



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 79 Sayı: 2021/1 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz **4306**'ya
Gönder

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2021

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2021 | Presidency of Ankara Bar Association, 2021
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 ISSN 1300-9885

Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. | **Articles published in this review reflect the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Bülent DAĞSALI

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Doç. Dr. Cenker GÖKER

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Uğur DOĞUŞ

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Bülent DAĞSALI

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Cenker GÖKER

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Uğur DOĞUŞ

Genel Sekreter | Secretary

Av. Semra CİVAN

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇIMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKAY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN

Av. Serkan Can SARIGÜL

Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV
Av. Muhammed Hüseyin BÜYÜKKAYA

Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI
Av. Ayşegül KARAGÖZ

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
Avrupa Birliği Hukuku		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Deniz Hukuku		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Şükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fırat Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇİŞİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Fikri Mülkiyet Hukuku		
OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Frat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
Milletlerarası Özel Hukuk		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKIOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU		
Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŐAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŐ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŐ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdir Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Serhat Sinan	Doç. Dr.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜMİT ATILGAN, Eylem	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AÇAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;
Av. "Adı SOYADI"
<https://orcid.org/0000-0001-0002-0003>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzelterek, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. **ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.** Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini göz önüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide eviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri evrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif creti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK–ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak n kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages XXI
Av. R. Erinç SAGKAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan
Cezai Sorumluluk Sorunu 1
Prof. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN
Av. Dursun AL
Av. Nur Dinemis BAŞKIR

Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu ve
Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar 75
Dr. Öğr. Ü. Şaban İNAM
Öğr. Gör. Vuslat SALALI

Stratejik Davalama ve İnsan Hakları Savunuculuğu için
Bir Model Olarak Hukuk Kliniği Eğitimi 111
Dr. Öğr. Ü. A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER

Etkin Otorite Yokluğunda Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin
İnsan Hakları İhlallerinden Doğan Sorumluluk Halleri 143
Arş. Gör. Burak TAŞ

İş Kanunu Kapsamında Ücretlendirmede Ayrımcılığın
Toplumsal Cinsiyet Bakış Açısı ile İncelenmesi 177
Stj. Av. Dila Nur HALAÇOĞLU

MAKALELER (ARTICLES)

- Özel Yaşam Şiddeti ve Toplumsal Cinsiyet Temelli
Şiddetle Mücadelede İstanbul Sözleşmesinin Önemi 209
Doç. Dr. Özge YÜCEL
- Zinaya Katılan Üçüncü Kişinin Ahlaka Aykırılıktan Sorumluluğu..... 223
Dr. Öğr. Ü. Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ
- Görme Engelli Kişinin Bir Hukuki İşlemi Yaparken
Attığı İmzanın Geçerliliği ve İspatı Sorunu..... 247
Av. Osman SEZER
- YİD Sözleşmelerinde Covid-19 Salgını Mücbir Sebebinin
Kullanılmamasından Doğan Sorumluluklar..... 291
Av. Dr. Bülent Hayri ACAR
- “Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilir”
Kuralı Üzerine..... 327
Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Kıymetli Meslektaşlarım,

Görevi devralan yeni Yayın Kurulu'nun hazırladığı Ankara Barosu Dergisi'nin 2021-1 sayısı ile huzurlarındayız. Hukuk alanında bilimsel makaleleri meslektaşlarımızın hizmetine sunma konusunda daima öncü rol oynayan Baromuzun, yeni Yayın Kurulu ile bu alanda önemli katkılarda bulunacağına inanıyor ve başarılı çalışmalar diliyorum.

Baromuzca kamuoyunda İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin feshedilmesine dair 19.03.2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın fonksiyon gasbı nedeniyle yok hükmünde olduğu ve Anayasa'nın 104. maddesine aykırılık taşıdığı iddiası ile Avukatlık Kanunu'nun hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak yönünde barolara yüklediği görev gereği Danıştay'da dava açılmıştır. Ayrıca dava konusu kararın dayanağı olan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinin ilgili kısımlarının Anayasa'ya aykırılığı itirazında da bulunulmuştur.

İnsan onurunu korumak için evrensel hukuk ilkeleri, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti mücadelesini sürdürmek konusunda kararlılığımızdan hiçbir zaman taviz vermedik. Ankara Barosu olarak insan hayatı ve güvenliğinin, kişi hak ve özgürlüklerinin, her türlü siyasetin üzerinde olup hiçbir politik hesaba kurban edilemeyecek kadar önemli olduğunu vurgulayarak dergimizin kapağında yer verdiğimiz ifadeyi burada da tekrarlamak istiyorum: “İstanbul Sözleşmesi yaşatır.”

