntemleri ile farkı ve ilişkisi incelenecektir. Böylece kıyas yönteminin sınırlarının daha net bir şekilde çizilmesi amaçlanmaktadır.

I. KIYASIN GENEL OLARAK GÖRÜNÜMÜ

Kıyas, Arapçada bir tutma, denk sayma, karşılaştırma, oranlama ve örnekseme anlamlarına gelmektedir.² Batı dillerinde kıyasın karşılığı olarak kullanılan analogi ise Yunanca “*analogia*” kelimesinden gelmiş olup³, *ana* ve *logon* kelimelerinin birleşmesi ile oluşmaktadır.⁴ Kelime anlamı olarak, ussal benzerlik (uyum) manasına gelmektedir. Aristoteles “*Analistik*” adlı eserinde kıyası, “*geleneksel bir ismi bulunmayan bir cinsin ayırt edilmesi*” olarak takdim etmektedir.⁵ Düşünürün “*Retorik*” adlı eserinde ise kıyas, ikna edici model olarak sunulur.⁶

Kıyasın formu şu şekildedir:

- 1 Alfred **Weber**, Felsefe Tarihi Felsefe, Metafizik ve Bilim, Kabalıcı Yayıncılık, (Çev: H. Vehbi **Eralp**, İstanbul 2015, s. 298.
- 2 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 11. Baskının Tıpkıbasımı, Ankara 2019, s. 1432; Abdullah Batuhan **Baytaz**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:14, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 307.
- 3 **Baytaz**, s. 307.
- 4 Fabrizio **Macagno**/Douglas **Walton**, “Argument From Analogy in Law, The Classical Tradition, and Recent Theories”, *Philosophy & Rhetoric*, Vol. 42, No. 2, 2009, s. 168.
- 5 **Macagno/Walton**, s. 168.
- 6 **Aristoteles**, *Retorik*, (Çev: Mehmet H. Doğan) Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1995, s. 150; **Macagno/Walton**, s. 169.

- (i) x, F, G... özelliklerine sahiptir.
- (ii) y, F, G... özelliklerine sahiptir.
- (iii) x ayrıca H özelliğine sahiptir.
- (iv) O halde y, H özelliğine sahiptir.⁷

Örneğin:

Dünya, güneş etrafında dönen bir gezegendir. Dünyada atmosfer mevcuttur.

Mars (Merih), güneş etrafında dönen bir gezegendir. Mars'ta atmosfer mevcuttur.

Dünyada canlılar bulunmaktadır.

O halde Mars'ta da canlıların bulunması gerekir.⁸

Bu örnekte dünya ile Mars'ın birbirleri arasındaki ortak özelliğe dayanılarak, Mars'ın bilinmeyen yönleri açısından bir yargıya varılmaktadır.⁹ Dolayısıyla kıyas yöntemi, "*bilinen benzeişlerden faydalanarak, bilinmeyen benzeişleri çıkarmaya yarayan bir akıl yürütmedir.*"¹⁰

Kıyas, ne tümevarım ne de tümdengelimdir. Ancak işleyişine dikkat edildiğinde kıyasın, hem tümdengelim hem tümevarımın özelliklerini barındırdığı görülür. Mars'ın dünya gibi atmosfere sahip olduğu hükmü tü-

⁷ Martin **Golding**, "Argument By Analogy in The Law", Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, Amsterdam 2018, s. 124.

⁸ Kıyas yöntemine dair olan bu klasik örnek, ilk olarak XIX. yüzyılda yaşayan mantıkçi W. Stanley Jevons tarafından verilmiştir. Bkz. (**Golding**, s. 123); İbrahim **Emiroğlu**, Klasik Mantığa Giriş, Elis Yayınları, Ankara 2017, s. 199; Necati **Öner**, Klasik Mantık, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1986, s. 173; Vecdi **Aral**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 200; **Çapak**, 244.

⁹ **Emiroğlu**, s. 199; **Öner**, s. 173.

¹⁰ Nurettin **Topçu**, Mantık, Dergah Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 88.

mevarımı gösterir. Ancak bu tümevarım varsayımsal bir karaktere sahiptir.¹¹ Sonuç önermesinde ise (Mars'ta atmosferin olması nedeniyle yaşamın var olduğu yargısı), gizli bir tümdengelimsel (dedüktif) çıkarımın varlığı söz konusudur.¹²

Atmosfere sahip gezegenlerde hayat vardır. (büyük önerme)

Mars gezegeninde atmosfer vardır. (küçük önerme)

O halde Mars'ta hayat vardır. (sonuç)¹³

Sonuç olarak diyebiliriz ki kıyas, tümdengelim ve tümevarımın karışımıdır.¹⁴ Ancak kıyastaki tümevarım, eksik bir tümevarımdır. Zira iki ayrı olaydaki bir ortak özellikten hareketle, bu iki olaydan birinde bulunan bir özellik diğerine de yüklenmektedir. Bu şekilde bir akıl yürütmede ikinci olaya yüklenen bu özellik zorunlu olarak çıkmaz.¹⁵ Ayrıca kıyasta, tekil örneklerden yola çıkılmasına rağmen, tümevarımda olduğu gibi bir genellemeye gidilmez. Kıyas, bazı olgu, olay veya nesnelere öteki bazı olgu, olay ve nesnelere gidilmesi ile oluşur. Dolayısıyla tümevarımda tikelden tümele bir işleyiş söz konusu iken, kıyasta tikelden tikele bir gidiş vardır.¹⁶ Netice itibariyle kıyasta, önce tümevarım yöntemi kullanılarak genel bir hüküm elde edilir (atmosfere sahip gezegenlerde hayat olduğu hükmü). Sonrasında bu genel hükümden, tümdengelim yöntemi aracılığıyla istenilen hüküm çıkarılır (Mars'ta atmosfer olduğundan dolayı, Mars'ta hayat vardır).¹⁷ Yani kıyas, Işıktaç/Metin'in de belirttiği üzere;

11 **Öner**, s. 174; Yasemin **Işıktaç/Sevtap Metin**, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 140.

12 **Emiroğlu**, s. 200.

13 **Emiroğlu**, s. 200.

14 İdris Hakan **Furtun**, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 80; Doğan **Özlem**, Mantık: Klasik / Sembolik Mantık Mantık Felsefesi, İnkılap Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul 2007, s. 44; **Topçu**, s. 89.

15 **Özlem**, s. 44.

16 **Özlem**, s. 45.

17 **Aral**, s. 202.

“*tümevarıma dayanan bir tümdengelim*” şeklindeki akıl yürütme işlemidir.^{18, 19}

Dikkat edilmesi gereken bir husus, kıyasta büyük önerme ile küçük önerme arasında bir “benzerliğin” olduğu vurgulanarak sonuca ulaşılmıştır. Kıyas ile yapılan akıl yürütmede, benzetilen iki obje (benzetilen ve benzeyen) arasında bir kısmı bilinen; bir kısmı ise varsayılan bir takım benzerlik yönleri bulunur. Sonrasında, bilinen benzerlikler vasıtasıyla bilinmeyen ve fakat varsayılan benzerlikler çıkarsanarak sonuca ulaşılır.²⁰

Benzerliklerin nicelik bakımından fazla olması, her zaman benzerlik ilişkisinin güçlü olmasını göstermemektedir. Zira herhangi iki nesne, sınırsız açıdan benzer olabilmektedir.²¹ Örneğin bir sandalye ve bir bilgisayar, bir bardaktan ağır olmaları açısından, bir odada bulunmaları bakımından; hatta bu çalışmada örnek olarak gösterilmeleri bakımından benzer konumda yer alırlar.²² Dolayısıyla herhangi iki olay ya da nesnenin arasında benzerlik ilişkisi kurulurken, hangi amaçla bu iki nesne ya da olayın benzer kabul edileceği, “uygun benzerliğin” belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.²³

¹⁸ **Işıktaç/Metin**, s. 138; **Emiroğlu**, s. 200.

¹⁹ Ancak bazı yazarlara göre, kıyas bir akıl yürütme yöntemi değildir. Bu yazarlar kıyası, kanıtlamanın (argümantasyonun) bir türü olarak görmektedirler. Yasemin **Işıktaç**, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 152-153; Ayrıca bkz. Vedat **Kamer**, *İnformel Mantık Açısından Akılyürütme Kavramı Üzerine Bir Araştırma*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s. 96: “Analoji bu tasnife dâhil edilmemiştir. Analojinin bir idrak yeteneği (perception) mi, yoksa bir akılyürütme mi olduğu günümüzde tartışmalı bir konudur.”

²⁰ Cafer Sadık **Yaran**, *İnformel Mantık*, Rağbet Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 124.

²¹ Cass R. **Sunstein**, “Commentary on Analogical Reasoning”, *Harvard Law Review*, Vol. 106, No. 3, 1993, s. 774; Jefferson **White**, “Analogical Reasoning”, *A Companion to Philosophy and Legal Theory*, (Edited by Dennis Patterson), Wiley Blackwell, Malden 1996, s. 572; Umberto **Eco**, *Yorum ve Aşırı Yorum*, (Çev: Kemal Atakay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s. 41; David **Duarte**, “Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems”, *Revus*, Vol 25, 2015, s. 142.

²² **White**, s. 572.

²³ **Sunstein**, s. 774.

Dolayısıyla kıyas yönteminde, benzetilen iki obje arasındaki benzerliğin tam olmasına gerek yoktur. Aslında birbirlerinden farklı olan iki şeyin rasyonel olarak bir tutulması söz konusudur.²⁴ Bu nedenle belirlenen benzerliğin ise herhangi bir benzerlik veya tam benzerlik olmayıp “uygun bir benzerlik (relevant similarities)” olması gerekmektedir.²⁵ Örneğin:

Sonuç Önermesi: Başkan yardımcısının görevi, fikirleri uysa da uymasa da başkanın izlediği politikaları desteklemektir.

Gereççendirmesi: Nitekim bir futbol takımında herhangi bir futbolcu, maç esnasında takım kaptanına müdahale edip topu kapmaya çalışmaz.²⁶

Yukarıdaki örnekte verilen kıyasta, takım yönetimi ile başkanlık yönetiminin benzer olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu benzerlik elbette tam manasıyla bir benzerlik değildir. Zira bir futbol takımı on bir kişiden oluşmakta iken, başkanlık yönetimi binlerce kişiden oluşmaktadır. Buradaki esas mesele, benzerlik niteliğinin “sonuçla önemli açılardan ilişkili benzerlik” olmasıdır. Örnekte ise takımın kaç kişiden oluştuğu olgusu, sonuçla uygun açılardan ilişkili değildir. Dolayısıyla bu farklılık önemli değildir.²⁷ Ancak burada belirtilen benzerliğin önemli açılardan uygun bir benzerlik derecesinde olup olmadığı tartışılabilir. Ayrıca önemli açılardan uygun benzerliğin gücü ne kadar fazla olursa, sonuç öncülünün geçerlilik derecesi o kadar artmaktadır. Bu durum ise benzerliklerin niceliği ve niteliğinin fazla olmasına bağlıdır.²⁸

Kıyasta, elde edilen çıkarım kesin bilgi niteliğinde olmayıp, olumsal (muhtemel, zannî) bilgi içermektedir.²⁹ Bu akıl yürütme yönteminde so-

²⁴ **Furtun**, s. 76.

²⁵ Antony **Weston**, *A Rulebook for Arguments*, Third Edition, Hackett, Indianapolis, Cambridge 2000, s. 21.

²⁶ **Weston**, s. 20; **Yaran**, s. 124.

²⁷ **Yaran**, s. 124-125.

²⁸ **Yaran**, s. 126.

²⁹ Timothy A. **Crews-Anderson**, *Critical Thinking and Informal Logic*, Humanities-Ebooks, Tirril 2007, s. 32; **Emiroğlu**, s. 196-200; **Özlem**, s. 41; **Işıktaç/Metin**, s. 24; **Işıktaç**, *Hukuk Normununun*, s. 150; Katja **Langenbacher**, “Argument By Analogy in European Law”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 57, No. 3 (Nov., 1998), s. 487.

nuç önermesi, tümdengelimsel akıl yürütmedeki gibi kategorik olarak geçerli ya da geçersiz şeklinde nitelenmez. Aksine elde edilen çıkarım, sonucu garanti etmeyen bir çıkarım niteliğindedir. Bu sebeple kıyas yöntemi ile elde edilen sonucun geçerlilik derecesinden bahsedilir.³⁰ Dolayısıyla sonuç önermesinde benzeşim gücü dikkate alınarak kesin iddialarda bulunmamak gerekir. Aksi takdirde kesin iddialar, çıkarımın inandırıcılığını artırmadığı gibi azaltabilir. Dolayısıyla, sonuç önermesindeki çıkarımın muhtemel ya da mümkün olduğunu ifade etmek daha uygun olacaktır.³¹ Örneğin:

(I) Geçen hafta Ahmet, her gün otobüs ile okula gitmiştir ve Ahmet'in yolculuğu yaklaşık kırk dakika sürmüştür.

(II) Ahmet, bugün otobüs ile okula gidecektir.

(III) O halde, Ahmet'in okula gidiş yolculuğu kesinlikle kırk dakika sürecektir.

(IV) Veya o halde Ahmet'in okula gidiş süresi, yaklaşık kırk dakika sürecektir.³²

Görüldüğü gibi sonuç önermesinde (III. Önermede) bu kadar kesin ifadeler kullanmak, çıkarımın kesinliğini artırmaktan ziyade zayıflatmaktadır. Hâlbuki (IV) nolu önermenin (III) nolu önermeden açık bir şekilde daha güçlü olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla kıyas yönteminde sonuç önermesindeki ifadenin ılımlılığı (*modesty*) çıkarımın güçlülüğünü artırmaktadır.³³

II. KIYASIN GÜNLÜK HAYATTAKİ GÖRÜNÜMÜ

Günlük hayatta kullanılan kıyas yönteminin en önemli özelliği, resmi olmaktan (formel) uzak olmasıdır. Zira söz konusu uygulamada temel nokta olarak sayılacak şeyin tespiti ve benzerlikler ve farklılıkların hangi-

³⁰ Emiroğlu, s. 198; Necip Taylan, Ana Hatlarıyla Mantık, Ensar Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 243; Yaran, s. 114.

³¹ Yaran, s. 126.

³² Crews-Anderson, s. 39; Yaran, s. 126.

³³ Crews-Anderson, s. 39.

sinin daha önemli olduğunun belirlenmesi, kıyası uygulayan kişilerin ilgisini çeken noktaya göre şekillenmektedir.³⁴ Yani günlük hayatta uygulanan kıyas yöntemi, herhangi bir hukuki görev ile bağlı olmadan, kişinin gelenek ve diğer sosyal normları olaya uygulaması ile ortaya çıkmaktadır.

Günlük hayatta kıyas yapan kişilerin çoğu, kıyas yöntemini kullandıklarının farkında değildirler. Aynı şekilde bireyler, kıyastaki akıl yürütme sürecinde temel noktanın uygunluğunu, iki durum arasındaki olgusal benzerlikleri ve farklılıkları ve bu benzerlikler ve farklılıklardan hangisinin daha önemli olduğunu analiz etmede bilinçli bir şekilde hareket etmezler.³⁵

Kıyas yöntemi günlük hayatta, hukuk dışı birçok konuda kullanılmaktadır.³⁶ Günlük hayatta kıyasın kullanımını Burton'ın verdiği örneklerle ortaya koymaya çalışalım. Birinci örnekte bir annenin büyük çocuğuna akşam "21.00" a kadar uyanık kalmasına izin vermesi üzerine küçük çocuk, aynı muamelenin kendisine de uygulanmasını talep etmektedir. Küçük çocuğun bu talebinin muhtemel dayanağı, abisinin de kendisi gibi olduğudur. Bu gerekçeye göre her iki kardeş de çocuktur.³⁷ Olaydaki her iki kardeşin de çocuk olması gerekçesi bir olguyu ifade eder. Küçük kardeş, ağabeyi gibi bir çocuk olduğu gerekçesi ile aynı muameleyi görme talebinde bulunmaktadır. Anne ise küçük çocuğun bu talebini reddetmiştir. Anne, talebin reddini, büyük kardeşin daha az uykuya ihtiyacı olduğunu ve dolayısıyla büyük kardeş ile küçük kardeşin bu noktada benzer olmadığını ve bu sebeple uyku süresi açısından aynı muameleyi görmenin mümkün olmayacağını ifade ederek açıklamıştır.³⁸

Burton'ın verdiği ikinci örnekte ise düğüne davet edilecek kişileri belirlemek için anne ve kızın arasında geçen tartışma ele alınmaktadır. Tartışma sırasında anne, Avrupa'da bulunan kuzen A'nın çağrılmayacağı nedeniyle, ABD'de farklı bir şehirde bulunan kuzen B'nin de çağrılmaması

³⁴ Steven J. **Burton**, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Little Brown and Company, 1985 Toronto, s. 27.

³⁵ **Burton**, s. 27.

³⁶ **White**, s. 572; **Burton**, s. 26.

³⁷ **Burton**, s. 26.

³⁸ **Burton**, s. 26.

gerektiği iddiasında bulunmaktadır. Zira anneye göre çağrılmamasını düşündüğü kişilerin her ikisi de kuzen olduğu için benzer muameleye tabi olması gerekmektedir.³⁹ Düğünü olacak kız ise annesine bu iddiasının yanlış olduğunu söyler. Kıza göre düğünün yapılacağı konuma yakın olan yerlerde yaşayanların davet edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple kız, iki kuzenin; önemli ve uygun noktalarda benzer olmadıklarını belirtir. Dolayısıyla kuzen A ile kuzen B'ye yapılacak muamelenin benzer olmaması gerekmektedir.⁴⁰

Yukarıda görüldüğü gibi kıyasın üç aşaması mevcuttur. Birinci aşamada uygun benzerliğin yani birinci örnekte büyük çocuğa ve ikinci örnekte kuzen B'ye yapılan muamelenin tespiti ile başlanmalıdır. İkinci aşamada eldeki olayımız ile temel nokta durumu arasında olgusal benzerliklerin (çocukluk statüsü ve kuzenlik statüsü) ve farklılıkların (yaş ve coğrafi yakınlık) tanımlanması gerekmektedir.⁴¹ Üçüncü aşamada ise olayda belirtilen şartlar altında olgusal benzerlikler ve farklılıklardan hangisinin daha önemli olduğu belirlenmelidir. Böylece elimizdeki olayda, verilmesi gereken hüküm bulunmuş olur.⁴² Burton'a göre ikinci ve üçüncü aşama, basit benzerlik mantığı kurularak yapılmaktadır. Hiçbir fiil, kişi veya şey tüm olgusal açılarından birbirlerine benzer değildir. Ayrıca iki kişinin, iki fiilin veya iki şeyin benzer olduğu iddiası onların özdeş olduğu iddiası anlamına gelmez. Zira zikredilen fiiller, kişiler veya şeyler özdeş olsaydı, onların karşılaştırılması hiçbir zaman mümkün olmazdı.⁴³ Nitekim böyle bir durumda tümdengelim yöntemi kullanılırdı. Yani kıyas yöntemine gerek kalmazdı. Aynı şekilde iki kişinin, iki fiilin veya iki şeyin olgusal olarak tüm açılarından farklı olması durumunda da karşılaştırma anlamsız olurdu. Dolayısıyla kıyas modelinde, iki durum arasında benzerliklerin ve farklılıkların değerlendirilmesinde dikkatli olunması gerekmektedir.⁴⁴

³⁹ **Burton**, s. 26.

⁴⁰ **Burton**, s. 26.

⁴¹ **Burton**, s. 26.

⁴² **Burton**, s. 26.

⁴³ **Burton**, s. 26; **White**, s. 571; Dan **Hunter**, "Teaching and Using Analogy in Law", Ass'n Legal Writing Directors 151 (2004), s. 152.

⁴⁴ **Burton**, s. 27; **White**, s. 571; **Hunter**, s. 152.

Kıyas, büyük oranda bağlamsal (depend on context) ve durumsaldır (situational). Soyut olarak büyük çocuk ile küçük çocuğun benzer veya farklı olmasının değerlendirilmesi anlamsızdır. Çocukların uyuma saati örneğinde olduğu gibi benzerlikler ve farklılıkların değerlendirilmesi ancak somut olayın incelenmesinde anlam kazanmaktadır. Benzerliklere ve farklılıklara isnat, duruma göre değişebilmektedir. Mesela uyuma saati örneğinde üç yaş fark olgusuna dayanılması, küçük kardeşin üç yaşında; büyük kardeşin altı yaşında olması durumunda farklı muamele yapmayı gerektirebilmekte iken, bu olguya dayanmak üç yıl sonra benzer muameleyi gerektirebilmektedir.⁴⁵ Yani üç sene sonra küçük kardeş altı yaşında, büyük kardeş dokuz yaşında olacaktır. Bu durumda ise küçük kardeşin uyku saatinin fazla olmasını gerektirecek durum ortadan kalktığı için farklı muameleyi gerektirecek durum da ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca bu iki kardeş uyuma saati konusunda farklı muameleye tabi iken, doğum günü hediyesi konusunda yaş farkına bakılmaksızın benzer muameleye tabidirler.⁴⁶

Sonuç olarak, kıyas yönteminin günlük kullanımı, gayri resmi (informel), bağlamsal (contextual) ve durumsal (situational) bir özelliğe sahiptir. Hukuk alanında uygulanan kıyas yöntemi ise bağlamsal ve durumsal olmasının yanında aynı zamanda resmi bir nitelik taşır.

III. DİĞER AKIL YÜRÜTME YÖNTEMLERİ İLE KİYASIN KARŞILAŞTIRILMASI

Kıyas yöntemini daha iyi anlamak için kıyasın diğer akıl yürütme yöntemleri ile arasındaki ilişki ve farklarını belirtmek gerekir. Zira bir şeyin tam olarak anlaşılabilmesi için, ağıyarını mani olan şeylerin, yani ne olmadığının bilinmesi önemlidir. Bu sebeple ikinci başlık olarak diğer akıl yürütme yöntemleri ile kıyas yönteminin karşılaştırılması yapılacaktır.

⁴⁵ Burton, s. 27.

⁴⁶ Burton, s. 27.

A. Tümdengelim (Dedüksiyon-Tasım-Ta'lıl) Yöntemi ile Kıyasın Karşılaştırılması

1. Genel Mantıkta Tümdengelim (Dedüksiyon) Mantığı Olarak Tasım (Sillojizm)

Mantık bilimi, düzgün karar verme bilimi, ya da düşünmenin yasalarını inceleyen disiplin olarak dile getirilmektedir.⁴⁷ Bu kapsamda klasik mantık biliminin konusunu doğruluk değil, geçerlilik oluşturur.⁴⁸ Zira mantıkta düşünme tarzlarının, muhakeme formlarının düzgün olması nispetinde, o düşünme eyleminin mantık bilimi açısından geçerli olduğu kabul edilir⁴⁹ ki bu sebeple klasik mantığa formel mantık da denir.⁵⁰ Dolayısıyla tümdengelimsel tarzda yapılan çıkarımların ya geçerliliğinden (valid) ya da geçersizliğinden (invalid) söz edilir.⁵¹ Bir çıkarımın doğru ya da yanlış olması ise epistemolojinin konusunu oluşturmaktadır.⁵²

Klasik mantığa "Aristo mantığı" adı da verilmiş olup⁵³; bu mantık metodu, Aristoteles'den Ortaçağ da dâhil olmak üzere uzun bir dönem boyunca hakikate ulaşmak adına yegâne metot olarak görülmüştür.⁵⁴ Buna göre tek geçerli muhakeme tarzı tümdengelim (dedüksiyon) tarzında yapılan çıkarımlardır. Bu başlıkta incelenecek olan tasım (mantıki kıyas) da tümdengelim metoduna dayanmaktadır.⁵⁵ Aristoteles tasımı şu şekilde tanımlamıştır: "*Kıyas bir sözdür ki kendisinde, bazı şeylerin konulmasıyla,*

⁴⁷ Sururi **Aktaş**, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 153; **Aral**, s. 164.

⁴⁸ **Yaran**, s. 82.

⁴⁹ Ertuğrul **Uzun**, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Kitap, İstanbul 2016, s. 83; **Aral**, s. 165; **Aktaş**, Hayek, s. 162.

⁵⁰ **Işıқтаç**, Hukuk Normunun, s. 20; Ziyaeddin Fahri **Fındıkoğlu**, Metodoloji, 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1945, s. 35.

⁵¹ **Crews-Anderson**, s. 22; Alev **Alatlı**, Ben Böyle Düşünüyorum Demekle Olmuyor, Everest Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2018, s. 65, 82, 84.

⁵² **Uzun**, s. 82; **Aral**, s. 165.

⁵³ Rona **Serozan**, Hukukta Yöntem, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8 (Özel Sayı), 2013, s. 2433; **Alatlı**, s. 81.

⁵⁴ **Yaran**, s. 229.

⁵⁵ Abdullah **Demir**, Hukuk Metodolojisi, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 33; **Öner**, s. 5.

bu verilerden başka bir şey, sadece bu veriler dolayısıyla gerekli olarak çıkar."⁵⁶ Gazali ve Farabi'nin tasım tanımlarında da yapılan muhakeme sonucunda elde edilen verinin zorunlu olarak çıkması vurgulanmıştır.⁵⁷ Yaran'a göre tasım, "tündengimsel (ta'li)"⁵⁸ akıl yürütmenin formel mantıktaki kurallara göre yapılandırılmış kanıt/argüman hali"dir.⁵⁹ Ayrıca yazara göre formel mantığın temel konusunu teşkil eden tasım (mantıki kıyas), dedüksiyonun en mükemmel şekli olduğu için, klasik mantıkta akıl yürütme yöntemleri denildiğinde; ilk akla gelen akıl yürütme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁰

Klasik mantıkta çıkarımlar (dedüksiyonlar) doğrudan çıkarımlar ve dolaylı çıkarımlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Doğrudan çıkarımlar, sadece bir öncülden sonuca gidilen, iki önermeden oluşan çıkarımlardır. Bu önermelerden birisini öncül, diğerini sonuç oluşturur. Yani bu çıkarım çeşidinde sonuç, tek bir öncüle dayanmaktadır.⁶¹ Doğrudan çıkarımlar da kendi içinde "karşı olum çıkarımı" ve "eşdeğer çıkarımı" olarak ikiye ayrılmaktadır.⁶²

Dolaylı çıkarımlar ise en az iki öncül ve bir sonuç önermesinden oluşan çıkarımlardır. Klasik mantıkta en çok önem verilen çıkarımlar, dolaylı çıkarımlardır. Bu çıkarımlar mantıki kıyas, tasım ya da sillogizm olarak adlandırılmaktadır.⁶³ Dolaylı çıkarımlar, kategorik tasım ve kategorik olmayan tasım şeklinde ikiye ayrılır. Kategorik tasımda öncüller ve sonuç kategorik (basit) önermelerden oluşmaktadır. Kategorik olmayan tasımda ise öncüllerden veya sonuçtan birinin bileşik önermeden oluşması durumu

⁵⁶ **Aristoteles**, Organon III Birinci Analitikler, (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996, s. 5; **Taylan**, s. 193; İbrahim **Çapak**, Gazali'nin Mantık Anlayışı, Elis Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 145.

⁵⁷ **Çapak**, s. 145.

⁵⁸ İbn **Sina**/İbn **Tufeyl**, Hay bin Yakzan, (Çev: M. Şerafeddin Yaltkaya/Babanzade Reşid), Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı, İstanbul 2018, s. 59.

⁵⁹ **Yaran**, s. 79; **Crews-Anderson**, s. 27.

⁶⁰ **Yaran**, s. 236.

⁶¹ **Özlem**, s. 166.

⁶² **Özlem**, s. 167.

⁶³ **Yaran**, s. 80.

söz konusudur. Kategorik olmayan tasım kendi içinde hipotetik, disjunktif ve ikilem (dilemma) olarak üçe ayrılmaktadır.⁶⁴

Tümdengelim yöntemine dayanan tasıma klasik örnek olarak şe önerme verilebilir:

-Bütün insanlar ölümlüdür.

-Sokrates insandır.

-O halde Sokrates ölümlüdür.

Söz konusu örneğin hukuk alanındaki karşılığı ise şu şekildedir.

-Bir kimsenin bir başkasına kasten ya da savsaklama sonucu bir zarar vermişse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

-A, B'ye kasten zarar vermiştir.

-O halde A, B'nin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.⁶⁵

2. Tümdengelim Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

Terminolojide çalışma konumuz olan analogi (kıyas) ile tümdengelim bir formu olan tasım (mantiki kıyas) birbirinden farklı kavramlardır.⁶⁶ Tasım, uygun kullanıldığı takdirde analogi yönteminden daha güçlü bir model olarak karşımıza çıkar. Analogi, tasım gibi kesin sonuçlar veren mantıksal zorunluluk içermez.⁶⁷

Klasik mantıkta tek geçerli muhakeme formunun tümdengelim yöntemi olduğunu ve düşünme şeklinin tasım kavramı ile özdeşleştiğini tasım

⁶⁴ **Özlem**, s. 179.

⁶⁵ **Işıktaç**, Hukuk Normunun, s. 107.

⁶⁶ Yaşar **Karayalçın**/Aynur **Yongalık**, Hukukda Öğretim- Kaynaklar- Metod Problem Çözme, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008, s. 146; Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 96.

⁶⁷ **Emiroğlu**, s. 196-200; **Özlem**, s. 41; **Işıktaç/Metin**, s. 24.

başlığı altında ifade etmiştik. Ancak akıl yürütmenin izlediği tek yol tündengelim metodu olmadığı gibi⁶⁸, bir hukuksal sorunun, salt mantıksal çıkarsamalarla çözülmesi her zaman mümkün olmamakta⁶⁹ ve pozitif hukukta somut olayın genel bir normun kapsamına sokularak (altlama/subsumsiyon⁷⁰) cereyan eden tündengelim mantığı her zaman işe yaramaktadır.⁷¹ Zira hukuk sistemi, kavram hukukçularının dediği gibi bir yapıda değildir. Onlar hukuk sistemini kendi kendine yeten kapalı bir sistem olarak değerlendirmektedirler.⁷² Yani meseleyi salt lojik (mantık) açıdan değerlendirirler. Halbuki kimi zaman meseleye teleolojik açıdan da bakmak gerekmektedir.⁷³ Bu bakımdan mantıkta tek geçerli akıl yürütme yöntemi olan tündengelim dışında hukuk alanında kıyas (analoji) ve tümevarım gibi farklı yöntemleri de kullanmak gerekir. Hukuk normunun tamamen belirsiz olduğu veya belirli bir kuralın olmadığı durumlarda, tündengelimsel muhakeme formunu (tasımı) kullanma imkânı yoktur. Eğer bu şartlarda formel mantığın temel ilkesini kullanırsak, aşırı formalist bir tavır takınmış oluruz.⁷⁴ Hukukun lafzına haddinden fazla bağlılık, hukukun realiteden kopmasına neden olur.⁷⁵ Ayrıca hukuk sistemi durağan bir yapıda olmadığından bu mantık formunun değişikliğe ayak uydurması zordur. Dolayısıyla mantıksal kıyas (tasım), bizlere kapsamlı bir hukuki akıl yürütme yöntemi perspektifi kazandırmaz⁷⁶ ve uyumsuzlukların çözümünde yeterli değildir.⁷⁷ Zira hukuk bilimi diğer bilim dalları için bir

⁶⁸ Ahmet Haluk **Atalay**, “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?”, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 6, 2015, s. 32.

⁶⁹ **Aktaş**, Hayek, s. 154; **Aral**, s. 169.

⁷⁰ Furtun, altlamanın (subsumsiyon), somut olayın yasal soyut tip olay ile şüphe duyulmayacak şekilde benzer olması halinde olacağını belirtmektedir. Bkz. **Furtun**, s. 32.

⁷¹ **Aral**, s. 180.

⁷² **Işıktaç**, Hukuk Normunun, s. 48.

⁷³ Rona **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 107.

⁷⁴ Sururi **Aktaş**, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 69.

⁷⁵ **Aktaş**, Hayek, s. 154.

⁷⁶ **Aktaş**, Eleştirel, s. 70.

⁷⁷ **Aktaş**, Eleştirel, s. 67, 162. Ayrıntılı bilgi için bkz: Eveline T. **Feteris**, Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarını Gereçlendirme Teorileri Hakkında

araç niteliğinde ve sırf şekil ve işaretlerden oluşan mantık ve matematikten farklı olarak kendine mahsus bir konuya sahiptir. Bu konu ise gerçeklik alanında sonuç doğuran davranış kurallarına dayanan normatif önermelerdir.⁷⁸

Kıyas (analoji), klasik mantıkta yer alan tümdengelsel formda ilerlemez. Brewer'e göre kıyas, tasımsal gerekçelendirme formuna sahip iken, diğer yazarlar bu akıl yürütme şeklinin tümdengelsel forma indirgenemeyeceğini düşünürler.⁷⁹ Zira kıyasta (analoji), tasımda (syllogism) olduğu gibi büyük önerme yer almaz.⁸⁰ Yani kıyasta, “*dedüktif mantığın gereği olan bir genelleştirilmiş sonucu desteklemek için örneklerin çok sayıda olmasına gerek duyulmaz.*”⁸¹

Golding'e göre ise kıyas (analoji) yöntemi, sadece sonucun mantıklı olmasını garantileyecek şekilde kurulmaz. Aynı zamanda kıyasta, doğru bir sonuca götüren tümdengelsel olmayan (non-dedüktif) güçlü bir gerekçelendirme süreci vardır. Ancak kıyas modeli, tümdengelsel olmayan niteliğe sahip olmasına rağmen, tümdengelsel geçerlilik içeren gerekçelerle desteklenebilmektedir.⁸²

Kıyas, iki olay arasındaki benzerliğin bulunmasının ardından, bu olaylardan birisi için verilen hükmün diğer olay için de verilmesini ifade eder.⁸³ İbn Sina ve Gazali kıyası, “şahidi (görüneni/bilineni) gaibe (görünmeyene/bilinmeyene) delil gösterme” olarak tanımlamışlardır.⁸⁴ Yani bu akıl yürütme şeklinde tümdengelimde (dedüksiyon) olduğu gibi genelden özele bir çıkarım söz konusu değildir. Kıyasta özelden özele (tikelden

Bir Araştırma, (Çev: Ertuğrul Uzun) Pinhan Yayıncılık, Birinci baskı, İstanbul 2019, s. 61-62.

⁷⁸ **Işıktaç**, Hukuk Normunun, s. 22.

⁷⁹ **Macagno/Walton**, s. 155-160.

⁸⁰ **Işıktaç**, Hukuk Normunun, s. 154; **Karayalçın/Yongalık**, s. 146.

⁸¹ **Yaran**, s. 123.

⁸² **Golding**, s. 123.

⁸³ **Emiroğlu**, s. 199; **Öner**, s. 172-173.

⁸⁴ **Emiroğlu**, s. 199; **İbn Sina**, s. 35; **Işıktaç/Metin**, s. 232; **Çapak**, s. 243.

tikele) bir yürüyüş söz konusudur.⁸⁵ Dolayısıyla bu tür bir akıl yürütme, tümevarımdan farklıdır.⁸⁶

Tümdengelim yöntemi kapalı-dünya modeli öngörürken, kıyas yöntemi açık-dünya varsayımına göre hareket etmektedir. Yani tümdengelimde kurallar, bu kapalı dünya içerisinde insicam içerisindedir (koordineli). Kıyas yöntemi ise tümdengelim yöntemi gibi kesinlik içermediği için “epistemik belirsizlikler içeren açık-dünya” varsayımında kendine uygulama alanı bulur.⁸⁷

Tümdengelim yöntemi monotondur. Zira bir çıkarımda önermelere yeni bir önerme eklenmesi ile sonuç önermesi değişmiyorsa bu mantık monoton olarak kabul edilir. Yani monoton özelliğe sahip bir akıl yürütmede, öncül kümesi genişledikçe sonuçlar kümesi de monoton bir biçimde genişler.⁸⁸ Örneğin,

(I) Bütün insanlar ölümlüdür.

(II) Sokrat bir insandır.

(III) O halde Sokrat ölümlüdür.

Şimdi bu önermeler kümesine yeni bir önerme ekleyelim:

(I) Bütün insanlar ölümlüdür.

(II) Aristoteles bir insandır.

(III) O halde Aristoteles ölümlüdür.

Görüldüğü gibi yeni bir öncül eklenen bu akıl yürütme modelinde sonuç monoton olarak genişlemiştir.

⁸⁵ Emiroğlu, s. 199; Öner, s. 173; Aral, s. 202; Işıktaç/Metin, s. 232; Karayalçın/Yongalık, s. 146; Yaran, s. 123; Maciej Koszowski, “Analogical Reasoning in Statutory Law”, Journal of Forensic Research, Vol. 8, No. 2, s. 1.

⁸⁶ Macagno/Walton, s. 157.

⁸⁷ Vedat Kamer, “Feshedilebilir Akılyürütme”, VI. Mantık Çalıştayı Kitabı (Yayıma Hazırlayanlar Vedat Kamer ve Şafak Ural), Mantık Derneği Yayınları Aralık 2016, s. 246.

⁸⁸ Douglas Walton, Informal Logic, 2nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 159; Vedat Kamer, Yapay Zekâ ve Monoton-olmayan Mantık, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2009, s. 73; Kamer, Feshedilebilir, s. 248.

Ancak tündengelim yönteminin aksine kıyas yöntemi, monoton olmayan bir mahiyettedir. Zira kıyas, risk içerir ve kesin değildir. Kıyasta daha fazla öncülün eklenmesi ile sonuç öncülü değişebilmektedir.⁸⁹

Son olarak tündengelim yönteminin kıyas yönteminden diğer bir farkı, yeni bir bilgi üretmemesidir. Tündengelim yönteminde sonuç, öncüllerdeki bilgilerden daha fazla bir bilgi içermez. Kıyas yöntemi ise yeni bir bilgi üretir ve kesin bir sonuç içermez.⁹⁰

B. Tümevarım (İstikra-İndüksiyon) Yöntemi ile Kıyasın Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Tümevarım (İstikra) Yönteminin Yapısı

Tümevarım yöntemini geniş bir şekilde tanımlamak gerekirse; “*zihnin özelden genele, tikelden tümele, mümkünden zorunluya*⁹¹, *misalden kaideye veya olaydan kanuna doğru hareket etmesi ve bir bütünün parçaları hakkında hüküm vermesi*”⁹² olduğunu söyleyebiliriz.⁹³ Aristoteles ise tümevarımı; “*bölümcül hallerden bütüncüle geçmek*” şeklinde tanımlamıştır.⁹⁴

Tümevarım yöntemi, tam tümevarım ve eksik tümevarım yöntemi olarak ikiye ayrılmaktadır.⁹⁵ Bu ayrımın nedeni, akıl yürütme yapılırken incelenen öncül durumundaki tikellerin tamamının incelenip incelenmemesi gerektiği konusundaki tartışmadan kaynaklanmaktadır.⁹⁶ Tam tümevarım

⁸⁹ **Kamer**, Monoton, s. 74.

⁹⁰ **Kamer**, Feshedilebilir, s. 246.

⁹¹ **Emiroğlu**, s. 198.

⁹² **Emiroğlu**, s. 195.

⁹³ **Emiroğlu**, s. 195; Gültekin **Eroğlu**, Akıl Yürütme Formlarının Mantık ve Bilimlerde Yeri ve Değeri, Hikmet Yurdu, C. 5, S. 10, Malatya 2012, s. 188; **Demir**, Hukuk Metodolojisi, s. 77.

⁹⁴ **Aristoteles**, Organon V Topikler, (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996, s. 22. Ayrıca Aristo, tümevarım yöntemini ilk kullananın Sokrates olduğunu iddia etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir**, s. 77.

⁹⁵ **Eroğlu**, s. 188; **Emiroğlu**, s. 195; **Öner**, s. 174; **Taylan**, s. 249; **Işıktaç/Metin**, s. 24; **Işıktaç**, Hukuk Normununun, s. 149.

⁹⁶ **Taylan**, s. 239.

yönteminde tümeli oluşturan tüm tikellerin incelenmesi söz konusudur.⁹⁷ Eksik tümevarım yönteminde ise tikellerin tamamı incelenmemektedir. Mantık alanında genelde tümevarım denilince eksik tümevarım anlaşıl- maktadır. Bu sebeple eksik tümevarım, gerçek tümevarım olarak da ad- landırılır.⁹⁸ Çalışmamızda bahsedilen tümevarım yöntemi, aksi belirtilme- dikçe eksik (gerçek) tümevarım yöntemi olarak anlaşılmalıdır.

Örneğin, üniversite yerleşkesindeki kırtasiyeden alınan dört adet kale- min, şehirdeki kırtasiyede daha ucuz olduğu anlaşıldığında, yerleşkedeki kırtasiyenin şehir merkezindeki kırtasiyeden daha pahalı olduğu sonucuna varmak, günlük hayatta kullandığımız tümevarıma basit bir örnektir. Tü- mevarım yönteminde, sınırlı sayıdaki örnekten çıkarım yapılarak, örnek- lerdeki hükmün genel olarak tüm türe uyarlanması söz konusudur. Diğer bir ifade ile tümevarım, bir sınıfın öğelerindeki incelenen özellikler aracılığıyla, sınıfın diğer öğelerini kapsayacak şekilde hüküm verilmesi- dir.⁹⁹

Tümevarım yoluyla elde edilen çıkarımın sağlıklı ve güvenilir olması bazı şartlara bağlıdır. Bu şartlardan en önemlileri, incelenen örneklerin ni- celik ve niteliğidir. Verdiğimiz örneği ele aldığımızda, üniversite yerleş- kesinde yalnızca dört tane kalem alınmış; şehir merkezinde de dört tane kalemin fiyatı incelenerek çıkarım yapılmıştır. Çıkarım için kullanılan ön- cüllerin niceliğinin, bu bakımdan sağlıklı bir hüküm vermeye elverişli ol- madığını söyleyebiliriz. Zira alınan kalemlerin sayısı sonuç öncülünde ve- rilen çıkarımı yapmaya yeterli niceliğe sahip değildir.¹⁰⁰

Çıkarım yaparken öncüllerin niceliği kadar niteliği de önemlidir.¹⁰¹ Örneğin yerleşkede bulunan kırtasiyede satılan malların kaliteli olduğu, şehirdeki kırtasiyede ise genellikle ucuz ithal malların satıldığı kesin ola- rak biliniyorsa, çıkarım yaparken uyulması gereken şartlardan “ele alınan öncüllerin niteliği” konusunda eksiklik olduğu söylenebilir. Dolayısıyla

⁹⁷ Eroğlu, s. 188; Emiroğlu, s. 195; Taylan, s. 249; Işıқтаç/Metin, s. 25; Demir, Hukuk Metodolojisi, s. 80.

⁹⁸ Crews-Anderson, s. 32; Taylan, s. 249.

⁹⁹ Yaran, s. 112.

¹⁰⁰ Yaran, s. 113.

¹⁰¹ Yaran, s. 113.

yapılan tümevarımsal çıkarımın güvenilirliğinin zayıf olduğu iddia edilebilir.

Tümevarım yönteminin tümdengelim yönteminden temel farklı, iki öncül bir sonuç değil, bir öncül ve bir sonuçla ifade edilebilmesidir:

(Öncül) Kalitesini ölçmek için yüz çuval fındık içerisinde her birisinden belli bir miktar fındığın incelenmesi sonucu; alınan miktardaki fındıkların kalitesinin A kalite olduğu görülmüştür.

(Sonuç) O halde, fındıkların alındığı tüm çuvalarda, A kalite fındık mevcuttur.¹⁰²

Görüldüğü gibi çıkarım, sınırlı grupların incelenmesi sonrasında genelleştirme yapılarak bulunmuştur.¹⁰³

Tümevarım yöntemini tümdengelim yönteminden ayıran diğer bir fark, zihinsel işleyişin ters yönde olmasıdır. Tümevarım yönteminde “*zihin, tikellerden tümele, olaylardan kanunlara, sonuçlardan sebeplere ve prensiplere geçiş*”¹⁰⁴ suretinde hareket eder.¹⁰⁵ Tümdengelim yönteminde ise belirttiğimiz gibi zihinsel işleyiş tam tersi yönde hareket etmektedir.

2. Tümevarım Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

Klasik görüşe göre kıyas yöntemi, tümevarımda (endüksiyon-istikra) olduğu gibi özelden genele bir işleyişe sahip değildir. Kıyasta, özelden özele (tikelden tikele) bir yürüyüş söz konusudur. Dolayısıyla bu tür bir akıl yürütme, tümevarım yönteminden farklıdır.¹⁰⁶

Kıyas yönteminde, tümevarım yöntemindeki gibi genelleştirilmiş neticeyi desteklemek amacıyla örneklerin birden fazla olmasına gerek duyulmaz. Kıyas yönteminde sonuca varmak için, tek bir tikel durum ile diğer bir tikel durum arasında benzerlik kurmak yeterlidir.¹⁰⁷ Yani kıyasta,

¹⁰² Yaran, s. 112.

¹⁰³ Yaran, s. 112; Özlem, s. 41.

¹⁰⁴ Emiroğlu, s. 195.

¹⁰⁵ Emiroğlu, s. 195.

¹⁰⁶ Emiroğlu, s. 199; Öner, s. 173; Aral, s. 202; Işıktaç/Metin, s. 232; Karayalçın/Yongalık, s. 146; Yaran, s. 123; Koszowski, *Statutory*, s. 1.

¹⁰⁷ Weston, s. 19; Sunstein, s. 743; Yaran, s. 123.

tekil örneklerden yola çıkılmasına rağmen tümevarımda olduğu gibi bir genellemeye gidilmez. Kıyas, bazı olgu, olay veya nesnelere öteki bazı olgu, olay ve nesnelere gidilmesi ile oluşur. Dolayısıyla tümevarımda tikelden tümele bir işleyiş söz konusu iken, kıyasta tikelden tikele bir gidiş vardır.¹⁰⁸

Kıyas yönteminde, sonuç öncülüne ulaşmak için muhakkak bir benzetme işlemi yapılmaktadır.¹⁰⁹ Nitekim kıyas kelimesinin batı dillerindeki karşılığı olan analogi kelimesinin sözlük anlamı ussal benzeşimdir.¹¹⁰ Ancak tümevarım yönteminde ise her zaman bir benzetme işleminin yapıldığından söz edemeyiz:

(I) Karga, kartal ve serçe kanatlıdır.

(II) Karga, kartal ve serçe kuştur.

(III) O halde bütün kuşlar kanatlıdır.

Yukarıdaki tümevarım yöntemi ile çıkarılan sonuçta bir benzetme yapılmaktan ziyade doğrudan bir genellemeye gidildiği görülmektedir. Dolayısıyla kıyas yöntemi ile tümevarım yöntemi arasındaki farklardan biri de kıyas yöntemi, muhakkak bir benzetmeye dayanırken; tümevarım yönteminde sonuca benzerliğe dayanılarak ulaşmak her zaman gerekmez.¹¹¹ Kıyas yönteminde iki şeyin birbirine tam bir benzerliği veya özdeşliği aranmamaktadır. Bu akıl yürütme yönteminde benzerliklerin tahmin edilebilir, öngörülebilir bir sonuca götürmesi kâfidir. Ancak tümevarım yönteminde çoğu zaman karşılaştırılan şeyler arasında özdeşlik aranmaktadır.¹¹²

Bir kısım hukukçular, kıyasın her zaman bir genelleştirmeye gitmeyi gerekmeyen tikelden tikele benzerlik karşılaştırması olduğunu; tümevarımın ise önceki deneyimlerden bir kuralın genelleştirilmesi ile yapılması gerektiğinin farkında değildir.¹¹³ Bu ayrımı iyi bir şekilde açıklamak için

¹⁰⁸ Özlem, s. 45.

¹⁰⁹ Yaran, s. 124.

¹¹⁰ Macagno/Walton, s. 168.

¹¹¹ Dan Hunter, "Teaching and Using Analogy in Law", Ass'n Legal Writing Directors 151 (2004), s. 154.

¹¹² Hunter, s. 152.

¹¹³ Hunter, s. 154.

kanunu yorumlarken karşılaşılan “aynı cinsten olma (ejusdem generis)” ilkesini örnek gösterebiliriz. Bu kavram genellikle “a, b, c ve diğerleri” şeklinde biten örneklendirici sayma yönteminin kullanıldığı kanun metinlerinde karşımıza çıkar. “Diğerleri” ifadesinin içerisinde hangi şeylerin dâhil edilip, hangi şeylerin dâhil edilmeyeceği konusunda bu ilkeye başvurulmaktadır. Örneğin kanun metninde “uçaklar, trenler, otomobiller ve diğerleri” ifadesi geçmektedir. Ancak sorun, “diğerleri” ifadesi içerisine kaykay, güneş enerjisi ile çalışan araç veya ATV aracının dâhil edilmesinin gerekip gerekmediğidir.¹¹⁴ Aynı cinsten olma kuralı, açık bir şekilde tümevarım yöntemi ile ilgilidir. Zira mahkemeler, “diğerleri” ifadesinin kapsamına neyin gireceğini belirlemek için ilk başta, sayılan araçları incelemesi gerekmektedir ve sonrasında ise bu araçların kapsamının ne olduğuna karar vermesi gerekmektedir. Bu nedenle mahkemeler, yorumlama sürecinin ilk adımı olarak türün belirlenmesi işlemini gerekli bulmaktadırlar. Dolayısıyla yasamanın dâhil etmeye niyetlendiği kavramlar dizisi hakkındaki tümevarımsal genelleştirme yapmak için, daima türün belirlenmesi gerekmektedir. Yani tümevarım yönteminde birden çok gözlem neticesinde genelleştirme yapılmakta iken, kıyas yönteminde tikelden tikele benzerlik ilişkisi bulunarak sadece o tikel olgu üzerinde uygulanacak bir çıkarım yapılmaktadır.¹¹⁵

Yukarıdaki farklarının yanında kıyas yönteminin tümevarım yöntemi ile ortak yanlarına da değinmek gerekir. Bir kısım düşünürler, kıyas yöntemini, tümevarım yönteminin bir alt başlığında incelenmesi gereken bir akıl yürütme modeli olarak görürler.¹¹⁶ Örneğin Russell, “*Felsefe Sorunları*” adlı eserinde tümevarımsal akıl yürütmeden bahsederken “*tikelden tikele ya da tikelden genele giden tümevarımsal sürecin..*” ifadesini kullanarak tikelden tikele doğru giden süreci de, yani kıyas yöntemini de tümevarım olarak değerlendirmiştir.¹¹⁷ Russell, tümevarımsal akıl yürütme yönteminin iki bölümden oluştuğunu söyler:

a) Belli bir A türünden bir şey, belli başka bir B türünden bir şeyle birlikte bulunmuş ve B türünden bir şeyden ayrı olarak hiç görülmemişse,

¹¹⁴ Hunter, s. 154.

¹¹⁵ Hunter, s. 154.

¹¹⁶ Emiroğlu, s. 200.

¹¹⁷ Bertrand Russell, *Felsefe Sorunları*, (Çev: Vehbi Hacıkadiroğlu), Say Sayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 91.

A ile B'nin birlikte bulunuşlarının sayısı büyüdükçe, bunlardan birinin görüldüğü yeni bir durumda, birlikte bulunmalarının olasılığı da büyür.

*b) Aynı koşullar altında, birlikte bulunma durumlarının yeterli bir sayıya ulaşması, yeniden birlikte bulunma olasılığını kesinliğe yakınlştırır ve bu olasılık kesinliğe doğru sınırsız yaklaşır.*¹¹⁸

Düşünür, tümevarımsal akıl yürütme yöntemi başlığında incelediği kıyas modelini kesin bir bilgiye ulaştıracak metot olarak görmemektedir.

Kıyas yöntemi ile tümevarım yöntemi arasındaki ortak yanlardan ilki, her iki akıl yürütme yönteminin de sonuçta vardığı çıkarımın kesin bilgi niteliğinde olmayıp, olumsal (muhtemel, zannî) bilgi içermesidir.¹¹⁹ Yani kıyas yöntemi tümevarım yöntemi gibi, tümdengelim yönteminin aksine, bütün önermeleri doğru olsa bile kesin bir sonucu garantilememektedir.¹²⁰ Buna bağlı olarak her iki akıl yürütme yönteminde de çıkarım, tümdengelim yöntemi gibi geçerli ya da geçersiz şeklinde nitelenmez. Aksine elde edilen çıkarımın geçerlilik derecesi vardır.¹²¹ Golding'e göre kıyas yönteminde, tümevarımdaki gibi sonuç önermesine "doğru olma olasılığı, yanlış olma olasılığından daha yüksektir" şeklinde ulaşılmaktadır.¹²²

Diğer bir ortak özellik ise her iki akıl yürütme yönteminin de tümdengelim yönteminin aksine zihni ve soyut olanı değil haricî ve somut olanı incelemesidir.¹²³ Zira her iki akıl yürütme yönteminde de başlangıçta zihin tikelden hareket etmektedir.

C. Birikimsel (Kondüktif-Tekevarımsal) Akıl Yürütme Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

İnformel mantıkçılardan bir kısmı, tümevarım yöntemindeki genelleştirmelerden farklı olarak bazı kanıt tipolojilerinin var olduğunu iddia etmektedirler. Birikimsel akıl yürütme yöntemi bu tarz kanıt tipolojilerden

¹¹⁸ Bertrand **Russell**, *The Problems Of Philosophy*, Williams and Norgate, London 1912, s. 104; **Russell**, s. 80.

¹¹⁹ **Emiroğlu**, s. 196-200; **Crews-Anderson**, s. 32; **Özlem**, s. 41; **Işıktaç/Metin**, s. 24; **Işıktaç**, *Hukuk Normunun*, s. 150.

¹²⁰ **Golding**, s. 124; **Sunstein**, s. 744.

¹²¹ **Emiroğlu**, s. 198; **Taylan**, s. 243; **Yaran**, s. 114.

¹²² **Golding**, s. 123.

¹²³ **Emiroğlu**, s. 198

biridir.¹²⁴ Bu kavramı ilk tanımlayıp geliştiren kişi Carl Welmann'dır.¹²⁵ Birikimsel akıl yürütme yöntemini bazı düşünürlerce, "birikimsel gerekçelendirme (*cumulation of consideration*)" şeklinde de isimlendirenler olmuştur.¹²⁶ Bu akıl yürütme yönteminde sunulan kanıt kesin değildir. Fakat elde edilen bu kanıt, sonucun lehine destek sağlayan gerekçelerin birikimi ile elde edilmiştir. Nihayetinde sonucun lehine destek sağlayan gerekçeler, topluca değerlendirilerek çıkarıma varılmıştır.¹²⁷ Birikimsel akıl yürütme yöntemi, bilimsel teorilerde, hukukta, felsefede, politik ve yorumlama meseleleri gibi birçok konuda yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.¹²⁸ Özellikle bu yöntem birçok hukuki meselenin çözümünde önemli bir yere sahiptir.¹²⁹ Örneğin bir cinayet vakasında elde edilen deliller, kesin olmamakla beraber davalının suçlu olduğunu göstermektedir. Delillerden birincisi; mesela bir tanığın, tetiği çekenin davalı olduğunu söylemesidir. İkinci delil olarak sunulan balistik raporunda maktulde bulunan kurşunun davalının tabancasından çıktığı belirtilmektedir. Son olarak davalının, maktülü öldüreceğini söylediği birtakım kişilerce işitilmiştir. İşte tüm bu deliller, davalının suçlu olduğuna kesin bir kanıt sunmamakla birlikte birikimsel olarak değerlendirildiğinde sonuç için güçlü bir birikimsel (kondüktif) delil oluşturmaktadır.¹³⁰

Birikimsel akıl yürütmede sonuca götüren kanıtlar daima belli bir noktada birleşme (convergent) eğilimindedir. Ancak bu kanıtlar birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Yani öncüller, birbirleriyle ilgili ve bağlantılı olmak zorunda olmadıkları halde sonuç lehine kanıt oluşturmaktadır.¹³¹ Dolayısıyla öncüllerden biri veya birkaçının sonuç açısından değerlendirme dışı olarak görülmesi halinde bu durum, diğer kanıtların geçerliliğini etkilememektedir. Zira birikimsel akıl yürütme yönteminde

124 **Taylan**, s. 116.

125 **Trudy Govier**, *A Practical Study of Argument*, Wadsworth 2013, s. 352.

126 **Govier**, s. 353.

127 **Taylan**, s. 116.

128 **Govier**, s. 374.

129 **Govier**, s. 90.

130 **Taylan**, s. 116; **Govier**, s. 90.

131 **Govier**, s. 352.

öncüller, sonuç çıkarımını yakınsak olarak desteklemekte ancak birbirlerinden ayrı değerlendirilmektedirler.¹³²

Birikimsel akıl yürütme yöntemi ile kıyas yönteminin ortak özelliği, her iki akıl yürütme yönteminde de elde edilen sonucun kesin bilgi niteliğinde olmayıp, olumsal (muhtemel, zannî) bilgi içermesidir. Ancak birikimsel akıl yürütmede kıyas yönteminde olduğu gibi elde edilen bilgilerin benzerliğe dayanması zorunluluğu söz konusu değildir. Ayrıca, kıyas yönteminde zihni işleyiş tikelden tikele doğru giderken, birikimsel akıl yürütme yönteminde zihni işleyiş daha çok tümevarım yöntemi gibi tikelden tümele doğru işlemektedir. Ancak birikimsel akıl yürütme, elde edilen çıkarım açısından verilerin belirli bir sonucu göstermesi anlamında tümelse de, sonucun sadece somut bir olay açısından geçerli olması tikellik özelliğini de göstermektedir.

Son bir farklılık ise şudur: Birikimsel akıl yürütme yönteminde, sonuç önermesine giden kanıtların birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir. Kanıtlardan herhangi birinin veya birkaçının yeni bir bilgi elde edilmesi sonucu değerlendirme dışı bırakılması; diğer öncülleri etkilememektedir. Ancak kıyas yönteminde, değerlendirilen öncüller birbirleri ile bağımlı ve alakalı olup, bir öncülde yeni bir bilgi elde edilmesi sonucu meydana gelen değişiklik, sonuç önermesi dâhil diğer tüm öncülleri olumsuz yönde etkilemektedir.¹³³

Birikimsel akıl yürütme yönteminde biriktirilen çıkarımların bir kısmının ya da tamamının kıyas yöntemi ile elde edilmesi mümkündür. Dolayısıyla kıyas yöntemi, birikimsel akıl yürütme yöntemi içerisinde bir araç olarak kullanılabilir.

D. Enevarımsal (Abdüktif–Geriçıkarımsal-Heptengitmeli) Akıl Yürütme Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

Enevarımsal akıl yürütme yöntemi, 1867 yılında ünlü Amerikalı mantıkçı Charles Sanders Peirce tarafından ortaya atılmıştır. Bu yöntem, klasik mantıkta yer alan tümdengelim ve tümevarım yöntemlerinden farklı

¹³² Taylan, s. 116; Govier, s. 90.

¹³³ Govier, s. 371.

bir tarzda hareket etmektedir. Söz konusu akıl yürütme yöntemi, tümdengelim çıkarımından türetilmekle beraber mantıksal açıdan tümdengelim gibi geçerli bir çıkarım olarak görülmemektedir.¹³⁴

Enevarımsal akıl yürütme yöntemi aşkın bir yapıya sahiptir. Bu nedenle tümdengelimden farklı olarak bilgi üretmektedir. Ancak bu bilgi, kesin bilgi niteliğine sahip değildir. Peirce, enevarımsal akıl yürütme yöntemini tümdengelim modelindeki önermelerin yerlerini değiştirerek elde etmiştir.¹³⁵ Peirce'e göre enevarımsal akıl yürütme modeli şu şekildedir:

(I) Tüm rastgele seçilen toplar beyazdır.

(II) Tüm rastgele seçilen toplar bu torbadandır.

(III) Bu torbadaki tüm toplar beyazdır.¹³⁶

Yukarıdaki öncülleri incelediğimizde, bu öncüllerin tümdengelimsel mantık kurallarına göre geçersiz ve kural-dışı olduğunu görmekteyiz. İşte geçerli tümdengelim çıkarım kalıplarına uymayan bu tarzda çıkarım çeşidine enevarımsal akıl yürütme modeli adı verilmiştir.¹³⁷

Bu akıl yürütme yönteminde zihin, nedenlerden sonuçlara gider ve olgulardan yola çıkarak “en iyi açıklamayı yapmaya yönelik çıkarımlar (*inference to the best explanation*)”¹³⁸ yapar.¹³⁹ Günlük hayatta, bilimsel teorilerde, yapay zekâ gibi teknolojik gelişmelerde ve hukuki akıl yürütmelerde bu akıl yürütme yöntemi kullanılmaktadır. Nitekim enevarımsal akıl yürütme yöntemi ile çalışan bilimsel hipotez oluşturan ve tanı koyan bilgisayar programları vardır.¹⁴⁰

¹³⁴ **Kamer**, İformel, s. 104; Nazlı **İnönü**, Yeni Bir Çıkarım Türü: Geriçıkırım, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2006, s. 15.

¹³⁵ **İnönü**, s. 15.

¹³⁶ **İnönü**, s. 16.

¹³⁷ **İnönü**, s. 17.

¹³⁸ Igor **Douven**, “Abduction”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition), Ed: Edward N. Zalta, (Çevrimiçi), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/> (E.T: 20.05.2019); **Taylan**, s. 118.

¹³⁹ **Kamer**, İformel, s. 104.

¹⁴⁰ **İnönü**, s. 106; **Taylan**, s. 118

Örneğin Ali ve Mehmet'in ciddi bir kavga ettiği ve bu nedenle arkadaşlıklarının bittiği bilinmektedir. Sonrasında ise birisinin, bu iki kişinin birlikte koşu yaptıklarını gördüğünü söylemesi üzerine en iyi açıklamaya yönelik çıkarım olarak bu iki kişinin artık yeniden arkadaş oldukları söylenebilir.¹⁴¹

Diğer bir örnek ise şu şekildedir: Arkadaşı ile birlikte aynı evde kalan bir kişi, sabah mutfaka gittiği zaman, masa üzerinde bir bardak, boş bir tabak, yarısı yenmiş bir ekmek ve boş bir süt kutusu görmüştür. Bunun üzerine bu kişi, arkadaşının gece yarısı atıştırdığını ve yorgun olduğu için mutfakı toparlamadığını düşünmüştür. Kişinin durumu anlamlandırma bakımından en iyi çıkarımı bu şekilde olacaktır. Elbette ki bu çıkarımın haricinde, örneğin bir hırsızın gelip birkaç şey çalmadan önce bu atıştırmayı yapması veya arkadaşının gece yarısı olmadan akşamüzeri bu tarz bir atıştırma yapması da muhtemeldir. Ancak böyle bir tablo ile karşılaşan birinin en iyi çıkarımı bu şekilde olacaktır.¹⁴²

Enevarımsal akıl yürütme ile elde edilen bilginin yanlış olma riskine rağmen avantajları da vardır. Zira alternatifler arasında en iyi açıklamalı olanı seçmek, o şeyin tamamen açıklamasız kalmasından daha yararlı olacaktır. Örneğin bir ağacın kesilmesi gerekiyor ve sizin de elinizde elektrikli testere yoksa bir baltanın var olması halinde o baltayı kullanmak, durumun çözümü açısından en iyi çıkarımdır. Çünkü bu, akla en uygun olanıdır.¹⁴³

Enevarımsal akıl yürütmenin tümdengelim yönteminden farkı artırıcı (ampiyatif) olmasıdır. Yani bilinen bir şeye yeni bir şey ekleyerek anlamının genişlemesini sağlamakla enevarımsal akıl yürütme, tümdengelim yönteminden ayrılmaktadır. Tümdengelim yönteminde, sonuç öncüllerden çıkarıldığından yeni bir bilgi elde edilmezken, enevarımsal yöntemle sonuçta daha fazla bilgi edinilmiş olmaktadır.¹⁴⁴

¹⁴¹ **Douven**, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/>. (E.T: 20.05.2019).

¹⁴² **Douven**, (E.T: 20.05.2019).

¹⁴³ **Taylan**, s. 118.

¹⁴⁴ **Kamer**, *İnformel*, s. 104; **İnönü**, s. 126-127; **Kamer**, *Feshedilebilir*, s. 246.

Tümevarım yöntemi ile bu akıl yürütme yönteminin arasındaki fark ise tümevarım yönteminde, zihin tikelden tümele giden bir işleyişle hareket etmekte iken; enevarımsal akıl yürütme yönteminde ise tek bir gözlemden, bu gözlemin “enevarımsal (abdüktif)” açıklaması yapılması şeklinde bir işleyiş hâkimdir. Yani tümevarım yönteminde bir gözlem kümesinin açıklanması yapılırken, enevarımsal akıl yürütmede tek bir gözlemin açıklanması vardır.¹⁴⁵

Kıyas yöntemi ile enevarımsal akıl yürütme yöntemi tikelden hareket etmesi yönünden birbirlerine benzemektedir. Tek bir gözlemden hareketle bir çıkarım şeklinde hareket eden enevarımsal akıl yürütmenin, kıyasî (analojik) niteliğe sahip farklı bir türü mevcuttur. Buna “*analojik geriçikarım*” adı verilmiştir. Analojik geriçikarım, mevcut hipotezlere benzeyen hipotezleri oluşturmak için geçmişteki hipotezlerin kullanılması şeklinde işler.¹⁴⁶ Örneğin şu an herkes tarafından varlığı kabul edilen bir gezegeni düşünelim. Bu kabulden önce söz konusu gezegenin, gezegen olarak kabul edilmesi bir hipotez öne sürülerek olmuştur. Yeni bir gezegenin ya da başka bir cismin var olduğuna dair bir iddiada, tek bir gözlem vasıtasıyla bu hipotezden benzerlikler dikkate alınarak faydalanılması durumunda analojik geriçikarım yapılmış olmaktadır. Ayrıca yapay zeka teknolojilerinde bilgisayar programları enevarımsal çıkarım yaparken bir takım analojik çıkarımlardan faydalanmaktadırlar.¹⁴⁷

Genel mantıkta enevarımsal akıl yürütme yöntemi kıyas gibi kesin bilgi vermemektedir. Ancak kıyasın nasıl hukuk biliminde kullanılması söz konusu ise enevarımsal akıl yürütme yönteminin de kanıtlama açısından yetersiz ve kesin bir hükmü gerektirmese bile destekleyici ve ek bir akıl yürütme olarak kullanılabilceğini düşünüyoruz.

¹⁴⁵ **Kamer**, İnförmel, s. 105.

¹⁴⁶ **İnönü**, s. 86.

¹⁴⁷ **İnönü**, s. 108.

E. Mecazî (Metaforik) Çıkarım ile Kıyasın Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Mecaz (Metafor)

Mecazî çıkarım (metaforik çıkarım), “*bir sözcüğe kendi özel anlamının dışında başka bir anlam verilerek*”¹⁴⁸ yapılır. Sözcüğe verilecek anlam, dört farklı tarzda gerçekleştirilebilir. Birincisi, “*cinsin anlamının türe verilmesi*” ile; ikincisi, “*türün anlamının cinse verilmesi*” ile; üçüncüsü, “*bir türün anlamının başka bir türe verilmesi*” ile; sonuncusu ise kıyas (analoji-benzetme) ya da orantı ile olmaktadır.¹⁴⁹

1. Cinsin anlamının türe verilmesine örnek: “Gemim burada duruyor.” Cümlede belirtilen durma eylemi aslında demirlemek anlamında kullanılmıştır. “Durmak” kelimesi cins, “demirlemek” kelimesi türdür. Dolayısıyla cinsin anlamı türe verilmiştir.¹⁵⁰

2. Türün anlamının cinse verilmesi: “Doğrusu, Odysseus bin bir iyi şeyler yaptı”. Cümlede “bin bir”, “çok” kelimesinin yerine kullanılmıştır. Bin bir kelimesi cins, çok ise türdür.¹⁵¹

3. Bir türün anlamının başka bir türe verilmesi: “Bronz bıçakla onun ruhunu [kuyudan su çekercesine] çekmek” ve “bükülmez bronz gemi ile suyu yarmak”. Birinci cümlede çekmek fiili kesmek anlamında, ikinci cümlede yarmak fiili çekmek anlamında kullanılmıştır.¹⁵²

4. Kıyas (analoji-benzetme) ya da orantı ile mecaz (metafor) yapılması: Dört adet terimden, eğer ikinci (B), birinciye mukabil, dördüncü (D)

¹⁴⁸ **Aristoteles**, Poetika, (Çev: İsmail Tunalı) Remzi Kitabevi, İstanbul 1993, s. 59-60; **Aristotle**, The Poetics of Aristotle, (Translation By S. H. Butcher) The Project Gutenberg E Book of Poetics, s. 23; Christof **Rapp**, "Aristotle's Rhetoric", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁴⁹ **Aristoteles**, Poetika, s. 59-60; **Aristotle**, s. 23; “Aristotle’s Rhetoric”, (E.T: 24.08.2019).

¹⁵⁰ **Aristoteles**, Poetika, s. 60; **Aristotle**, s. 23; <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁵¹ **Aristoteles**, Poetika, s. 60; **Aristotle**, (E.T: 24.08.2019).

¹⁵² **Aristoteles**, Poetika, s. 60; **Aristotle**, (E.T: 24.08.2019).

üçüncüye (C) mukabil kullanılmışsa, kıyas ya da orantıya göre mecaz yapılmış olur. Örneğin yaşlılığın (D), yaşama (C) olan ilgisi, akşamın (B), gün (A) ile olan ilişkisine benzemektedir.¹⁵³

2. Mecazî Çıkarım ile Kıyas Arasındaki İlişki

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki mecazî çıkarım, temelde bir akıl yürütme yöntemi değil retorik alanında kullanılan söz sanatlarından birisidir. Ancak mecazî çıkarım, kıyas yöntemi ile yakından ilgilidir. Kıyas yöntemi ile mecazî çıkarım arasında birçok ortak özellik mevcuttur. Her iki metot da herhangi iki şey arasındaki bağlantıyı açıklamakta ve bu iki şey arasındaki farklılıkları ifade etmekte kullanışlı bir yöntemdir. Her ikisinde de benzeyen ile benzetilen arasında anlam geçişi sağlanarak iki obje arasında benzerlik ilişkisi kurulmaktadır.¹⁵⁴

Ancak her ikisi de benzer biçimde kullanılmakta ise de mecazî çıkarımın kıyasa göre akıl yürütme üzerinde daha sınırlı bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Kıyasın aksine mecazî çıkarım, öngörülebilir bir anlama sahip değildir. Örneğin Shakespeare'in Romeo ve Jüliet adlı eserinde "Jüliet, güneştir." mecazında Jüliet ile güneş arasında açık bir şekilde bir benzerlik karşılaştırılması yapılmıştır. Ancak hangi özellikler nedeniyle bu benzetmenin yapıldığı, çeşitli açılardan değerlendirilebilmektedir. Bu mecaza göre Romeo'nun dünyasının ısı ve ışık verici enerjisi Jüliet olarak anlatıldığı iddia edilebilir.¹⁵⁵ Dolayısıyla mecazda, kıyastaki gibi benzetmenin hangi açılardan yapıldığı her zaman net olarak bilinmemektedir.

Hukuk alanında kullanılan mecazî çıkarım da aynı tarzda işlemektedir. Örneğin "tüzel kişi perdesi" mecazının kullanılmasını ele alalım: "Şirket yöneticisi, tüzel kişi perdesi ile korunmaktadır." ifadesinden üç farklı anlam türetilebilir: 'Şirketin yöneticiden ayrı bir varlığa sahip olduğu', 'şirket yöneticisinin bir takım araçlarla korunduğu' ve 'şirket yöneticisinin perdenin arkasında iken bir şekilde görünmez olduğu' anlamları çıkmaktadır.¹⁵⁶ Dolayısıyla mecazî çıkarım, hukuk alanında da kıyasa nazaran bir davanın sonucunu öngörmede, açık ve güçlü bir şekilde kullanılmamaktadır.

¹⁵³ **Aristoteles**, Poetika, s. 61; **Aristotle**, (E.T: 24.08.2019).

¹⁵⁴ **Hunter**, s. 155.

¹⁵⁵ **Hunter**, s. 155.

¹⁵⁶ **Hunter**, s. 155.

Bir başka örnek olarak bir yolcu gemisinde, yolcuya ait eşyanın çalınmasında gemi işleteninin sorumlu olup olmadığı tartışılmaktadır. Sorunun çözümünde aşağıda belirtilecek iki emsal karar arasında kıyas yöntemi kullanılarak hangi emsal kararın uygulanacağı belirlenmektedir. Birinci emsal kararda tren işleteninin, yolcuların çalınan eşyaları konusunda sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. İkinci emsal kararda ise otel işleteninin müşterilerin konaklama esnasında eşyalarının çalınması durumunda sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁷ Kıyas yöntemi neticesinde birinci emsal kararın eldeki olaya daha çok benzediği yargısına varıldığında öngörülebilir bir şekilde ihtilaflı olayın sonucu belirlenmiş olmaktadır. Ancak mecazî çıkarım neticesinde benzetilen ile benzeyen arasında sonuç olarak hangi noktalarda benzerlik yapıldığı net olarak belirlenmediği için sonuç açısından öngörülebilir bir durumdan söz edemeyiz.¹⁵⁸

Kıyas ile mecazî çıkarımın uygulamadaki farklarına başka bir örnek olarak şunu verebiliriz: Bir kişinin “Kürtaj cinayettir.” dediğini düşünelim. Cümlede geçen hükmün mecazî olarak kullanıldığını varsaydığımızda kürtaj, hukuki olarak gerçekten bir cinayet olarak anlaşılmamaktadır. Yapılan fiilin sadece cinayet kadar kötü bir şey olduğu ifade edilmektedir. Ancak cümledeki hükmü kıyasî bir çıkarım olarak değerlendirdiğimizde, kürtajın uygun benzerlikler açısından gerçekten bir cinayet olarak algılanması anlamına geldiğini görürüz. Dolayısıyla böyle bir çıkarım sonucunda belirli bir hukuki netice elde edilmiş olmaktadır.¹⁵⁹

F. Sınıflandırma (Classification) ile Kıyasın Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Sınıflandırma (Classification)

Varlık âlemindeki nesnelere tek tek kavrayarak zihnimize yerleştirmek oldukça zor bir süreçtir. Bu nedenle nesnelere daha iyi kavrayabilmek için bazı mantıksal araçlara ihtiyacımız vardır. Bu araçlardan biri de sınıflandırma yöntemidir.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Hunter, s. 155.

¹⁵⁸ Hunter, s. 155.

¹⁵⁹ Sunstein, s. 748.

¹⁶⁰ Taylan, s. 161.

Sınıflandırma, kısaca konu ve nesnelerin cins ve tür ilişkisine göre sıralanması şeklinde tanımlanabilir.¹⁶¹ Sınıflandırma yapılırken konu ve nesnelere, benzerlik ve farklılıklarına göre ayırma tabii tutulur. Ardından bu ayırımla birlikte konu ve nesnelere basitten karmaşığa doğru hiyerarşik bir şekilde sıralanır.¹⁶² Burada dikkat edilmesi gereken husus her türün kendi cinsine göre tanımlanmasıdır. Dolayısıyla yabancı terimler arasında sınıflandırma yapılamaz.¹⁶³ Örneğin “eşkenar üçgen” türü, “üçgen” cinsine göre tanımlanmaktadır. Ancak böyle bir tanımın yapılabilmesi için cins kavramının da açık olması ve kesin olarak bilinmesi gerekmektedir. Örnekten de anlaşılacağı üzere sınıflandırma, aslında “*bir türün üstüne bir cins koymaktan*”¹⁶⁴ ibarettir. Belirtilen cins ise; aslında kaplam açısından kendinden daha üst olan bir cinsin altında yer almaktadır. Zira her tür, kendi altında olan nesne bakımından cins niteliği taşır. Böylelikle konular ve nesnelere hiyerarşik bir şekilde sıralanmış olmaktadır. Nihayetinde ise en son cinsin fertlerine kadar inilmiş olunur. Ancak bu şekilde bir ayırım ve sıralama, mantıksal açıdan mümkün görünmekte ise de uygulamada bir ideal olarak yer alır.¹⁶⁵

Sınıflandırma ile tanım kavramı arasında sıkı bir ilişki vardır.¹⁶⁶ Zira tanımlanması yapılan bir terimin daha rahat anlaşılabilmesi için sınıflandırma yapılmaktadır. Sınıflandırma ile birlikte incelenen nesnelerin çeşitleri ortaya konmaktadır. Örneğin gülü; çiçek cinsine ait bir tür olarak belirlediğimizde gülün bir takım özellikleri belirtilerek çiçek cinsinden olduğu anlaşılır. Bu durumda hem tanımlama hem de sınıflandırma yapılmış olur. Dolayısıyla tanım ve sınıflandırma, bir işlemin iki farklı yönü olarak değerlendirilmelidir.¹⁶⁷

¹⁶¹ **Özlem**, s. 119; **Emiroğlu**, s. 96; **Taylan**, s. 161.

¹⁶² **Topçu**, s. 17; **Özlem**, s. 120; **Ayşe Erdoğan**, İnsan Bilimlerinin Mantıksal Temelleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Türkçe ve Sosyal Bilimler Eğitimi Ana Bilim Dalı, Ankara 2019, s. 69.

¹⁶³ **Topçu**, s. 17; **Özlem**, s. 120.

¹⁶⁴ **Özlem**, s. 120.

¹⁶⁵ **Özlem**, s. 120; **Emiroğlu**, s. 96; **Taylan**, s. 161.

¹⁶⁶ W. L. **Davidson**, “The Logic of Classification”, Oxford Journal, Vol. 12, No. 46, Oxford University Press 1887, s. 233; **Topçu**, s. 17; **Özlem**, s. 120; **Taylan**, s. 161; **Öner**, s. 43.

¹⁶⁷ **Topçu**, s. 17; **Özlem**, s. 120; **Taylan**, s. 161; **Öner**, s. 43.

Sınıflandırma yaparken dikkat edilmesi gereken iki önemli husus vardır. Bunlardan birincisi; sınıflandırılacak nesnelere, sadece ilgili oldukları bir tür içinde yer almasıdır. Örneğin “otomobil” terimi ile “kuş” terimi aynı sınıflandırma içerisinde yer almamaktadır. “Otomobil” terimi ancak “taşıt” terimi ile; “kuş” terimi ise “omurgalı hayvanlar” terimi ile ele alınarak sınıflandırılabilir.¹⁶⁸

İkinci bir şart, yapılan sınıflandırmanın tam olmasıdır. Yani sınıflandırılma neticesinde, incelenen nesnelere hiçbirisi dışarıda kalmamalıdır. Yapılan işlem neticesinde nesnelere hepsi kapsanacak bir şekilde yapılmalıdır.¹⁶⁹

Sınıflandırma yapılırken belirli bir ölçüt belirlemek gerekir. Bu bakımdan en kullanışlı ölçütlerden birisi amaca uygunluk ölçütüdür. Amaca uygunluk ölçütünü, pratik amaca uygunluk ve bilgisel amaca uygunluk ölçütü olarak ikiye ayırmamız mümkündür. Yapılan bu ayırım neticesinde de aslında sınıflandırmanın temel iki farklı türü ortaya çıkmaktadır. Pratik amaca uygunluk neticesinde yapılan sınıflandırma, yapay sınıflandırma; bilgisel amaca uygunluk neticesinde bulunan sınıflandırma ise doğal sınıflandırma olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁰

Pratik amaca uygunluk neticesinde bulunan sınıflandırmaya örnek olarak kitapları boylarına, ciltli ve ciltsiz olmasına göre sıralayarak yapılan sınıflandırmayı gösterebiliriz. Burada yapılan ayırım neticesinde yapay bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir. Ayrıca yapay sınıflandırmada benzerlikler geçici niteliğe sahiptir.¹⁷¹

Bilgisel amaca uygun şekilde yapılan bir sınıflandırmada ise incelenen nesnelere tüm özellikleri dikkate alınıp bir ayırım yapılarak sınıflandırma yapılmaktadır. Bilgisel amaca uygun şekilde incelenen nesnelere nitelikleri ayrıntılı olarak incelenerek önemli noktalardaki benzerlikleri bulunmaya çalışılmaktadır. Örneğin hayvanların omurgalı ve omurgasız olarak

¹⁶⁸ Özlem, s. 120; Taylan, s. 161.

¹⁶⁹ Emiroğlu, s. 97; Taylan, s. 161.

¹⁷⁰ Topçu, s. 17; Özlem, s. 121; Abdullah Demir, Klasik Mantık, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2013, s. 50; Erdoğan, s. 69.

¹⁷¹ Özlem, s. 121; Emiroğlu, s. 97; Taylan, s. 162; Demir, Hukuk Metodolojisi, s. 50; Topçu, s. 17.

ayırım yapıp incelenmesinde, bilgisel amaca uygun şekilde bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu sebeple yapılan sınıflandırmaya doğal ya da gerçek sınıflandırma adı verilmektedir.¹⁷²

Hukukta akıl yürütme, ağırlıklı olarak sınıflandırma yöntemine dayanmaktadır.¹⁷³ Sınıflandırma yöntemi hem tikelden tikele yönelerek işleyen kıyas yönteminde, hem de özelden genele hareket eden tümevarımsal akıl yürütmelerle genel kuramların uygulanmasında önemli bir rol oynar.¹⁷⁴

Sınıflandırma yönteminin hukuk alanında en önemli uygulamasının normlar hiyerarşisinde olduğunu söyleyebiliriz. Aslında genel açıklamalarda da belirttiğimiz gibi sınıflandırma yöntemi ile tanım kavramı bir işlemin iki cephesini oluşturduklarından dolayı hukuk alanında herhangi bir yerde tanımlama yapılmışsa orada bir çeşit sınıflandırma yapıldığı iddia edilebilir. Ancak sınıflandırma yönteminin apaçık bir şekilde görüldüğü yer, tartışmasız olarak normların genelden özele doğru sıralanması ile oluşturulduğu normlar hiyerarşisidir.

Sınıflandırma yönteminin hukuk alanında diğer bir kullanımı yasal düzenlemenin olaylara uygulanması aşamasında gündeme gelmektedir. Örneğin hız sınırının doksan kilometre olduğu bir otoyolda X marka Y model bir arabanın yüz yirmi kilometre hızla yol aldığı bilinmektedir. Sonuç olarak tümdengelsel bir akıl yürütme ile söz konusu arabanın belirtilen yasal düzeni ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim X marka Y model araba, bir taşıt niteliğindedir. Ayrıca belirlenen hız sınırını da aşmıştır. O halde düzenlenen yasal hız sınırı ihlal edilmiştir. Görüldüğü gibi söz konusu arabaya yasal düzenlemenin nasıl uygulanacağını belirlemek için arabanın bir taşıt niteliğinde olup olmadığını belirlememiz gerekmektedir. Bu işlem ise sınıflandırma yöntemi kullanılarak belirlenir.¹⁷⁵

Hukukta sınıflandırma yöntemine, birbirine karıştırılabilen kavramların ya da çözülmesi gereken zor olayların çözümlenmesinde de karşılaşılmaktadır. Zira bu kavramların ve olayların ayırt edilmesi için en başta bir sınıflandırma yapılarak aslında söz konusu kavramların ve olayların ayrı

¹⁷² **Özlem**, s. 121; **Emiroğlu**, s. 97; **Taylan**, s. 162; **Demir**, Hukuk Metodolojisi, s. 50; **Topçu**, s. 17; **Erdoğan**, s. 69.

¹⁷³ **Sunstein**, s. 755. Ayrıca Bkz. Roscoe **Pound**, "Classification of Law", Harvard Law Review, Vol. 37, No. 8, The Harvard Law Review Association 1924, pp. 933-969.

¹⁷⁴ **Sunstein**, s. 755.

¹⁷⁵ **Sunstein**, s. 755.

cinslere ait olduğu belirlenir. Sonrasında ise tartışmalı kavramlar ve olaylar birbirinden ayırt edilmiş olur. Böylece ayırt edilen olaylar hangi sınıfa ait ise, o sınıfta yer alan norma başvuru olarak mesele çözülmüş olur.

Tartışmalı kavramların ve olayların birbirinden ayırt edilmesi ve çözülmesi meselesinde sınıflandırma yöntemi kullanılmakla birlikte, bilhassa kıyas yönteminin de kullanıldığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Zira kıyas yönteminin en temel özelliği tikele odaklanmasıdır. Bu ise yapılan sınıflandırma işleminde de kıyas yönteminin kullanılma olasılığını artırmaktadır.

2. Sınıflandırma ile Kıyas Arasındaki İlişki

Hukuki bir hükme veya hukuki olmayan bir hükme karar verilirken, kıyas yönteminin kullanılmasında, sınıflandırma sürecinin önemli bir yeri vardır. Yani sınıflandırma, kıyas yönteminde kullanılan bir araç olarak görülebilir. Hukuki bir hüküm vermede kıyas kullanılırken sınıflandırma yapılmasına güzel bir örnek olarak “vapur olayı (steamboat case)” gösterilebilir.¹⁷⁶

Olayda yargıç, karar verme aşamasında tatil amaçlı seyahat eden bir vapur ile otel arasında benzerlik kurmak amacıyla bir sınıflandırma yapmıştır. Bu sınıflandırma ile vapuru, yüzen bir otel olarak nitelendirmiş, otel ile vapuru aynı kategoride değerlendirmek suretiyle kararını bu sınıflandırmaya bina etmiştir.¹⁷⁷ Otel ile ilgili kararda, otel sahibinin müşterilerin mal kaybı konusunda ağırlaştırılmış bir sorumluluğu olduğu bilinmektedir. Yargıç, vapur olayını çözmeden önce vapurun belirli hukuki amaçlar çerçevesinde otel ile aynı kategoride yer alıp almaması gerektiğini tayin etmektedir. Sonuç olarak yargıcın bu sınıflandırmayı yapmasında kıyasî gerekçelendirme metodu kullanılmıştır. Aslında bu anlamda vapurda müşterilerin mal kaybı konusunda yeni bir kurala ihtiyaç yoktur. Zira vapur olayı, eski olay (otel ile ilgili) hakkında verilen kural çatısı altında değerlendirilerek karara bağlanmıştır.¹⁷⁸ Ancak vapur olayının, otel

¹⁷⁶ **Golding**, s. 129.

¹⁷⁷ Damiano **Canale**/Giovanni **Tuzet**, “Analogical Reasoning and Extensive Interpretation”, in. *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, 2018, s. 69-70; **Golding**, s. 129.

¹⁷⁸ **Golding**, s. 129.

ile ilgili verilmiş karar kapsamında değerlendirilmesi, tam benzerlik neticesinde yapılan bir subsumsiyon niteliğinde olmayıp, uygun bir benzerliğin bulunması neticesinde olayın kıyasen karar kapsamında değerlendirilmesi niteliğindedir.

Sınıflandırma yöntemi, kıyas yönteminde kullanılan bir araçtır. Ancak kıyas yönteminde, sonuç elde edilirken sadece sınıflandırma yapılmamaktadır. Sadece sınıflandırma yöntemi yapılarak kıyasın kullanıldığı durumlarda, yanlış sonuçlara varılması muhtemeldir. Örneğin Yargıç Holmes, *Buck v. Bell* davasında¹⁷⁹, zeka geriliği yaşayan bireylerin kısırlaştırılmasının zorunluluğuna yönelik bir argüman (öjeni) ileri sürmüştür. Yargıcın kullandığı argüman, sadece sınıflandırma yöntemi kullanılarak kıyas yönteminin uygulanmasıyla elde edilmiştir. İleri sürülen düşünce şu şekilde gerekçelendirilmeye çalışılmıştır:¹⁸⁰

1. İnsanlar, savaş zamanı zorunlu olarak askere çağrılmaktadır.
2. Devletler, bireylere zorunlu olarak aşı yapmaktadır.
3. O halde zeka geriliği yaşayan bireylerin de zorunlu olarak kısırlaştırılması gerekir.¹⁸¹

Yukarıda belirtilen gerekçelendirme, ikna edici olmayan ve determinist (casual) bir taleptir. Birçok ilke birinci ve ikinci olayı kapsadığı halde üçüncü olayı kapsamamaktadır. Holmes burada, olaylar arasındaki birçok olası uygun benzerlikler ve farklılıkları ortaya koymaksızın gerekçelendirme yapmaktadır. Ayrıca düşünür, gerekçelendirmeyi yaparken muhtemel ilkeler dizisinde, ilkelerden hangisinin diğerlerine göre daha kullanışlı olduğunu belirlememiştir. Tüm bunların yerine yüksek seviyede genellik içeren bir ilke belirleyerek sonuca varmaya çalışmıştır. (Vatandaşların iyi bir şekilde yaşayabilmeleri için kamu yararı ilkesine başvurulabilir.) Hâlbuki birkaç olay arasındaki benzerliklerden yola çıkarak yüksek seviyede

¹⁷⁹ Holmes, söz konusu davada “Bu kadar embesille yaşadığımız yeter!” diyerek, öjeni uygulamalarını meşrulaştırmaya çalışmış ve yüksek mahkeme yargıcı olarak kararını bu yönde vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alessandra **Suuberg**, “Buck v. Bell, American Eugenics, and the Bad Man Test: Putting Limits on Newgenics in the 21st Century”, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 38, No. 1, 2020, s. 115.

¹⁸⁰ **Sunstein**, s. 757.

¹⁸¹ **Sunstein**, s. 757.

genellik içeren bir ilke belirlemek güçtür.¹⁸² Holmes bu genel ilkeyi, basit bir sınıflandırma kullanarak elde etmiştir. Düşünürün sınıflandırmada kullandığı temel ölçüt ise “zorunluluk” ya da “zora başvurma”dır. Birinci olayda, savaş zamanı insanları askere almada kamu yararı gereğince hareket edilerek zora başvurulmuştur. İkinci olayda da zora başvurma meşru görülmektedir. Ancak eldeki ihtilafli olayın da diğer olaylar gibi olduğu iddiası, basit bir sınıflandırma yapılarak elde edildiğinden dolayı zayıf bir iddia olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla ihtilafli olayın çözümünde sadece sınıflandırma yapılarak sonuca varmak yerine, diğer ilkeleri de göz önünde tutarak bir gerekçelendirme yapılmalıdır.¹⁸³

SONUÇ

Kıyas yöntemi, günlük hayatta olsun, bilim dünyasında olsun birçok alanda kullanılmaktadır. Bir sorunla karşılaşıldığında, bir tartışma sırasında karşı tarafa güçlü bir arguman üretmeye çalışıldığında ve nihayetinde mahkemede bir tarafın savunulmasında bu yöntem başvurulması mümkündür. Ancak kıyas yöntemi, çoğu zaman bilinçli bir şekilde yapılmamaktadır. İnsanlar bir yargıya varırken kaçınılmaz olarak belirli olguları, nesnelere veya olayları kıyaslamaktadırlar. İster bilinçli olsun ister bilinçsiz olsun kıyas yöntemi ile elde edilen yargıları değerlendirirken, birtakım hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğin elde edilen bilginin kesin bir bilgi olmadığını bilmesi belki de en önemli hususlardan biridir. Nitekim İbn-i Sina ve Gazali'nin de belirttiği üzere kıyas, bilinenin bilinmeyene ve görünenin görünmeyene delil gösterilmesidir. Dolayısıyla kıyasla elde edilen sonuç, her ne kadar güçlü görünürse görünsün, mantıken kesin bir bilgi vermemektedir. Bu sebeple bu yöntem ile elde edilen sonucun, olumsal niteliğinin dikkate alınması gerekmektedir.

Kıyas (analoji), klasik mantıkta genelde bir akıl yürütme yöntemi olarak görülmektedir. Bir kısım düşünürlere göre ise bu yöntem, mantık alanında değil; epistemoloji alanında yer almalıdır. Çünkü mantık alanında tek geçerli muhakeme formu tümdengelimdir. Kıyas ile elde edilen bilginin ise kesin değil, olumsal (ihtimali) bir niteliği vardır.

Zihinsel işleyiş bakımından kıyas, tikelden tikele doğru hareket etmektedir. Bu yönüyle kıyas, tümdengelim ve tümevarım yönteminden ayrılmaktadır. Zira tümdengelim yönteminde tümelden tikele, tümevarım

182 Sunstein, s. 757.

183 Sunstein, s. 757.

yönteminde ise tikelden tümele doğru bir zihni işleyiş söz konusudur. Literatürde kıyas kavramının hem tümdengelim yöntemine dayanan tasım için, hem de tikelden tikele bir işleyişe sahip analogi için kullanılması, kafa karışıklığına neden olmaktadır. İslam ilim literatüründe bu iki kavram, tasıma, kıyas-ı mantıki, kıyasa, (analojiye) kıyas-ı fıkhı denilerek ayırt edilmiştir.

Kıyas yöntemi, informel akıl yürütme yöntemlerinden biri olan birikimsel akıl yürütme yöntemi içerisinde bir araç olarak kullanılabilir. Elde edilen sonucun olumsal olmasına rağmen kıyasın nasıl hukuk biliminde kullanılması söz konusu ise incelediğimiz diğer akıl yürütme yöntemlerinden biri olan enevarımsal akıl yürütme yönteminin de kanıtlama açısından yetersiz ve kesin bir hükmü gerektirmese bile destekleyici ve ek bir akıl yürütme olarak hukukta kullanılabileceğini düşünüyoruz.

Her ne kadar akıl yürütme yöntemi olmasa da kıyas ile karıştırılabilmesi nedeniyle çalışmamızda mecazi çıkarımı da inceledik. Bu kapsamda hem kıyasın hem mecazi çıkarımın hukuk alanında uygulama sahası vardır. Ancak kıyasta mecazi çıkarımdan farklı olarak, karşılaştırma sonrasında verilen hükmün özellikle hukuk alanında doğrudan etkili olduğunu gördük.

İncelediğimiz yöntemlerden sınıflandırma ise kıyas ile sıkı bir ilişki içerisinde. Zira kıyasta en can alıcı nokta ilgili benzerliğin bulunmasıdır. Bu kapsamda doğru bir sınıflandırma neticesinde karşılaştırılan ögeler arasında uygun bir benzerliğin bulunması kolaylaşacaktır.

KAYNAKÇA

"**Aristotle's Rhetoric**". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition). Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019). ("Aristotle's Rhetoric").

Aktaş, Sururi. Eleştirel Hukuk Çalışmaları. On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2011. (Eleştirel).

Aktaş, Sururi. Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi. Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018. (Hayek).

Alatlı, Alev. Ben Böyle Düşünüyorum Demekle Olmuyor. Everest Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2018.

Aral, Vecdi. Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine. On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.

Aristoteles. Organon III Birinci Analitikler. (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996.

Aristoteles. Organon V Topikler. (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996.

Aristoteles. Poetika. (Çev: İsmail Tunalı) Remzi Kitabevi, İstanbul 1993. (Poetike).

Aristoteles. Retorik. (Çev: Mehmet H. Doğan) Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1995.

Aristotle. The Poetics of Aristotle. (Translation By S. H. Butcher) The Project Gutenberg E Book of Poetics.

Atalay, Ahmet Haluk. "Bir Hukuk Mantiği Var mıdır?". Hukuk Kuramı. C. 2, S. 6, 2015, ss. 22-40.

Baytaz, Abdullah Batuhan. Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum. İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi. Yayın No:14, 1. Baskı, İstanbul 2018.

Burton, Steven J.. An Introduction to Law and Legal Reasoning. Little Brown and Company, Toronto 1985.

Canale, Damiano/**Tuzet** Giovanni. "Analogical Reasoning and Extensive Interpretation". in. Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, 2018. pp, 65-87.

Crews, Timothy A. –Anderson. *Critical Thinking and Informal Logic*. Humanities-Ebooks, Tirril 2007.

Çapak, İbrahim. *Gazali'nin Mantık Anlayışı*. Elis Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011.

Davidson, W. L. “The Logic of Classification”. *Oxford Journal*. Vol. 12, No. 46, Oxford University Press 1887. pp. 233-253.

Demir, Abdullah. *Hukuk Metodolojisi*. Astana Yayınları, Ankara 2016. (Hukuk Metodolojisi).

Demir, Abdullah. *Klasik Mantık*. Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2013.

Douven, Igor. “Abduction”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Ed: Edward N. Zalta, (Çevrimiçi), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/> (E.T: 20.05.2019).

Duarte, David. “Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems”. *Revus*. Vol 25, 2015. pp. 141–154.

Eco, Umberto. *Yorum ve Aşırı Yorum*. (Çev: Kemal Atakay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017.

Emiroğlu, İbrahim. *Klasik Mantığa Giriş*. Elis Yayınları, Ankara 2017.

Erdoğan, Ayşe. *İnsan Bilimlerinin Mantıksal Temelleri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Türkçe ve Sosyal Bilimler Eğitimi Ana Bilim Dalı, Ankara 2019.

Eroğlu, Gültekin. *Akıl Yürütme Formlarının Mantık ve Bilimlerde Yeri ve Değeri*. Hikmet Yurdu. C. 5, S. 10, Malatya 2012.

Feteris, EvelineT. *Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Hakkında Bir Araştırma*. (Çev: Ertuğrul Uzun) Pinhan Yayıncılık, Birinci baskı, İstanbul 2019.

Furtun, İdris Hakan. *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*. Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Golding, Martin. “Argument By Analogy in The Law”. *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, Amsterdam 2018. pp 123-135.

Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuka Giriş*. Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Hunter, Dan. "Teaching and Using Analogy in Law". Ass'n Legal Writing Directors 151. 2004. pp. 151-168.

Işıқтаç, Yasemin/**Metin**, Sevtap. Hukuk Metodolojisi. Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2016,

Işıқтаç, Yasemin. Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması. Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004. (Hukuk Normunun).

İnönü, Nazlı. Yeni Bir Çıkarım Türü: Geriçıkırım. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2006.

Kamer, Vedat. "Feshedilebilir Akılyürütme". VI. Mantık Çalıştayı Kitabı (Yayıma Hazırlayanlar Vedat Kamer ve Şafak Ural), Mantık Derneği Yayınları Aralık 2016. (Feshedilebilir).

Kamer, Vedat. İnförmel Mantık Açısından Akılyürütme Kavramı Üzerine Bir Araştırma. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2014. (İnförmel).

Kamer, Vedat. Yapay Zekâ ve Monoton-olmayan Mantık. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2009. (Monoton).

Karayalçın, Yaşar/Yongalık, Aynur. Hukukta Öğretim- Kaynaklar- Metod Problem Çözme. 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008.

Koszowski, Maciej. "Analogical Reasoning in Statutory Law". Journal of Forensic Research. Vol. 8, No. 2. pp. 1-10.

Langenbucher, Katja. "Argument By Analogy in European Law". The Cambridge Law Journal. Vol. 57, No. 3, 1998. pp. 481-521.

Macagno, Fabrizio/**Walton**, Douglas. "Argument From Analogy in Law, The Classical Tradition, and Recent Theories". Philosophy & Rhetoric. Vol. 42, No. 2, 2009. pp. 154-182.

Öner, Necati. Klasik Mantık. Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1986.

Özlem, Doğan. Mantık: Klasik / Sembolik Mantık Mantık Felsefesi. İnkılap Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul 2007.

Pound, Roscoe. "Classification of Law". Harvard Law Review. Vol. 37, No. 8, The Harvard Law Review Association 1924, pp. 933-969.

Rapp, Christof. "Aristotle's Rhetoric". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

Russell, Bertrand. Felsefe Sorunları. (Çev: Vehbi Hacıkadiroğlu), Say Sayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.

Russell, Bertrand. The Problems Of Philosophy. Williams and Norgate, London 1912.

Serozan, Rona. Hukukta Yöntem. Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi. Sayı 8 (Özel Sayı), 2013. ss. 2423-2441.

Serozan, Rona. Medeni Hukuk Genel Bölüm. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Sina, İbn/Tufeyl, İbn. Hay bin Yakzan. (Çev: M. Şerafeddin Yaltkaya/Babanzade Reşid), Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı, İstanbul 2018.

Sunstein, Cass R.. "Commentary on Analogical Reasoning". Harvard Law Review. Vol. 106, No. 3, 1993. pp. 741-791

Suuberg, Alessandra. "Buck v. Bell, American Eugenics, and the Bad Man Test: Putting Limits on Newgenics in the 21st Century". Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice. Vol. 38, No. 1, 2020. pp. 115-134

Taylan, Necip. Ana Hatlarıyla Mantık. Ensar Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2016.

Topçu, Nurettin. Mantık. Dergah Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2017.

Türk Dil Kurumu. Türkçe Sözlük. 11. Baskının Tıpkıbasımı, Ankara 2019.

Uzun, Ertuğrul. Hukuk Metodolojisinin Sorunları. Nora Kitap, İstanbul 2016.

Walton, Douglas. Informal Logic. 2nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008. <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/>. (E.T: 20.05.2019).

Weber, Alfred. Felsefe Tarihi Felsefe. Metafizik ve Bilim, Kabalcı Yayıncılık, (Çev: H. Vehbi Eralp, İstanbul 2015.

Weston, Antony. A Rulebook for Arguments. Third Edition, Hackett, Indianapolis, Cambridge 2000.

White, Jefferson. “Analogical Reasoning”. A Companion to Philosophy and Legal Theory, (Edited by Dennis Patterson), Wiley Blackwell, Malden 1996.

Yaran, Cafer Sadık. İformel Mantık. Rağbet Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019.

Ziyaeddin, Fahri Fındıkoğlu. Metodoloji. 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1945.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 2 Aralık/December 2021

İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği
Privacy of Private Life in Islamic Law

Arş. Gör. Muhammed Necat ARTUKOĞLU*

ÖZ

Kişinin, başkalarının duyup bilmesini istemediği, bir başka ifadeyle gizli tuttuğu hayatı, özel hayat olarak ifade edilir. İslam hukukunda, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerle özel hayata müdahale edilmemesi gerektiği, müdahale edildiği takdirde müeyyideler uygulanacağı ve kişinin korunacağı belirtilmiştir. Kişinin şerefi, namusu ve haysiyeti koruma kapsamındadır. Çalışmada Kur'an-ı Kerim, hadis-i şerifler ve ilgili düzenlemelerden yararlanılmıştır.

Bu çalışma, İslam'da özel hayat kapsamına giren durumları özel hayatı güvence altına almak için tanınmış hakları ve dolaylı koruma sağlayan ilkeleri harmanlayarak ele alması ve İslam hukukunu uygulayan bazı ülkelerin birtakım düzenlemelerine değinmesi açısından nispeten farklılıklar arz etmektedir. Araştırma sonucunda varılan sonuçlar ise şöyledir: İslam dini, insanların özel hayatlarının araştırılmaması ve konuşulmaması gerektiğine vurgu yapmıştır. Dolayısıyla, gizli olanı sakla, ayıp olanı ört prensibi geçerlidir. İslam'ın temel kaynakları açısından özel hayatın giz-

* Erzincan Üniversitesi Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

E-posta: necat.artukoğlu@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0002-5721-5585.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 27.09.2021/**Makale Kabul Tarihi:** 25.11.2021.

Atf: Muhammed Necat Artukoğlu, "İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği", EBYÜ-HFD, C. 25, S. 2, Aralık 2021, (281-332).

liliğinin korunması ahlaki-hukuki bir meseledir. Günümüzde, kamu güvenliğini bozacak yeni suç tiplerinin oluşması, özel hayatın gizliliğine getirilecek istisnaların yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılabilir. Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şerifler esas alınarak özel hayatın gizliliği kavramı ve bu gizliliğin korunması hukuk sisteminde belirli normlara bağlanabilir. Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde ayrıntısıyla ele alınan özel hayatın gizliliği, İslam hukukunu yaşayan bazı ülkelerin Anayasalarında da daha belirgin hale getirilebilir.

Anahtar Kelimeler: İslam'da Özel Hayat, Mesken Dokunulmazlığı, Haberleşme Hürriyeti ve Gizliliği, Özel Eşyanın Gizliliği, Özel Hayatın Gizliliğinin Sınırlandığı Durumlar.

ABSTRACT

Private life is the life of a person that s/he does not want others to hear and know, in other words, that s/he keeps secret. In Islamic law, the Qur'an and hadith-i sharifs state that private life should not be interfered with and if it is interfered, sanctions will be applied and the person will be protected. The scope of the protection includes honour, self-esteem and dignity of the person. This study benefits from the Qur'an, hadith-I sharifs and related regulations.

This study is different in its analysis as it deals with the situations that fall under the scope of private life in Islam by blending the recognised rights and principles that provide indirect protection to secure private life, and touches upon the regulations of the countries that implement Islamic law. The conclusions reached as a result of the research are as follows: The religion of Islam emphasised that people's private lives should not be investigated and discussed. Therefore, the principle of hide what is private and cover what is shameful is valid. In terms of the main sources of Islam, protecting the privacy of private life is a moral-legal issue. Today, the emergence of new types of crimes that will impair public security may necessitate a reconsideration regarding the exceptions to the privacy of private life. Based on the Qur'an and hadiths, the concept of privacy and the protection of this privacy can be linked to certain norms in the legal system. The privacy of private life, which is discussed in detail in the Qur'an and hadith-i sharifs, can be made more prominent in the Constitutions of some countries that practice Islamic law.

Keywords: Private Life in Islam, Inviolability of Residence, Freedom and Privacy of Communication, Confidentiality of Private Property, Situations in which the Privacy of Private Life is Restricted.

GİRİŞ

İnsan, fitratı gereği toplumsal bir varlıktır. Toplumsal bir varlık olmasının yanında, insanın sırf kendine özgü hayatı da vardır¹. Her insan, kendi tercihlerini belirleyip ona yönelme ve bu tercihlerini başka kişilerin gözetiminden uzak tutma hakkına sahiptir².

Gerek günümüzde iç hukukta ve uluslararası hukukta var olan mevcut düzenlemelerde gerekse İslam geleneğinde özel hayat ve özel hayatın gizli olması ve bu gizliliğin korunması çok önemli bir yere sahiptir³. Bunun için ırz kavramına değinmek gerekir. Irz, kişilerin şeref ve haysiyetlerini, namuslarını ve onurlarını kapsamaktadır. Bir tanıma göre ırz, “İnsanın manevi kişiliğini, haysiyet, şeref ve saygınlığını ifade eden bir terimdir”⁴. Irz teriminde geçen bu ifadeler insanın doğal ve devredemeyeceği ve vazgeçemeyeceği insanlık haklarına ilişkindir. Kişinin özel hayatına saldırıda bulunmak, saldırıya maruz kalan kişinin sosyal ve psikolojik hayatında bir zarara sebep olacağı için şeref, haysiyet, namus ve onuru da zedelenecaktır. Dolayısıyla, insanın bu vasıflarının korunması aslında özel hayatının korunması demektir. Bu koruma da özel hayatın gizliliği hakkında sağlanabilir. Kur’an-ı Kerim ile hadis-i şerifler özel hayatın mahremiyeti bakımından zengindir. Kişilerin canları, malları ve ırzları koruma altına alınmaktadır⁵.

Bu çalışmada özel hayat kavramı, özel hayatın düzenlendiği metinler ve bilhassa İslam’da özel hayata ilişkin ilkeler (özel hayatın gizliliğini temin eden prensipler), İslam’da özel hayat kapsamında yer alan haklar ve özel hayatın gizliliğini sınırlayan durumlar ve özel hayatın ihlaline karşı belirlenmiş cezaî yaptırımlar incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda

1 Zeki **Hafizoğulları/Muharrem Özen**, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Yönelik Suçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Güz 2009, s. 9.

2 Hilmi **Demir**, “İslam’da Özel Hayat ve Özel Hayatın Gizliliği”, *TASAV*, Kasım 2013, s. 1.

3 **Hafizoğulları/Özen**, s. 9.

4 Hayati **Hökelekli**, “Irz”, maddesi, *TDVİA*, C. 19, İstanbul 1999, s. 133.

5 Ali **Toksarı**, “Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kitap ve Sünnete Göre Özel Hayatın Gizliliği”, *Diyanet İlmî Dergi*, S. 2, C. 48, s. 11.

Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şerifler ışığında ilerlenmiştir. Ayrıca özel hayatın mahremiyetinin haklar ve ilkeler bazında harmanlanarak incelenmesi ve sistematik olarak bunların açıklanması ve yaşayan İslam hukukunu yaşayan bazı ülkelerin konuyla ilgili Anayasalarında hüküm olup olmadığının incelenmesi çalışmaya kısmen farklılık katmaktadır.

I. İSLAM HUKUKUNDA HAK KAVRAMI VE TEMEL HAKLARIN İNCELENMESİ

Bu başlık altında İslam'da hak kavramı ve temel haklar açıklanacak böylece özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlayan hak ve ilkeler konusu daha iyi anlaşılacaktır.

A. Hak Kavramı

“Hak” kavramı, Arapça kökenli bir sözcüktür. Arapça “h-k-k” kök harflerinden oluşmuştur. Allah (c.c.)’ın “Esmaül Hüsnasından (Güzel İsimlerinden)” biridir⁶. Çoğulu “hukuk” tur. Lügatta, “*gerçek, sabit ve doğru olmak, gerekmek; bir şeyi gerçekleştirmek; bir şeye yakinen muttali olmak; gerçek, sabit, doğru, varlığı kesin olan şey*” demektir⁷. Hakkın hukuktaki anlamı ise, “*hukuk tarafından kişiye tanınmış olan ve belli bir şeyin yerine getirilmesini içeren isteme yetkisidir*”⁸. Hak kavramı, fıkhnın temel kavramlarından biridir. Ayrıca Fıkıh⁹ literatüründe de hak, hukuk düzeninin tanıdığı “yetki, menfaat ve ayrıcalık” olarak anlaşılmiştir¹⁰.

⁶ Hüseyin Tekin **Gökmenoğlu**, İslam'da Şahsiyet Hakları, 4. bs., Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2010, s. 5.

⁷ Mustafa **Çağrı**, “Hak” maddesi, *TDVİA*, C. 15, İstanbul 1997, s. 151.

⁸ Yavuz **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 131; Hasan **Tunç**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş 2. bs., Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 211.

⁹ Anlamak, bir şeyi idrak etmek, kapalı bir şeyin hakikatine ulaşmak gibi karşılıkları vardır. Muhammed **Ebû Zehra**, İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usûlü, çev. Abdulkadir Şener, 13. bs., Fecr Yayınları, Ankara 2017, s. 19-20; Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 1, Bilmen Yayıncılık, İstanbul 1991, s. 13-14.

¹⁰ Ali **Bardakoğlu**, “Fıkıh” maddesi, *TDVİA*, C. 15, İstanbul 1997, s. 139; Nuri **Yavuz/Tayyip Duman/Necmettin Karakaya**, İnsan Hakları ve Demokrasi-Vatandaşlık Bilgisi, 4.bs., Pegem Akademi, Ankara 2020, s. 49-51.

Her hakkın bir öznesi vardır. Başka bir ifadeyle, her hak bir kişiyle ilişkilendirilir. Hak, “yetki ve yükümlülük” getirir. Hak, hukuk düzenince korunan menfaattir. Taraflar arasında herhangi bir iradi ya da gayri iradi hukuki ilişki gerek olmadan sadece insan olmanın yeterli olduğu haklar, kişilik haklarını oluşturur¹¹. Her hakkın bir konusu (objesi), hak sahibi, mükellefi ve hakkın hukukiliği (meşruluğu) vardır¹². Bir hakkın konusunu çeşitli şeyler oluşturur. Kişilik hakkının konusu, hak sahibinin kendi kişilik sahasındaki değerleridir. Şeref ve haysiyeti, sırları, ismi vs. bunlardan-
dır¹³.

Haklar çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur¹⁴. Malvarlığı hakları-şahıs varlığı hakları sınıflandırmasında, hakların ekonomik değer taşıyıp taşı-mamasına göre yapılır. Yani, parayla ölçülmelerinin mümkün olup olmamalarına göre tasnif edilir. Şahıs varlığı (kişilik) hakları, ekonomik olarak bir değer taşımayan, kişinin daha ziyade manevi dünyasıyla alakalı olan haklardır. Özel hayatın gizliliği bu alan içindedir¹⁵.

B. İslam Hukukunda Temel Haklar

İnsan, İslam dininde çok değerli bir varlıktır. Nefsi, akli ve iradesi ol-ması açısından yaratılmış olan başka canlılardan farklı özellikleri haizdir.

¹¹ Gökmenoğlu, s. 13-15.

¹² Gökmenoğlu, s. 21-22.

¹³ Gökhan **Antalya**/ Murat **Topuz**, Medeni Hukuk, Genişletilmiş 3. bs., C. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 147; Gökmenoğlu, s. 22.

¹⁴ Hukuk dalına göre haklar “*kamu hakları-özel haklar*”; konularına göre haklar “*malvarlığı hakları-şahıs varlığı hakları*”; ileri sürülebilecek kişiler bakımından haklar “*mutlak haklar-nisbi haklar*”; kullanılmasının oluşturacağı etki bakımından haklar “*yenilik doğuran haklar-alelade haklar*”; kullanma yetkisi bakımından haklar “*şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar-şahsen kullanılması zorunlu olmayan haklar*”; bağımsız olup olmamalarına göre haklar “*bağımsız haklar-bağlı haklar*”; başkasına devrinin mümkün olup olmamasına bakımından haklar “*devredilebilir haklar-devredilemez haklar*” şeklindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Antalya/ Topuz**, s. 151-221.

¹⁵ Serap **Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 41 vd.; **Antalya/ Topuz**, s. 185.

Bundan dolayı Kur'an-ı Kerim, insanın gerek maddi anlamda yaratılış güzelliğinden gerekse manevi içeriğinden bahseder¹⁶. Bu durumla ilgili çok sayıda ayet vardır¹⁷.

İnsana saygı, onun hak ve hürriyetlerine saygı duyulması, maddi ve manevi bütünlüğünün gözetilmesi demektir. Bu kadar değerli olan insana, birçok hak ve sorumluluk verilmiştir. Bu hakların başında şahsi hak ve hürriyetler gelir¹⁸. İslam dini, insanlık için uyulacak ve saygı duyulacak evrensel haklar koymuştur. İnsan kanının kutsal olması ve haklı bir sebep olmadan insan kanının akıtılmasının ve insana eziyet edilmesinin haram olması; şeref ve namusa özellikle kadının şeref ve namusuna özen gösterilmesi örnek olarak gösterilebilir¹⁹. Ayrıca Kur'an-ı Kerim'de iki yüz kırk yedi yerde "*hak*" kelimesi işlenmiştir²⁰. Bütün bu durumlar, İslam

¹⁶ Süleyman **Kaya**, "Kur'an'da İnsanın Değeri", *İlahiyat Dergisi*, S.1, C.1, 2018, s. 55-56.

¹⁷ Bu ve bundan sonraki bütün ayetlerin meali, Diyanet İşleri Başkanlığının Kur'an-ı Kerim Tefsiri bölümünden alınmıştır. (<https://kuran.diyaret.gov.tr/Tefsir/>). "*Yemin olsun incire ve zeytine; Sînâ Dağına; Ve şu güvenli şehre! Biz insanı en güzel biçimde yaratmışızdır*". Kur'an-ı Kerim, Tin: 4. "*Allah, Ey İblîs dedi, Kendi ellerimle yarattığım şu varlığın önünde secde etmekten seni alıkoyan nedir? Büyüklük mü taslıyorsun yoksa ululardan mısın?*". Kur'an-ı Kerim, Sâd: 75. "*Hani rabbîn meleklere demişti ki: Ben şekillenebilir özlü balçıktan kurutulmuş çamurdan bir insan yaratacağım. Onun şeklini tamamladığım ve ona ruhumdan üflediğim vakit siz de hemen onun için secdeye kapanın. Bunun üzerine meleklerin hepsi secde ettiler*". Kur'an-ı Kerim, Hicr: 28-30. "*Ve Adem'e bütün isimleri öğretti. Sonra bunları meleklere gösterip sözünüzde doğru iseniz şunların isimlerini bana söyleyin dedi. Seni tenzih ederiz! Bize öğrettiğinden başka hiçbir bilgimiz yoktur. En kâmil ilim ve hikmet sahibi şüphesiz sensin cevabını verdiler. Ey Adem! Bunların isimlerini onlara bildir dedi. Onlara bunların isimlerini bildirince de, size ben göklerin ve yerin gizlisini kesinlikle bilirim; yine sizin açıkladığınızı da gizlediğinizi de bilirim, demedim mi! buyurdu. Meleklere, Adem'e secde edin dediğimizde İblîs dışındakiler derhal secde ettiler; o direndi, büyüklendi ve kâfirlerden oldu*". Kur'an-ı Kerim, Bakara: 31-34. "*Andolsun biz insanoğluna şan, şeref ve nimetler verdik; onları karada ve denizde taşıdık, kendilerine güzel güzel rızıklar verdik ve onları yarattıklarımızın çoğundan üstün kıldık*". Kur'an-ı Kerim, İsra: 70.

¹⁸ Ahmed **Akgündüz**, İslam'da İnsan Hakları Beyânnamesi, OSAV Yayınları, İstanbul 2017, s. 23.

¹⁹ Ebu'l Â'lâ **Mevdudi**, İslam'da İnsan Hakları, çev. Sezgin Baş, 1.bs., Düşün Yayınları, İstanbul 2017, s. 24.

²⁰ Bekir **Topaloğlu**, "Hak" maddesi, *TDVİA*, C. 15, İstanbul 1997, s. 152.

dininin tüm insanlara, sırf insan olmalarından ötürü temel haklar sağladığını gösterir²¹.

İslam dinine göre, bütün Müslümanlar ırk, dil, renk ve sınıf ayrımı yapılmadan eşit haklara sahiptir. Bununla beraber, gayrimüslimlerin de belirli hakları vardır²². Zımmî²³ olarak nitelendirilen bu kişilerin, can, mal ve namusuna saygı gösterilir ve korunur. İslam hukuku, bu kişilerin inanç ve vicdan hürriyetine, dini ayin yapma özgürlüklerine dokunmaz. Çoğu gayrimüslim devlet kendi Müslüman vatandaşlarına baskı yapabilirken, İslam Devleti (Dârüİslâm²⁴) kendi gayrimüslim vatandaşlarına böyle bir muamele yapmaz. Hakları güvence altındadır. Gayrimüslimler, kendilerine vatandaşlık statüsü verilen zımmilikten vazgeçmedikleri sürece bu hak geri alınamaz²⁵. Yeni ibadethanelerin inşa edilmesine kural olarak izin verilmemesi de gayrimüslimlere tanınan haklarda yapılan sınırlamalardan biri olarak ele alınabilir²⁶.

Bunlarla birlikte, temel insan hakları çok çeşitli belgelerde koruma altına alınmıştır. Yaşam hakkı, can güvenliği hakkı, temel yaşam standardı hakkı, kişi özgürlüğü hakkı, adalete erişim hakkı gibi²⁷. 1981 tarihli “İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi” nde, hak ve hürriyetler 23 madde halinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Beyannamedeki haklar, ayetlere

²¹ **Mevdudi**, s. 24. Ayrıca İslam’da kişilik hukuku için bkz. Ahmet **Bilgin**, İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, (Danışman: Prof. Dr. Halil Cin), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü, Doktora Tezi, Diyarbakır 1989, s. 19-27.

²² **Mevdudi**, s. 24-25.

²³ “Bir kimsenin yüklenmediği, ödemeye mecbur olduğu borç, alacak; himaye, sahip çıkma; antlaşma, ant, güvenlik, ahid, kendisine güvence verilen, koruma altına alınan kişi” olarak sözlükte geçer. İslâm devletinde, Müslümanlarla birlikte yaşayan ve vatandaş statüsünde olan başka din mensuplarına denir. Halil **Cin**/ Gül **Akyılmaz**, Türk Hukuk Tarihi, 10. bs., Sayram Yayıncılık, Konya 2018, s. 189-191; Mustafa **Fayda**, “Zımmî” maddesi, *TDVİA*, C. 44, İstanbul 2013, s. 428.

²⁴ Müslüman bir devletin hakimiyetindeki topraklar için kullanılan bir fıkıh terimidir. Ahmet **Özel**, “Dârüİslâm” maddesi, *TDVİA*, C. 8, İstanbul 1993, s. 541.

²⁵ **Mevdudi**, s. 25.

²⁶ Mehmet Âkif **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 17. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 143-144.

²⁷ **Mevdudi**, s. 49-67.

ve hadis-i şeriflerden esinlenilerek düzenlenmiştir. Bu beyanname, dünyada insanlığın tamamının eşit ve devredilmez hakları haiz olduğunu tanıması ve dünya barışı temeline dayanması açısından çok önemli bir belgedir²⁸.

İslam hukuk sisteminde insan hakları prensipleri diğer hukuk sistemlerinden farklıdır. Anglo-Sakson hukuk sistemi ve Kara Avrupası hukuk sistemleri ile İslam hukuk sisteminin insan haklarına yaklaşım biçimleri farklıdır. Bu fark, İslam'ın Batı'ya göre, insan hakları konusunda daha ilerde olması sonucunu doğurmuştur. Bunun sebebi, İslam'ın insan hakları konusunu, Batı'daki gibi "yarar" olarak görmekten ziyade "şer'î"²⁹ bir ibadet ve sorumluluk olarak benimsemesidir³⁰.

İslam dininin insan haklarına vermiş olduğu değer, Peygamber Efendimiz (s.a.v.) zamanından beri süregelmiştir. Peygamber Efendimiz öncülüğünde, Medine şehrinde Müslüman gayrimüslim bütün insanlarla bir görüşme yapılmış ve bunun sonucunda sözleşmeyle aralarında kardeşlik akdedilmiştir. Medine'de yaşayan her kişiye güvenli yaşama teminatı sağlanmıştır. Bunların sonucunda da yazılı bir anayasa metni ortaya çıkmıştır. İslam'ın ilk yazılı metni olan bu belgeye "Medine Vesikası"³¹ denilmiştir³².

28 Cemal **Anadol**, "İnsan Hakları Beyannamesi ve İslam'da İnsan Hakları", *Diyanet Aylık Dergi*, Mayıs 1993, s. 54.

29 Şeriatça uygun, İslamiyet tarafından makbul olan. İlahi kanuna dair. Meşru. Bkz. Abdullah **Yeğin**, *İslami-İlmi-Edebi-Felsefi, Yeni Lügat, Genişletilmiş Baskı, Hizmet Vakfı Yayınları*, İstanbul 2013, s. 955.

30 Nurullah **Güngör**, "İslam Hukuku'nda Özel Hayat Kavramı ve Günümüz Uygulamaları", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 4, 2016, s. 70.

31 "Kenti maruz kalabileceği tehlikelere karşı korumak ve Müslüman olmayanlarla Kureys'in iş birliği yapmasını önlemek için, Peygamber Efendimiz (s.a.v.)'in son söz sahibi olduğu ve Medine toplumunun tamamının katıldığı siyasal anlamda birliğin temeli kabul edilen belge". Nebi **Bozkurt**/ Mustafa Sabri **Küçükkaşçı**, "Medine" maddesi, *TDVİA*, C. 28, Ankara 2003, s. 307; Mehmet Âkif **Aydın**, "Anayasa" maddesi, *TDVİA*, C. 3, İstanbul 1991, s. 153.

32 Muhammed **Hamidullah**, "Usul al-Fıkıh'ın Tarihi", çev. Fuad Sezgin, İstanbul 1956-1957, s. 1-2; Raşit **Küçük**, Hz. Peygamber ve Birlikte Yaşama Ahlakı, "Asrı Saadette Birlikte Yaşama Ahlakı Bazı Tespitler ve Örnekler", 1. bs., DİB Yayınları, Ankara 2015, s. 42-43; **Güngör**, s. 73.

Şahıs varlığı haklarının temel örneklerinden biri, “kişilik hakkı”dır. Bir kişinin hukuk düzeni tarafından korunmuş kendi şahsi değerleri üzerinde hakim olduğu, herkese karşı ileri sürebildiği dokunulmazlık alanıdır. Kişilik hakkı kapsamında yer alan değerler ise şunlardır: “yaşam, sağlık ve vücut tamlığı, şeref ve haysiyet, hak ve fiil ehliyetleri, özel ve gizli hayat alanı, isim ve resim üzerindeki hak, meslek, sanat ve ticaret alanında faaliyet gösterebilme, mesleki şeref ve haysiyet vb.”³³.

Fıkıh literatüründe haklar, “Allah (c.c.) hakkı-kul hakkı” kapsamında tasnif edilmiştir³⁴. Klasik fıkıh kitaplarında, “meseleci yöntem anlayışı” benimsendiğinden dolayı kişilik hakları özel bir başlık altında toplanmamıştır. Bu yüzden bu haklar, ilgili hükümlerin geçtiği konulara yayılmış durumdadır. Daha çok, nikah, nesep ve talak başlıkları altında incelenmiştir. Fıkıh usulünde, “Allah hakları-kul hakları” ayırımında, kişilik hakları “kul hakkı” kapsamında sayılmıştır³⁵.

Klasik İslam Hukuku kaynaklarında günümüzdeki anayasa, kanun, tüzük gibi düzenlemeler mevcut değildir. Ancak kişiliğe ve malvarlığına ilişkin hakları koruyan çok sayıda ayet ve hadis-i şerif vardır³⁶. Bir de sınırlı yasama yetkisi kapsamında örfî düzenlemeler vardır. Türk-Moğol siyasi ve idari geleneği ile İslam siyasi ve idari geleneğinde mevcut olan bu düzenlemeler Osmanlı’da ziyadesiyle mevcuttur³⁷. Ayet ve hadis-i şeriflerden anlaşıldığı üzere, özel hayat mahremiyeti, daha çok ahlak ilkeleri şeklindeki manevi müeyyideler ile teminat altına alınmıştır. Fakat İslam

³³ Antalya/ Topuz, s. 186; Zafer Zeytin/Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 65-66.

³⁴ Allah (c.c.) hakkı, sadece herhangi birini değil, o toplumdaki fertleri, yani geneli, umumu ilgilendiren haklardır. Yani, Allah (c.c.) hakları, başka bir ifadeyle kamu haklarıdır. Bu haklar, söz konusu olduğunda kişilerin bu hakları çiğneyenleri affetmeye yetkisi bulunmamaktadır. Topluluk adına her bir kişinin, suçluya dava açma yetkisi vardır. Bkz. Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. 1, İz Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 193.

³⁵ Zekiyüddin Şaban, İslam Hukuk İlminin Esasları, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, DİB Yayınları, Ankara 1990, s. 286 vd.; Ayhan Hira, “Özel Hayatın Korunması: Türk Ceza Kanununda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Düzenlemenin İslam Hukuku ile Mukayesesi”, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 13, Bahar 2014, s. 86.

³⁶ Hira, s. 86.

³⁷ Mehmet Âkif Aydın, Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet, 3. Bs., Klasik Yayınları, İstanbul 2020, s. 22-24; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 67-68.

hukukçuları kişilik haklarına ilişkin bu saldırıların hukuk düzeni tarafından korunması için ta'zir³⁸ türünde maddi cezalar, manevi tazminatlar ile zarar gören kişiye meşru müdafaa hakkı tanımıştır³⁹.

İslam'da temel insan hakları, şahsî özgürlüklerdir. Kişi dokunulmazlığı⁴⁰, inanç özgürlüğü⁴¹, özel hayatın gizliliği⁴², düşünce özgürlüğü⁴³, mülkiyet hakkı⁴⁴ ve eğitim hakkı⁴⁵, Kur'an-ı Kerim'de de yer alan bu haklardandır⁴⁶. Temel haklardan olan özel hayatın gizliliği, her insana ait özel bazı durumların gizli kalması gerektiğine ilişkindir. Hiç kimse, bir başkasının gizli kalmasını istediği özel hayatını irdeleme, sırlarını ortaya çıkarma hakkına sahip değildir⁴⁷. Özel hayatın gizliliği hakkı konumuzun temeli olmasından ötürü aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

38 "Ta'zir, Arap dilinde, menetmek, engellemek, reddetmek anlamlarına gelmektedir. Had cezalarından daha hafiftir. Suçluyu tedip etme ve yaptığı fiilden dolayı utanmasını sağlama amaçları taşımaktadır. Allah (c.c.) hakkının ya da kul hakkının ihlal edilmesi durumu değiştirmez. Örneğin, Ramazan ayında herhangi bir mazeret olmaksızın orucu bozmak, Allah (c.c.) hakkını ihlal anlamına gelmektedir; emanete ihanet etmek ise, kul hakkını ihlal etmektir. Kişinin, Allah (c.c.) hakkı veya kul hakkını ihlal etmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Her iki fiilden dolayı da kişi cezalandırılacaktır. Ta'zir suçları, Şari'in³⁸ hakkında, Kur'an- Kerim veya hadis-i şeriflerle belirli bir ceza tespit etmediği, ancak toplumda karmaşaya neden olduğu için Şari' tarafından yasaklanmış olan suçlardır". Muhammed **Ebû Zehra**, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, çev. İbrahim Tüfekçi, C. 1, 1. bs., Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994, s. 105; Vehbe **Zuhayli**, İslam Ansiklopedisi Fıkhî, çev. Ahmet Efe vd., C. 7, Risale Yayınları, İstanbul 2012, s. 472-473.

39 **Hira**, s. 86.

40 "Yanlılıkla olması dışında, bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı olamaz...". Kur'an-ı Kerim, Nisâ: 92.

41 "Dinde zorlama yoktur...". Kur'an-ı Kerim, Bakara: 256.

42 "...gizlilikleri araştırmayın...". Kur'an-ı Kerim, Hucurât: 12.

43 "Kur'an-ı okuyup düşünmezler mi? Yoksa kalpler üzerinde kilitleri mi var?". Kur'an-ı Kerim, Muhammed: 24.

44 "Servet ve oğullar, dünya hayatının süsüdür...". Kur'an-ı Kerim, Kehf: 46.

45 "...hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu!". Kur'an-ı Kerim, Zümer: 9.

46 Muhsin **Demirci**, "Kur'an'a Göre Temel Hak ve Özgürlükler", *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, s. 50-66.

47 Servet **Armağan**, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, DİB Yayınları, 8. bs., Ankara 2015, s. 102 vd.; Servet **Armağan**, "İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği (Mahfuziyet'i)-Bir İzah Tecrübesi-", *İslâm Tetkikleri Dergisi*, C. 6, İstanbul 1976, s.

II. ÖZEL HAYAT KAVRAMI VE OSMANLI UYGULAMASI

Bu kısımda, özel hayat kavramının önemine binaen önce özel hayatla ilgili genel bilgi verilip sonra Osmanlı uygulaması örnekleri incelenecektir.

A. Özel Hayat Kavramı

Kamusal hayat, kişilerin herkese açık, başka kişilerin bilmesinden çekinmedikleri hayat alanıdır. Mahrem hayat, bir kişinin başkalarının bilmesini istemediği, ancak kendisi isterse bir veya birkaç kişiye (örneğin eşine) anlatabileceği sırları, gizlemek istediği konuları ya da belgeleridir⁴⁸. Özel hayat ise, bir kişinin eşi, yakın olan birinci derece akrabaları ile yakın dostları dışında başka kişilere kapalı tuttukları hayat alanıdır. Bu sayılan kişiler dışında olanların, özel hayat kapsamına giren konularda bilgi edinme hakkı söz konusu değildir. Özel hayat kavramından dolayı özel hayatın gizliliği bir gereksinim haline gelmiştir⁴⁹.

Özel hayat, *“her bireyin sıkı bağlarla bağlı bulunduğu yakınları, dostları, tanıdıklarıyla paylaşmak istediği olayları kapsar. İnsanın ailevi, kişisel hayatı, iç hayatı, manevi hayatı, kapalı kapısının arkasında yaşarken idare ettiği hayatıdır”*⁵⁰, *“şahsın, başkalarının görmesini, duymasını ve bilmesini istemediği yani gizli tuttuğu hayatıdır”*⁵¹. Bu tanımı, *“İnsanı biz yarattık ve elbette içinden geçenleri biliriz; sağında solunda oturmuş iki alıcı (yaptıklarını) alıp kaydederken biz ona şah damarından daha yakınız”*⁵² ayeti ile ilişkilendirecek olursak, Allah (c.c.) kullarının yaptığı her

155 vd.; **Demirci**, s. 52; Mariam **Sherwani**, “The Right to Privacy under International Law and Islamic Law: A Comparative Legal Analysis”, *Kardan Journal of Social Sciences and Humanities*, Volume 1, Issue 1, June 2018, s. 30.

⁴⁸ **Toksarı**, s. 8; **Demir**, s. 1.

⁴⁹ **Toksarı**, s. 8; **Demir**, s. 1; Ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer **Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 14. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 541 vd.

⁵⁰ Ahmet **Danışman**, *Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1991, s. 8-9; Hüseyin **Öresin**, *Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması*, (Danışman: Prof. Dr. Ahmet Yaman), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s. 13.

⁵¹ **Armağan**, *Temel Hak*, s. 103.

⁵² Kur'an-ı Kerim, Kâf: 16-17.

şeyi görür⁵³, gizli ve açık olan bütün konuşmalarını, hatta içinden geçenleri dahi bilir⁵⁴. Çünkü O, insana şah damarından daha yakındır⁵⁵. Allah (c.c.) kullarının her halini bildiğini bir başka ayette şu şekilde vurgulamıştır: “Yoksa onlar, gizlediklerini ve fısıldaştıklarını bizim işitmediğimizi mi sanıyorlar! Hayır! Doğrusu şudur ki onların yanındaki elçi meleklerimiz her şeyi kaydediyorlar”⁵⁶. “Sözünüzü ister gizleyin isterse açığa vurun; unutmayın ki O, kalplerin içindekini bilmektedir”⁵⁷ ayetinde de sözü açığa vurmanın önemli olmadığı, Allah (c.c.)’ın kalplerimizi bildiği belirtilmiştir. Bütün bu ayetlerden çıkan sonuç ise, her şeyi bilen ve gören Allah (c.c.)’a karşı gizli hallerin ve dolayısıyla özel hayatın söz konusu olamayacağıdır.

Özel hayat kavramını belirtmek için, özel hayat hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı, özel hayatın korunması, aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkı gibi kavramlar kullanılmaktadır⁵⁸. Çağdaş İslam hukuku kitaplarında, özel hayata denk gelen, Arapça “el-Hayâtü’l-hassa” kelimesi kullanılmaktadır⁵⁹. “Mahremiyet” tabiri de özel hayat kavramına karşılık gelmektedir. Yani, İslamiyet özel hayatın gizliliğini mahremiyet

53 “Gökleri ve yeri altı günde yaratan, sonra arşa istivâ eden O’dur. Toprağa giren ve ondan çıkan, gökten inen ve ona yükselen her şeyi bilir. Nerede olursanız olun O sizinle beraberdir. Allah yaptıklarınızı görmektedir”. Kur’an-ı Kerim, Hadîd: 4.

54 “De ki: İçinizdekileri gizleseniz de açığa vursanız da Allah onu bilir; göklerde olanları da yerde olanları da bilir. Allah her şeye kâdirdir”. Kur’an-ı Kerim, Âl-i İmrân: 29.

55 Mehmet Emin **Özafşar**/İsmail Hakkı **Ünal**/Bünyamin **Erul** (edt.), Hadislerle İslam, C. 5, 2. bs., Ankara 2013, s. 458.

56 Kur’an-ı Kerim, Zuhuruf: 80.

57 Kur’an-ı Kerim, Mülk: 13.

58 Ramazan **Keklik**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 8-9; Ali **Korkmaz**, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, *Karamanoğlu Mehmet Bey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2014, s. 100.

59 Abdullah **Kahraman**, İslam Hukuk ve Ahlak İlkeleri Işığında Özel Hayatın Gizliliği -Mahremiyet-, 1. bs., Ebabil Yayıncılık, Ankara 2008, s. 58; **Hira**, s. 79.

olarak ele alır. Ancak Arap dilinin zenginliğinden dolayı mahremiyet⁶⁰ Arapçada sadece bu anlamda kullanılmamaktadır⁶¹.

Klasik İslam hukuku eserlerinde, özel hayat kavramı “özel hayat” başlığı altında incelenmemiş olup çeşitli ayet ve hadis-i şeriflerden beslenmiştir. Özel hayatın gizliliğiyle ilgili, bilgi ve uygulama konusunda ayet ve hadis-i şeriflerin etkisiyle zengin bir içerik ortaya çıkmıştır. Kişilik haklarının korunması kapsamında, kişinin özel hayatının tespitinden (özel durumların gizliliğinden) haberleşme hürriyetine ve konut dokunulmazlığına kadar çok sayıda konunun hukuk ve ahlak birlikteliğiyle⁶² işlendiği görülmektedir. Yani, özel hayat tabiri fıkıh külliyyatında kendine has bir şekilde yer almıştır⁶³. Özel hayatın gizliliği tabiri, kişilerin yabancılardan gizlemeye hakları olan özel hallerini belirtmek için kullanılır. Yani, özel hayatın gizliliği tabiriyle, sadece hak veya sadece ilkeler kastedilmemektedir. Bunların harmanlandığı, kişiye imkanlar tanıyan bir statü ifade edilmektedir⁶⁴.

Kişiye, zamana ve mekâna bağlı olarak farklılıklar arz ettiğinden dolayı özel hayatın içeriğini belirlemek kolay değildir. Fakat, genellikle özel hayatın gizliliğinin korunması haklar bazında, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği ve özel durumların gizliliğini kapsar⁶⁵. İlkeler açısından baktığımızda ise, “*tecessüs etmenin yasaklanması*”, “*gıybetin yasak olması*”, “*kusur bağışlamanın gerekliliği*”, “*söz götürüp getirmeye izin verilmemesi*”, “*gizli ve ayıp halleri saklamanın vazife olması*”, “*evlere kapılardan girilmesi gerektiği*”, “*başkasının evine*

60 “Mahrem, Gizli. Dince ve şer’an müsaade olunmayan. Birisinin hususi hallerine ait gizli sır. Nikah düşmeyen, evlenilmesi haram olan yakın akraba” gibi anlamlara gelmektedir. Bkz. **Yeğın**, s. 617-618.

61 **Güngör**, s. 71; **Hira**, s. 79.

62 Ahlaki nitelik taşınması hukuki nitelik kazanmayacağı anlamına gelmez. İslam hukukunda, ırz kavramı kapsamında şahsiyet haklarını ihlal eden sözlü veya yazılı biçimdeki haksız saldırılar sonucu bu haksız saldırıları gerçekleştirenlere tazir cezası verilmiştir. Bkz. Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 8, Bilmen Yayıncılık, İstanbul 1985, s. 272; **Hira**, s. 77.

63 **Hira**, s. 77.

64 **Armağan**, “Mahfuziyet”, s. 142.

65 **Gökmenoğlu**, s. 122; **Danışman**, s. 2; **Öresin**, s. 16.

izinle girilmesi gerektiği”, “sır saklama görevi”, “haram şeylere bakmanın yasak olması” bu kapsamdadır⁶⁶. Ayrıca Peygamber Efendimiz (s.a.v.), “kul hakkıyla ilgili olmayan konularda işlenen günahların kişilerin sırrı olarak kalmasını ve bunların anlatılmamasını” istemiştir⁶⁷.

Bu ilkelerin Çağdaş İslam hukukunda normatif hal almasına gelince, İslam hukukunu yaşayan bazı ülkelerin (Pakistan, Malezya ve Suudi Arabistan, İran gibi) Anayasalarında, yukarıda belirtilen ilkeler şeklinde olmasa da, bu ilkelerden yola çıkarak ulaşılabilecek haklara (örneğin, konut dokunulmazlığı) kısmen yer verilmiştir. Dördüncü (IV.) büyük başlık altında yer alan, İslam Hukukunu Yaşayan Bazı Ülkelerde Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Düzenlemeler kısmında, hangi ülkelerin Anayasalarında hangi hakların ne şekilde korunduğu incelenecektir.

B. Osmanlı Uygulaması

Osmanlı Devleti’nde özel hayatın gizliliği, hem Klasik dönemde hem de Tanzimat döneminde korunmuştur. Bu koruma genel olarak, Klasik dönemde şer’i-örfi hukukla, Tanzimat döneminde ise, kanunnameler yoluyla sağlanmıştır⁶⁸. Konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliğiyle beraber değerlendirilmiştir. Özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleler (özellikle konut dokunulmazlığının ihlaline yönelik) çeşitli kanunnamelerde sayılmış ve cezaları tayin edilmiştir⁶⁹.

Ukubat kitapları, cezaları sınıflandırırken yaygın bir kullanım olarak had-kıyas- tazir ayrımı yapar⁷⁰. Geniş bir koruma sağlanan özel hayatın

⁶⁶ **Armağan**, Temel Hak, s. 104-121.

⁶⁷ Bir hadis-i şerifte, “*Mâiz b. Mâlik el-Eslemî adlı sahâbînin zina suçunu itiraf etmesi ve Ey Allah’ın Resûlü beni arındır demesine rağmen ona, Yazıklar olsun sana! Git Allah’tan bağışlanma dile ve ona tevbe et! buyurmuştur. Mâiz’in ısrarla geri gelmesi üzerine, Bunda delilik mi var? diyerek onu geri çevirmiş, tekrar geldiğinde de, bu adam içki mi içti? diyerek itirafını kabul etmemiştir. Mâiz yeniden suçunu itiraf edince suç işleme ehliyetinin olduğu kanaatine vararak bu kişiye gerekli cezayı vermiştir*”. **Müslim**, Hudûd, 22. Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 5, s. 444; **Toksarı**, s. 12.

⁶⁸ Seda Örsten **Esirgen**, “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4, C. 65, 2016, s. 2305.

⁶⁹ **Esirgen**, s. 2310-2311.

⁷⁰ Coşkun **Üçok**/Ahmet **Mumcu**/Gülnihal **Bozkurt**, *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 22. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 84-96; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 153-198.

gizliliğine müdahale edilmesi sonucunda had ve kısas cezaları verilmemiştir. Bu cezalar yerine ihlalde bulunan kişiler, kadı veya devlet başkanının tayin ettiği ta'zir cezalarıyla cezalandırılmıştır⁷¹.

Konuyla ilgili çeşitli kanunname örnekleri mevcuttur. Fatih Kanunnamesinin 41. maddesine göre⁷², başkasının özel durumuna bakmak para cezasıyla cezalandırılmıştır⁷³. II. Bayezit Kanunnamesinin 6. maddesine göre⁷⁴, özel hayatın gizliliği cinsel saik ile gerçekleşirse ceza verileceği düzenlenmiştir⁷⁵. II. Bayezit Kanunnamesi ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesinin çeşitli hükümlerinde, cinsel saik ile mesken dokunulmazlığından ayrı olarak, sadece konut dokunulmazlığına ihlalden⁷⁶ de ceza verildiği görülür⁷⁷. I. Ahmet Kanunnamesinin 6. maddesine göre⁷⁸, hıyanet ile eve girmenin cezalandırıldığı görülür. Dulkadiroğlu Kanunnamesinin 36. maddesine göre, özel hayatın gizliliğine karşı gerçekleştirilen

⁷¹ **Esirgen**, s. 2309.

⁷² “*Ve bir kişi bir kişiye fuhs ile söğse, şer’le ta’zir olunub, kırk akçe cerime alına. Ve bir kişi bir kişinin haremüne nazır olsa yirmi akçe cerime alına*” Ahmed **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, C. 1, OSAV Yayınları, İstanbul 2011, s. 229.

⁷³ **Esirgen**, s. 2309.

⁷⁴ “*Ve eğer birinin evine girse, zina kasdına, evlü ise evlü cürmin; eğer ergen ise ergen cürmin vere*”. Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 2, OSAV Yayınları, İstanbul 1990, s. 40.

⁷⁵ **Esirgen**, s. 2309.

⁷⁶ “*...hıyanet ile bir ecnebinin evine giren kimsenin... içmeği (emceği) kesile...*” (m. 26). **Akgündüz**, Cilt 2, s. 42, 43.

⁷⁷ **Esirgen**, s. 2310.

⁷⁸ “*...ile kimesnenin evine girenlerin ve avret ve kız çekmeğe varan kimesnenin zekeri kesile*” Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 9, OSAV Yayınları, İstanbul 1990, s. 494.

hareketlere ta'zir cezası verilmiştir⁷⁹. Ayrıca Klasik dönem Osmanlı hukukunda da, İslam hukukunun kabul ettiği geniş bakış açısıyla birlikte, ayet ve hadis-i şerifler ışığında cezalar verilmiştir⁸⁰.

Özel hayatın gizliliğinin korunmasıyla ilgili, 19. yüzyıla dek yukarıda bazı örnekleri verilen birçok düzenleme söz konusudur. 19. yüzyıldan sonra, “*Tanzimat Fermanı*”, “*1858 tarihli Ceza Kanunu*” ve “*Kanun-i Esasi*”de ilgili düzenlemeler yer almaktadır⁸¹. 1839 yılında tek taraflı olarak ferman şeklinde yazılan Tanzimat Fermanında, Devletin bütün uyrukları için kişi dokunulmazlığının korunacağına dair düzenlemelerin yapılacağı belirtilmiştir. Can, mal ve ırz güvenliği teminat altına alınmıştır⁸². “*1858 tarihli Ceza Kanunu*”nda, mesken dokunulmazlığının ihlalini cezalandıran hüküm yer almıştır⁸³. Konut dokunulmazlığı, temel bir hak

⁷⁹ “Eğer bir kimesnenin kapusından ya bacasından baksalar, kırk akçe alına. Eğer ‘avâmdan ise şer’le isbat etdüreler; değil ise havâsdan (seçkinler) dindar kimesne ise sözine inanalar. Ve ‘avâmdan olan yalan çıkarsa, beş altın alına veyahud dili kesile”. Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 5, OSAV Yayınları, İstanbul 1990, s. 158; **Esirgen**, s. 2310-2311.

⁸⁰ **Esirgen**, s. 2308.

⁸¹ Bkz. Ahmet **Kılınç**, Kanun-i Esasi’nin İnsan Hakları Yönünden Analizi, (Danışman: Prof. Dr. Ahmet Bilgin), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2005, s. 112-132; **Esirgen**, s. 2311-2312.

⁸² Mustafa **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, 4. bs., Siyasal Yayınevi, Ankara 2001, s. 7; **Atar**, s. 38.

⁸³ “Her bir memur kavanin-i mülkiye ve askeriye ve müesses olan zabtiye nizamının cevaz verdiği hususatdan gayri ahvalde ve kavanin ve nizamatin tayin ettiği usulden başka olarak memuriyeti sıfatıyla bir kimsenin hanesine cebren girer ise altı aydan üç seneye kadar habs olunur ve bunu amirinin emri ile yapmış olduğu tebeyyün eder ise kendisi cezadan ma’fûv (bağışlanan) tutulup amiri her kim ise bu ceza anın hakkında icra olunur ve memurinin gayri dahi her kim olur ise olsun ya ihafe veyahud cebir ile bir kimsenin hanesine girer ise bir haftadan altı aya kadar habs ile mücazat olunur”. **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 635-636; **Esirgen**, s. 2311.

olarak Kanun-i Esasi'de⁸⁴ düzenlenmiş ve anayasal güvenceye sahip olmuştur⁸⁵.

III. İSLAM ANAYASASI VE İSLAM'DA İNSAN HAKLARI BEYANNAMESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN DÜZENLENMESİ

Toplumsal bir varlık olan insanın, özel hayatının gizliliğini teminat altına almak için birçok belge düzenlenmiştir⁸⁶. Gerek yerel gerekse uluslararası olan bu belgeler özel hayatın gizli olması gerektiğine olan inancı artırmıştır⁸⁷. Medine Vesikası ve Veda Hutbesiyle başlayan İslam'da insan haklarına ilişkin düzenlemeler devamında birçok belgeyle taçlanmıştır. Bu çalışmada, aşağıdaki iki önemli belgeden kısaca bahsedilecektir.

A. İslam Anayasası

İslam dininde, İslam İşbirliği Teşkilatı'nın (eski adıyla İslam Kon-

⁸⁴ 23 Aralık 1876 tarihli ilk Osmanlı Anayasasıdır. Osmanlı İmparatorluğunun “teokratik özelliği” sürdürülmüştür. Devletin, dini “İslam”dır ibaresi yer almıştır. “İki meclisli sistem ve iki dereceli seçim sistemi” getirilmiştir. Anayasanın genel haklarla ilgili bölümünde bazı temel hak ve hürriyetler “yasalar önünde eşitlik, kişi dokunulmazlığı, basın özgürlüğü, dilekçe hakkı, işkence yasağı, eğitim özgürlüğü, kamu görevlisi olma hakkı” belirtilmiştir. Bu hakların, 113. maddede, “*Hükümetin güvenliğini bozdukları polis soruşturması ile kanıtlananları ülke dışına sürmek*” ifadesiyle Padişah tarafından kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Şeref **Gözübüyük**, Açıklamalı Türk Anayasaları, 9. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 3-6; Şeref **İba**, Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 30-40; Erdoğan **Teziç**, Anayasa Hukuku, 21. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 169; Mustafa **Erdoğan**, Türk Anayasa Hukuku, Hukuk Yayınları, Ankara 2018, s. 11-17.

⁸⁵ “*Memâlik-i Osmaniye’de herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvâlden mâ’ada bir sebep ile hükümet tarafından cebren hiç kimsenin menziline girilemez*”. Esirgen, s. 2312.

⁸⁶ 1982 Anayasası (m. 20-22), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (m. 132-140), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi gibi.

⁸⁷ Sadık **Kılıç**, “Kur’an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları”, *Tartışmalı İlmî Toplantı*, İstanbul 2014, s. 369.

seyi'nin) hazırladığı İslam Anayasası ve 1981 tarihli İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi, haklar bakımından çok önemli iki belgedir⁸⁸. İslam İşbirliği Teşkilatı⁸⁹ tarafından hazırlanan İslam Anayasası'nın 6. maddesinde konuyla ilgili önemli düzenleme yer almıştır. İlgili madde şöyledir: “*Ferdin hususi hayatı hürmete değerdir; dokunulamaz. Mesken, haberleşme ve konuşma hürriyetlerinin gizliliği ve dokunulmazlığı esastır. Dokunulmazlıkları, ancak gerekçeli mahkeme kararı ile kaldırılabilir*”⁹⁰.

B. İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi

Konuyla ilgili önemli bir düzenleme de 1981 tarihli İslam'da İnsan Hakları Beyannamesidir. İslam hukuk tarihinde, Batı tarzıyla, insan hakları bildirilerine rastlanmamıştır. Bu durum, İslam hukuk sistemine, insan haklarının Batı'dan daha geç geldiği ve İslam tarihinde insan hakları mücadelesi olmadığı yönünde haksız eleştiriler doğurmuştur. Bu sorulara karşı verilen cevap, var olan bir şeyin ilanına lüzum görülmemesi şeklinde olmuştur⁹¹.

Gerçekten de, Batı'da insan hakları mücadeleleri 11. yüzyıldan önce hemen hemen yok gibidir. İslam hukukunda ise, başlangıçtan itibaren temel hak ve hürriyetler, Kur'an-ı Kerim ve Sünnet tarafından kabul ve ilan

⁸⁸ Ahmed **Akgündüz**, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, OSAV Yayınları, İstanbul 1997, s. 125; **Güngör**, s. 74.

⁸⁹ İslam Dünyası'nın haklarını ve çıkarlarını korumak için, 57 üye devlet arasında dayanışmayı ve iş birliğini kuvvetlendirmek için kurulmuştur 21 Ağustos 1969'da İsrail'in işgali altında bulunan Kudüs'teki, Mescid-i Aksa'nın yakılmasının İslam Dünyası'nda oluşan tepki üzerine, 22-25 Eylül 1969 tarihlerinde Rabat'ta ilk kez düzenlenen, İslam Zirve Konferansı'nda alınan bir kararla kurulmuştur. Türkiye başlangıçtan beri kuruluşa üyedir. İslam Konseyi'nin ismi Haziran 2011'de, Astana'da düzenlenen 38. Dışişleri Bakanları Konseyi'nde İslam İşbirliği Teşkilatı olarak değiştirilmiştir İslam İşbirliği Teşkilatı'nın Organları: “İslam Zirvesi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Daimi Komiteler, İcra Komitesi, Uluslararası İslami Adalet Divanı, Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu, Daimi Temsilciler Komitesi, Genel Sekreterlik, Alt Organlar, Uzmanlık Kuruluşları, İlgili Kuruluşlar” şeklindedir. Bkz. Muzaffer **Şahin/Zakir Avşar/İsmail Safi**, “İslam İşbirliği Teşkilatı”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 28, S. 1, Ocak 2018, s. 237; Davut **Dursun**, “İslam Konferansı Teşkilatı” maddesi, *TDVİA*, C. 23, İstanbul 2001, s. 49-53; <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa>, (Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı).

⁹⁰ **Akgündüz**, Anayasa, s. 125; **Güngör**, s. 74.

⁹¹ **Akgündüz**, İnsan, s. 107.

edilmiş bundan dolayı tekrar bir ilana gerek duyulmamıştır⁹². Bununla birlikte İslam hukukçuları, İslam hukukunun temel kaynaklarına (Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflere) dayanarak⁹³ konuyu sistematik olarak incelemiştir. İslam İşbirliği Teşkilatı tarafından hazırlanan bu bildiri, Arapça, İngilizce ve Fransızca olarak neşredilmiştir⁹⁴. Beyannamedeki konumuzla ilgili düzenlemelerden biri sekizinci maddede yer alır. Beyannamenin 8. maddesine göre, “*Ferdin ırz ve namusu muhteremdir, dokunulmazdır; bunların hürmeti asla çiğnenemez. Kişinin, özel hayatının tecessüsü, gizli ve ayıp hallerinin araştırılması, onun şahsiyetine ve özel hayatına, izni olmadan müdahale edilmesi haramdır yani şiddetle yasaklanmıştır*”. Bu madde Peygamber Efendimizin Veda Hutbesi’nden ve Hucurât Suresinin 12. ayetinden yola çıkarak düzenlenmiştir⁹⁵.

Özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik, İslam’da İnsan Hakları Beyannamesinin diğer önemli maddesi ise ferdin gizli sırlarını koruma hakkı şeklindeki yirmi ikinci maddedir. İlgili maddeye göre, “*İnsanın gizli sırları, sadece onu yaratan Hâlık ile paylaşılır. Bu sebeple, insanın gizli sırları ve hususi hayatı, korunmuştur bunları araştırmak ve öğrenmeye çalışmak helal değildir*”. Bu madde Hucurât Suresinin 15. ayeti ve Ebû Dâvûd ile Tirmizî’nin naklettikleri “*Ey dili ile Müslüman oldukları halde iman henüz kalblerine ulaşmayanların topluluğu! Müslümanlara eziyet ve işkence etmeyiniz. Onların ayıplarını ortaya çıkarıp utandırmayınız. Müslümanların gizli sırlarını ve utanacakları hallerini araştırmayınız. Zira kim Müslüman kardeşinin gizli ve utanılacak hallerini araştırırsa, Allah da onunkileri ortaya kor. Allah kimin gizli ve utanılacak hallerini ortaya korsa, devesinin yükünün içinde dahi olsa, rezil ve rüsva eyler*” hadisten yola çıkarak hazırlanmıştır⁹⁶.

92 **Akgündüz**, İnsan, s. 107.

93 Atique **Tahir**, “Privacy in Islam, a sacred human right”, [https://www.numl.edu.pk/journals/subjects/156109886911-AL-BASEERA%202%20\(Vol.%201%20-%20Issue.%202\)%20DEC-2012.pdf](https://www.numl.edu.pk/journals/subjects/156109886911-AL-BASEERA%202%20(Vol.%201%20-%20Issue.%202)%20DEC-2012.pdf), ET. 30.10.2021.

94 **Akgündüz**, İnsan, s. 109-110.

95 **Akgündüz**, İnsan, s. 125-126.

96 **Akgündüz**, İnsan, s. 144.

IV. İSLAM HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASINI SAĞLAYAN HAKLAR

Özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik haklar, İslam hukukunda ayrıntılı biçimde Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde düzenlenmiştir. Aşağıda, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şerifler ışığında bu haklar incelenecektir.

A. Genel Olarak

Kişinin izin vermeden başkasının giremeyeceği ve açığa çıkaramayacağı alan, özel hayatın sınırını belirler. Bazı farklılıklar olmakla beraber özel hayatın kapsamına giren konular hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde benzerdir. Örneğin, yukarıda da incelendiği gibi, gerek TCK. m. 116, 132-140⁹⁷ ve 1982 Anayasası m. 20-22 maddeleri gerekse İslam hukukundaki kaideler özel hayatın kapsamının birbirinden çok da farklı olmadığını gösterir. Kişinin özel notları, fotoğrafları, cinsel hayatı, sağlığıyla alakalı şeyler, özel hayatını sürdürdüğü yerler ve aile ilişkileri bu kapsamdadır⁹⁸.

İslam hukukunun Klasik kaynaklarındaki genel kabule göre, özel hayat ile ilgili konular, -ırzı koruma- kapsamında yer alır. Irzın korunması, sadece vücudun cinsel bütünlüğüne karşı yapılan haksız saldırılar olarak anlaşılmamaktadır. Irzın korunması, kişinin namus, şeref, haysiyet ve onurunun, bir başka deyişle “*izzet-i nefsinin*” korunmasını kapsamaktadır⁹⁹. Bundan dolayı, İslam'da özel hayat kapsamı geniş yorumlanmakta, “*izzet-i nefsin*” korunmasını içine almaktadır¹⁰⁰. Gıybet etmek, iftira atmak, küfretmek, alay etmek gibi birçok fiilin ırza karşı saldırı, dolayısıyla özel hayata karşı saldırı teşkil ettiği benimsenmiştir. Ayrıca kişiyi gizlice dinlemek, hukuki olmayan şekilde gözetlemek de özel hayatın ihlaline sebep

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 541 vd.; Handan **Yokuş Sevük**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 217-261.

⁹⁸ Güçlü **Akyürek**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 51-84; **Korkmaz**, s. 100.

⁹⁹ Mustafa **Erdoğan**, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 5. bs., Ensar Neşriyat, İstanbul 2015, s. 212; **Yeğin**, s. 438.

¹⁰⁰ **Hira**, s. 81.

olacaktır. Özel hayatın gizliliğini ihlal eden bu eylemler de suç sayılmıştır¹⁰¹.

B. Özel Hayatın Gizliliğinin Ahlaki- Hukuki Boyutu

Özel hayatla ilgili durumların tespit edilmesinden konut dokunulmazlığına kadar pek çok konu İslam'da, hukuk-ahlak birlikteliği içerisinde incelenmiştir. Günümüz hukuk anlayışı içerisinde yer alan özel hayat kavramının içeriğini fıkıh külliyatı içinde kendine özgü yöntemle incelenmiştir¹⁰².

Bu hükümler, günümüzdeki gibi sistematik bir biçimde işlenmemiş, dağınık bir şekilde incelenmiş ve meseleci yöntemle ele alınmıştır. Konuyla alakalı hükümlerin ahlaki niteliğinin olması, bu hükümlerin ayrıca hukuki bir nitelik taşımayacağını göstermez¹⁰³. Ceza yaptırımının olduğu durumlarda hükümlerin hukuki nitelik kazanacakları açıktır. Yukarıdaki başlıklarda da değinildiği gibi, kişilik haklarına yönelik sözlü veya fiili bir haksız saldırı olması halinde, failler ta'zir cezasına çarptırılmıştır. Bu durum, konulan hükümlerin ahlaki boyutlarının yanında, hukuki boyutlarının da olduğunu, bir başka deyişle, hukuk düzeni tarafından konan emir ve yasak türünden hükümler olduğunu da gösterir¹⁰⁴. Bugün ise, yöntem açısından Kara Avrupası hukuk sistemi etkisiyle oluşan İslam hukuku çalışmalarında soyut yönetime dayanan bir hukuk anlayışı mevcuttur. Bu bakımdan hukuk, kamu ve özel diye iki ana başlığa ayrılmıştır. Özel hayatın korunmasıyla alakalı düzenlemeler ise, kamu hukuku başlığı içinde, ceza hukuku alt başlığı konularından birini oluşturmuştur¹⁰⁵.

101 **Armağan**, Temel Hak, s. 93 vd.; **Hira**, s. 81.

102 **Bilmen**, Cilt 8, s. 272; **Hira**, s. 77.

103 **Bilmen**, Cilt 8, s. 272.

104 **Bilmen**, Cilt 8, s. 272.

105 Kişinin özel hayatına müdahale edilmesi neticesinde, ekonomik ve sosyal kayıplarının giderilmesi için, medeni/ hukuki müeyyidelere çarptırılması konunun özel hukuk yönü olduğunu da gösterir. **Antalya/ Topuz**, s. 185-196; **Hira**, s. 78.

C. Mesken Masuniyetine Riayet Etme (Konut Dokunulmazlığı)

Özel hayatın gizliliğini oluşturan esaslı unsurlardan birisi, konut dokunulmazlığıdır¹⁰⁶. Ahlaki ve hukuki bir niteliği olan bu hak, İslam hukukuna göre, kişilere devlet tarafından verilmiş bir haktır. Bundan dolayı İslam tarihi süresince bu hak hep gözetilmiştir¹⁰⁷. İslam dininin ilk senelelerinden beri özel hayatın gizliliğine ve dolayısıyla konut dokunulmazlığına önem verilmiştir. Konuyla ilgili, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şerifler çok önemli hükümler ihtiva etmektedir. Bununla beraber, İslam hukukçuları da önemli çalışmalarla konut dokunulmazlığının kapsamının anlaşılmasına katkıda bulunmuşlardır¹⁰⁸.

Özel hayatın gizliliği konusunda önemli bir terim de yabancı kavramıdır. Temelde, özel hayatın gizliliği bakımından tüm kişiler yabancı olarak değerlendirilir. Kan veya kayın hısımlığı bu konuda önemli değildir. Yakın derecede bile olsa İslam, akrabayı bu açıdan yabancı olarak kabul etmiştir. Karı ve koca ile çocuk, köle ve cariyeler genel olarak yabancı kavramı içinde sayılmamakla birlikte, kendilerine mahsus olan özel hayatla ilgili durumlarda yabancı olarak kabul edilirler. Bu konuda, kişinin annesi bile, odasına izinle girmesi gereken yabancıdır¹⁰⁹.

Eski zamanlardan beri bilinen ve “mesken masuniyeti” olarak adlandırılan bu hak klasik haklardan¹¹⁰ biridir. Bir kişiye ait olan konuta, yabancıların, izinsiz giremeyeceği ve orada faaliyette bulunamayacağı bu

¹⁰⁶ **Güngör**, s. 76.

¹⁰⁷ Faruk **Beşer**, İslam'da Sosyal Güvenlik, DİB Yayınları, Ankara 1987, s. 90; **Demirci**, s. 53.

¹⁰⁸ **Güngör**, s. 76-77.

¹⁰⁹ **Armağan**, Temel Haklar, s. 115.

¹¹⁰ Temel hak ve hürriyetler, değişik kıstaslar kullanılarak sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Jellinek'in sınıflandırması ve tarihi gelişim sürecine göre sınıflandırma bunlardandır. Jellinek'in sınıflandırması: “Negatif statü hakları, aktif statü hakları ve pozitif statü hakları” şeklindedir. Tarihi gelişim süreci açısından sınıflandırma ise “birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar ve üçüncü kuşak haklar” şeklindedir. Klasik haklar, birinci kuşak haklar olarak da adlandırılır. İlk ortaya çıkan haklardır. Özel hayatın gizliliği, din ve vicdan özgürlüğü, kişi güvenliği gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayhan **Döner**, Türk Anayasa Hukuku, 1. bs., Yetkin Basımevi, Ankara 2021, s. 118; Abdurrahman **Eren**, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. bs., On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 278-282.

hakkın en genel tanımıdır¹¹¹. Hakkın içeriği, “başkalarının evlerine izinsiz girmeme yükümlülüğü”, “başkalarının evlerinin içine izinsiz bakmama yükümlülüğü”, “aile bireylerinin anne ve babalarının yatak odalarına izinsiz girmeme yükümlülüğü” ve “aile bireylerinin evlerine kapı haricinde girmeme yükümlülüğü” şeklindedir¹¹².

1. Başkalarının Evlerine İzinsiz Girmeme Yükümlülüğü

Konutlarda, özel hayatın mahremiyetinin korunması ile ilgili alınan önlemlerden ilki, konutun sahibinin izni olmadan evine girmenin yasak olmasıdır¹¹³. Nûr Suresi'nin 27. ayeti şöyledir: “*Ey iman edenler! Kendinizi tanıtırız izin almadan ve içinde oturanlara selâm vermeden kendi evlerinizden başka evlere girmeyin. Sizin için daha iyi olanı budur; umulur ki düşünüp anlarsınız*”¹¹⁴. Yüce Allah (c.c.), konuta girmeden evvel, ev sahibine haber verilmesi gerektiğini ve ev sahibinin izniyle eve girilebileceğini emreder. Böylece, ev halkı özel hayatlarına ait gizliliklerini koruyacaktır¹¹⁵.

Cahiliye döneminde¹¹⁶ ve İslam'ın ilk yıllarında yukarıda adı geçen ayet inmeden evvel insanlar kendi aralarında, “iyi akşamlar, iyi sabahlar” vb. terimler kullanırdı. Ancak izinsiz bir şekilde, ailenin özelini düşünmeksizin bir anda evlere girerlerdi. Çoğu zaman rahatsız edici ve istenmeyen durumlar ortaya çıkardı. Söz konusu ayetle birlikte, Arapların selamsız ve habersiz başka kişilerin evlerine girme geleneği son buldu¹¹⁷.

Peygamber Efendimiz (s.a.v.), Müslümanların başkalarının evine girerken hangi konulara dikkat etmeleri gerektiğini ve izin almanın usulünü belirtmiştir. Hadis-i şeriflerden birinde şöyle buyurmuştur: “*Sizden biri*

¹¹¹ Konutun zilyedi (bekçi, kiracı gibi) de bu hakka sahiptir. Yani, bu hak sadece malik olan kişiye verilmemiştir. Bkz. **Armağan**, Temel Hak, s. 103; **Güngör**, s. 77.

¹¹² **Toksarı**, s. 13-19.

¹¹³ **Toksarı**, s. 13.

¹¹⁴ Kur'an-ı Kerim, Nûr: 27.

¹¹⁵ **Armağan**, Temel Haklar, s. 111.

¹¹⁶ Özelde Arapların, İslam dininden evvelki dini ve sosyal görüş ve anlayışlarını, genelde de kişilerin ve toplumların günah ve isyanlarına karşılık gelen ifade. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa **Fayda**, “Câhiliye” maddesi, *TDVİA*, C. 7, İstanbul 1993, s. 17.

¹¹⁷ Mustafa **Çağrı**, “İzin” maddesi, *TDVİA*, C. 23, İstanbul 2001, s. 509; **Toksarı**, s. 13-14.

(bir eve girmek için) üç defa izin ister de izin verilmezse geri dönsün"¹¹⁸. Görüldüğü gibi yabancı birinin izin verilmediği takdirde eve girmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca izin isteme adabı anlatılmıştır¹¹⁹. Evin içine girmek isteyenini kendini tam olarak tanıtmaması gerektiği açıklanmıştır¹²⁰.

İslam Hukukunda özel hayatın gizliliğinin önemi göstermesi bakımından Hz. Ömer'in yaşadığı şu olay önemlidir: "*Hz. Ömer Medine'de geceleyin karakol gezerken, bir evde şarkı söyleyen bir erkek sesi işitti. Duvardan aşırıp içeriye girdi. Baktı ki, erkeğin yanında bir kadın, bir de şarap var. Bunun üzerine, Ey Allah'ın düşmanı, sen günah işleyeceksin de, Allah seni gizleyecek mi sandın? dedi. Adam cevaben, Acele etme; ya Emir-el-Mü'minin! Ben bir günah işledim, sen ise üç hususta Allaha karşı günah işledin; Allah, başkalarının gizli ve ayıp hallerini merak edip araştırmayınız (Hucurat,12) diyor, sen tecessüs ettin; Allah evlere kapılardan giriniz (El Bakara, 189) diyor, sen duvardan aşırın; Allah kendi evlerinizden başka evlere, sahipleri sizi bilmeden, selam verip izni olmadan girmeyiniz (Nûr, 27) diyor, sen izinsiz girdin, demiştir. Bu cevap üzerine Hz. Ömer Ben seni affedersem, sen de beni affeder misin? demiş ve karşılıklı birbirlerini affetmişlerdir"*¹²¹.

118 **Müslim**, Âdâb, 33; **Buhârî**, İsti'zân, 13; Bkz. Mehmet Emin **Özafşar**/İsmail Hakkı **Ünal**/Bünyamin **Erul** (edt.), Hadislerle İslam, C. 3, 2. bs., Ankara 2013, s. 20; **Toksarı**, s. 14.

119 "*Ey Allah'ın Rasûlü! Selam nasıl verilecek; onu bildik, ya izin istemek nasıl olacaktır? diye sorduk. O da şöyle buyurdu: "Birinin evine girmek isteyen kimse, tesbih getirir, tekbir getirir, elhamdülillah der veya öksürüp boğazını temizler gibi yapar ve ev halkından böylece izin istemiş olur"*. **İbn Mace**, Edeb, 17. Bkz. **İbn Mace**, Sünen-i İbn-i Mace Tercemesi, haz. Abdullah Parlayan, C. 2, Konya Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 517-518; **Toksarı**, s. 14.

120 "*Peygamber (s.a.v.)'in yanına girmek için izin istedim. O da: Kim o buyurdu. Ben de, Ben ben, dedim. Bunun üzerine Rasûllallah (s.a.v.) bana: Ben ben, dedi"*. **İbn Mace**, Edeb, 17; **Tirmizî**, İstizan, 18; **Ebû Dâvûd**, Edeb, 139. Bkz. **İbn Mace**, s. 518; **Toksarı**, s. 14.

121 **Armağan**, "Mahfuziyet", s. 154-155; **Güngör**, s. 79; **Toksarı**, s. 15.

İslam dini, mahremiyete büyük önem vermiştir. Gerek hadis-i şerifler gerekse ayetlerden verilen önem anlaşılmaktadır¹²². İzin istemenin önemiyle ilgili Ahzâb Suresinin 53. ayeti¹²³ ve Nûr Suresi'nin 29. ayeti¹²⁴ önemlidir.

Anlaşılacağı üzere, İslam'da özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlayan yükümlülüklerden ve ilkelerden biri “başkalarının evine izinsiz girmeme” şeklindedir¹²⁵. Fıkıh alimi Zeydan'a göre, kişinin evi, ailesinin karargahıdır. Sırlarının örtüdüğü yerdir. Buraya saldırmak ve izinsiz girmek bizzat şahsına tecavüz etmektir¹²⁶.

2. Başkalarının Evlerinin İçine İzinsiz Bakmama Yükümlülüğü

İslam dininde evler, ailelerin mahrem alanıdır. Aile fertleri öncelikle, evin içinde olanları dışardan birinin görmemesi için önlem almak zorundadır. Önlem alınmadığı durumlarda, dışardan birinin evin içinde olanlara gözünün takılması halinde, sorumluluk ev halkına aittir¹²⁷.

Herhangi bir teknik aletle, dürbün gibi, ya da hiçbir teknik alet kullanmadan kasten başkasının evini gözetlemek günah olarak kabul edilmiş hukuka ve ahlaka aykırı bir fiil olarak açıklanmıştır. İslam dini, izinsiz olarak başkasının evine girmek bir yana, ne amaçla olursa olsun içeriye bakmayı da yasaklanmıştır. Peygamber Efendimiz (s.a.v.) “*Müsaade almadan bir*

122 **Güngör**, s. 80-81.

123 “*Ey iman edenler! Peygamberin evine size yemek için izin verilmediği vakit asla girmeyin, fakat çağrıldığımızda -erkenden gidip yemeğe hazırlanmasını beklemeksiz girin, yemeğinizi yiyince hemen dağılın, söze dalıp oturmayın; bu davranışınız peygamberi rahatsız ediyor, size söylemeye çekiniyor, oysa Allah hak olanı açıklamaktan çekinmez. Peygamber hanımlarından bir şey istediğinizde, onlar perde arkasında iken isteyin; bu sizin kalplerinizin de onların kalplerinin de temiz kalması için en uygundur. Resûlullah'ı üzme hakkınız yoktur, kendisinden sonra ebedi olarak eşleriyle de evlenemezsiniz, sizin bunu yapmanız Allah katında büyük bir günahdır*”. Kur'an-ı Kerim, Ahzâb: 53.

124 “*İçinde kimsenin oturmadığı ve kendinize ait eşya bulunan evlere girmenizde sizin için bir sakınca yoktur. Allah açıkladığınızı da bilir, gizlediğinizi de!*”. Kur'an-ı Kerim, Nûr: 29.

125 **Armağan**, Temel Haklar, s. 110.

126 Abdülkerim **Zeydan**, İslami Uyanışa Doğru İslam Şeriatında Fert ve Devlet, çev. O. Zeki Soyyiğit, Hikmet Gazetecilik, İstanbul 1969, s. 60; **Armağan**, Temel Haklar, s. 110.

127 **Toksarı**, s. 16.

kimsenin evinin içine bakmak hiçbir kişiye helal değildir; bakarsa (günaha) girmiş olur” buyurmuştur. Bakmak, girmek gibi görülmüş ve hane-ye tecavüz olarak kabul edilmiştir¹²⁸.

Başkasının evine izinsiz girme durumunda ev sahibinin bu kişiye zarar vermesi cezayı gerektirecek bir fiil olarak görülmemiştir¹²⁹. İslam’da, genel kural suç teşkil eden durumlarda devletin müdahale yetkisinin bulunması ve cezaları devlet organlarının vermesi iken, bu tür haksız saldırılarda, saldırıya uğrayana meşru müdafaa hakkı tanınmıştır¹³⁰. Huzur ve güvenin yuvası olan evlerin dokunulmazlığı, kimsenin konutuna izinsiz girilememesi, arama yapılamaması, ev eşyalarına el konulamaması, satmaya zorlanamaması gibi konuları kapsar¹³¹.

Başkalarının evinin içine izinsiz bakmama yükümlülüğü, İslam hukukunda özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlayan genel prensiplerden biri olan “*haram olan şeylere bakmama*” ilkesiyle bağdaşır. Haram olan şeylere bakmanın yasaklanması özel hayatın gizliliğini dolaylı bir şekilde korur. Kişilerin, diğer insanların konutlarına ve mahrem durumlarına¹³²

128 **Tirmizî**, Salât, 148. Bkz. **Özağşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 487.

129 **Ebû Dâvûd**, Edeb, 37. Bkz. **Özağşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 487.

130 Konuyla ilgili birkaç hadis-i şerif şöyledir: “Hz. Peygamber, bir defasında evinde bulunduğu sırada bir kişinin içeriyi gözetlediğini fark edince hemen eline bir şiş alıp onun gözüne dürtmek için harekete geçtiğinde bunu anlayan röntgenci geri çekilmiştir”, “Bir defasında bir kişinin, kapısında bulunan bir delikten münasebetsizce içeriye doğru baktığında, Peygamber Efendimiz (s.a.v.), saçını tarıyordu. İçerinin gözetlendiğini anlayan Peygamber Efendimiz (s.a.v.), Eğer senin içeriye baktığım (içeriye gözetlediğini) daha önce bilseydim bu demiri gözüne dürterdim” buyurmuştur. **Tirmizî**, İsti’zân, 17; **Müslim**, Âdâb, 41. Bkz. **Özağşar/Ünal/Erul**, Cilt 5, s. 327; **Toksarı**, s. 17.

131 **Özağşar/Ünal/Erul**, Cilt 5, s. 326.

132 “Mümin erkeklere söyle, gözlerini haramdan sakınsınlar ve iffetlerini korusunlar. Bu onlar için daha arındırıcıdır. Allah onların bütün yaptıklarından haberdardır”, “Mümin kadınlara da söyle, gözlerini haramdan sakınsınlar ve iffetlerini korusunlar. Açıkta kalanlardan başka süslerini göstermesinler. Başörtülerini yakalarının üzerinden bağlasınlar. Kocaları, babaları, kocalarının babaları, kendi oğulları, kocalarının oğulları, erkek kardeşleri, erkek kardeşlerinin oğulları, kız kardeşlerinin oğulları, kadınları, hizmetlerinde bulunan köleleri ve câriyeleri, cinsel arzusu bulunmayan erkek hizmetçiler, kadınların cinselliklerinin farkında olmayan çocuklar dışında kimseye süslerini göstermesinler. Yürürken, gizledikleri süsleri bilinsin diye ayaklarını yere vurmasınlar. Ey müminler! Hepiniz Allah’a tövbe edin, umulur ki kurtuluşa erersiniz!”. Kur’an-ı Kerim, Nûr: 30-31. Erkekler ve kadınlar için olan bu

bakmaları yasaklanmıştır¹³³.

3. Aile Bireylerinin Anne ve Babalarının Yatak Odalarına İzinsiz Girmeme Yükümlülüğü

İslam dini aileye çok önem verir. Allah (c.c.) aile sırlarının açığa çıkarılmasını yasaklamıştır¹³⁴. Tahrîm suresinde yer alan olayda¹³⁵, Peygamber Efendimiz (s.a.v.), bir eşine gizli bir şey anlatmıştır. Eşi ise, bu şeyi diğer eşlerden birine aktarmıştır. Peygamber Efendimiz (s.a.v.)'in Allah (c.c.) tarafından, haberdar etmesiyle birlikte olay açığa çıkmış ve Allah (c.c.), iki eşi de tövbeye çağırmıştır¹³⁶.

Peygamber Efendimiz (s.a.v.), belirli bir müddet sonra yolculuktan evine gelen bir adamın, ailesinin ona ihanet edip etmediğini anlamak ve onların varsa kusurlarını incelemek amacıyla, gece vakti evine aniden girmesini yasaklamıştır¹³⁷.

Aile hayatının içinde bile aile bireylerinin mahrem alanları olması gerektiği ayet ve hadis-i şeriflerle koruma altına alınmıştır. Ev halkından olmayanların izinsiz eve girmelerinin yasak olduğu yukarıda açıklanmıştır.

yasak, başka kişilerin “gizli durumlarına bakmayı ve bu durumları öğrenmeyi” yasaklamaktadır. **Armağan**, Temel Haklar, s. 115.

¹³³ **Armağan**, Temel Haklar, s. 114.

¹³⁴ Mehmet Emin **Özafşar**/İsmail Hakkı **Ünal**/Bünyamin **Erul** (edt.), Hadislerle İslam, C. 4, 2. bs., Ankara 2013, s. 89.

¹³⁵ “Ey peygamber! Allah’ın sana helâl kıldığını, eşlerini hoşnut etmek arzusuyla niçin kendine haram kıyorsun? Bununla beraber Allah bağışlayıcıdır, merhametlidir. Allah size (belli durumlarda) yeminlerinizi çözmeyi meşrû kılmıştır. Allah sizin yardımcınızdır; O bilendir, hikmet sahibidir. Hani peygamber, eşlerinden birine gizli bir şey söylemişti. Eşi bunu başkalarına aktarıp Allah da durumu peygambere açıklayınca peygamber bunun bir kısmını anlattı, bir kısmından vazgeçti. Eşine konuyu anlatınca o, bunu sana kim haber verdi? diye sordu. Her şeyi bilen, her şeyden haberdar olan Allah bana bildirdi diye cevap verdi. İkiniz de Allah’a tövbe ederseniz (çok iyi olur), çünkü kalpleriniz eğrilmişti. Ama peygambere karşı bir dayanışma içine girecek olursanız bilin ki herkesten önce Allah onun dostu ve koruyucusudur, sonra da Cebrâil ve iyi müminler. Melekler de bunların ardından onun yardımcısıdır”. Kur’an-ı Kerim, Tahrîm: 1-4.

¹³⁶ **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 4, s. 89.

¹³⁷ **Buhârî**, Nikâh, 121; Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 4, s. 90.

Burada, aynı evin mensuplarının belirli zamanlarda, belirli yerlere girmeleriyle ilgili düzenleme, gerçekleşen bir olay sonucunda Nûr Suresinin 58 ve 59. ayetlerinin¹³⁸ nüzûlüyle gerçekleşmiştir¹³⁹.

Anne ve babalarının, yatak odalarına izinsiz girmeleriyle ilgili buluş çağına gelen ve gelmeyen çocuklarla ilgili farklı düzenleme getirilmiştir. Buluş çağına gelmemiş çocukların anne ve babalarının yatak odalarına girmeleri yasaklanmıştır. Bu yasak da sabah namazından evvel, öğle vakti (eşlerin giyinip soydukları zaman) ve yatsı namazından sonra yatma vaktinde diye üç zaman dilimine ayrılmıştır. İzin almadan ebeveynlerinin odalarına girmelerine izin verilmemiştir. Buluş çağına gelen çocuklarla ilgili de, yetişkin bireylerin içeri girmeleri için nasıl izin almaları gerekiyorsa, aynı şekilde izin istemelerine hükmedilmiştir¹⁴⁰.

4. Aile Bireylerinin Evlerine Kapı Haricinde Girmeme Yükümlülüğü

İslam dini, özel hayatın ihlali sayılan her durumu yasaklamıştır. Cahiliye dönemi zamanında savaştan veya bir yolculuktan dönen erkekler, bazı zamanlar evlerinin kapısından girmek yerine arka taraftan girerlerdi. Hanımlarını uygun olmayan bir halde veya hoşlanmadıkları giysiler içinde

138 *“Ey iman edenler! Elinizin altındaki hizmetçilerle içinizden henüz ergenlik çağına gelmemiş olanlar yanınıza gelmek için sizden üç vakitte izin alsınlar. Sabah namazından önce, öğle sıcağından dolayı (istirahata çekilirken) elbisenizi çıkardığınızda ve yatsı namazından sonra. Bunlar, örtülmesi gereken yerlerinizin açık bulunabileceği üç vakittir. Bunlar dışında ne size ne de onlara bir sakınca vardır. Bunlar sıkça yanınıza girip çıkan, birbirinizle iç içe olduğunuz kimselerdir. Allah size âyetleri işte böyle açıklar, Allah her şeyi bilir, yerli yerinde yapar”, “Çocuklarınız ergenlik çağına gelince, onlardan önceki ergenler nasıl izin alıyorsa onlar da öyle izin alsınlar. Allah âyetlerini işte size böyle açıklıyor; O her şeyi bilir, yerli yerinde yapar”.* Kur’an-ı Kerim, Nûr: 58-59.

139 *“Bize kadar ulaşan haberlerde, Ensar’dan bir zat ile karısı Esmâ bint-i Mersed, Hazreti Peygambere yemek hazırlamışlardı. Bu arada bazı kimselerin müsaade almadan içeri girdikleri oldu. Hazreti Esmâ bu laubali hareketlere dayanamayarak: Ya Rasulallah! dedi, bu ne çirkin bir adettir. Bazen karı-koca bir tek örtü altında iken üzerlerine onların köle ve çocukları izin almadan girer”.* Celal Yıldırım, Kur’an Ahkâmı ve Mezhep İmamlarının Görüş Farkları, Bahar Yayinevi, İstanbul 1972, s. 119; Armağan, Temel Haklar, s. 118-119.

140 Toksarı, s. 19.

görürlerdi¹⁴¹. İşte bundan dolayı, Bakara Suresi'nin 189. ayeti¹⁴² inmiştir. “*Evlere kapılardan girilir*” ilkesiyle Cahiliye dönemindeki söz konusu adet kaldırılmıştır¹⁴³.

D. Haberleşme Hürriyeti ve Haberleşmenin Gizliliği

İslam, hürriyet dinidir. Konuşma ve dinlemenin olumlu olarak yapılması İslam dininin emirlerindedir. Bu eylemler haberleşme hürriyeti kapsamındadır. Haberleşme hürriyeti de diğer haklar gibi İslam hukukunda korunmuştur¹⁴⁴. İslam dini, haberleşme hürriyetini ve haberleşmenin gizliliğini özel hayatın gizliliği kapsamına almıştır. Haberleşmenin gizliliğinin korunması gerektiğine ilişkin fazlasıyla ayet ve hadis-i şerif vardır¹⁴⁵. “*Her kim rızaları olmaksızın bir kavmin (başkalarının) konuştuklarını dinlerse, kıyamet gününde kulaklarına kurşun dökülecektir*”¹⁴⁶ hadisi konuya verilen ehemmiyeti gösterir. Konuşma ve dinleme eylemlerinin olumsuz bir şekilde yapılması bu hakkın ihlal edilmesine sebep olacaktır. Her ne şekilde olursa olsun bu hak gizli konuşmaların dinlenmesine ve başkalarına aktarılmasını yasaklamaktadır¹⁴⁷. Bu yasak tecessüsün yasaklanmasına kıyasen kabul edilmiştir. Tecessüs konusu, önemine binaen alt başlıkta açıklanacaktır. Yine başkasının evindeki gizli konuşmaları dinlemenin, evlere izinsiz girmenin yasaklandığı Nûr Suresi'nin 27. ayetine kıyasen haram olduğu belirtilmiştir¹⁴⁸.

Özel hayatın gizliliğinin haberleşmeyle ihlal edilmesi, kişilerin kendi aralarındaki konuşmalarının dinlenmesi ve başka kişilerin işitmelerini istemedikleri özel konuşmalarının ifşa edilmesi şeklinde gerçekleşir. Özel

141 Toksarı, s. 19.

142 “*Sana hilâlleri soruyorlar. De ki: Onlar insanlar ve hac için vakit ölçüleridir. Erdemlilik asla evlere arkalarından gelip girmeniz değildir; fakat erdemlilik kişinin Allah'a saygılı olmasıdır. Evlere kapılarından gelin; Allah'a saygılı olun ki kurtuluşa eresiniz*”. Kur'an-ı Kerim, Bakara: 189.

143 Armağan, Temel Haklar, s. 110; Toksarı, s. 19.

144 İsmail Yakıt, “Kur'an ve Sünnette İnanç ve Düşünce Özgürlüğü”, *Tartışmalı İlmî Toplantı*, Aralık 2014, s. 385-387; Güngör, s. 73.

145 Toksarı, s. 22.

146 Buhârî, Tâbir, 45; Ebû Dâvûd, Edeb, 88; Bkz. Özafşar/Ünal/Erul, Cilt 3, s. 389.

147 Demirci, s. 53.

148 Armağan, Temel Haklar, s. 120.

hayatın korunmasını sağlayan prensiplerden olan başkalarının gizli konuşmalarını dinlememek, bu hakkın korunmasını sağlamak için vardır¹⁴⁹. Öncelikle Kur'an-ı Kerim, üç kişinin olduğu bir ortamda iki kişinin bir tarafa geçip fısıldayarak konuşmalarını Mücâdele Suresinin 9-10. ayetleri¹⁵⁰ ile yasaklamıştır¹⁵¹. Bu ayetten, konuyla alakalı başka ayet ve hadis-i şeriflerden, gizli konuşma yapmanın özünün kötü olmasından dolayı değil, konuşulan şeylerin kötü olması veya bu gibi gizliliklerin etraftaki kişilerde tedirginlik oluşturacağından dolayı yasaklandığı anlaşılır¹⁵². Nisâ Suresi'nin 114. ayetinde¹⁵³, konuşulan konuların iyilik için konuşulmasının, konuların iyi şeyler olmasının herhangi bir günah oluşturmayaacağı belirtilmiştir. Ayrıca konuyla ilgili bir hadis-i şeriften¹⁵⁴ de üç kişinin olduğu bir ortamda iki kişinin fısıldaşmanın kötü bir şey olduğu anlaşılır¹⁵⁵. Kişinin şeref ve haysiyetine yani, maneviyatına zarar verebileceği, onu üzebileceğinden dolayı fısıldaşma reddedilmiştir. Dahası, İslam hukukçuları, iki kişi yanlarında bulunan kişinin bildiği bir dilde konuşabileceklerine rağmen bu dille konuşmalarını kıyas yoluyla yasak kapsamı içinde kabul etmiştir¹⁵⁶. İslam dini, konuşmanın ahlaki ya da gayri ahlaki olmasına bakmadan her türlü gizli konuşmayı izinsiz dinlemeyi yasaklar.

149 **Armağan**, Temel Haklar, s. 119-120; **Toksarı**, s. 22.

150 *“Ey iman edenler! Aranızda gizli konuştuğunuz zaman, günah işleme, haksızlık etme ve peygambere karşı gelme hususunda fısıldaşmayın; iyilik ve takvâ hakkında konuşun ve huzurunda toplanacağınız Allah'a saygısızlık etmekten sakının. (O tür) gizli konuşmalar ancak şeytandandır. Bu müminleri üzme içindir. Oysa o, Allah'ın izni olmadıkça onlara hiçbir zarar veremez. Müminler ancak ve ancak Allah'a güvenip dayansınlar”*. Kur'an-ı Kerim, Mücâdele: 9-10.

151 **Toksarı**, s. 22.

152 Hayrettin **Karaman**/Mustafa **Çağrı**/İbrahim Kâfi **Dönmez**, Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayınları, C. 5, 2020, s. 271-272.

153 *“Onların fısıldaşmalarının birçoğunda hayır yoktur. Ancak bir sadaka verilmesini yahut bir iyilik yapılmasını ya da insanların arasının düzeltilmesini isteyenler müstesnadır. Kim Allah'ın rızasını elde etmek için bunu yaparsa biz ona ileride büyük bir karşılık vereceğiz”*. Kur'an-ı Kerim, Nisâ: 114.

154 *“Üç kişi olduğunuzda, iki kişi üçüncüden ayrı olarak fısıldaşmasın; çünkü bu onu üzer”*. **İbn Mace**, Edeb, 50; **Buharî**, İsti'zân, 45; **Müslim**, Selâm, 15; Bkz. **İbn Mace**, s. 536.

155 **Karaman**/Çağrı/Dönmez, s. 271-272.

156 **Karaman**/Çağrı/Dönmez, s. 271-272; **Toksarı**, s. 22.

Yüz yüze, internetle veya telefonla yapılan konuşmaları dinlemeye çalışmak tecessüstür ve tecessüs yasaklanmıştır¹⁵⁷.

E. Özel Eşyanın Gizliliği

Özel hayatın gizliliği kapsamında, İslam hukukunun ele aldığı konulardan biri, özel eşyanın gizliliğidir. Temel olarak, özel eşyanın yabancıların müdahalesinden korunması amaçlanmıştır. Hatıra defteri, mektup, notlar, fotoğraflar, vasiyetnameler, banka cüzdanları vb. özel eşya kapsamındadır¹⁵⁸. İnternet üzerinden kişinin şahsi bilgi ve görüntülerini elde etmek de müdahale içerisindedir. Yine, alenileşmemiş eserlerin meşru olmayan yollardan temin edilip neşredilememesi de hakkın koruma sağladığı şeylerdendir. Bütün bu eşyalar, sahibinin izni olmaksızın başkaları tarafından araştırılmaz, kullanılmaz ve yayımlanamaz¹⁵⁹.

Peygamber Efendimiz (s.a.v.) döneminde ve dolayısıyla ayetlerin nâzil olduğu zamanda, bu hakkın ihlali genellikle mektupların ele geçirilmesi şeklindeydi¹⁶⁰. Bir hadis-i şerifte durumun ehemmiyeti şu şekilde gösterilmektedir: "*Kardeşinin mektubunu izinsiz okuyan kimse, o mektubu cehennemde de okuyacaktır*"¹⁶¹.

“Yazılı metin” kavramı, Arapça’da “el Kitab” olarak ifade edilir. Kelime Arapça’da mektup olarak anlaşılrsa da, karşımıza en çok çıkan tür mektup olduğu içindir. Yani, mektup biçimiyle yazılmamış ya da bu amaçla kullanılmayan yazılı metinler de bu kapsamdadır. “Hatıra defterleri”, “notlar”, “yazılı pusulalar” mektup kavramına dahildir. Mektup ve diğer yazılı metinler sahibinin izni alınmadan okunamaz¹⁶².

157 Toksarı, s. 23.

158 Armağan, Temel Haklar, s. 104.

159 Armağan, Temel Haklar, s. 104, 121.

160 Armağan, Temel Haklar, s. 120-121.

161 Özafşar/Ünal/Erul, Cilt 4, s. 92.

162 Mustafa Reşit Belgesay, Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 251-252; Armağan, Temel Haklar, s. 121.

F. İslam Hukukunu Yaşayan Bazı Ülkelerde Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Düzenlemeler

Günümüzde İslam hukukunu yaşayan, Anayasalarında İslam devleti olduğunu açıkça belirten pek çok ülke vardır. Bu ülkelerin düzenlemelerinde özel hayata ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu başlık altında, bu ülkelerden dört tanesi incelenecektir. İncelenen ülkelerin ise Anayasalarına bakılacaktır. İslam hukukunu yaşayan ülkelerde yer alan normların, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerdeki ayrıntılı hükümlere nazaran daha az olduğu görülecektir.

1. Malezya

Malezya'nın İslam devleti mi yoksa seküler bir devlet mi olduğuna ilişkin tartışmalara karşın, tarihte İngiliz işgalinden önce İslam hukuku ülkede uygulanmıştır. Sonrasında İslam hukuku, İngilizlerin Malay Eyaletlerini işgal etmesiyle gecikmeye uğramışsa da ilerleyen zamanlarda eyaletlerdeki hukuk sisteminin gelişmesinde hâkim olmuştur¹⁶³. Common Law hukukuyla İslam hukuku birlikte uygulanmıştır. Sınırlı bir yargı yetkisiyle şeriat mahkemesi şahıs hukuku alanında¹⁶⁴ eyalet düzeyinde varlığını sürdürmüştür. 1957 Mardeka olayıyla birlikte, federasyonun dini olan İslam genişlemiş ve tekrardan İslam hukuku sınırsız uygulama alanı bulmuştur¹⁶⁵. Çok çeşitli dinlere ve kültürlere mensup kişileri barındırması ve Müslüman nüfusu %61 olmasına rağmen İslam hukukunun Malezya'da önemli bir yeri vardır¹⁶⁶.

¹⁶³ Faridah **Jalil/Nurhafilah Musa**, "Searching for the Benchmark in the Administration of Islamic Criminal Law: Malaysia Experience", Refik Korkusuz/Abdurrahman Eren (eds), *Islamic Criminal Law (154-171)*, Nisan 2017, s. 155.

¹⁶⁴ Şahsın hukukuyla ilgili olarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Malezya Aile Hukuku karşılaştırmasına yönelik çalışma için bkz. Ahmet **Kılınc**, "İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2019, s. 623-662.

¹⁶⁵ Faridah **Jalil/Nurhafilah Musa**, s. 156.

¹⁶⁶ Zuryati **Mohamed Yusoff**, *Protection of Privacy in Malaysia: A Law for the Future*, Victoria University of Wellington, 2014, s. 60.

Malezya Anayasasının 3. bölümünün 1. maddesine göre, “İslam devletin resmi dinidir”¹⁶⁷. Anayasanın 5. bölümünün 1. maddesinde ise, “Hiç kimse, yasaya uygun olmadıkça, hayatından veya kişisel özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”¹⁶⁸ şeklinde düzenleme yer alır. Kişilik hakları ve özgürlüklerin yer aldığı Anayasada genel bir mahremiyet hakkından söz edilmez¹⁶⁹. Dolayısıyla resmi dini İslam olan bu ülkede, Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şerifler ışığında özel hayatın gizliliğinin anayasal boyutta düzenlenmediği görülmektedir.

2. Pakistan

Pakistan İslam Anayasasının 2. maddesine göre, devletin dini İslam’dır¹⁷⁰. Pakistan, İslam hukukunu uygulayan ülkelerden biridir. Pakistan hükümeti, insan haklarıyla ilgili birçok bölgesel ve uluslararası sözleşmelere imza atmıştır¹⁷¹. Bununla birlikte, Pakistan İslam Anayasası¹⁷² temel bir hak olarak mahremiyet hakkını ortaya koymuştur. Pakistan İslam Anayasası 14. maddesi, insan onuru ve konut dokunulmazlığı hakkının Çağdaş İslam hukukunda normatif hal almasına örnektir¹⁷³. İlgili maddeye göre, “İnsan onuru ve yasaya tabi olarak konutun mahremiyeti dokunulmazdır”¹⁷⁴. Ancak Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde olduğu kadar ayrıntılı düzenlemeye Pakistan İslam Anayasasında yer verilmemiştir.

167 “Constitution of Malaysia”, <https://www.chanrobles.com/malaysia.htm#.YYZ022BBxPY>, ET.02.11.2021.

168 “Constitution of Malaysia”, <https://www.chanrobles.com/malaysia.htm#.YYZ022BBxPY>, ET.02.11.2021.

169 Gizlilikle ilgili birkaç yasa söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mohamed Yusoff**, s. 14 vd.

170 “Constitution of The Islamic Republic of Pakistan”, http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1549886415_632.pdf, ET. 31.10.2021.

171 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İslam’da İnsan Hakları Kahire Deklarasyonu, Çocuk Hakları Sözleşmesi bunlardandır. “State of Privacy Pakistan”, <https://privacyinternational.org/state-privacy/1008/state-privacy-pakistan>, ET. 30.10.2021.

172 “Constitution of The Islamic Republic of Pakistan”, http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1549886415_632.pdf, ET. 31.10.2021.

173 “Stakeholder Report Universal Periodic 28th Session: The Right to Privacy in the Islamic Republic of Pakistan”, https://privacyinternational.org/sites/default/files/2017-11/UPR28_Pakistan.pdf, ET. 29.10.2021.

174 Anayasa metninin tamamı için bkz. “Pakistan İslam Cumhuriyeti Anayasası”,

3. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan Anayasasının 1. maddesine göre, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şerifler ülkenin Anayasası konumundadır. Anayasanın 26. maddesinde, “Devlet, İslam Şeriatına göre insan haklarını korur” denilerek Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflere atıf yapılmıştır¹⁷⁵. Bununla birlikte, özel hayatın gizliliğine ilişkin haklar tek tek düzenlenmemiştir.

4. İran

İran Anayasasının 12. maddesinde, devletin dininin İslam olduğu belirtilmiştir¹⁷⁶. İran, İslam hukukunu uygulayan ülkelerdendir. İran hükümeti, insan haklarıyla ilgili düzenlemelerden olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi iki önemli uluslararası belgelere imza atmıştır¹⁷⁷. İran Anayasasının 22. maddesi kişilik haklarını ve özellikle konumuzla ilgili olarak kişinin mülkiyetini/ konutunu koruma altına almıştır. İlgili maddeye göre, “Bireyin hayatiyeti, yaşamı, mülkiyeti, hakları, ikametgahı ve mesleği, kanunla tasdik edilen haller dışında dokunulmazdır”¹⁷⁸. Özel hayatın gizliliği kapsamında kişilerin düşüncelerini açıklamaya zorlanamayacağı 13. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Kişilerin inançlarının soruşturulması yasaktır ve hiç kimse sırf belli bir inanca sahip olduğu için taciz edilemez ve suçlanamaz”¹⁷⁹. Yine özel hayatın gizliliği bağlamında 25. madde de önemlidir. Maddeye göre, “Mektupların denetlenmesi ve teslim edilmesi, telefon konuşmalarının kaydedilmesi ve açıklanması, telgraf ve teleks iletişimlerinin açıklanması, sansür veya kasıtlı olarak iletilmemeleri,

<https://www.chanrobles.com/pakistan.htm#.YYRMemBBxPY>, ET. 29.10.2021.

¹⁷⁵ “Constitution of the Saudi Arabia”, <https://www.chanrobles.com/saudiArabia.htm#.YYWcFGBBxPY>, ET. 02.11.2021.

¹⁷⁶ “Constitution of the Islamic Republic of Iran”, <https://www.chanrobles.com/iran.htm#.YYWNMmBBxPY>, ET. 01.11.2021.

¹⁷⁷ Mansour **Rahmdel**, “The Right to Privacy in the Iranian Criminal Justice System”, *Journal of Penal Law and Criminology*, İstanbul 2018, s. 199.

¹⁷⁸ “Constitution of the Islamic Republic of Iran”, <https://www.chanrobles.com/iran.htm#.YYWNMmBBxPY>, ET. 01.11.2021.

¹⁷⁹ “Constitution of the Islamic Republic of Iran”, <https://www.chanrobles.com/iran.htm#.YYWNMmBBxPY>, ET. 01.11.2021.

gizlice dinlenmesi ve her türlü gizli soruşturma yasaktır”¹⁸⁰. Sonuç olarak, özel hayatın gizliliğiyle ilgili, incelediğimiz diğer ülkelerin Anayasalarına göre, daha fazla norm içermesine rağmen İran Anayasasında da özel hayatın gizliliği hakkının birkaç örneğine rastlanmaktadır¹⁸¹. Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şerifler kadar zengin bir düzenleme görünmemektedir.

V. İSLAM HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ KORUYAN İLKELER

Gıybet yapmanın ve söz götürüp getirmenin yasaklanması, kusur bağışlamanın gerekliliği ve tecessüs etmenin, yani, ayıp araştırmanın yasak olması İslam dininin insanların yapmasını istediği davranışlardır. Bütün bu davranışlar, ilkeler özel hayatın korunmasını dolaylı olarak sağlar¹⁸².

A. Gıybet Yapmama Yükümlülüğü

İslam literatüründe, gıybetin yasak olması, iletişim kurmanın başkalarına zarar vermeme ölçütüne dayanması gerektiğini gösterir. Bu ilkenin ihlal edilmesi özel hayata müdahale kapsamındadır¹⁸³.

Gıybet İslam’da günah olarak kabul edilmiş ve kişiliğe saldırı olarak algılanmıştır¹⁸⁴. Bir hadis-i şerifte şöyledir: *“Ebû Hüreyre anlatıyor: Resûlullah (s.a.v), Gıybet nedir biliyor musunuz? diye sordu. Sahâbe, Allah ve Resûlü daha iyi bilir! karşılığını verdiler. Resûlullah, kardeşini hoşlanmadığı bir şey ile anmandır, buyurdu. Ya kardeşimde o söylediğim durum varsa ne dersin? diye sorulunca Resûlullah, söylediğin şey eğer onda*

¹⁸⁰ “Constitution of the Islamic Republic of Iran”, <https://www.chanrobles.com/iran.htm#.YYWNMmBBxPY>, ET. 01.11.2021.

¹⁸¹ **Rahmdel**, s. 217.

¹⁸² **Armağan**, Temel Haklar, s. 104-114.

¹⁸³ **Güngör**, s. 86; **Armağan**, Temel Haklar, s. 108-109.

¹⁸⁴ **Belgesay**, s. 245; **Armağan**, Temel Haklar, s. 108.

varsa gıybet etmişsindir. Şayet yoksa ona iftira etmiş olursun buyurdu”¹⁸⁵. Kişinin işittiği zaman hoşuna gitmeyeceği sözler, gıybet ve dedikodudur¹⁸⁶. Bunlar, Peygamber Efendimiz (s.a.v)’in kirli gördüğü davranışlardır¹⁸⁷. Gıybet, kişinin dış görünüşü, fiziksel özellikleriyle alakalı olabileceği gibi, soyu, huyu, ahlakı, dini veya ırkıyla ilgili de olabilir. Kişiyi üzecek, şeref ve haysiyetini zedeleyecek lakaplarla anmak da gıybet’tir. Genellikle sözlerle yapılan gıybet, bazen de kaş ve göz işaretleriyle, el ve kol hareketiyle, dahası yalnızca bir göz kırpmayla bile yapılabilir. Sırf eğlenmek için, mizah amacıyla yapılan taklitler de gıybettir¹⁸⁸. İslam dini, her nasıl yapılsa yapılsın, kişiyi küçük düşüren, onur ve şerefini zedeleyen ve rencide eden davranışları kesin bir biçimde yasaklamıştır¹⁸⁹.

İslam dininin, gıybeti net bir şekilde yasaklamasının neticesinde, kişinin özel hayatına ait olayları yaymak yasaklanır sonucu ortaya çıkar. Yani, dolaylı bir şekilde, özel hayata ait bilgileri öğrenip özel hayatın gizliliğini ihlal etme çabaları ortadan kalkar¹⁹⁰.

B. Koğuculuk Yapmama (Söz Götürüp Getirmeme) Yükümlülüğü

Koğuculuk (nemime), “*şahit olunan bir sözü veya olayı, kötülük ve fitne amacıyla başka kişilere yaymaktır*”¹⁹¹. Kişiler arasında bozgunculığa sebep olmak için söz taşıma, gıybet etme ve dedikodu yapmaktır¹⁹².

¹⁸⁵ Müslim, Birr, 70; Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 427.

¹⁸⁶ Mustafa **Çağrıci**, “Gıybet” maddesi, *TDVİA*, C. 14, İstanbul 1996, s. 63; **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 431.

¹⁸⁷ **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 431.

¹⁸⁸ “*Bir defasında Hz. Âişe, Allah Resûlü’nün yanında birisinin taklidini yapmış, Hz. Peygamber ise onun bu davranışından hoşlanmayarak ona, elime dünyayı verseler bile bir başkasının taklidini yapmam; bundan asla hoşlanmam*” buyurmuştur. **Tirmizî**, Sıfatü’l-kıyâme, 51; Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 432.

¹⁸⁹ “*Arkadan çekiştiren, ayıp kusur arayan, servet toplamış ve onu sayıp durmuş olan herkesin vay haline!*”, “*Hayır! Andolsun ki o, hutameye atılacaktır. Nedir o hutame bilir misin? Allah’ın tutuşturulmuş ateşi! Uzatılmış direklere bağlı olarak içine hapsedildikleri, yükselip yürekleri saran ateş!*”. Kur’an-ı Kerim, Hümeze: 1-2, 4-9.

¹⁹⁰ **Armağan**, Temel Haklar, s. 108.

¹⁹¹ **Demirci**, s. 54.

¹⁹² **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 436.

Kur'an-ı Kerim'de dedikodudan "hümeze" ile aynı kökene sahip, "hemmaz" kalıbıyla bahsedilir. Hemmaz, inkârcı kişilerin özelliği olarak açıklanır. Kur'an-ı Kerim, hemmaz olarak adlandırdığı kişilere "nemîme"¹⁹³ özelliğini de ekler¹⁹⁴. Hemmaz, iki kişi arasındaki dedikodu faaliyetini anlatırken; nemmanlık, yani koğuculuk, olayın iki tarafla sınırlı olmadığını, başka üçüncü kişilerin de meseleye dahil olduğunu ifade eder¹⁹⁵.

Koğuculuk yapan kişi, ara bozmak, düşmanlığa sebebiyet vermek amacıyla yanlış veya doğru sözleri aktarır¹⁹⁶. Peygamber Efendimiz (s.a.v.) "*İnsanların en kötüsü, kötülüğünden dolayı insanların kendisinden sakındığı kimsedir*"¹⁹⁷ buyurarak bu kişilerin kötülüklerinden dolayı insanları tembihlemiştir. Koğuculuk, Kalem Suresi'nin 10-16. ayetlerinde¹⁹⁸ iğrenç olarak belirtilmektedir¹⁹⁹.

193 Bozgunculuk anlamında insanlar arasında laf taşıma, ikiyüzlülük yapma ve ara bozma anlamına gelen ahlak terimi. Mustafa **Çağrı**, "Nemîme" maddesi, *TDVİA*, C. 32, İstanbul 2006, s. 553.

194 Abdurrahman **Kasapoğlu**, "Kur'an'da Gıybet Olgusu Bir Davranım Bozukluğu Olarak Dedikodu ve Korunma Yolları", *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 11, 2006, s. 57; Ali **Şimşek**, "Humeze Suresinde Ahlâkî Yozlaşma Unsurları", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 43, Erzurum 2015, s. 250-251.

195 **Kasapoğlu**, s. 57.

196 **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 436.

197 Muvatta, Hüsni'l-hulk, 1. Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 436.

198 "*Olur olmaz yemin eden, aşağılık, daima kusur arayıp iğneleyen, durmadan laf götürüp getiren, iyiliği hep engelleyen, saldırgan, günahkâr, huysuz ve sert, bütün bunlardan sonra bir de ne idüğü belirsiz kimselere, serveti ve çocukları var diye sakın boyun eğme. Ona âyetlerimiz okunduğu zaman, Öncekilerin masalları! der. Yakında onun alınna (cehennemlik) damgasını vuracağız!*". Kur'an-ı Kerim, Kalem: 10-16.

199 **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 436.

Peygamber Efendimiz, koğuculuk davranışlarını hoş karşılamamıştır²⁰⁰. “Sizin en şerhliniz, söz götürüp getirmek suretiyle koğuculuk yaparak birbirini seven iki kişi arasını açanlardır”²⁰¹ buyurmuştur. Koğuculuk yapanlar için cezaların belirlenmiş olmasının²⁰² arka planında yer alan neden de, koğuculuk fiilinin özel hayatın gizliliğini ihlal etmesidir²⁰³.

C. Kusur Bağışlama Yükümlülüğü

İslam dininde, kişinin başkasının kusurlarını bağışlanması emredilmektedir. Konuyla ilgili ayetler²⁰⁴ ve hadis-i şerifler mevcuttur²⁰⁵. İnsanları affeden, kusurlarını bağışlayan kişilerin Allah (c.c.) tarafından sevileceği belirtilmiştir²⁰⁶. Peygamber Efendimiz (s.a.v.), kuyunun dibine kardeşleri tarafından bırakılan ve ölüme terkedilen Hz. Yusuf’un, kardeşlerini bağışlaması gibi kendisi de müminlere senelerce çile çektiren Mekkelilere, af kapısını açıp eziyetlere, kötülöklere iyilik ile cevap vermiştir²⁰⁷. Peygamber Efendimiz (s.a.v.) de tüm düşmanlarını bağışlamıştır. Ancak yaptıklarını unutmadığı kişiler olmuştur. Amcası Hz. Hamza’yı şehit eden

200 Bir hadis-i şerifte, “Ashâb- kiramdan Huzeyfe (ra) bir adamın yöneticilere başkaları hakkında laf taşıdığı söylendiğinde, Peygamber Efendimiz (s.a.v.)’in şöyle buyurduğunu belirtmiştir, insanlar arasında laf taşıyan kişi cennete giremez”. **Buhârî**, Edeb, 50; **Müslim**, İmân, 168; Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 437.

201 **Beyhakî**, Şuabü’l-îmân, VII, 494; Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 437.

202 Peygamber Efendimiz (s.a.v.) birgün mezarlığa gittiği zaman orada yatan iki kişinin azap gördüğünü söylemiştir. Bunun nedenini de şöyle buyurmuştur: “Onların azapları öyle büyük bir şeyden dolayı değil. Biri idrarın (üzerine sıçraması)ndan sakınmazdı, diğeri de koğuculuk yapardı”. **Buhârî**, Vudü, 55; **Müslim**, Tahâret, 111; Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 437.

203 **Demirci**, s. 54.

204 “Rabbimizin mağfiretine mazhar olmak ve takva sahipleri için hazırlanmış olup gökler ve yer kadar geniş olan cennete girmek için yarışın! Onlar bollukta da darlıkta da Allah yolunda harcarlar, öfkelerini yenerler, insanları affederler. Allah işini güzel yapanları sever”. Kur’an-ı Kerim, Âl-i İmrân: 133-134. “İyilikle kötülük bir olmaz. Sen (kötülüğü) en güzel olan davranışla sav; o zaman bir de göreceksin ki seninle aramızda düşmanlık bulunan kimse kesinlikle sıcak bir dost oluvermiş!”. Kur’an-ı Kerim, Fussilet: 34.

205 **Armağan**, Temel Haklar, s. 109.

206 **Armağan**, Temel Haklar, s. 109.

207 **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 320.

Vahşi'yi affetmiştir. Fakat, mümkünse onunla karşılaşmak istemediğini kendisine söylemiştir²⁰⁸.

Yukarıda görüldüğü üzere başkalarının kusurlarının bağışlanması gerektiği vurgulanmıştır. Kusurlar gizli olduğu ve bağışlandığı için özel hayatın gizliliği dolaylı olarak korunmuş olacaktır²⁰⁹.

D. Tecessüs Etmeme (Ayıp Araştırmama) Yükümlülüğü

Kur'an-ı Kerim'de tecessüs²¹⁰, gizli bir şekilde araştırmada bulunmak demektir²¹¹. Tecessüs kelimesi, çoğunlukla, ayıp ve kötü halleri araştırma olarak anlaşılır. Ancak, tecessüsü sadece bu şekilde anlamak yetersizdir²¹². Yoklamak, gizli gizli incelemek, temas etmek anlamlarına gelen "el-cessu" kökünden türemiştir²¹³. İnsanların kusurlarıyla, gizli halleriyle ilgili bilgi sahibi olmak ayetlerle açıkça yasaklanmıştır. Kur'an-ı Kerim'de konu, zan, tecessüs ve gıybet ifadelerini harmanlanarak açıklamıştır. Özellikle tecessüs ifadesi, anahtar kelime olarak kullanılmıştır²¹⁴.

Konuyla alakalı Hucurât Suresi'nin 12. ayeti şöyledir: "*Ey iman edenler! Zannın çoğundan sakının; çünkü bazı zanlar günahdır. Gizlilikleri araştırmayın, birbirinizin gıybetini yapmayın; herhangi biriniz, ölmüş kardeşinin etini yemekten hoşlanır mı? Bak bundan tiksindiniz! Allah'a itaatsizlikten de sakının. Allah tövbeleri çokça kabul etmektedir, rahmeti sonsuzdur*"²¹⁵. Ayıp araştırmak kavramı, Arapça'daki tecessüs kelimesi yerine kullanılmıştır²¹⁶. Birinin, başkasında olan ve kendisinin bilmediği konuları merak etmek ve öğrenmek amacıyla faaliyette bulunması, tecess-

208 **Buhârî**, Meğâzî, 24. Bkz. **Özafşar/Ünal/Erul**, Cilt 3, s. 320.

209 **Armağan**, Temel Haklar, s. 109.

210 "*Bir kimsenin öğrenilmesini istemediği özel durumları merak edip araştırıp sorma anlamında kullanılan ahlak terimi*". Mustafa **Çağrı**, "Tecessüs" maddesi, *TDVİA*, C. 40, İstanbul 2011, s. 246.

211 **Kılıç**, s. 359; **Güngör**, s. 87.

212 **Armağan**, Temel Haklar, s. 105.

213 **Kılıç**, s. 359; **Güngör**, s. 87; **Toksarı**, s. 24.

214 **Kılıç**, s. 359; **Güngör**, s. 87.

215 Kur'an-ı Kerim, Hucurât: 12.

216 **Armağan**, Temel Haklar, s. 105.

süs olarak ifade edilir. Böyle bir hareketin en çok karşılaşılan şekli, başkasının özel hayatına ilişkin bilgileri öğrenme girişiminde ortaya çıkar. Yukarıdaki ayet, genel olarak ve bilhassa, korunan, gizli kalması gereken ve ayıplı durumları merak edip bu durumları öğrenmeyi yasaklamıştır²¹⁷.

Hucurat Suresinin bu ayetinde, üç kötü alışkanlık ve huy yasaklanmıştır. Bunlar: “Gerçek bilgi ve kanıtı dayanmayan, tahmine dayanan hüküm (zan)”, “insanların gizliliklerini araştırmak (tecessüs)” ve “insanları arkalarından çekiştirmek (gıybet)”tir²¹⁸. Sabıkasız ve suç işleyeceğine dair ciddi şüpheyi gerektirecek herhangi bir davranışı olmayan bir kişinin gizlediği işini ve davranışını açıklamak ve bunları araştırmak ayette yasaklanan tecessüs kapsamında yer alır. Fakat, düşmanların Müslümanlarla ilgili konularda plan ve niyetlerini anlamak ve zamanında önlem alabilmek için casus faaliyetleri yapmak, bu konuda zorunluluk olduğundan dolayı yasak kapsamında yer almamıştır²¹⁹.

İslam’da tecessüs yapmanın yasak olduğu ve İslam dini açısından bu ilkenin önemi İsrâ Suresi’nin 36. ayetinde de şu şekilde görülmektedir: “*Hakkında bilgin olmayan şeyin ardına düşme! Çünkü kulak, göz ve gönül, bunların hepsi ondan sorumludur*”²²⁰.

Ayıp olmayan konuları incelemek ve araştırmak da İslam’da yasaktır. Örneğin, birinin bankada ne kadar parası olduğunu merak edip öğrenmek için uğraşmak, tecessüs kapsamında olduğundan dolayı yasaktır. Başka kişilerin ailedeki konuşma, yeme ve içme halleri ayıp değildir. Ancak, özel hayat kapsamına girdiği için bu hallerin tecessüs ile öğrenilmesi yasaktır²²¹. Yine bir kimsenin ölümüne bağlı tasarrufta bulunması ayıp değildir. Ancak bir kimsenin vasiyetnamesinin içeriğini öğrenmeye çalışmak tecessüs kapsamındadır ve yasaklanmıştır. Eşlerin birbiri arasındaki konuşması, şakalaşması vs. durumları öğrenmeye çalışmak tecessüstür. Ko-

²¹⁷ Armağan, Temel Haklar, s. 105.

²¹⁸ Karaman/Çağrı/Dönmez, s. 90.

²¹⁹ Karaman/Çağrı/Dönmez, s. 90.

²²⁰ Kur’an-ı Kerim, İsrâ: 36.

²²¹ Armağan, Temel Haklar, s. 105.

nuyla ilgili daha birçok örnek verilebilir. Burdan çıkarılması gereken sonuç, ayıp bir durum olsun ya da olmasın tecessüs etmenin İslam dininde yasaklandığıdır²²².

Ebû Hüreyre'nin naklettiği bir hadisinde Peygamber Efendimiz (s.a.v) şöyle buyurmuştur: *“Zandan sakının. Çünkü zan, yalanın ta kendisidir. Birbirinizin özel hâllerini araştırmayın, birbirinizin konuştuklarına kulak kabartmayın, birbirinize kin beslemeyin. Kardeşler olun!”*²²³. Kötü zan, tecessüs ve gıybet arasında bir bağ vardır. Zira kötü zan kişiyi tecessüse yönlendirir. Tecessüs ise, kişiyi gıybeti götürür²²⁴.

Ayet ve hadis-i şeriflerden²²⁵ yola çıkarak, tecessüsün tam olarak özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir davranış olduğunu söyleyebiliriz. Bundan dolayı İslam'da tecessüs, hangi nedenle olursa olsun ahlak dışı bir davranış olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır²²⁶.

VI. İSLAM HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN SINIRLANDIĞI DURUMLAR

Hak ve hürriyetlerin öznesi olan ve toplum içinde yaşayan insan, sosyal bir varlıktır. Temel hak ve hürriyetler de yalnızca toplumsal düzen içinde anlamlıdır. Hiçbir hak, sınırsız bir özgürlük anlayışı tanımaz. Kaos ve

²²² Armağan, Temel Haklar, s. 105.

²²³ Buhârî, Nikâh, 46. Bkz. Özağşar/Ünal/Erul, Cilt 3, s. 481.

²²⁴ Özağşar/Ünal/Erul, Cilt 3, s. 484.

²²⁵ Ebû Berze el-Eslemî'nin naklettiğine göre, Peygamber Efendimiz (s.a.v) şöyle buyurmuştur: *“Ey diliyle iman edip, kalbine iman girmemiş olan kimseler! Müslümanların gıybetini yapmayın ve onların gizli hâllerini araştırmayın. Çünkü her kim onların gizli hâllerini araştırursa Allah da onun gizli hâlini araştırır. Allah kimin gizli hâlini araştırursa onu evinde (gizlice yaptıklarını ortaya çıkararak) bile rezil eder”*. Ebû Dâvûd, Edeb, 35. Bkz. Özağşar/Ünal/Erul, Cilt 3, s. 481; Ebû Hüreyre'den nakledildiğine göre, Peygamber Efendimiz (s.a.v) şöyle buyurmuştur: *“Bir kul/kışı bir başka kişinin/kulun (ayıbını) dünyada örterse, Allah da kıyamet günü onun (ayıbını) örter”*. Müslim, Birr, 72; İbn Hanbel, II, 389. Bkz. Özağşar/Ünal/Erul, Cilt 3, s. 481.

²²⁶ Özağşar/Ünal/Erul, Cilt 3, s. 487-488; Toksarı, s. 26; Kılıç, s. 368.

anarşinin olmaması için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması esastır. En geniş özgürlüklere sahip rejimlerde bile, özgürlükler ile kamu yararı dengesi sağlanır²²⁷.

Günümüz hukukunda, özel hayatın gizliliğini sınırlayan haller 1982 Anayasasında belirtilmiştir²²⁸. İslam hukukunda da, özel hayatın gizliliğine yönelik, bazı sınırlamalar getirilebilir. Getirilen bu sınırlamalar hakkın ihlal edilmesine sebep olmaz. İslam hukukçularının üzerinde ittifak ettiği sınırlama nedenlerini şöyle sıralayabiliriz: Ülke güvenliği ve asayiş, sağlık, doğal afet, hadis ravilerinin ve şahitlerin özel hayatlarının araştırılmasıyla ilgili konular²²⁹.

Terör faaliyetleri, düşman saldırıları, suçlunun kim olduğunun anlaşılması, hırsızlık gibi durumlarda evlere izin alınmadan girilebilir. Bu hallerde kişilerin özel eşyaları aranabilir. Kişilerin telefonları dinlenebilir. İnternette yaptıkları konuşmalar izlenebilir. Böyle durumlarda, mahkemeler

²²⁷ Halil **Kalabalık**, İnsan Hakları Hukuku, Güncellenmiş 5. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 171-208; **Döner**, s. 119-120.

²²⁸ “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar” (m. 20/ 2), “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar” (m. 21), “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir” (m. 22/ 2-3).

²²⁹ **Armağan**, Temel Haklar, s. 121.

gibi yetkili mercilerden izin alınması gerekir. Bunlar, ülkenin güvenliği ve asayişle ilgili hususlarda özel hayatın sınırlandırılmasına örnektir²³⁰. Hastalık nedeniyle doktorların kişilerin mahrem yerini görerek muayene etmesi sağlık sebebiyle; yangın, deprem, sel gibi doğal afetlerde kişilerin izni olmadan evlerine girilmesi ya da özel eşyalarının aranması da doğal afetler sebebiyle özel hayatın sınırlandırılabilceği durumlardır²³¹.

Son olarak hadis ravilerinin ve şahitlerin özel hayatlarının araştırılmasında özel hayata sınırlama getirilebilir. Ravinin özelliklerinden biri adaletli olmasıdır. Bunun için de fasık olmaması gerekir. İçki, yalancı şahitlik, zina gibi büyük günah işlememelidir. Bu yüzden ravinin bu fiilleri işleyip işlemediği incelenebilir. Onun özel hayatının gizliliğini ihlal etmez. Gıybet günah olmasına rağmen, hadisçiler, ravilerin adalet vasfı taşıyıp taşımadıklarını öğrenmek için gıyaplarında konuşma yapabilirler. Bu konuşmalar gıybet kapsamına girmemektedir. Şahitlik durumunda da aynı şeyler söz konusudur²³².

SONUÇ

İslam dini, insana çok önem vermiştir. Yaratılmış canlılar içinde insan, en saygıdeğer olanıdır. Yeryüzünde ne varsa insanın emri için yaratılmıştır. Böyle eşsiz varlığın maddi ve manevi kişiliğine değer verilmiştir.

Kur'an-ı Kerim'de ve hadis-i şeriflerde, insanın maddi ve manevi kişiliğiyle ilgili birçok ayet söz konusudur. İnsanın bu iki değeri de koruma altındadır. Bu kaynaklardan çıkan sonuca göre, canın, malın, ırzın, namusun ve dinin korunması esastır. Bunlar, “zarurat-ı hamse” yani, İslam fıkhında beş temel hak olarak bilinir. Bu sayılan beş durumun korunması, onur, şeref ve haysiyetin korunması demektir. Böylece, manevi değerleri korunan insanın, “şahsiyet hakları” da korunacaktır. Şahıs varlığı haklarının en temeli kişilik hakkıdır. Kişilik hakkı, kişinin hukuk düzenince koruma altına alınmış olan “şahsi değerleri üzerinde” sahip olduğu ve herkese karşı ileri sürebildiği dokunulmazlık alanıdır. Kişilik hakkı alanında olan birçok değer vardır. Bunlardan bazıları şöyledir: “yaşam, vücut, sağlık tamlığı” “isim, fotoğraf vb. üzerindeki hak”, “mesleki şeref”, “özel ve gizli hayat alanı”. Görüldüğü gibi özel hayat bu kapsamdadır.

²³⁰ Belgesay, s. 244; Armağan, Temel Haklar, s. 121-122; Toksarı, s. 28.

²³¹ Belgesay, s. 249; Armağan, Temel Haklar, s. 121-122; Toksarı, s. 28.

²³² Toksarı, s. 28.

Özel hayatın korunması gerek günümüzde gerekse İslami gelenekte her zaman önemli olmuştur. Günümüzde hem Türk hukukunda hem de uluslararası hukukta özel hayatın kapsamı ve özel hayatın gizliliğiyle ilgili çok sayıda düzenleme mevcuttur. İslam hukuku açısından konuya baktığımızda ise, İslam hukuku, kişilik haklarının korunmasını ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğini, sorumluluk ve ibadet olarak görmüştür. Yani, konu “şer’i” bir meseledir. Bu yüzden Kur’an-ı Kerim ve Peygamber Efendimiz (s.a.v.)’in hadisleri açısından özel hayatın gizliliğinin korunması, ahlaki ve hukuki olarak iki yönlüdür.

Özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, mahremiyeti ihlal edilen kişiyi toplum önünde zor duruma düşüreceğinden dolayı İslam’da bu alana müdahale kesin bir biçimde yasaklanmıştır. Özel hayatın yoğun bir şekilde ihlal edildiği alanlar, kişilerin konutları ve haberleşmeleri ile özel eşyalarına müdahale edilmesi olmuştur. Temel olarak üç hakkın korunmasıyla özel hayata müdahale edilmesi engellenir. Bunlar, “konut dokunulmazlığı”, “haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği” ve “özel eşyaların gizliliği”dir. İslam hukukunda da bu korumayı sağlamak için çok sayıda hüküm mevcuttur. Özellikle, kişinin meskeninin, onun özeli olduğu vurgusu yapılmıştır. Özel hayat içine aile hayatı da girmiştir. İslam dini aileye çok önem vermiştir. Ailenin, mutlu toplumu oluşturmanın temeli olduğunu vurgulamıştır. Yine İslam, aile kurmayı tavsiye etmiş ve bir yandan da kurulan ailenin her türlü yabancı etkisinden mahsun olması gerektiği, yani, tehlikelere kapalı olması gerektiğini vurgulamıştır. Bunun için aile hayatı ve özel hayatın korunması kapsamında emir ve yasaklar getirilmiştir. Günümüzde, 1981 tarihli “İslam’da İnsan Hakları Beyannamesi” ile, Kur’an-ı Kerim’de ve hadis-i şeriflerde yer alan özel hayata ilişkin hükümler maddeleştirilmiştir. Kaynağını kutsal emirlerden alan beyannameyle bir kez daha, İslam dininin özel hayata verdiği önem anlaşılmaktadır. Temelini ayet ve hadis-i şeriflerden alan beyannameyle özel hayata ilişkin durumların hem ahlaki hem de hukuki koruma sağladığı görülmektedir.

Ayrıca, özel hayatın gizliliğini korumak için İslam fıkıhçılarının da benimsediği ilkeler söz konusudur. Bu ilkelerin kökeni ayetler ve hadis-i şeriflerdir. “Gıybet yapmama”, “söz götürüp getirmeme”, “kusur bağışlama”, “tecessüs etmeme” bunlardandır. Ahlak dışı hareketleri yasaklayan bu ilkeler, özel hayatın korunmasına dolaylı olarak katkı sağlar. Tüm bu hükümlere rağmen, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde, İslam dini ihlali yapan kişilere müeyyideler getirir. Kişilerin dedikodu yapması, laf götürüp getirmesi, başkalarının özel hayatlarını araştırması, amaç ne

olursa olsun kabul edilmemiştir. İslam dininin getirdiği hükümlerden de anlaşılacağı üzere, mahremiyetin ihlal edilmeyeceği tartışmaya kapalı bir alan olmuştur. Terör saldırıları, salgın hastalıklar, sel, deprem ve yangın gibi doğal afetler ile bazı mesleklerin doğası gereği olanlar (doktorların tedavi için kişilerin mahrem yerlerini görebilmeleri) hariç, özel alana müdahaleye kesinlikle izin verilmemiştir.

Ayet ve hadis-i şeriflerden de yola çıkarak anlayacağımız üzere, “gizli olanı sakla ayıp olanı ört” diyen İslam dini, insanların özel hayatlarının araştırılmaması ve konuşulmaması gerektiğine vurgu yapmıştır. Dolayısıyla İslam mahremiyetin, yabancıların müdahalesine kapalı bir alan olması gerektiğini emreder. Ve bu emir de bize, İslam’ın konuya ne kadar hassas yaklaştığını, gerek özel hayatın gizliliğinin gerekse tüm insan haklarının ne kadar kutsal olduğunu gösterir.

İslam’ın temel kaynakları açısından özel hayatın gizliliğinin (mahremiyetinin) korunması ahlaki bir mesele olduğu gibi aynı zamanda hukukun da kapsamına giren bir meseledir. Başka bir ifadeyle, İslam’da özel hayatın gizliliği, ahlaken ve hukuken korunmuştur.

İslam hukuku açısından yapılacak bir yasalaştırmada, özel hayatın unsurları, gizliliğin korunması ve kamu düzeni, güvenlik, sağlık, suçların önlenmesi gibi nedenlerle sınırlandırılmasının koşulları belirgin hale getirilebilir. Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde ayrıntılı bir biçimde düzenlenen özel hayatın gizliliği, incelendiği üzere İslam hukukunu yaşayan bazı ülkelerin Anayasalarında, Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflere kıyasla daha dar kapsamlı yer almaktadır. Özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlayan haklar, bu temel normlarda daha belirgin hale getirilebilir.

KAYNAKLAR

- Akgündüz**, Ahmed. Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası. OSAV Yayınları, İstanbul 1997.
- Akgündüz**, Ahmed. İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku. C. 1, OSAV Yayınları, İstanbul 2011.
- Akgündüz**, Ahmed. İslam'da İnsan Hakları Beyânnamesi. OSAV Yayınları, İstanbul 2017.
- Akgündüz**, Ahmed. Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri. C. 2, 5, 9, OSAV Yayınları, İstanbul 1990.
- Akyürek**, Güçlü. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu. 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Anadol**, Cemal. "İnsan Hakları Beyannamesi ve İslam'da İnsan Hakları". *Diyanet Aylık Dergi*, Mayıs 1993, ss. 54-68.
- Antalya**, Gökhan/ **Topuz**, Murat. Medeni Hukuk. Genişletilmiş 3. bs., C. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Armağan**, Servet. "İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği (Mahfuziyet'i)-Bir İzah Tecrübesi-". *İslâm Tetkikleri Dergisi*, C. 6, İstanbul 1976, ss. 141-168.
- Armağan**, Servet. İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, DİB Yayınları. 8. bs., Ankara 2015.
- Atar**, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Aydın**, Mehmet Âkif, Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet, 3. Bs., Klasik Yayınları, İstanbul 2020, s. 22-24.
- Aydın**, Mehmet Âkif. "Anayasa" maddesi. *TDVİA*, C. 3, İstanbul 1991, ss. 153-164.
- Aydın**, Mehmet Âkif. Türk Hukuk Tarihi. Gözden Geçirilmiş 17. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Bardakoğlu**, Ali. "Fıkıh" maddesi. *TDVİA*, C. 15, İstanbul 1997, ss. 139-151.
- Belgesay**, Mustafa Reşit. Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.
- Beşer**, Faruk. İslam'da Sosyal Güvenlik. DİB Yayınları, Ankara 1987.

Bilgin, Ahmet. İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, (Danışman: Prof. Dr. Halil Cin), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü, Doktora Tezi, Diyarbakır 1989.

Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu. C. 8, Bilmen Yayıncılık, İstanbul 1985.

Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu. C. 1, Bilmen Yayıncılık, İstanbul 1991.

Bozkurt, Nebi/ **Küçükaşçı**, Mustafa Sabri. “Medine” maddesi. *TDVİA*, C. 28, Ankara 2003, ss. 305-311.

Cin, Halil/ **Akyılmaz**, Gül. Türk Hukuk Tarihi. 10. bs., Sayram Yayıncılık, Konya 2018.

Çağrı, Mustafa. “Gıybet” maddesi. *TDVİA*, C. 14, İstanbul 1996, ss. 63-64.

Çağrı, Mustafa. “Hak” maddesi. *TDVİA*, C. 15, İstanbul 1997, ss. 151.

Çağrı, Mustafa. “İzin” maddesi. *TDVİA*, C. 23, İstanbul 2001, ss. 509-510.

Çağrı, Mustafa. “Nemîme” maddesi. *TDVİA*, C. 32, İstanbul 2006, ss. 553.

Çağrı, Mustafa. “Tecessüs” maddesi. *TDVİA*, C. 40, İstanbul 2011, ss. 246-247.

Danışman, Ahmet. Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması. Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1991.

Demir, Hilmi. “İslam’da Özel Hayat ve Özel Hayatın Gizliliği”. *Türk Akademisi Siyasal Sosyal Stratejik Araştırmalar Vakfı*, Kasım 2013, ss. 1-7.

Demirci, Muhsin. “Kur’an’a Göre Temel Hak ve Özgürlükler”. *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, ss. 49-68.

Döner, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku. 1. bs., Yetkin Basımevi, Ankara 2021.

Dursun, Davut. “İslam Konferansı Teşkilatı” maddesi. *TDVİA*, C. 23, İstanbul 2001, ss. 49-53.

Erdoğan, Mustafa. Anayasal Demokrasi. 4. bs., Siyasal Yayınevi, Ankara 2001.

Erdoğan, Mustafa. Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü. 5. bs., Ensar Neşriyat, İstanbul 2015.

Erdoğan, Mustafa. Türk Anayasa Hukuku. Hukuk Yayınları, Ankara 2018.

Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Ders Notları. 1. bs., On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

Esirgen, Seda Örsten. "Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4, C. 65, 2016, ss. 2305-2329.

Fayda, Mustafa. "Câhiliye" maddesi. *TDVİA*, C. 7, İstanbul 1993, ss. 17-19.

Fayda, Mustafa. "Zimmî" maddesi. *TDVİA*, C. 44, İstanbul 2013, ss. 428-434.

Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. İslam'da Şahsiyet Hakları. 4. bs., Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2010.

Gözübüyük, Şeref. Açıklamalı Türk Anayasaları. 9. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

Güngör, Nurullah. "İslam Hukuku'nda Özel Hayat Kavramı ve Günümüz Uygulamaları". *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 4, 2016, ss. 69-94.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Yönelik Suçlar". *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4, Güz 2009, ss. 9-22.

Hamidullah, Muhammed. "Usul al-Fıkıh'ın Tarihi". çev. Fuad Sezgin, İstanbul 1956-1957.

Helvacı, Serap. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar. Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2001.

Hıra, Ayhan. "Özel Hayatın Korunması: Türk Ceza Kanununda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Düzenlemenin İslam Hukuku ile Mukayesesi". *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 13, Bahar 2014, ss. 75-102.

Hökelekli, Hayati. "İrz", maddesi. *TDVİA*, C. 19, İstanbul 1999, ss. 133-134.

İba, Şeref. Türk Anayasa Hukuku. Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

İbn Mace. Sünen-i İbn-i Mace Tercemesi. haz. Abdullah Parlayan, C. 2, Konya Kitapçılık, İstanbul 2017.

Jalil, Faridah /Musa, Nurhafilah.“Searching for The Benchmark in The Administration of Islamic Criminal Law: Malaysia Experience”, Refik Korkusuz/Abdurrahman Eren (edts), Islamic Criminal Law (154-171), Nisan 2017.

Kahraman, Abdullah. İslam Hukuk ve Ahlak İlkeleri Işığında Özel Hayatın Gizliliği-Mahremiyet-. 1. bs., Ebabil Yayıncılık, Ankara 2008.

Kalabalık, Halil. İnsan Hakları Hukuku, Güncellenmiş 5. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Karaman, Hayreddin. Mukayeseli İslam Hukuku. C. 1, İz Yayıncılık, İstanbul 2016.

Karaman, Hayrettin/Çağrıçı, Mustafa/Dönmez, İbrahim Kâfi. Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir. DİB Yayınları, C. 5, 2020.

Kasapoğlu, Abdurrahman. “Kur'an'da Gıybet Olgusu Bir Davranım Bozukluğu Olarak Dedikodu ve Korunma Yolları”. *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 11, 2006, ss. 51-70.

Kaya, Süleyman. “Kur'an'da İnsanın Değeri”. *İlahiyat Dergisi*, S.1, C.1, 2018, ss. 51-64.

Keklik, Ramazan. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları. Adalet Yayınları, Ankara 2012.

Kılıç, Sadık. “Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları”. *Tartışmalı İlmî Toplantı*, İstanbul 2014, ss. 351-374.

Kılınc, Ahmet. “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2019, ss. 623-662.

Kılınc, Ahmet. Kanun-i Esasi'nin İnsan Hakları Yönünden Analizi, (Danışman: Prof. Dr. Ahmet Bilgin), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2005.

Korkmaz, Ali. “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”. *Karamanoğlu Mehmet Bey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2014, ss. 99-103.

Kur'an-ı Kerim. (<https://kuran.diyaret.gov.tr/Tefsir/>).

Küçük, Raşit. Hz. Peygamber ve Birlikte Yaşama Ahlakı, “Asrı Saadette Birlikte Yaşama Ahlakı Bazı Tespitler ve Örnekler”. 1. bs., DİB Yayınları, Ankara 2015.

Mevdudi, Ebu'l Â'lâ. İslam'da İnsan Hakları. çev. Sezgin Baş, 1. bs., Düşün Yayınları, İstanbul 2017.

Mohamed Yusoff, Zuryati. Protection of Privacy in Malaysia: A Law for the Future, Victoria University of Wellington, 2014.

Muhammed Ebû Zehra. İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usûlü. çev. Abdulkadir Şener, 13. bs., Fecr Yayınları, Ankara 2017.

Muhammed Ebû Zehra. İslam Hukukunda Suç ve Ceza. çev. İbrahim Tüfekçi, C. 1, 1. bs., Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994.

Öresin, Hüseyin. Günümüz Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Özel Hayatın Korunması. (Danışman: Prof. Dr. Ahmet Yaman), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007.

Özafşar, Mehmet Emin/Ünal, İsmail Hakkı/Erul, Bünyamin (edt.). Hadislerle İslam. C. 3, 4, 5, 2. bs., Ankara 2013.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Güncellenmiş ve Genişletilmiş, 14. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Özel, Ahmet. “Dârülİslâm” maddesi. *TDVİA*, C. 8, İstanbul 1993, ss. 541-543.

Rahmdel, Mansour. “The Right to Privacy in the Iranian Criminal Justice System”, *Journal of Penal Law and Criminology*, İstanbul 2018, ss. 197-219.

Sherwani, Mariam. “The Right to Privacy under International Law and Islamic Law: A Comparative Legal Analysis”, *Kardan Journal of Social Sciences and Humanities*, Volume 1, Issue 1, June 2018, ss. 30-48.

Şaban, Zekiyüddin. İslam Hukuk İlminin Esasları. çev. İbrahim Kâfi Dönmez, DİB Yayınları, Ankara 1990.

Şahin, Muzaffer/Avşar, Zakir/Safî, İsmail. “İslam İşbirliği Teşkilatı”. *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 28, S. 1, Ocak 2018, ss. 231-243.

Şimşek, Ali. “Humeze Suresinde Ahlâkî Yozlaşma Unsurları”. *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 43, Erzurum 2015, ss. 240-258.

Teziç, Erdoğan. Anayasa Hukuku. 21. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2017.

Toksarı, Ali. “Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kitap ve Sünnete Göre Özel Hayatın Gizliliği”. *Diyanet İlmî Dergi*, S. 2, C. 48, ss. 7-30.

Topaloğlu, Bekir. “Hak” maddesi. *TDVİA*, C. 15, İstanbul 1997, ss. 152.

Tunç, Hasan. Anayasa Hukuku Genel Esaslar. Gözden Geçirilmiş 2. bs., Gazi Kitabevi, Ankara 2019.

Üçok, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal. Türk Hukuk Tarihi. Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 22. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2020.

Yakıt, İsmail. “Kur’an ve Sünnette İnanç ve Düşünce Özgürlüğü”. *Tartışmalı İlmî Toplantı*, Aralık 2014.

Yavuz, Nuri/Duman, Tayyip/Karakaya, Necmettin. İnsan Hakları ve Demokrasi-Vatandaşlık Bilgisi. 4.bs., Pegem Akademi, Ankara 2020.

Yeğin, Abdullah. İslami-İlmî-Edebi-Felsefi, Yeni Lügat. Genişletilmiş Baskı, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.

Yıldırım, Celal. Kur’an Ahkâmı ve Mezhep İmamlarının Görüş Farkları. Bahar Yayınevi, İstanbul 1972.

Yokuş Sevik, Handan. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Zeydan, Abdülkerim. İslami Uyanışa Doğru İslam Şeriatında Fert ve Devlet. çev. O. Zeki Soyyiğit, Hikmet Gazetecilik, İstanbul 1969.

Zeytin, Zafer/**Ergün**, Ömer. Türk Medeni Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş. 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Zuhayli, Vehbe. İslam Ansiklopedisi Fıkhı. çev. Ahmet Efe vd., C. 7, Risale Yayınları, İstanbul 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

“Constitution of Malaysia”, <https://www.chanrobles.com/malaysia.htm#.YYZ022BBxPY>, ET.02.11.2021.

“Constitution of The Islamic Republic of Iran”, <https://www.chanrobles.com/iran.htm#.YYWNMmBBxPY>, ET. 01.11.2021.

“Constitution of The Islamic Republic of Pakistan”, http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1549886415_632.pdf, ET. 31.10.2021.

“Constitution of the Saudi Arabia”, <https://www.chanrobles.com/saudiarabia.htm#.YYWcFGBBxPY>, ET. 02.11.2021.

“Pakistan İslam Cumhuriyeti Anayasası”. <https://www.chanrobles.com/pakistan.htm#.YYRMemBBxPY>, ET. 29.10.2021.

“Stakeholder Report Universal Periodic 28th Session: The Right to Privacy in the Islamic Republic of Pakistan”. https://privacyinternational.org/sites/default/files/2017-11/UPR28_Pakistan.pdf, ET. 29.10.2021.

“State of Privacy Pakistan”, <https://privacyinternational.org/state-privacy/1008/state-privacy-pakistan>, ET. 30.10.2021.

Tahir, Atique. “Privacy in Islam, a sacred human right”, [https://www.numl.edu.pk/journals/subjects/156109886911-AL-BASEERA %20%20\(Vol.%201%20-%20Issue.%202\)%20DEC-2012.pdf](https://www.numl.edu.pk/journals/subjects/156109886911-AL-BASEERA%20%20(Vol.%201%20-%20Issue.%202)%20DEC-2012.pdf), ET. 30.10.2021.

Özel Hukuk / Private Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 2 Aralık/December 2021

**İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından
Kaynaklanan Nedenlerle Feshi**

**Termination of Employment Contract Due to Private Life of
Employee**

Arş. Gör. Büşra YAŞAR*

ÖZ

Özel yaşam alanının içerisine pek çok unsur dahildir; bu unsurları numerus clausus olarak saymak mümkün olmadığı gibi böyle bir sayım doğru da olmaz. Zira, değişen şartlarla birlikte özel yaşam alanı da değişmektedir. Bireyin özel yaşamını özgürce şekillendirme ve belirli sınırlar çerçevesinde dilediği şekilde yaşamını sürdürme hakkı bulunmaktadır. Bu hakka bir birey olarak işçinin de sahip olduğu kuşkusuzdur. Kural olarak özel yaşam, müdahaleye açık olmayan bir hak olarak değerlendirilse de belirli sınırlamalar dahilinde bu alana müdahale mümkündür. İş ilişkisi taraflar arasında kişisel bir ilişkinin kurulmasını gerektirdiğinden ve işçinin özel yaşamındaki davranışları işverene zarar verebileceğinden yahut işyerinde olumsuzluklara yol açabileceğinden bu çerçevede kısıtlanması mümkündür. Nitekim, yönetim hakkını emir ve talimatlarıyla somut olarak kullanan işveren iş ilişkisini zedelediği ölçüde işçinin özel yaşamına

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: busra.yasar@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0002-3691-7078.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 26.11.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 22.12.2021.

Atıf: Büşra Yaşar, “İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 2, Aralık 2021, (335-373).

müdahalede bulunabilecektir. Ancak bu müdahale de sınırlı ve ölçülü olmalıdır. Zira işveren, yönetim hakkını işçinin özel yaşamını tamamen kısıtlayacak ve kişilik haklarını hiçe sayacak şekilde kullanamaz. Bu bağlamda işverenin korunmaya değer iktisadi menfaati ile işçinin özel yaşamı arasındaki dengenin sağlanması oldukça önemlidir. Bu çalışmada, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki menfaat dengesinin sağlanabilmesi için işverenin yönetim hakkının sınırına açıklık getirilerek, işçinin özel yaşam alanı içerisinde kabul edilen bazı davranışlar yüksek mahkeme kararları ışığında ele alınıp, bunların iş sözleşmesinin sona ermesine etkisi değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İşçinin özel yaşamı, işverenin yönetim hakkı, fesih, sosyal medya, işyerindeki duygusal ilişkiler.

ABSTRACT

The term of private life includes many factors. Neither it is possible to count these factors as *numerus clausus*, nor such a count would be correct. Due to changing conditions, the private life changes too. The individual has the right to freely shape his/her private life and to continue his/her life as he/she wishes within certain limits. There is no doubt that the worker has this right as an individual. As a rule, private life is considered as a right that is not open to interference, but interference in this area is possible within certain limitations. Since the employment relationship requires the establishment of a personal relationship between the parties and the behavior of the employee in his private life may harm the employer or cause negativities in the workplace, it is possible to restrict it in this framework. As a matter of fact, the employer, who concretely uses his right of management with his orders and instructions, may interfere with the private life of the employee to the extent that it damages the employment relationship. However, this intervention should also be limited and proportional. Because the employer cannot use the management right in a way that completely restricts the private life of the employee and ignores the personal rights. In this context, it is very important to ensure the balance between the employer's economic interests worth protecting and the private life of the employee. In this study, in order to ensure the balance of interests between the parties to the employment contract, the limit of the employer's right to management has been clarified, and some behaviors accepted within the private life of the employee have been discussed in the light of high court decisions, and their effects on the termination of the employment contract have been evaluated.

Keywords: Private life of employee, right to management of employer, termination, social media, emotional relationships at workplace.

GİRİŞ

Özel yaşam, kişinin toplum içerisinde var olabilmesi ve varlığını devam ettirebilmesi için son derece önemli bir yaşam alanıdır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde özel yaşamın bireyin kendini özgürce ifade edebilmesi için gerekli olduğu görülmektedir. Özel yaşamın gerek temel bir insan hakkı olarak gerekse kişilik hakkının bir uzantısı olarak korunması, esasında bireyin özgürlüğünün korunmasına hizmet etmektedir.

Birey toplumda sosyalleşen bir varlıktır. Bireyin sosyalleştiği bu alana özel yaşam da dahildir. Keza bireyin gününün büyük çoğunluğunu geçirdiği iş çevresi onun sosyal yaşamının bir parçasıdır. Dolayısıyla, özel yaşamın çerçevesi sosyal temas kurulan çevrenin artmasıyla beraber genişlemektedir. Bu itibarla, içerisine pek çok unsurun dahil olduğu ve sınırlarının keskin bir suretle çizilemeyeceği özel yaşam aynı zamanda iş ilişkisi bağlamında da varlığını sürdürmektedir.

Çalışmamızda genel itibarıyla özel yaşam kavramı ele alındıktan sonra iş ilişkisi özelinde bu kavram incelenecektir. Bununla beraber, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin özel yaşamına ilişkin düzenleme yapma yetkisi ve bu düzenlemelerin sınırı değerlendirilecektir. Zira, işçinin işverene bağımlı olarak iş görmesi özel yaşam hakkının göz ardı edileceği anlamına gelmemektedir. Daha sonra, işçinin özel yaşamı ile iş sözleşmesinin feshi arasındaki ilişki geçerli neden ve haklı neden üzerinden tartışılacaktır. Son olarak ise, özel yaşam içerisine dahil edilen pek çok unsur olduğundan iş ilişkisi ile bağlantısı muhtemel olan bazı özel yaşam pratikleri doktrindeki değerlendirmeler ve yargı kararlarıyla birlikte ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMI VE ÖZEL YAŞAMIN İŞ İLİŞKİSİNE YANSIMASI

A. İşçinin Özel Yaşam Hakkı

1. Özel Yaşam Kavramı

Özel yaşam, kavram itibariyle son derece geniş bir çerçeve çizmekte olup içeriğinin sınırlı sayıda, tüketici unsurlarla belirlenmesi mümkün değildir¹. Nitekim, doktrinde değinilen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen bir kararda² özel yaşamın kapsamlı tanımının yapılmasının mümkün olmadığı, bu kavramın kişinin özel hayatını dilediği gibi yaşayabildiği bir iç alan ile kısıtlanamayacağını ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, özel yaşamın yalnızca bireyin bulunduğu çevre ile sınırlandırılması söz konusu değildir. Aksine, bu sosyal çevreyi aşan ve bireyin başka insanlarla temas içerisinde bulunduğu alanlar da özel yaşamına dahildir. Benzer şekilde, sosyal, ekonomik ve teknolojik değişimlerle birlikte özel yaşamın çerçevesi değişebilmekte ve genişleyebilmektedir³.

-
- ¹ Zahit **İmre**, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İÜHFM, C. 39, S. 1-4, 1974, s. 148; K. Ahmet **Sevimli**, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 7; K. Ahmet **Sevimli**, “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Y. 3, 2008, s. 53; Deniz **Ugan Çatalkaya**, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, İÜHFM, C. 74, 2016, s. 740; Artür **Karademir/Cemile Turgut**, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi”, C. 3, S. 6, 2017, s. 69; Seda **Arslan Durmuş**, “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkisine Etkisi”, DÜHFD, C. 25, S. 42, 2020, s. 138; Jeremy **deBEER**, “Employee Privacy: The Need for Comprehensive Protection”, Saskatchewan Law Review, Volume 66 (2), January 2003, s. 385; Paul F. **Gerhart**, “Employee Privacy Rights: Introduction and Overview”, 17 Comp. Lab. L.J. 1 (1995-1996), s. 3.
- ² “Case of Niemietz v. Germany, Application No: 13710/88, 16.12.1992”, parag. 29, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%5D%7D>, E.T. 4.3. 2020, Kararı daha önce zikreden, **Sevimli**, s. 7, dn. 1; **Ugan Çatalkaya**, s. 740, dn. 35; Benzer yönde bir karar için bkz. “Huvig v. France, Application No: 11105/84, 24.04.1990”, parag. 8, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%5D%7D>, E.T. 4.3.2020; Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülay **Arslan Öncü**, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Epamat Basım Yayın, Ankara 2019, s. 24 vd.
- ³ **Sevimli**, s. 7; Yiğitcan **Çankaya**, İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği, Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi SBE, 2019, s. 8.

Esasında hukuk doktrininde kişinin yaşam alanının kamusal yaşam, özel yaşam ve gizli yaşam şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir⁴. Bu bağlamda, kamusal yaşam bireyin toplum içerisindeki yaşantısının herkesçe görülebilecek veya öğrenilebilecek kısmını oluşturmaktadır. Bu kısmın içerisinde yer alan bilgilerin paylaşılmasında kural itibarıyla hukuka aykırı olmamakla birlikte bireyin şeref ve haysiyetine tecavüz söz konusu olduğunda ihlalden söz edilmektedir⁵. Özel yaşam, kişinin belirli bir çevre ile etkileşimi sonucu o çevreye dahil kimseler tarafından bilinen ve belirli bir ölçüde aleni olan bilgilerdir⁶. Gizli yaşam ise, kişinin iç dünyasında yer alan, kendisi dışında biriyle paylaşmadığı, sır olarak kabul edilen ve ancak kendi isteğiyle çok az insana aktardığı hususları içermektedir⁷.

Görüldüğü üzere, kişinin yaşam alanına ilişkin ayrımlar yapılsa da bu sınırların keskin bir şekilde çizilmesi her durumda mümkün gözükmemektedir. Keza, hangi unsurların bireyin özel yaşamına dahil edildiğini hangi unsurların kamusal yaşam içerisinde kaldığını tespit etmek kolay olmamaktadır. Örneğin, kamusal figürlerin özel yaşam alanlarının diğer kişilere nazaran daha dar olduğu ve kişinin konumuna bağlı olarak bu belirlemenin yapılacağı ifade edilmektedir⁸.

Özel yaşama ilişkin ulusal ve uluslararası düzlemde geniş korumalara yer verildiği görülmektedir. Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu vurgulanmaktadır. Özel yaşam, bir kişilik hakkı değeri olduğu için aynı zamanda Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen hükümler çerçevesinde de korunmaktadır⁹.

4 **İmre**, s. 148, dn. 4; Serap **Helvacı**, Gerçek Kişiler, 6. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 124; Haluk **Tandoğan**, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, C. XX, S. 1-4, 1963, s. 26; Serap **Helvacı**/Fulya **Erlüle**, Medeni Hukuk, 4. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 89, Rona **Serozan**, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul 2015, İkinci Bölüm, § 3, N. 11.

5 **İmre**, s. 149.

6 **İmre**, s. 149; **Helvacı**, s. 125.

7 **Helvacı**, s. 125; **Helvacı/Erlüle**, s. 89.

8 **Sevimli**, s. 10; **Karademir/Turgut**, s. 69; **Arslan Durmuş**, s. 142.

9 Emine Tuncay **Kaplan**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 24, 2011, s. 45.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da özel yaşamın korunmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur. Benzer şekilde, özel yaşam hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesi dolayısıyla uluslararası metinlere de konu edildiği görülmektedir¹⁰.

2. İşçinin Özel Yaşam Hakkının İş İlişkisindeki Görünümü

Özel yaşam hakkının gerek temel insani değerler çerçevesinde ele alınması gerekse kişilik hakkı içerisinde yer alan bir değer olarak görülmesi, iş ilişkisi bakımından da işçinin bu hakkının koruma altına alınmasını gerektirmektedir. Bir diğer ifade ile iş sözleşmesi ile işverene bağımlı şekilde iş görme borcu altına giren işçi, işyeri sınırları içerisinde veya dışında özel yaşam hakkına sahiptir. Gerçekten de eşitler arası bir sözleşme olmayan ve işçinin şahsi olarak iş görmesini arayan iş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliği¹¹, işçinin özel yaşamına ilişkin korumanın gerekliliğini ortaya koymaktadır¹².

Nitekim Yargıtay da özel yaşam kavramını tanımlarken bunun iş ilişkisini de kapsadığını ifade etmiş; işçiye gelen bir tebligatın işverence okunamayacağını, aksinin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunu belirtmiştir¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de önüne gelen olaylarda, özel yaşamın gizliliğine ilişkin AİHS m. 8'in iş ilişkisi bakımından

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sevimli**, s. 39 vd.

¹¹ Ali **Güzel**, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 180 vd.

¹² **Sevimli**, s. 92; **Kaplan**, s. 42; **Ugan Çatalkaya**, s. 736; Fuat **Bayram**, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2011, s. 73.

¹³ "...Özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir. Bu nedenle, kamuya açık alanda bulunulması, bu alandaki her görüntü veya sesin dinlenilmesine, izlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterildiği anlamına gelmez. Kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, "kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik" prensibi geçerli olup, kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yaptıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş bilgileri ya da onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemeyeceği, özel yaşam alanına

da uygulama bulacağı belirtilmiştir¹⁴. Örneğin, Mahkeme doktrinde de değinilen *Halford-Birleşik Krallık* kararında işçiye kullanımı için tahsis edilen telefonun dinlenmesinin içinin özel yaşamına müdahale teşkil ettiğine karar vermiş, bireyin mesleki faaliyetlerinin özel yaşam kapsamında olduğunu vurgulamıştır¹⁵. Benzer şekilde, *Peev-Bulgaristan* kararında başvuruçunun ofisindeki masa çekmecelerini ve dosya dolaplarını da kapsayan bir aramanın özel yaşama bir müdahale olarak kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁶. Bunun gibi, *Barbulescu-Romanya* kararında işyerindeki internet kullanımlarına ilişkin çalışanların işyerinde de özel yaşamına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, işverenin işyerindeki iletişim araçlarının özel işler için kullanımını yasaklamasının

girdiğinde şüphe bulunmayan faaliyetleri özel hayat kavramı kapsamına dahildir; ancak, süreklilik içermeyen ve özel yaşam alanına dahil olmayan olay ve bilgiler ise bu kapsamda değerlendirilemez. Sonuç olarak, bir olay ya da bilginin, özel hayat kavramı kapsamına girip girmediği belirlenirken, sadece içinde bulunulan fiziki çevrenin özelliklerine bakılmamalı, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi, kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı, dışa yansıyan davranışları, rıza ve öngörüler, sosyal ilişkileri, müdahalenin derecesi gibi ölçütler de göz önüne alınmalıdır. Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, katılanın sanık sıfatıyla yer aldığı ceza davasına konu yapılan olayların, niteliği itibariyle herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerdiği, tebligatın şahsa özel yapıldığı yapıldığı halde sanık tarafından açılarak okunduktan sonra, katılan yerine doğrudan diğer sanık ...'e verildiği dikkate alındığında, TCK'nun 134/1-1.cümle ve maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu anlaşılmakla...": Yarg. 12. CD., E. 2015/9708, K. 2016/10986, 29.6.2016, www.kazanci.com; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde özel yaşamın korunması gerektiğine değinmiştir: "...Çalışanın işyerinde özel alanı ve yaşamının olmayacağı sonucunun doğmasına yol açacak yaklaşımın da temel insan hak ve özgürlüklerinin çalışma yaşamında da korunması gerektiği, işverenin denetim ve gözetim hakkının işyeri ortamında dahi kişisel özgürlüklere saygı bağlamında sınırlanması gerektiği...": Yarg. HGK., E. 2017/3017, K. 2018/99, 24.1.2018, www.lexpera.com.

- 14 Evra Çetin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 229.
- 15 Halford v. The United Kingdom, Application No: 20605/92, 25.6.1997, parag. 44, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58039%22%5D%7D>, E.T. 4.3. 2020.
- 16 Case of Peev v. Bulgaria, Application No: 64209/01, 26.7.2007, parag. 37, http://hrlibrary.umn.edu/research/bulgaria/Peev_en1.pdf, E.T. 4.3.2020.

özel yaşamın işyerinde sürmeyeceği anlamına gelmediği belirtilmiştir¹⁷. Görüldüğü üzere, bireyin özel yaşam hakkı, kurduğu iş ilişkisi neticesinde işçi sıfatını haiz olmasıyla birlikte sona ermemekte aksine işyerinde de gözetilmektedir.

B. İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında İşçinin Özel Yaşamına Müdahalesi

Yönetim hakkı, işverenin belirli sınırlar dahilinde iş görme faaliyetinin ne şekilde olması gerektiğine ilişkin düzenleme yetkisi veren bir haktır¹⁸. Bir başka deyişle, iş sözleşmesinde düzenleme bulunmayan alanlardaki boşluğun doldurulabilmesi amacıyla işverenin işçiye işin görülmesine ve işyerindeki davranışlarına yönelik emir ve talimat verebilme hakkı olarak da ifade edilmektedir¹⁹. İşverenin yönetim hakkı karşısında ise, işçinin verilen talimatlara itaat borcu yer almaktadır²⁰. Bu bağlamda, işçinin itaat borcu iş görme borcunun tamamlayıcısı olup, itaat borcuna aykırılık iş görme borcuna aykırılık anlamına gelmektedir²¹. Ancak, işverenin işçinin işyerindeki davranışlarına yönelik verdiği talimatlara uymaması, itaat borcunun ihlali olarak değerlendirilmektedir²².

İşverenin yönetim hakkı, verdiği emir ve talimatlara işçinin uyup uymadığını denetleme yetkisini de içermektedir. Dolayısıyla, işveren bu anlamda kontrol yapabilmek imkanına sahiptir. İşverenin yönetim hakkı kapsamında özellikle işçinin işyerindeki ve işyeri dışındaki davranışlarına yö-

¹⁷ *Barbulescu v. Romania*, App. No. 61496/08, 5.9.2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Barbulescu_ENG.PDF, E.T. 4.3.2020.

¹⁸ M. Polat **Soyer**, İşçinin İş Görme Borcu, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE 1979, s. 44; Savaş **Taşkent**, İşverenin Yönetim Hakkı, İTÜ Yayınları, İstanbul 1981, s. 11; Sarper **Süzek**, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, s. 226; Ünal **Narmanhoğlu**, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri C. I, İstanbul 2012, s. 255; Hamdi **Mollamahmutoğlu**/Muhittin **Astarlı**/Ulaş **Baysal**, İş Hukuku Ders Kitabı C. I: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2018, s. 18; Nuri **Çelik**/Nurşen **Caniklioğlu**/Talat **Canbolat**, İş Hukuku Dersleri, 30. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 256.

¹⁹ **Taşkent**, s. 11; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s. 225; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 256.

²⁰ **Narmanhoğlu**, s. 255.

²¹ Sarper **Süzek**, İş Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 347.

²² **Süzek**, s. 347; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s. 227.

nelik verdiği emir ve talimatlar aynı zamanda özel yaşamını ilgilendirmektedir. Bu çerçevede, yönetim hakkının sınırlarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Yönetim hakkı, iş hukuku kaynakları arasında en alt sırada yer aldığı için hiyerarşik olarak yönetim hakkından üstte yer alan Anayasa, kanun, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, tip iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması gibi kaynaklar tarafından sınırlandırılmıştır²³. Bu bağlamda, işveren bu kaynaklarda düzenlenmiş hususlarda yönetim hakkını kullanamayacak; düzenlenmeyen hususlarda ise vereceği emir ve talimatlar bu kaynaklara aykırı olamayacaktır²⁴.

Bununla birlikte, yönetim hakkı öğretide de ifade edildiği üzere amacıyla sınırlı olmalıdır²⁵. Yönetim hakkının düzenleniş amacından yola çıkılarak hakkın işyerinde işin düzeninin ve işyerindeki güvenliğin sağlanması amacıyla taşıdığı unutulmamalıdır. Öte yandan, her hak gibi yönetim hakkının kötüye kullanılmaması ve MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olmaması gerektiği açıktır²⁶. Benzer şekilde, TBK m. 27’de düzenlenen sınırlama çerçevesinde yönetim hakkı kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamaz²⁷. Bunun gibi, işverenin yönetim hakkının sınırlarını aynı zamanda işçinin temel hak ve özgürlükleri de oluşturacağından bu noktada anayasal düzenlemelerin de dikkate alınacağı ifade edilmektedir²⁸. Dolayısıyla, işverenin

²³ **Taşkent**, s. 82; **Süzek**, s. 83; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s. 227; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 256.

²⁴ **Taşkent**, s. 82; **Süzek**, s. 83; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s. 227.

²⁵ **Süzek**, s. 84.

²⁶ **Taşkent**, s. 118; **Süzek**, s. 84; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s. 231; **Sevimli**, s. 98.

²⁷ **Ali Güzel**, “İş Hukukunda “Yetki” ve “Özgürlük”, İKÜHFD, C. 15, S. 1, Ocak-Şubat 2016, s. 114; “...İşveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür...”: Yarg. 9. HD., E. 2019/3669, K. 2019/20770, 25.11.2019, www.kazanci.com.

²⁸ **Güzel**, s. 114; **Erhan Birben**, “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Editör: Tankut Centel, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 141.

işyerinde işçinin özel yaşamına ilişkin verdiği emir ve talimatlar belirtilen sınırlamalar çerçevesinde ele alınacaktır.

Öte yandan, işçinin özel yaşam alanına saygı gereği işyeri dışındaki davranışları bakımından işverenin yönetim hakkı kapsamında müdahalede bulunup bulunamayacağı irdelenmelidir. Bu noktada bir görüş, işçinin işyeri dışındaki davranışlarının iş akışını olumsuz etkilemesi veya işyeri çıkarlarına zarar vermesi durumunda işverenin buna müdahale edebileceğini belirtmektedir²⁹. Buna karşılık, diğer görüşe göre işverenin yönetim hakkının amacı işyerinde düzen sağlamaya yönelik olduğundan işyeri dışında özel yaşamına ilişkin verilen emir ve talimatlar bağlayıcı olmamalıdır³⁰. Zira, işletmesel anlamda herhangi bir zarar yokken hatta zarar tehlikesi dahi yokken işverenin işçinin özel yaşamına müdahalede bulunabileceğine ilişkin bir kabulün temel haklar bağlamında sıkıntı yaratacağı ifade edilmektedir³¹. Kanımızca, işverenin işçinin işyeri dışındaki davranışlarına müdahalesinin özel yaşamına aşırı bir müdahale teşkil edeceği bir gerçek olmakla birlikte; işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmesi durumunda yönetim hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, burada zarar tehlikesi yeterli olmayıp somut bir zararın olması ve bunun işverence ispatlanması gerekmektedir. Aksi halde, mutlaka iş ilişkisine zarar vereceğini kabul ederek işverene yönetim hakkı kapsamında işçinin özel yaşamında müdahale etme yetkisi vermek kanaatimizce kabul edilebilir değildir.

II. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMI İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

İşçinin özel yaşamı içeriğine pek çok unsurun girdiği bir alan olduğundan bu sınırın yalnızca işyerine özgü olacak şekilde belirlenmesi mümkün olmadığı gibi doğru da değildir. Zira, işçinin özel yaşamı işyeri sınırlarını aşan geniş bir yelpaze çizmektedir. Bu bağlamda, işçinin işyerindeki davranışları gibi işyeri dışındaki davranışlarının da iş ilişkisini etkileme ihti-

²⁹ Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 95; A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 163.

³⁰ Taşkent, s. 105; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Sevimli, s. 285; Birben, s. 142.

³¹ Birben, s. 142.

mali bulunmakta ve iş sözleşmesinin feshi bakımından gündeme gelebilmektedir. Örneğin, işverenin işyerinde sigara kullanımına ilişkin yasağına rağmen işçinin buna uymaması gibi işyerinde gerçekleşen bir davranış feshine konu olabileceği gibi işçinin işyeri dışında sosyal medya hesabından yaptığı bir paylaşım da fesih bakımından değerlendirilebilir. Bu çerçevede, işçi tarafından ortaya konan davranışın ağırlığına bağlı olarak iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle sona ermesi söz konusu olabilmektedir.

B. İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve Haklı Neden Kavramları

1. Geçerli Neden Kavramı

Geçerli neden, kısaca işçinin iş görme borcunu gerektiği gibi ifa etmesini engelleyen neden olarak tanımlanabilir³². Bir diğer ifade ile işverenin iş ilişkisine devam etmesinin kendisinden beklenemez duruma getiren nedendir. 4857 sayılı İş Kanunu³³'nun (İşK.) 18. maddesi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde iş güvencesine tabi işçiler bakımından işverenin geçerli bir nedene dayanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Anılan hükmün gerekçesinde ise geçerli neden şu şekilde tanımlanmıştır: “Geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin işgörme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir”.

İşK. m. 18 düzenlemesi, gerekçede de atıf yapıldığı üzere ILO'nun 158 No.'lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinin

³² Sarper **Süzek**, “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 569; Eda **Manav**, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 69; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 278.

³³ RG. 10.6.2003, S. 25134.

çevirisidir. Bu bağlamda, söz konusu madde hükmü geçerli nedenlerin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bunun haricinde, İşK. m. 18’de hangi nedenlerin geçerli neden olarak kabul edileceğine ilişkin tahdidi olarak bir düzenleme yapılmamış olup madde gerekçesinde örneklere gidilmiştir³⁴. Belirtmek gerekir ki, hangi durumun iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçülerde beklenemeyeceği her somut olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilecektir.

2. Haklı Neden Kavramı

Haklı neden, iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenmeyeceği, ortaya çıkan durum nedeniyle sözleşmeye devam edilmesini objektif olarak çekilmez hale getiren nedendir³⁵. Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, haklı nedenin tespiti bakımından taraflar arasındaki iş ilişkisinin objektif iyi niyet kuralları gereği çekilmez hale gelmesi aranmaktadır³⁶. Benzer

³⁴ “İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Bunlara örnek vermek gerekirse: **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler:** Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak feshlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir. **İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler:** 26 ncı maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir.”, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlarvekararlar.htm>, E.T. 10.3.2020.

³⁵ **Süzek**, s. 679; **Manav**, s. 30; F. Burcu **Savaş**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s. 59.

³⁶ “...4857 Sayılı Kanun’un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanun’un 25/II. maddesinde öngörülen ve işverene derhal fesih yetkisi tanıyan haklı sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı

şekilde, iş ilişkisinde taraflardan birinin davranışı nedeniyle güven temelinin çökmesi halinde de haklı nedenin ortaya çıktığı kabul edilmektedir³⁷. Haklı neden teşkil eden olgunun veya olayın ortaya çıkması sonucu iş sözleşmesinin derhal, herhangi bir ihbar süresi beklenmeksizin feshi söz konusudur³⁸. Görüldüğü üzere, haklı neden geçerli nedene kıyasen belirli bir ağırlıktadır. İşçi ve işveren açısından düzenlenen haklı fesih nedenleri İşK. m. 24 ve 25'te yer bulmaktadır. Buna göre; iş sözleşmesinin feshini gerektiren haklı nedenlerin “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ile “zorlayıcı sebepler” olarak üç gruba ayrıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, işçinin özel yaşamından kaynaklanan nedenlerle yapılacak fesih incelenirken sağlık sebepleri ile ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri bakımından bir değerlendirme yapılması mümkündür.

C. İşçinin Özel Yaşamının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi

İşçinin özel yaşamı, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi bakımından incelendiğinde işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklı geçerli neden kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. İşçinin yeterliliğinden kaynaklı nedenlerin İşK. m. 18'in gerekçesinde örneklendiği

davranışlarıdır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Yargılama sırasında bu sebeplerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. İşçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı doğar. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çöktecek ağırlıkta bulunmamasıyla, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu nedenle iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa 4857 Sayılı Kanun'un 18/1. maddesi gereği geçerli fesih hakkı doğar...”: Yarg. 22. HD., E. 2019/8393, K. 2019/22883, 10.12.2019, www.kazanci.com.

³⁷ Süzek, s. 679.

³⁸ Süzek, s. 679.

üzere³⁹, mesleki ve fiziki yetersizlik olarak ayrılması mümkündür⁴⁰. Mesleki yetersizlik, işçinin işyerinde çalışabilmesi için aranan özelliklere sahip olmaması, gerektiği kadar çalışmaması, mesleğe uyum yetersizliği gibi nedenlerdir⁴¹. Fiziki yetersizlik ise, işçinin hastalığa veya kazaya uğramasından kaynaklı bir geçerli nedendir⁴². İşçinin davranışlarından kaynaklı geçerli fesih nedeni ise, işçinin iş sözleşmesi ile yüklendiği yükümlülüklerini kusurlu davranışıyla ihlal etmesi sonucu ortaya çıkmaktadır⁴³.

Bu bağlamda, işçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklı geçerli nedende bu yetersizlik veya davranışın iş akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilemesi aranmaktadır⁴⁴. Yargıtay da kararlarında işçinin davranışının işin normal işleyişini bozması, işyerindeki uyumu zedelemesi, işverenin bu ilişkiye devamının beklenmemesi durumunda geçerli nedenle fesih yapılabileceğini kabul etmektedir⁴⁵. Yüksek Mahkeme

39 “Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe uygunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir”: <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlarvekararlar.htm>, E.T. 10.3.2020.

40 **Süzek**, s. 567.

41 **Süzek**, s. 572; **Süzek**, Geçerli Fesih, s. 569.

42 **Süzek**, s. 568; **Manav**, s. 76.

43 **Karademir/Turgut**, s. 74.

44 **Süzek**, s. 575; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 387; Mustafa **Kılıçoğlu/Kemal Şenocak**, İş Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2008, s. 335.

45 “...İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar. İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine satışması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasanın 25 ve 26'ncı maddesiyle güvence altına alınmış düşüncüyü açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden

önüne gelen bir kararda işçinin başka bir işçiye yönelik “*üretim müdürü dediğimiz kişi tam anlamıyla beceriksiz ve cehalet abidesidir. Sıralayacak olursak bunları kimin, neden ve neye göre seçtiğini merak etmekteyiz.*” şeklindeki ifadesinin ağır eleştirisi niteliğinde olduğunu ve geçerli fesih nedeni teşkil ettiğini kabul etmiştir⁴⁶.

Bununla birlikte, işçinin özel yaşamı noktasında konuya bakıldığında gerçekten de işçinin toplumsal olarak onaylanmayacak bir davranışı iş ilişkisini etkilemediği, ona zarar vermediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamaz⁴⁷. Zira, etik açıdan olumsuz olarak görülen özel yaşam pratiklerinin iş ilişkisini etkilemediği sürece feshe konu edilmesi hukukilik değil ahlakilik tespiti yaparak işçinin cezalandırılması anlamına gelmektedir. Nitekim, Yargıtay kararlarında da bu hususa değinilerek, sosyal olarak kabul

oluşturacaktır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II, d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/37481 Esas, 2008/12505 Karar sayılı ilam). Somut uyumsuzlukta; davacının iş sözleşmesi diğer çalışanlarında olduğu whatsapp grubunda karara dahi yazılmayacak nitelikte, mesaj atması sebebiyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-d maddesi uyarınca feshedilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgeler ile taraf tanık anlatımları değerlendirildiğinde davacının bir kısım işçilerin oluşturduğu whatsapp grubunda sinkaflı bir mesaj attığı sabittir. Ancak dosya kapsamından bu mesajın kime yönelik atıldığı tam olarak belirlenemediği için davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır. Fesih haklı nedene dayanmasa da davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın bu gerekçe ile reddi gerekirken iş akdinin haklı nedenle feshedildiği gerekçesiyle reddi hatalı olup İlk Derece Mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.”: Yarg. 9. HD., E. 2019/7066, K. 2020/357, 15.1.2020, www.kazanci.com.

46 “...Bir kişinin “beceriksiz” ve “cehalet abidesi” olarak nitelendirilmesi, o kişinin bulunduğu görevi yürütebilecek beceriye, gerekli bilgi birikimi ve donanımına sahip olmadığı anlamına gelmektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde de cahil kelimesi “belli bir konuda yeterli bilgisi olmayan” şeklinde açıklanmıştır. Bu itibarla feshe dayanak teşkil eden söz konusu ifadeler, işverenin bir başka işçisine yönelik ağır eleştirisi niteliğinde ise de, sataşma boyutuna ulaşmamaktadır. Bu anlamda olmak üzere, uyumsuzluk konusu benzer olay bakımından işverence gerçekleştirilen fesih geçerli sebebe dayanmaktadır...”: Yarg. 22. HD., E. 2019/7908, K. 2019/22799, 10.12.2019, www.kazanci.com.

47 **Manav**, s. 69; **Ahmet Süleyman**, “Sürelî Fesihle İşçinin Kişiliğinden ve Özel Hayatından Kaynaklanan Nedenler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 2019/2, Nisan-Mayıs 2019, s. 58.

edilmeyen bir davranışın üretim ve iş ilişkisini etkilemediği sürece fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁸.

İşçinin özel yaşamındaki davranışlarının iş ilişkisini etkilemesinin yanı sıra iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi de mümkündür. Bu noktada ise, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi gündeme gelmektedir. Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta işçinin müşteri ile yakınlaşmasını haklı fesih nedeni olarak görmüştür⁴⁹. Bir başka olayda ise, işçinin

48 “...4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanun'un 25/II. maddesinde öngörülen ve işverene derhal fesih yetkisi tanıyan haklı sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. **İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.** Yargılama sırasında bu sebeplerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. İşçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı doğar. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmamakla, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu nedenle iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa 4857 Sayılı Kanun'un 18/1. maddesi gereği geçerli fesih hakkı doğar...”: Yarg. 22. HD., E. 2019/8393, K. 2019/22883, 10.12.2019, www.kazanci.com; Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD., E. 2017/25035, K. 2019/20622, 7.11.2019; Yarg. 22. HD., E. 2016/21515, K. 2019/20032, 24.10.2019, www.kazanci.com.

49 “...4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinde, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlar ile benzerlerinin varlığı halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır. Yine değinilen bendin (e) alt bendinde, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının da işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır. Haklı fesih halinde savunma alınması yasal zorunluluk değildir. **Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından dosyaya sunulan ve otel güvenlik kamera kayıtlarını içeren CD'nin bilirkişi tarafından çözümlenmiş ve davacının mesaisinin olduğu 08.09.2013 tarihindeki görüntülerde; otele gece 02:10:53'te giriş yapan kadın müşteri ile davacının ilgilendiğinin ve lobide yakınlaştıklarının, kadın müşteri ile birlikte otel odasına girdiklerinin ve 22 dakika odada kaldıklarının, davacının kadın müşteriye sadamini bir şekilde taksiye bindirdiğinin, sonrasında otele dönerek tekrar aynı odaya girdiğinin tespit edildiği anlaşılmıştır.** Mahkemece aynen; “...dosya içerisinde bulunan davalı işyerindeki kamera kayıtlarına ilişkin CD üzerinde yapılan bilirkişi

sosyal medya uygulaması olan facebook hesabından yaptığı paylaşımlar iş sözleşmesinin feshi bakımından haklı neden olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Görüldüğü üzere, işçinin özel yaşamı içerisine giren pek çok unsur somut olayın özelliğine göre iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle sona ermesine sebep olabilmektedir.

*incelemesinde de davacının mesai saatleri içerisinde kadın müşteri ile samimi görüntüleri olduğu anlaşılrsa da; davalı işveren tarafından davacının bu davranışına ilişkin savunmasının alınmasına yönelik herhangi bir işlem yapılmadığı, yerleşik Yargıtay İçtihatları'na göre, işçinin savunması alınmadan iş akdinin feshedilmesinin salt bu nedenle geçersiz olduğu, işçinin fesih sebebi sayılan eylemi ile ilgili savunmasının alınmadan belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği..." gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiş ise de, yukarıda açıklandığı şekilde işçinin doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturan güven sarsıcı davranışları işverene haklı fesih imkânı tanımaktadır. **Mahkemece davacının doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışı tespit edilmiş olup, bu durumda işçinin savunmasının alınmaması feshi haklı olmaktan çıkarmaz.**": Yarg. 9. HD., E. 2016/12350, K. 2020/1151, 3.2.2020, www.kazanci.com.*

50 "...Dosya içeriğine göre, davalı işveren tarafından sunulan davacının facebook isimli paylaşım sitesi hesabından alınan paylaşımlarda, **"Hani siz, beni kıskırtmak için elinizden geleni yapıyorsunuz ya tebrik ederim başardınız veee kıskırdım, savaş başladı..Yapılan hataların, usulsüzlüklerinden, yanlışların, riyakarlığın, sahteliğin; videoları, fotoları ve belgelerinin Cumhuriyet Başsavcısıyla muhatap olma vakti geldi..Muhatap olan kişilerin bilgisinee.."** ve **"Hani sen, birilerinin hakkını yiyerek ve hakkını elinden almak için çok şey yapıyorsun ya.., Kâr ettiğini düşünerek cebindeki paraları eşin başkalarıyla yiyor keyif çatıyor ya.. Paraları onlar yiyor günahı, hesabı sana kalıyor. Sadece hatırlatmak istedim bu cuma saatinde..."** şeklinde yazılı olup, davacı tarafca söz konusu paylaşım içeriklerine itiraz edilmemiştir. Buna göre davacının facebook hesabındaki paylaşım içerikleri incelendiğinde, işverene yönelik olduğunun kuvvetle muhtemel olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum işverene 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesine göre iş sözleşmesini bildirimsiz olarak derhal fesih hakkı veren hallerden olmasına rağmen mahkemece davalı işverenin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğine ve ihbar öneli kullandığına ilişkin delil sunmadığı gerekçesiyle feshin haksız olduğu sonucuna varılması isabetli olmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin işverence feshi haklı sebebe dayandığından kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...": Yarg. 22. HD., E. 2016/27387, K. 2020/973, 22.1.2020, www.kazanci.com.

III. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINDAKİ BAZI PRATİKLERİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. İşyerindeki Duygusal İlişkiler

İşçinin özel yaşamına dahil edilen pratiklerin başında işyerinde başka bir işçi ile, müşteri olan üçüncü bir kişi veya üstü ile kurduğu duygusal ilişkiler gelmektedir. Bu bağlamda, kurulan duygusal münasebetlerin iş ilişkisini etkilemesi muhtemel gözükmektedir. Nitekim, yargıya intikal eden bazı durumlarda işçiler arasındaki duygusal ilişkinin iş ilişkisini etkilediği tespit edilmektedir. Ancak, işçinin işyerinde kurduğu duygusal ilişki özel hayatını ilgilendirmektedir ve bu durum özel hayatına saygı gösterilmesini gerekli kılmaktadır meğer ki söz konusu ilişki işyerinde olumsuzluklara yol açsın⁵¹.

Nitekim, Yargıtay'ın verdiği kararlar incelendiğinde işçinin işyerinde yaşadığı duygusal ilişkinin işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığı, bu ilişki nedeniyle işçinin çalışmalarını aksatıp aksatmadığı değerlendirilmektedir. Gerçekten de Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2017 yılında verdiği bir kararda “...Davacı, iş sözleşmesinin işyerinde bir çalışanla duygusal ilişkisi sebebiyle haksız olarak feshedildiğini, aslında fesih konusu gösterilen duygusal yaklaşmanın da doğru olmadığını beyan etmiştir. Davalı taraf ise, davacının işyerinde çalışan bir diğer işçi ile ilişki yaşadığını ve bu davranışın ahlak ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığını, bu sebeple iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğini belirtmiştir. Dosya kapsamında bulunan tutanaklar ve davacıya ait aile nüfus kayıt örneği dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan diğer bir işçi arasında ilişki olduğu sabittir. Davacı ve diğer işçi arasındaki bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı sebeple fesih gerekçeleri arasında bulunmamaktadır. Davacının sosyal açıdan tasvip edilemeyecek bu davranışının iş görme ediminin gereği gibi ifasını etkilediği de iddia ve ispat edilmiş değildir...”⁵² şeklinde ifade ederek evli olan işçinin işyerindeki

⁵¹ Hediye Ergin, “İşyerinde Gönül İlişkinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, 2016, s. 69; Birben, s. 150; Karademir/Turgut, s. 78; Arslan Durmuş, s. 160.

⁵² Yarg. 22. HD., E. 2015/17221, K. 2017/22711, 24.10.2017, www.kazanci.com; Aynı yönde bkz. “...Davalı işveren davacı ve diğer işçinin yaşadığı gönül ilişkisinin işyerinde olumsuzluğa sebep olduğunu yöntemince ispatlayamadığına göre, gönül ilişkisi sebebi ile yapılan fesih de haklı ya da geçerli sebebe dayanmadığından

başka bir işçiyle duygusal ilişki yaşamasının çalışmasını etkilemediği sürece bu durumun iş sözleşmesinin feshi için haklı neden olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Bununla birlikte, işverenin işyerinde kurulabilecek duygusal ilişkinin iş ilişkisini etkileyebileceği varsayımı ile duygusal ilişki kurulmasının yasaklanması da kabul edilmemektedir⁵³. Kanımızca da mutlak surette işçinin işyerinde yaşayacağı duygusal ilişkinin işverene zarar vereceği düşüncesiyle peşinen bir yasak getirilmesi işçinin özel yaşamına aşırı bir müdahale teşkil edecektir. Doktrinde, işçinin işyerinin sınırlarına vakıf olabilecek bir pozisyonda çalışması ve rakip işletmedeki bir işçi ile duygusal ilişkide bulunması durumu örnek olarak gösterilmiş ve geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshedilebileceği belirtilmiştir⁵⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda işçinin rakip işletmedeki işçi ile kurduğu duygusal ilişki nedeniyle işverenin menfaatinin tehlikeye düştüğünün somut olgularla desteklenmesi gerekmektedir⁵⁵. Aksi halde, işçinin özel yaşamı ölçüsüz olarak sınırlandırmaya tabi tutulacaktır. Yargıtay'a intikal eden bir olayda, işçi diğer işçiyle işyerinde öpüşmüş, bu olayı kimse görmemiş olay kamera kayıtlarıyla tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu durumun işyerinde olumsuzluğa yol açmadığını ve iş ilişkisinin devamını etkilemediğini belirterek fesih için geçerli nedenin oluşmadığına hükmetmiştir⁵⁶.

İşveren işçinin işyerindeki duygusal ilişkisine yasak getiremeyeceği gibi tek başına bu ilişkinin varlığının da iş ilişkisini olumsuz yönde etkilediğinden söz edilemez. Buna karşılık, bazı durumlarda işçinin duygusal

davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yanılığılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...": Yarg. 22. HD., E. 2014/3872, K. 2014/3503, 24.2.2014, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., E. 1998/365, K. 1998/2700, 25.2.1998, www.kazanci.com.

⁵³ **Sevimli** bu şekilde bir yasaklamanın doğuracağı olumsuz neticeyi şu şekilde ifade etmektedir: "İşçinin kurduğu bu tür ilişkiler sonucunda işverenin ticaret sırlarının açık edilmesine neden olma olasılığının mutlaka gerçekleşeceği öngörüsüyle bu tür bir yasaklamaya gidilmesi, işçinin potansiyel endüstri casusu konumuna sokulması anlamına gelebilecektir ki, bu durumda, işçinin özel yaşamının yanı sıra onur ve saygınlığının da zedelenmesinden söz edilebilir." Bkz. **Sevimli**, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 57; **Sevimli**, s. 281; **Ergin**, s. 68; **Birben**, s. 151; **Karademir/Turgut**, s. 79.

⁵⁴ **Kılıçoğlu/Şenocak**, s. 519.

⁵⁵ **Birben**, s. 151; **Karademir/Turgut**, s. 79.

⁵⁶ Yarg. 9. HD., E. 2008/26337, K. 2009/6945, 16.3.2009, www.kazanci.com; **Ergin**, s. 70-71.

ilişkisinin işvereni olumsuz etkilediği ve/veya işverenin işletmesel menfaatlerini zedelediği görülmektedir. Yargı kararlarına yansıyan olaylar incelendiğinde; ast-üst ilişkisi olan işçilerin aralarındaki duygusal ilişki sonucu üstün asta karşı imtiyazlı davranması, onu kayırması⁵⁷, iki işçinin işyerinde ve mesai saatleri içerisinde uygunsuz şekilde yakalanmaları⁵⁸, işçinin eşi ile duygusal ilişki yaşadığı kişinin tartışmalarının müşterilerin önünde gerçekleşmesi ve bu nedenle iş akışının etkilenmesi⁵⁹, yaşanan

57 “...Davacının aynı birimde çalışan K1 adlı personelle yakınlaştığını, K1 adlı personelin işyerinde anlayamadığı kişileri davacıya şikayet ettiğini, **davacının da bu kişiler hakkında olumsuz görüş bildirip bu kişilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesine sebebiyet verdiğini, K1'nin "benim arkam sağlam kendinize dikkat edin" gibi sözlerle personelin motivasyonunu düşürdüğünü, davacı ve K1'nin işyerinde samimi bir şekilde görüldüğünü, durumun anlaşılması üzerine, davacıdan savunma istendiğini, ancak davacının savunma vermek istemediğini, durumun disiplin kurulunda görüşülmesi üzerine davacının iş sözleşmesinin feshine karar verildiğini ve feshin haklı olduğunu savunmuştur. Evli ve amir konumunda olan bir işçinin aynı işyerinde başka bir işçi ile gönül ilişkisi yaşaması, amir olmasından kaynaklı yetkilerini şahsi saiklerle kullanması, amirlik yetkilerinin gönül ilişkisi içinde olduğu kişi tarafından diğer işçilere karşı kullanılması, İş Kanunu'nda düzenlenen ahlak ve doğruluk kurallarına aykırılık sebebiyle haklı ve derhal fesih nedenidir. Dosyada yer alan birden çok işçi tarafından yazılan şikayet dilekçeleri, davalı tanıklarının beyanları ve tüm dosya içeriği bir arada değerlendirildiğinde feshin haklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır...”: Ankara BAM, 6. HD., E. 2017/3072, K. 2018/2130, 9.10.2018, www.lexpera.com; “...Somut olayda, davacının işyeri çalışanlarından ile olan gönül ilişkisinin varlığını kabul etmiş olduğuna dair savunma yazısı, davacıya ait nüfus kayıt örneği ve dosyadaki tanık beyanları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; **davacının çalışanlardan biri ile yaşadığı gönül ilişkisi sebebiyle bazen çalışanlar arasında ayrımcılık yapıldığı, ilişki yaşadığı kişinin rahat davranıp daha az çalıştığı, çalışanların bu davranışlardan olumsuz etkilendikleri ve davacının evli olduğu tüm dosya kapsamıyla sabit olduğundan davacı ile diğer çalışan arasındaki gönül ilişkisinin iş yeri düzeni ve uyumunu bozduğu, bu sebeple işyerinde davacının eylemlerinin haklı neden ağırlığında olmasa da işyeri huzurunu bozan eylemler olduğu ve işverence iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenemeyeceğinden feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna ulaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken mevcut şekilde davacının işe iadesine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir...”: Yarg. 7. HD., E. 2016/29516, K. 2016/20979, 12.12.2016, www.kazanci.com.****

58 Yarg. 7. HD., E. 2015/38348, K. 2016/4300, 25.2.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Yarg. 9. HD., E. 2002/10696, K.2002/25071, 25.12.2002, www.kazanci.com; Ergin, s. 73, dn. 19.

59 “...Kendisi evli olan ve mağaza sorumlusu olan davacının, şubeleri ayrılan aynı bayanla 3-4 saat oturup çay içmeleri ve sonrasında buldukları yere gelen davacının eşiyle bayanın tartışmaya başlamaları, bu sesleri duyan müşterilerin olayı ve durumu sormaları birlikte değerlendirildiğinde olayın gerek mağazanın diğer

duygusal ilişki nedeniyle işçinin çalışma performansının düşmesi⁶⁰, işyerindeki ilişkisi nedeniyle işçinin eşinin işçiyi işverene şikayet etmesi⁶¹, işyerinde olay çıkarması⁶², işçinin işyerindeki diğer işçiyle yaşadığı ilişkiyi işyeri arkadaşlarına anlatarak alay konusu yapması⁶³ gibi durumlar

çalışanları gerek müşterileri nezdinde iş akışını etkilediği ve işyeri düzenini bozduğu ortadadır...Davalı şirket nezdinde 17 yılı aşkın süre çalışan davacının olay esnasında takındığı tavır ve tartışmayı ayırıp eşini alarak oradan uzaklaştırması da düşünüldüğünde olayın işveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesindeki haklı fesih sebebi oluşturacak boyutta olmadığı; yani davacı işçinin davranışlarının taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökartacak ağırlıkta olmadığı ve iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmediği; ancak işin normal işleyişini bozup işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilediği ve işverenden iş ilişkisini yürütmesinin beklenemeyeceği; bu halin de 4857 sayılı Kanun'un 18/1. maddesi gereği işveren açısından geçerli fesih sebebi oluşturacağı kanaatine varılmıştır.": İstanbul BAM 27. HD., E. 2017/187, K. 2017/181, 24.2.2017, www.lexpera.com.

⁶⁰ Yarg. 9. HD., E. 2014/7279, K. 2015/22664, 23.6.2015, www.kazanci.com.

⁶¹ "***...İşçinin özel yaşamı ve ilişkilerinin işverenin ilgi alanı dışında bulunduğu açıktır. Ancak davacının müşterisi olan evli bir erkekle özel ilişkiye girdiği, söz konusu kişinin eşi tarafından, bu münasebeti ve eşi ile kendisini tehdit ettiği için işverene şikayet edildiği de dosya içeriğine göre sabittir. Şikayet üzerine idari soruşturma başlatılmış, davacı ve ilgililerin beyanlarına başvurulmuş, olay işyeri çevresinde bilinir hale gelmiştir. Bankacılık piyasasında ve müşteri çevresinde bilinmemesi sonuca etkili değildir. Fesih varsayımına dayalı olarak nitelendirilemez. İşçinin olumsuz davranışları yüzünden artık iş ilişkisi işveren açısından normal ölçülerde sürdürülemez haldedir. İhbar ve kadem tazminatlarının ödenmiş olması durumu değiştirmeyecektir. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır ve davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.***": Yarg. 9. HD., E. 2009/37801, K. 2010/36261, 6.12.2010, www.kazanci.com.

⁶² "***...Dosya içeriğine göre, davacının bölge müdürü olarak davalı şirkette çalıştığı, evli olmasına rağmen bölgedeki başka bir mağazanın müdürü ile duygusal ilişki içinde olduğu, kadının eşinin işyerine gelerek olay çıkardığı ve yazılı şikayette bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda, davacının emri altındaki personelle özel ilişkisinin işyerine yansıtıldığı, bu durumun işin yönetimi ve işleyişinde olumsuzluklara neden olacağı ve iş ilişkisini sürdürmesinin davalı işverenden beklenemeyeceği açık olup feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddi gerekirken kabulü isabetsizdir...***": Yarg. 7. HD., E. 2015/22993, K. 2015/21580, 5.11.2015, www.kazanci.com.

⁶³ "***...Yargılama sırasında dinlenen her iki taraf tanıkları davacının çalışması süresince uygunsuz davranışları olduğunu, en son Aslı isimli hemşire ile olan ilişkisini çalışma sırasında dile getirerek alay konusu yaptığını, davacının kız arkadaşını eve götürdüğünü söylediğini, davacının boynunda bir iz oluştuğunu, bunu kız arkadaşının yaptığını işyerinde konuşulduğunu beyan etmiştir. Davacının açıklanan eylemi hastanede konuşulması çalışanlar arasında huzursuzluğa yol açmaktadır, bu da***

işçinin yaşadığı duygusal ilişkinin iş ilişkisine yansıyan olumsuz örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay'ın işçiler arasındaki duygusal ilişkilere ilişkin vermiş olduğu bazı kararlarda dikkat çeken bir husus bulunmaktadır. Kararlara konu olaylarda duygusal ilişki yaşayan işçilerin aynı zamanda başkalarıyla evli olmalarını gerekçe gösterilerek bu durumun iş ortamını olumsuz olarak etkilediği belirtilmiştir⁶⁴. Oysa, tarafların salt evli olmaları ve aynı işyerinde çalıştıkları biriyle duygusal birliktelik yaşamaları iş sözleşmesinin feshi için geçerli veya haklı sebep teşkil edemez. Bu birlikteliğin iş ilişkisini olumsuz olarak etkilemesi ve hangi somut nedenlerle etkilediğinin de işverence ortaya konması gerekmektedir⁶⁵. Zira, Yargıtay'ın ideal ahlâk tanımını yaparak bunun çerçevesini çizmesi kanaatimizce hukuki değildir. Keza, toplumun ortak ahlâk değerleri bulunmaktaysa bile bireylerin ahlak ölçütü birbirinden son derece farklıdır. Bu bağlamda, tarafların evli olması yalnızca aile hukukundan doğan yükümlülükleri kapsamında onları birbirlerine karşı sorumlu kılmaktadır. Bireyin toplumun çoğunluğunun üzerinde hemfikir olduğu ahlak kurallarına uymaması iş sözleşmesinin haklı

hizmetin aksamasına sebep olmaktadır. Buradaki olumsuzluk, davacının işyerinde çalışan bir başka işçi ile işyeri saatleri dışında özel ilişkiye girmesi değil, bu durumu işyerinde anlatıp alay konusu yaparak dedikodulara ve ilgili kadının zor durumda kalmasına neden olmasıdır. Artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemez. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır ve davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir... ”: Yarg. 9. HD., E. 2009/35462, K. 2010/32188, 8.11.2010, www.kazanci.com.

64 “...Somut uyumsuzlukta, evli ve 3 çocuk sahibi olan davacı işçinin, aynı işyerinde çalışan dava dışı evli bir kadın işçi ile gönül ilişkisi yaşadığının sabit olduğu, davacının bu davranışının işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki çalışma ortamını olumsuz etkilediği ve davacının bu davranışının doğruluk ve bağlılığa aykırı olup, güven ilişkisinin zedelendiği, işverenin iş akdini feshinin özel hayata müdahale olmadığı, bu nedenle işverenin feshinin 4857 Sayılı kanunun 25/II. maddesi kapsamında haklı nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi yerine kabulü hatalıdır... ”: Yarg. 9. HD., T. 15.4.2019, E. 2018/10504, K. 2019/8673; Aynı yönde bkz. “...Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile tanık beyanlarından, evli olan davacının davalı işyerinde çalışan bir kadın işçi ile gönül ilişkisine girdiği, işyerindeki bazı hareketleri, tutum ve davranışları neticesinde durumun çalışma arkadaşları tarafından farkedildiği, bu durumun çalışma arkadaşları nezdinde olumsuzluk yaratmasının yanı sıra ahlak ve adaba da mugayir olduğu, davalının bu durumda davacıyı çalıştırmasının beklenemeyeceği, davalının iş aktini fesihle haklı nedene dayandığı anlaşıldığından yazılı gerekçe ile kadem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalıdır. Kıdem ve ihbar tazminatı talepleri reddedilmelidir... ”: Yarg. 9. HD., E. 2017/11196, K. 2019/14430, 27.6.2019, www.kazanci.com.

65 Birben, s. 152.

veya geçerli nedenle feshedilebileceği anlamına gelmemelidir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken duygusal ilişki nedeniyle işçinin işini yapmaktan imtina etmesi, işyerinde olumsuzluğa sebebiyet vermesi, işin akışını bozması gibi durumların ortaya çıkmasıdır. Böyle bir durum ortaya çıktığında ise, iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle sona ermesi gündeme gelebilecektir.

B. İnanç/Düşünce Odaklı İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Durumu

İşyeri, İşK. m. 2/f. 1’de “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” olarak tanımlanmaktadır. Yer verilen madde düzenlemesinden de anlaşıldığı üzere, manevî anlamda özel bir amaca özgülünen işyerine ilişkin ayrı bir işyeri tanımı bulunmamaktadır. İnanç/düşünce odaklı işyerlerine ilişkin çalışma mevzuatımızda özel bir tanım yer almamakla birlikte; 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/f. 1-d’de bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamının ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu itibarla, öğretide kanun koyucunun bu düzenlemesiyle bir inanç/düşünce odağı çevresinde o inanca yönelik hizmet veya eğitim öğretim faaliyetinin yapılabileceğini vurgulaması suretiyle bu kurumların iç işleyişlerine ilişkin düzenleme yapabileceklerini amaçladığı belirtilmektedir⁶⁶.

İnanç/düşünce odaklı işyerine ilişkin bir tanıma Alman İşyeri Teşkilat Kanunu’nda (Betriebsverfassungsgesetz) yer verildiği görülmektedir. Buna göre, dini, siyasi, mezhepsel, bilimsel, sanatsal vb. amaçlarla faaliyet gösteren işyerleri inanç/düşünce odaklı işyerleri olarak tanımlanmaktadır (Paragraf 118). Alman yargı kararlarında sıkça rastlanan durumlardan biri de inanç/düşünce odaklı bir işyerinde çalışan işçinin bu inanç doğrultusunda özel yaşamını düzenleyip düzenleyemeyeceğidir. Bir diğer ifade ile, burada çalışan işçilerin işyerinin benimsediği inanç, yönelim, düşünce doğrultusunda davranmakla yükümlü olup olmadığı değerlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu değerlendirme yapılırken işçilerin işyerindeki

⁶⁶ Birben, s. 146.

konumları, işyerinin benimsediği inancı/amacı aktarabilen ve bu inancın/amacın gerçekleşmesine etki edebilecek pozisyonda olup olmadıkları önem arz etmektedir⁶⁷.

İnanç/düşünce odaklı işyerlerinde çalışan işçilerin özel yaşamları diğer işyerlerinde çalışan işçilere göre daha dar bir korumaya sahiptir. Dolayısıyla, burada çalışan işçilerin özel yaşamlarındaki davranışlarına ilişkin sorumlulukları diğer işçilere göre daha yüksektir. Ancak, bu husus işçilerin özel yaşamlarının tamamıyla hiçe sayılacağı anlamına da gelmemelidir. Federal Alman İş Mahkemesi'ne taşınan bir olayda, Katolik bir hastanede başhekim olarak çalışan işçinin ikinci kez evlenmesi -Katolik kurallarına göre boşanma ve yeniden evlenme yasak kabul edilmektedir- nedeniyle yapılan feshin haksız olduğuna karar verilmiştir⁶⁸. Kilise Hukukuna göre, Katoliklerin boşanmalarının ve yeniden evlenmelerinin yasak olmasına karşın somut olayda başhekim olarak görev yapan işçinin özel yaşamına orantısız bir müdahale söz konusudur. Zira, işçinin özel yaşamındaki bu davranışı ile iş ilişkisi ve iş görme faaliyeti arasında herhangi bir ilgi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, işçinin söz konusu davranışının feshe konu olabilmesi için işyerinin inanç değerlerine zarar vermesi, bu değerler uyarınca işyerine yüklenen amacın gerçekleşmesine engel teşkil etmesi gerekmektedir. Benzer şekilde, Katolik kreşinde müdire olarak çalışan işçinin boşanmış biriyle evlenmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği durumda işçinin temel haklardan biri olarak güvence altına alınan özel yaşam hakkının varlığı söz konusu olduğunda kilisenin itibarının bu kadar kapsamlı bir şekilde korunmasının bir iş sözleşmesi çerçevesinde düşünülemeyeceği belirtilmiştir⁶⁹.

AİHM'in bu konuda önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, Katolik okulunda din kültürü öğretmeni olarak çalışan işçinin boşanıp yeniden evlenmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir⁷⁰. Kanımızca,

⁶⁷ BAG, 8.9.2011, 2 AZR 543/10, s. 9, parag. 24; Christian Sperber, "Kündigung des Chefarztes einer katholischen Klinik wegen Wiederverheiratung", Arbeit und Recht, Vol. 60, No. 11, November 2012, s. 453.

⁶⁸ BAG, 8.9.2011, 2 AZR 543/10, s. 16.

⁶⁹ Karl Dudenbostel/Helmut Klas, "Außerdienstliches Verhalten als Kündigungsgrund (Zugleich ein Beitrag zur besonderen Situation der Arbeitnehmer in Tendenzbetrieben und im Kirchendienst)", Arbeit und Recht, Vol. 27, No. 10, Oktober 1979, s. 306.

⁷⁰ Case of Travaš v. Croatia, Application No: 75581/13, 4.10.2016, Information Note 200 Case-law of the European Court of Human Rights, October 2016, s. 17-18.

AİHM'in önüne gelen bu uyuşmazlıkta işçinin çalışmakta olduğu pozisyon özellik arz etmektedir. Şöyle ki, inanç odaklı bir işyeri olan Katolik okulunun din derslerine girmesini istediği öğretmenin kendi kuralları çerçevesinde bir yaşama sahip olmasını istemesinde haklı bir menfaati bulunmaktadır. Bu çerçevede, mahkemenin içtihadının yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Buna karşılık, Federal Alman İş Mahkemesi'ne intikal eden uyuşmazlıklarda Katolik hastahanesinde çalışan hekimin veya Katolik kreşinde çalışan müdirenin özel yaşamını işyerinin dini kuralları çerçevesinde şekillendirmesi beklenmemelidir. Zira, bu işçilerin boşanıp yeniden evlenmeleri veya boşanmış biriyle evlenmeleri işyerinde çalıştıkları konum itibariyle iş ilişkisini etkilememektedir.

C. İşçinin Haberleşme ve İfade Özgürlüğü

1. Haberleşme Özgürlüğü Çerçevesinde İşçinin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımı

Haberleşme özgürlüğü, Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu vurgulanarak güvence altına alınmıştır. Bireyin haberleşme özgürlüğü, aynı zamanda özel yaşam hakkının da bir parçasıdır. Bu itibarla, özellikle günümüz teknolojisinin hızlı ilerleyişi haberleşme özgürlüğünün ve haberleşmenin gizliliğinin önemini göstermektedir. Nitekim, içinde bulunduğumuz çağda hemen hemen bütün iletişimin internet aracılığıyla sağlandığı göz önüne alındığında internet kullanımının iş ilişkisi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yapılan işin niteliğine göre işyerindeki internet kullanımı, işin ifası bakımından zorunlu ve gerekli olmakla birlikte işçinin özel amaçlı olarak kullanımına da açıktır. Özel amaçlı internet kullanımı, işin ifası dışında veya bununla bağlantılı olmayacak şekildeki kullanımdır⁷¹. İşçinin mesai

⁷¹ Fevzi Şahlanan, "İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih", *Tekstil İşveren Dergisi*, S. 383, Mart 2012, s. 3; Zeki Okur, "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", *Kamu İş Dergisi*, C. 8, S. 2, 2005, s. 54; Sezgi Öktem Songu, "İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 1060; Esra Yiğit, *İşyerinde İnternet ve E-Posta Kullanımının İzlenmesi ve Gözetlenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2013, s. 48.

saatlerinde internetten alışveriş yapması, uygulamalar ile anlık yazışmalar yapması, yasal olmayacak şekilde film veya müzik indirmesi vb. özel amaçlı kullanımdır. Bu bağlamda, işveren işyerindeki internetin kullanımına ilişkin düzenleme yapılabilir⁷². Buna karşılık, herhangi bir düzenleme yapılmadığı durumda işçinin özel amaçlı olarak internet kullanımı yapmayacağı belirtilmektedir⁷³.

Bununla birlikte, işçinin işyerinde özel amaçlı internet kullanımının herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın tamamen yasaklanıp yasaklanamayacağı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, bir görüş özel amaçlı internet kullanımının her halükarda yasaklanabileceğini belirtmektedir⁷⁴. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, işçinin özel yaşamına ilişkin bu sınırlamanın sebepsiz olamayacağını, zira işverenin gözetme borcu ve dürüstlük kuralının bunu gerekli kıldığını ifade etmektedir⁷⁵. Gerçekten, iş-

⁷² **Yiğit**, s. 49; **Karademir/Turgut**, s. 85; **Arslan Durmuş**, s. 156.

⁷³ **Okur**, s. 53; **Yiğit**, s. 50; Yusuf **Yiğit**, “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, s. 190; Bkz. Yarg. 9. HD., E. 2007/27583, K. 2008/5294, 17.3.2008: “İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır. Bir başka anlatımla, örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça internetin özel olarak kullanılabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamaz. Ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işine ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde delinebilir. Özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa dahi, işçi internet ya da e-mail iletişim sisteminin sınırsız kullanımına mezun değildir. İşçiye interneti özel amaçlı kullanımı sadece açık irade beyanı ile verilmesi şart değildir. Bu yönde izin örtülü olarak da verilebilir. İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın farkedilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir.”, www.kazanci.com; Buna karşılık, Köln Eyalet İş Mahkemesi’nin 11.02.2005 Tarih, 1018/04 sayılı kararında işveren yasaklamadığı sürece işçilerin özel amaçlı olarak internet kullanabileceği belirtilmektedir. Bkz. Alpay **Hekimler**, “Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, 2006/3, s. 307-308; Aksi yönde bkz. Yeliz **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, “İşçinin Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukundaki Etkileri”, Press Academia Procedia V. 7, 2018, s. 374.

⁷⁴ **Öktem Songu**, s. 1060; **Yiğit**, s. 51; **Yiğit**, Özel Amaçlı Kullanım, s. 177; Hayrunnisa **Özdemir**, “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması,” (İşçilerin İzlenmesi), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, s. 238; Nağme **Hozar**, “Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 7, Y. 2, 2007, s. 203.

⁷⁵ Zeki **Okur**, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011, s. 152; **Karademir/Turgut**, s. 85.

çinin özel amaçlı internet kullanımını belirli kurallar dahilinde ve belirli gerekçelerle yasaklanabilmelidir. Zira, işçinin haberleşme, bilgi alma ve sosyalleşme hakkı gereği internete erişiminin tamamen yasaklanması ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir. Özellikle, şu anda karşı karşıya olduğumuz koronavirüs salgını nedeniyle pek çok işin internet üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu şartlar altında örneğin kira, fatura vb. gibi ödemeler yapmak durumunda kalan işçi bunu internet aracılığıyla ve mesai saatleri içerisinde yapmak durumundadır. Dolayısıyla, herhangi bir sınır çizilmeden peşinen ilkesel olarak işçinin özel amaçlı internet kullanımının yasaklanması isabetli değildir⁷⁶.

2. İfade Özgürlüğü Çerçevesinde İşçinin Sosyal Medya Kullanımı

İşçinin Anayasa ve AİHS ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden biri de ifade özgürlüğüdür. Anayasa'nın 25. maddesinde herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu; her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı; düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine, 26. maddede herkesin düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hürriyeti olduğu ifade edilmiştir. Benzer şekilde, İşK. m. 5'te dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. sebebe dayanılarak ayrımcılık yapılamayacağı, bu durumların fesih bakımından geçerli bir neden teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. (İşK. m. 18/f. 3).

Kanun koyucu, ifade özgürlüğünün korunması bakımından düzenleme öngörmüş ise de her hakta olduğu gibi ifade özgürlüğü de birtakım sınırlamalara tabidir⁷⁷. Bu bağlamda, iş ilişkisi bakımından işçinin ifade özgürlüğünün sınırlarının tespit edilmesi oldukça önemlidir. Özellikle de iş ilişkisi gibi güven temeline dayalı bir ilişkide işçinin sadakat borcu çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlanması gündeme gelmektedir. Alman öğretisinde de işçinin ifade özgürlüğünün sadakat borcu kapsamında değerlendirileceği, işçinin düşüncesini açıklamasının iş barışını zedelemesi

⁷⁶ Erdem **Özdemir**, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkilerine Etkileri Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Y. 3, 2008, s. 19.

⁷⁷ Zeki **Okur**, “İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, Kamu-İş Dergisi, C. 8, S. 4, 2006, s. 8; Sezgi **Öktem Songu**, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2014, s. 628.

veya işyerindeki çalışma düzeni gereği bu düşüncesini açıklamaması bir zorunluluk ise sınırlandırılabilirdiği belirtilmektedir⁷⁸.

Anlık düşünce açıklamasının yapılabildiği sosyal medya platformlarında ise hangi açıklamaların sadakat borcunu ihlal edeceği her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Bölge Adliye Mahkemesi'ne intikal eden bir olayda, işçinin sosyal medyada diğer işçi tarafından paylaşılan “*sendika sizi korur*” karikatürünü beğenmesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmiş; Mahkeme, bu ifadenin beğenilmesi ve paylaşılmasının ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek feshi haksız bulmuştur⁷⁹.

İşçinin sosyal medya paylaşımının işverenin itibarını zedeleme ihtimali bulunduğundan işçinin ifade özgürlüğü ve işverenin korunmaya değer haklı menfaati arasındaki hassas dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği bir karara konu olayda bir hemşire sosyal medya hesabından iş arkadaşlarıyla birlikte işyerindeki hastahane yatağında fotoğraf çektiler “*hasta gelmesin diye dua ederken biz, ... hastahanesi*” yorumuyla paylaşmış, fotoğraf 1285 beğeni ve 52 yorum almıştır. Yüksek Mahkeme, hemşirenin bu paylaşımının çalışma disiplinin ve iş akışını etkilediğini belirterek iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli nedenin oluştuğuna hükmetmiştir⁸⁰. Bir başka kararda ise, işçinin sosyal medya hesabında “*Bütün arkadaşlarımdan dikkatine)))))) işte bakın ne kadar büyük bir firmada çalıştığımızı bir kez daha bizlere ifade ettiler, bizler bu kadar aşağılanacak ne yaptık bilmiyorum.....*” şeklindeki paylaşımı ve paylaşım ekinde de davalı şirket ile aynı tesiste faaliyet gösteren ... Otomotiv Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi firmasının kendi çalışanlarına yönelik yazdığı yazıyı paylaşması nedeniyle yapılan feshin geçerli veya haklı nedene dayanmadığına karar vermiştir⁸¹.

⁷⁸ **Birben**, s. 161-162, dn. 87; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Okur**, İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, s. 57.

⁷⁹ Bursa BAM, E. 2018/3842, K. 2019/909, 15.4.2019, www.lexpera.com.

⁸⁰ Yarg. 7. HD., E. 2015/46017, K. 2016/11591, 26.5.2016, www.kazanci.com.

⁸¹ “...*Dava konusu olayda davacı tarafından sosyal medya hesabında yapılan paylaşımın hakaret ve sataşma niteliğinde olmadığı, yakınma niteliğinde olup eleştiri sınırları içinde kaldığı, başka bir ifadeyle davacının davranışının tek başına 4857 Sayılı Kanun'un 25. maddesi kapsamında haklı neden ağırlığında olmadığı, 4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmede de söz konusu paylaşımın iş ilişkisinin devamını çekilmez kılacak nitelikte bulunmadığı, davacının yaptığı bu paylaşım nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar gördüğüne, çalışma düzeninin bozulduğuna ilişkin de bir delil bulunmadığı, buna göre davacının*

Bununla beraber, işçinin sosyal medyada toplumda infial uyandıracak paylaşımlarda bulunması da işverenin imajını olumsuz etkilemektedir. Yakın tarihte gerçekleşen bir olayda, (...) Üniversitesi'nde çalışan bir işçinin hakkında sosyal medyada gündeme gelen 10 yaşındaki A. isimli çocuk Facebook hesabından yaptığı paylaşımında “*Buna en güzel tedavi tecavüz kardeşim. Yaşadığı şok ile birlikte belki aramıza geri döner*” şeklindeki ifadeleri toplumda büyük tepki görmüş ve üniversite tarafından iş sözleşmesine son verilmiştir⁸². Bunun gibi, gerçeğe aykırı beyanın yaptığı sosyal medya paylaşımlarından anlaşılması da Yargıtay tarafından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir⁸³. Bir başka kararda ise, 15 Temmuz darbe girişimine ilişkin işçinin yaptığı sosyal medya paylaşımlarında “*...sürekli camilerden sela okuyorlar Anamur'da, demek ki Anamur o kadar akli başında memleketmiş ki kimse sokağa dökülüp provoke olmamış ki selalar bu saatte bile devam ediyor, Anamur bu tiyatroyu yemedi :)*”, “*bu fotoğraftaki askere vuran o.... çocukları da aynı şekilde idam edilsin.*”, “*6 ayda 700 şehit için El-Fatiha bile demeyen minareler bugün sokağa çıkın diye sela okudu. Tarih bunu da yazacak Allah belanızı versin.*”, “*..Gezi'de insanların sprey boyası ve deniz gözlüğü vardı, haftalarca baş edemediler, silahı, jeti, tankı olan askeri 2 saatte hallettiler, yersen!*” şeklindeki paylaşımlarının haklı fesih nedeni teşkil ettiğini belirtmiştir⁸⁴.

C. İşçinin Aşırı Borçlanması ve Ücretinin Hazedilmesi

İşçinin ücretinin hem kendisi hem de ailesi için çoğu zaman tek geçim kaynağı olduğu düşünüldüğünde ekonomik sıkıntıların baş göstermesi ve işçinin ödeme gücü çökmesi olası bir durumdur. Bu doğrultuda, işçinin üçüncü kişilere borçlanması söz konusu olabilmektedir. Yargıtay kararları

yaptığı paylaşımın işverene haklı nedenle fesih imkanı vermeyeceği gibi geçerli nedenle fesih imkanı da vermeyeceği anlaşılmıştır...”: Yarg. 9. HD., E. 2019/3100, K. 2019/19483, 11.11.2019, www.kazanci.com.

⁸² <https://www.haberturk.com/erkan-naldemirci-atakan-kayalar-ile-ilgili-sozlerinin-ardindan-universitedeki-isinden-cikarildi-2594930>, E.T. 24.3.2020.

⁸³ Yarg. 9. HD., E. 2016/17532, K. 2017/12196, 6.7.2017, www.kazanci.com.

⁸⁴ Yarg. 9. HD., E. 2019/3541, K. 2019/20865, 25.11.2019, www.kazanci.com.

incelendiğinde ise, işçinin iş arkadaşlarına veya üçüncü kişilere borçlanması iş ilişkisine yansdığı durumlar tespit edilmektedir⁸⁵. Belirtmek gerekir ki, işçinin borçlanması özel yaşamına ait bir olgu olduğundan kural itibariyle fesih nedeni teşkil etmemektedir⁸⁶. Nitekim, İşK. m. 18'in gerekçesinde de “işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek”, işçinin iş sözleşmesine aykırı bir davranışı olarak örnek gösterilmiş ve geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, işçinin borç istemesi tek başına fesih için yeterli görülmemekte; bu isteğinin işyerinde rahatsızlık yaratması aranmaktadır⁸⁷.

Bunun yanı sıra, her ne kadar işçinin borçlanması geçerli fesih nedeni teşkil etmemekteyse de borçlanmanın aşırı olması hali üzerinde durulmaktadır. Yargıtay kararlarında işçinin aşırı borçlanması iş ilişkisini olumsuz etkilediği ve feshin geçerli nedene dayandığı belirtilmiştir⁸⁸. Öğretide

⁸⁵ “...Davacının diğer bir işçiden borç para alması, karşılığında senet verdikten sonra işçi ve senedi icraya koyan işçinin babasını şikayet etmesi, diğer işçinin bu nedenle davacı işçiyi işverene şikayet etmesi süreci dikkate alındığında, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin devam ettirilmesinin işveren açısından beklenmez bir hal aldığı tartışmasıdır. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır...”: Yarg. 9. HD., E. 2009/34443, K. 2010/34035, 22.11.2010, www.kazanci.com; “...Dosya içeriğine göre, davacı işçinin işyerinde çalıştığı sırada tefecilerden borç para aldığı, ödemek içinde işyerinde çalışan işçilerden de para aldığı, diğer işçi ile kavgasının da borç paranın ödenmemesinden çıktığı, kavganın sonucu davacının diğer işçinin eylemi ile yaralandığı, anılan olay sonrası her iki işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı işçinin gerek tefeciden ve gerekse işyerindeki işçilerden borç para alması sonucu, iş arkadaşları ile ödeme konusunda tartışmaya girdiği, ciddi geçimsizlik gösterdiği sabittir. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenmez bir hal aldığı, davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden bulunduğu kabul edilmelidir...”: Yarg. 9. HD., E. 2007/27707, K. 2008/7806, 8.4.2008, www.kazanci.com.

⁸⁶ Mahmut Kabakçı/Ulaş Baysal, “İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir mi? – Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi üzerine Değerlendirme”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İÜHFM, Özel S., 2016, s. 469; **Manav**, s. 245.

⁸⁷ **Karademir/Turgut**, s. 99.

⁸⁸ “...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçi, 2003 yılından itibaren işyerindeki işverene ait bilgisayarı kullanarak günde birkaç kez internete girerek bahis oynamaktadır. Bu konuda ve aşırı borçlanması sebebiyle daha önce uyarıldığı yazılı belgeler ile davacının müfettişe verdiği savunma içeriğinden anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı sebebiyle aşırı derecede borçlandığı ve bir başka bankadan almış olduğu kredi kişi borcundan dolayı icraya maruz kaldığı da görülmektedir.

de isabetli olarak işçinin aşırı borçlanması üretim ve iş ilişkisini olumsuz etkilemesi halinde bu durumun geçerli fesih nedeni kabul edileceği belirtilmiştir⁸⁹.

İşçinin aşırı borçlanması sonucu ücretinin haczedilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu durumda da ücretin haczedilmesinin tek başına geçerli fesih nedeni olmadığı ifade edilmektedir⁹⁰. Buna karşılık, Yargıtay kararlarında işçinin ücretine sık sık haciz gelmesinin geçerli fesih nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda, "...Dosya içeriğinde davacının dosyasından 1.549,30 TL.lik 05/11/2013, dosyasından 942,94 TL.lik 17/06/2013, sayılı dosyasından 4.828,54 TL.lik 30/05/2013, 2012/4775 Esas sayılı dosyasından 2.000,00 TL.lik 27/08/2012, 2012/6841 Esas sayılı dosyasından 720,93 TL.lik 09/10/2012, tarihli ücret haczi müzekkereleri ve bazı dosyalara davalı işverence yapılan haciz kesintisi ödemelerine dair dekontları söz konusudur. Somut olayda işçinin ücretine haciz konulması değil, bu uygulama nedeni ile işyerinin olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği, işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemez bir duruma gelip gelmediği önemlidir. Davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacı işçinin borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere

Davacının mesai saatleri içinde bahis sitelerine girmek üzere internet kullanımlarının bazı günler birkaç saati bulduğu da dikkate alındığında, davacının söz konusu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı açıktır. Böyle olunca davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir...": Yarg. 9. HD., E. 2006/19150, K. 2006/26792, 10.10.2006, www.kazanci.com; Başka bir durumda da işçinin aşırı borçlanması haklı fesih nedeni olduğu belirtilmiştir. Aynı yönde bkz. "...Somut uyuşmazlıkta davacının feshe konu olan bir banka müşterisinin hesabından izinsiz para çekip, kredi kartı borcunda kullanması eylemi, her ne kadar 4 yıl önce gerçekleşmiş ise de yeni yapılan teftiş sırasında ortaya çıkmış ve fesih hakkı yetkili makam tarafından 6 günlük süre içinde kullanılmıştır. Davacı bu işlemle menfaat temin etmiştir. Bu sebeple 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki bir yıllık süre uygulanmayacaktır. Davacının bu davranışının ahlak ve iyi niyet kurallarına uymadığı, mahkemenin kabulündedir. Davacının bunun dışında bir çok usulsüz işlemi saptanmış, fesihten kısa süre önce de müşteri şikayetleri ve aşırı borçlanması nedeni ile de disiplin cezaları almıştır. Davacının iş sözleşmesi ile üstlendiği sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği, bankacılık işlemlerine aykırı işlemler yaptığı, doğruluk ve bağlılığa uymayan son davranışı ile de feshin haklı nedene dayandığı sabittir...": Yarg. 9. HD., E. 2009/24371, K. 2010/20730, 28.6.2010, www.kazanci.com.

⁸⁹ Birben, s. 158.

⁹⁰ Kabakçı/Baysal, s. 477; Manav, s. 245; Birben, s. 159; S. Alp Limoncuoğlu, "İşçi Maaşına Konan Haczin İş Akdinin Feshinde Geçerli Sebep Teşkilî", Kamu-İş Dergisi, C. 11, S. 1, 2009, s. 52.

harcamıştır. İşverenin bu işlemler için ayrıca personel istihdam etme zorunluluğu yoktur. Davacının maaşından yapılan haciz kesintileri 2012 ve 2013 yıllarında yoğun olmakla beraber 2014 yılında da mevcuttur. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin feshi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmakta olup fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır... ” şeklinde belirtilerek işçinin ücretine konulan haciz işleminin uygulamaya konulabilmesi için muhasebe servisinin mesai harcadığı ve bu nedenle iş ilişkisinin olumsuz etkilendiğini belirterek feshin geçerli olduğuna hükmetmiştir⁹¹. Yargıtay kararlarında konuya ilişkin yer verilen gerekçe işyerindeki muhasebe ve hukuk servislerinin işçi ücretine konan haciz işlemleri nedeniyle ekstra zaman harcamasıdır. Ancak, öğretide buna yönelik tahakkuk işlemlerinin yapılmasının bu servislerin görevlerinin içerisinde olduğu, her halde bu durumun peşinen fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁹². Bu bağlamda, konuya ilişkin tespit ettiğimiz bir Yargıtay kararında isabetli olarak işçinin ücretine sık sık haciz gelmesi nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedene dayalı olarak feshedilebilmesi için işçiye önceden ihtar çekilmesi ve bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığı somut bir biçimde ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir⁹³. Söz konusu kararın öğretideki eleştiriler doğrultusunda verildiği ifade edilmiş ise⁹⁴ de Yargıtay'ın 2015 yılı sonrası kararlarında da ücretin sık sık haczedilmesinin geçerli fesih nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir⁹⁵.

⁹¹ Yarg. 7. HD., E. 2016/28221, K. 2016/17940, 1.11.2016, www.kazanci.com; Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD., E. 2012/1166, K. 2012/4296, 15.3.2012, www.kazanci.com; Yarg. 7. HD., E. 2014/21727, K. 2015/4223, 11.3.2015, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., E. 2009/27653, K. 2010/28510, 11.10.2010, www.kazanci.com; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Limoncuoğlu**, s. 39 vd.

⁹² **Kabakcı/Baysal**, s. 476; **Limoncuoğlu**, s. 55.

⁹³ Yarg. 9. HD., E. 2015/30854, K. 2015/31326, 5.11.2015, www.kazanci.com; Kararı evvelce zikreden **Karademir/Turgut**, s. 101.

⁹⁴ **Karademir/Turgut**, s. 101.

⁹⁵ Bkz. Yarg. 7. HD., E. 2016/28221, K. 2016/17940, 1.11.2016, www.kazanci.com.

D. İşinin Alkol Kullanımı

İşinin özel yaşamında alkol kullanmasının iş sözleşmesinin feshedilmesi için haklı veya geçerli sebep teşkil etmediği izahtan varestedir. Zira, alkol kullanımı tamamıyla bireyin anayasal ve yasal güvencelerle teminat altına alınmış özel yaşamı çerçevesinde gerçekleştirdiği bir eylemdir. Bu bağlamda, işverenin işçinin özel yaşamında alkol kullanmasına yönelik talimat da veremeyeceği açıktır⁹⁶. Buna karşılık, İşK. m. 25/II-d uyarınca “işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması”, haklı fesih nedenidir⁹⁷.

Bununla beraber, yapılan işin niteliği gereği işçinin özel yaşamında da alkol kullanmamasının beklenmesi makul olabilir. Özellikle de inanç odaklı işyerlerinde çalışan işçiler bakımından bu beklenti söz konusu olabilecektir. Örneğin, İslam dinine göre yasak olan alkolün bir Kur’an kursu eğitmeni tarafından kullanılması, iş sözleşmesinin feshine yol açabilir⁹⁸.

⁹⁶ **Sevimli**, s. 240.

⁹⁷ “...Tır şöförü olan davacı ve arkadaşının işyerinin eklentisi niteliğindeki tır garajında alkol alma eylemi işyerinde alkol alma niteliğinde olup davalının gerçekleştirdiği feshin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken, yanılığın değerlendirme ile kabulü hatalıdır...”: Yarg. 9. HD., E. 2015/21373, K. 2019/19007, 4.11.2019, www.kazanci.com; Bayi yöneticisi olarak çalışan davacının işverenin müşterisine ait bir yerde alkol aldığı bir olayda Yargıtay, davacının yaptığı işin niteliği gereği davacı bakımından oranın işyeri olduğunu belirterek feshin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir: “...Mahkemece davacının alkol aldığı kabul edilmekle birlikte, alkolün işyeri dışında alındığı, işyerine alkollü içki almış olarak gelmenin yasak olmadığı; işyerine sarhoş gelmesinin yasak olduğu, bu sebeple sarhoşluk belirtileri göstermeyen işçinin işyerine gelmesinin haklı neden olamayacağı ve davacının sahada çalışması ve öğle yemeği zamanının işin akışına göre spontane olarak belirlenmesi sebebiyle feshin haklı yada geçerli bir nedeni olmadığı kabul edilmiş ise de; davacının bizzat savunmasında da belirttiği üzere, yemek yenilen ve alkol kullanılan yer davalının müşterisi olup davacının alkol aldığı yerin davacının yaptığı işin niteliği gereği davacı bakımından işyeri olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla davacının işyerinde alkol aldığı kabulü gerekir. Kaldı ki, davacı saha çalışanı olarak öğle yemeği saatlerini kendi ayarlama imkanına sahip ise de, davacının savunmasında yemek saati konusunda bir daha sorun yaratmayacağı beyan ettiği dikkate alındığında, davacının sadece mesai saatleri dışında alkol kullandığından söz edilemeyeceği de açıktır. Bu sebeplerle feshin haklı nedene dayalı olduğunun kabulüyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile davacının işe iadesine karar verilmesi hatalıdır...”: Yarg. 22. HD., E. 2017/44370, K. 2017/30242, 20.12.2017, www.kazanci.com.

⁹⁸ **Karademir/Turgut**, s. 96.

Benzer şekilde, alkolle mücadele etme amacıyla kurulan bir kurumda çalışan işçinin alkol kullanması kurumun toplum nezdindeki güvenilirliği bakımından problem teşkil edebilecektir⁹⁹.

SONUÇ

Bireyin özel yaşamı, temel bir insan hakkı olarak kabul edildiğinden ulusal ve uluslararası mevzuat düzenlemeleri gereği koruma altındadır. Şüphesiz, özel yaşamın iş ilişkisinden bağımsız olduğu düşünülemez. Nitekim, gerek Yargıtay kararlarında gerekse AİHM kararlarında özel yaşamın iş ilişkisinde de gözetilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla, işyerinde veya işyeri dışında işçinin özel yaşam hakkına saygı gösterilmesi gerekmektedir. Öte yandan, işçinin özel yaşam hakkı aynı zamanda işverenin yönetim hakkını sınırlayan hususlardan bir tanesidir. Bu bağlamda, işverenin işçinin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayacak yahut tamamen ortadan kaldıracak şekilde yönetim hakkını kullanması kabul edilebilir değildir.

İşçinin özel yaşamındaki davranışları bazı durumlarda iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğurmaktadır. Fesih rejimi bakımından ise, geçerli neden ve haklı neden kavramları öne çıkmaktadır. Geçerli neden, işin ve işyerinin düzenini olumsuz etkileyen, iş ilişkisine devam etmeyi engelleyen nedendir. İş güvencesine tabi işçiler bakımından iş sözleşmesinin feshi geçerli nedenin varlığına bağlanmıştır. Haklı neden ise, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sona erdiren iş sözleşmesini çekilmez hale getiren nedendir. İşçinin özel yaşamının geçerli nedenle feshe etkisi incelendiğinde geçerli nedenler arasında yer alan işçinin yeterliliği veya davranışlarının üzerinde durulması gerekmektedir. İşçinin yürütülen iş bakımından yetersiz olması veya davranışlarının iş akışını olumsuz etkilemesi durumunda iş sözleşmesi geçerli nedenle sonlandırılabilir. İşçinin özel yaşamı çerçevesinde kural itibarıyla yalnızca kendisini ilgilendiren davranışları, işin yürütümünü olumsuz etkilediği takdirde geçerli neden olarak kabul edilebilecektir. Bu noktada, örneğin işçinin sosyal olarak onaylanmayan bir davranışı olsa bile bu davranışın iş ilişkisini olumsuz etkileyip etkilemediği tartışılmalıdır. Aksi halde, ahlakilik denetimi yapılmak suretiyle hukuk çerçevesinden çıkılacağı gibi işçinin özel yaşamına orantısız bir müdahalede de bulunulacaktır. Bunun yanı sıra, işçinin özel yaşamındaki davranışlarının ağırlığına göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshe-dilmesi de mümkündür.

⁹⁹ Birben, s. 160-161.

Özel yaşam, sınırları net olarak çizilemeyen ve içerisine giren unsurların tahdidi olarak sayılamayacağı kadar geniş bir alana yayılmaktadır. Hal böyle olunca, işçinin özel yaşamı da yaşadığı duygusal ilişkilerden internet, sosyal medya, alkol kullanımı veya geçim sıkıntısına kadar uzanan pratiklerin iş ilişkisindeki etki derecesinin fesih rejimi bakımından tartışılmasını zaruri kılmaktadır. Çalışmamız itibariyle öğretideki açıklamalar ve Yargıtay uygulaması da göz önünde bulundurulduğunda işçinin özel yaşamı içerisindeki bir davranışın tek başına fesih nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu anlamda, örneğin işçinin iş arkadaşıyla veya üstüyle duygusal bir ilişki yaşaması iş ilişkisinde olumsuzluklara sebebiyet vermiyorsa yalnızca ilişkinin varlığı feshe konu olamaz. Bunun gibi, inanç/düşünce odaklı işyerlerinde çalışanlar bakımından da iş ilişkisi olumsuz etkilenmediği sürece işçinin özel yaşamındaki davranışlarının fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği tespit edilmiştir. Çalışmamızda işçinin özel amaçlı internet kullanımının da tamamen yasaklanamayacağı; aksi durumda işçinin haberleşme özgürlüğüne aşırı müdahalede bulunulacağı sonucuna ulaşılmıştır. Yine, işçinin sosyal medyadaki paylaşımları da ancak iş ilişkisine zarar verdiği müddette iş sözleşmesinin feshini gündeme getirebilir.

İşçinin özel yaşamı kapsamında ele alınan bir diğer husus ise, işçinin aşırı borçlanması ve ücretine haciz konulmasıdır. Bu çerçevede, Yargıtay'ın genel uygulamasında işçinin ücretine sık sık haciz konulmasının işyerinin muhasebe servisine ek külfet getirdiği gerekçesiyle geçerli fesih nedeni olarak kabul edildiği tespit edilmiştir. Ancak, kanaatimizce muhasebe servisindeki ek külfet somut olgularla desteklenmeli ve mutlak surette bu külfetin doğacağı kabul edilerek bu husus iş sözleşmesinde fesih nedeni olarak değerlendirilmemelidir.

Son olarak, çalışmamızda işçinin alkol kullanımı incelenmiş ve işçinin özel yaşamındaki alkol kullanımına yasak getirilemeyeceği ancak inanç odaklı veya alkolle mücadele edilen bir kurumda çalışan işçi bakımından somut olayın şartları çerçevesinde alkol kullanımının geçerli nedenle fesih teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

Arslan Durmuş, Seda. “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkinde Etkisi”. DÜHFD. C. 25, S. 42, 2020, s. 135-168.

Arslan Öncü, Gülay. Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8. 1, Epamat Basım Yayın, Ankara 2019.

Bayram, Fuat. Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2011.

Birben, Erhan. “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Editör: Tankut Centel, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 135-170.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “İşçinin Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukundaki Etkileri”. Press Academia Procedia (PAP). V. 7, 2018, s. 372-375.

Çankaya, Yiğitcan. İş İlişkinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği. Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi SBE, 2019.

Çelik, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat. İş Hukuku Dersleri. 30. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

Çetin, Evra. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları. On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.

deBEER, Jeremy. “Employee Privacy: The Need for Comprehensive Protection”. Saskatchewan Law Review. Volume 66 (2), January 2003, s. 383-418.

Dudenbostel, Karl/**Klas**, Helmut. “Außerdienstliches Verhalten als Kündigungsgrund (Zugleich ein Beitrag zur besonderen Situation der Arbeitnehmer in Tendenzbetrieben und im Kirchendienst)”. Arbeit und Recht. Vol. 27, No. 10, Oktober 1979, s. 296-306.

Ergin, Hediye. “İşyerinde Gönül İlişkinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 35, 2016, s. 67-81.

Ertürk, Şükran. İş İlişkinde Temel Haklar. Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

Gerhart, Paul F. “Employee Privacy Rights: Introduction and Overview”. 17 Comp. Lab. L.J. 1 (1995-1996), s. 1-12.

Güzel, Ali. “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s. 167- 195.

Güzel, Ali. “İş Hukukunda “Yetki” ve “Özgürlük”. İKÜHFD. C. 15, S. 1, Ocak-Şubat 2016, s. 93-126.

Hekimler, Alpay. “Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları”. Çalışma ve Toplum Dergisi. S. 10, 2006/3, s. 305-314.

Helvacı, Serap. Gerçek Kişiler. 6. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2016.

Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya. Medeni Hukuk. 4. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2016.

Hozar, Nağme. “Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 7, Y. 2, 2007, s. 199-207.

İmre, Zahit. “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler”. İÜHFM. C. 39, S. 1-4, 1974, s. 147-168.

Kabakçı, Mahmut/Baysal, Ulaş. “İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir mi? – Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi üzerine Değerlendirme”. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İÜHFM. C. I, Özel S., 2016, s. 465-479.

Kaplan, Emine Tuncay. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 24, Y. 6, 2011, s. 40-53.

Karademir, Artür/Turgut, Cemile. “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi”. C. 3, S. 6, 2017, s. 67-109.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal. İş Kanunu Şerhi. C. I. 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2008.

Limoncuoğlu, S. Alp. “İşçi Maaşına Konan Haczin İş Akdinin Feshinde Geçerli Sebep Teşkili”. Kamu-İş Dergisi. C. 11, S. 1, 2009, s. 39-58.

Manav, Eda. İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları. Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı C. I: Bireysel İş Hukuku. 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.

Narmanhoğlu, Ünal. İş Hukuku - Ferdi İş İlişkiler C. I. 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

Okur, Zeki. İş Hukukunda Elektronik Gözetleme. Legal Yayınları, İstanbul 2011.

Okur, Zeki. “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”. Kamu İş Dergisi. C. 8, S. 2, 2005, s. 47-75.

Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”. Kamu-İş Dergisi. C. 8, S. 4, 2006, s. 1-47.

Öktem Songu, Sezgi. “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”. Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 1057-1098.

Öktem Songu, Sezgi. “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”. DEÜHFD. C. 15, Özel S., 2014, s. 609-650.

Özdemir, Hayrunnisa. “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması” (İşçilerin İzlenmesi). Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 14, S. 1-2, s. 231-270 (İşçilerin İzlenmesi).

Özdemir, Erdem. “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkilerine Etkileri Üzerine”. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 10, Y. 3, 2008, s. 13-24.

Savaş, F. Burcu. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi. Beta Yayınları, İstanbul 2012.

Serozan, Rona. Medeni Hukuk. 6. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul 2015.

Sevimli, K. Ahmet. İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları. Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.

Sevimli, K. Ahmet. “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 10, Y. 3, 2008, s. 53-79 (İşçi-İşveren İlişkisi).

Soyer, M. Polat. İşçinin İş Görme Borcu. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 1979.

Sperber, Christian. “Kündigung des Chefarztes einer katholischen Klinik wegen Wiederverheiratung”. Arbeit und Recht, Vol. 60, No. 11, November 2012, s. 448-453.

Süleyman, Ahmet. “Sürelî Fesihde İşçinin Kişiliğinden ve Özel Hayatından Kaynaklanan Nedenler”. İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 2019/2, Nisan-Mayıs 2019, s. 49-63.

Süzek, Sarper. İş Hukuku. 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

Süzek, Sarper. “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”. Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998, s. 225-232 (Yönetim Hakkı).

Süzek, Sarper. “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”. A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 565-586 (Geçerli Fesih).

Sahlanan, Fevzi. “İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih”. Tekstil İşveren Dergisi, S. 383, Mart 2012, s. 2-4.

Tandoğan, Haluk. “Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması”. AÜHFD, C. XX, S. 1-4, 1963, s. 1-36.

Taşkent, Savaş. İşverenin Yönetim Hakkı. İTÜ Yayınları, İstanbul 1981.

Tuncay, A. Can. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982.

Ugan Çatalkaya, Deniz. “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama Hakkı”. İÜHFM. C. 74, 2016, s. 733-751.

Yiğit, Yusuf. “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2010, s. 161 – 214 (Özel Amaçlı Kullanım).

Yiğit, Esra. İşyerinde İnternet ve E-Posta Kullanımının İzlenmesi ve Gözetlenmesi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2013.