Elinizde tuttuğunuz bu sayımız hukukun her alanından bilimsel makalelerden oluşuyor. Dergi'de yer verilen makalelerde ortaya konulan hukuki nitelikte sorunların her yönüyle ele alındığını ve çözüm önerilerinin ortaya konulduğunu görmek mümkündür. Şöyle ki meslektaşlarımızın bilimsel yeterliliklerine katkıda bulunacak ve akademik çalışmalarında atıf yapabilecekleri hakemli makalelerde;

- Hayatımızın her alanını etkileyeceği öngörülen yapay zeka teknolojileri ile bu zekaya sahip robotların hukuki statüleri ile ceza sorumluluklarının ne olacağını ortaya konulmakta;
- Ülkemizde kentlerimizi etkisi altına alan dönüşüm kavramının hukuki alt yapısını oluşturan yasalar incelenmekte ve ön plana çıkan sorunlar sıralanmakta;

- Hukuk fakültelerinde çocukların adalete erişimiyle ilgili hukuki mekanizmaları ve taktikleri nasıl kullanacakları konusunda yol haritasını ortaya koyan hukuk kliniği eğitimi ortaya konulmakta;
- 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde işverenlerin işe alımlarda, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde gerçekleşen cinsiyet temelli ayrımcılığın ücretlendirmeye olan etkileri incelenmektedir.

Her sayımızda yer verdiğimiz akademisyenlerin ve meslektaşlarımızın özverili çalışmalarının eseri olan hakemsiz makalelerde ise;

- Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi yani kamuoyunda bilindiği şekliyle İstanbul Sözleşmesi'nin doğrudan doğruya insan haklarının korunmasına yönelik bir uluslararası sözleşme olduğu için taraf olursa da olunmasa da Devletin yükümlülüğünün devam ettiği savı yinelenmekte;
- Türk Ceza Kanunu'nda suç sayılmayan zina eylemine katılan üçüncü kişinin ahlaka aykırılıktan doğan sorumluluğu incelenmekte;
- Görme engelli kişilerin imzalarının geçerli olup olmadığı, geçerli olması için ihtiyaç duyulan normatif düzenlemeler konusunda değerlendirmelerde bulunulmakta;
- Kanunla düzenlenmiş özel yatırım projesi olan Yap-İşlet-Devret projelerinde Covid 19 küresel salgınından kaynaklı mücbir sebebin uygulanmamasının İdare açısından görevin gereğine aykırı davranma suçunun oluşumuna neden olup olmadığı incelenmekte;
- T.C. Anayasası madde 101/2'de yer alan "Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir." kuralının Haziran 2023 Cumhurbaşkanlığı seçimleri veya erken seçim varsayımında anayasal ve hukuki açıdan yorumlanması gerçekleştirilmektedir.

Dergimize bilimsel katkılarda bulunan yazarlarımıza ve elimize ulaşmasında emeği geçenlere teşekkür ediyorum.

Saygılarımla.

Av. R. Erinç SAĞKAN
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu

Mesut Hakkı **CAŞIN***
Dursun **AL****
Nur Dinemis **BAŞKIR*****

Makalenin Geliş Tarihi: 22.10.2020 **Kabul Tarihi:** 15.01.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.931227](https://doi.org/10.30915/abd.931227)

- * Prof. Dr. / Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
<https://orcid.org/0000-0001-9487-0434>
- ** Avukat, Arabulucu / Altınbaş Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi. <https://orcid.org/0000-0002-8406-4129>
- *** Avukat, İstanbul Barosu / İsviçre Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Ticaret Hukuku Uyumluk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.
<https://orcid.org/0000-0001-6705-1003>

YAPAY ZEKÂ VE ROBOTLARIN EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN CEZÂİ SORUMLULUK SORUNU

ÖZ

Son yıllarda yapay zekâya sahip teknolojilerin gelişmesinin hayatlarımızı öngörülemez bir şekilde değiştirdiği ortadadır. Günümüzde, robotik cerrahi ameliyatlarından, insana ihtiyaç duymaksızın hedeflenen noktaya erişebilen sürücüsüz araçlara kadar pek çok alanda kendisini gösteren yapay zekâ teknolojilerinin, yakın gelecekte kendilerini programlayarak özgür iradeleriyle karar verebilecekleri ve adeta “teknolojik devrim”^[1] gerçekleştirecekleri öngörülmektedir. Ancak diğer yandan söz konusu yapay zekâya sahip varlıkların suç olarak nitelendirilebilecek eylemlerde bulunmaları durumunda cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği, klasik suç ve ceza teorilerinin konunun aydınlatılmasında yeterli olup olmayacağı problemleri ortaya çıkacaktır. Tüm bu nedenlerle makalemizde, öncelikle yapay zekânın ne olduğu, uluslararası hukukta ve Türk hukukunda hukuki statülerinin ne şekilde değerlendirildiğine değinilecektir. Akabinde ise yapay zekâlı robotların ceza sorumluluklarının ne olacağı ile ilgili tartışmalar ceza hukukunun kast ve isnadiyet kavramları çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ

Robotik

Hukuki Statü

Yasal Düzenlemeler

Cezai Sorumluluk

[1] **SORDAM, Andrew**, “*Yapay Zekâ ve robot teknolojisi: Entegre bulut çalışmalarda nasıl bir devrim yaratıyor?*”, <https://www.oracle.com/tr/cloud/paas/features/use-of-ai-and-robotics.html> (Erişim Tarihi: 21.01.2020).

CRIMINAL LIABILITY PROBLEM ARISING FROM ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ROBOTIC ACTIONS

ABSTRACT

Undoubtedly, the development of technologies with artificial intelligence has changed our lives in an unpredictable way in recent years. Nowadays, it is expected that artificial intelligence technologies, which are manifested in many areas ranging from robotic surgery operations to driverless vehicles that can reach the target point without the need of people, will realize a “technological revolution”^[1] while making decisions with their free will by programming themselves in the near future. However, if the assets with artificial intelligence perform actions that can be considered crime, the question of how to determine criminal responsibility and whether classic crime and criminal theories are sufficient to clarify the problem will arise. For all these reasons, in this article, we will first explain what artificial intelligence is, and then examine how their legal status in international law and Turkish law is evaluated. Subsequently, the debates about the ethical problems and criminal responsibilities of artificial intelligence robots will be discussed within the framework of the concepts of intent and liability.

Keywords

Artificial Intelligence

Robotics

Legal Status

Regulations

Criminal Liability

GİRİŞ

Ünlü astrofizikçi Stephan Hawking İngiltere'deki Cambridge Üniversitesi'nin Yapay Zekâ Araştırma Merkezi'nin açılışında yaptığı konuşmasında “*Güçlü bir yapay zekânın yükselişi, insanlığın başına gelen en iyi ya da en kötü şey olabilir. Hangisi olacağını bilmiyoruz.*” demiştir.^[2] Öte yandan SpaceX'in kurucusu Elon Musk ise kendisiyle yapılan bir soru-cevap oturumunda “*Yapay zekânın savunma sanayisine verebileceği zararlar veya sadece savunma sanayisinde yapacağı kasti bir yanlış bilgilendirmeye bile bir savaş başlatabilir.*” demek suretiyle yapay zekânın insanlığa karşı oluşturduğu tehlikeye dikkat çekmiştir. Diğer taraftan yine Elon Musk, insanların bilişsel kapasitesinin artırılmasıyla amacı ile kablosuz beyin-makine arayüzü kullanılarak geliştirdiğini duyurduğu “Neuralink” ile insan zekasının yapay zekâ ile rekabet etmesine yardımcı olabileceğini ifade etmiş ve bunu “varoluşsal bir tehdit” olarak değerlendirmiştir.^[3] Şüphesiz modern çağın en çok konuşulan konularından biri olan ve insan beynini taklit etmeye yarayan yapay zekânın hayatlarımıza girmesiyle insanlara zahmetli gelen işleri daha kısa sürede daha risksiz ve daha verimli bir şekilde yaptırarak üretim kapasitesini artırmak amaçlanmaktadır.^[4] Bunların en temel örneği olarak, sağlık alanında Alzheimer hastalığına erken teşhis koyan^[5] ve ilerleme sürecini yavaşlatan yapay zekâların geliştirilmesi, “*Da Vinci*” isimli robotla dünyada ilk defa kalp kapakçığı ameliyatının gerçekleştirilmesi, “*Zeus*” isimli cerrahi robot

[2] “Stephen Hawking: AI will be ‘either best or worst thing’ for humanity”, <https://www.theguardian.com/science/2016/oct/19/stephen-hawking-ai-best-or-worst-thing-for-humanity-cambridge> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[3] Wong, C. Julia., “*Neuralink: Elon Musk unveils pig he claims has computer implant in brain*” <https://www.theguardian.com/technology/2020/aug/28/neuralink-elon-musk-pig-computer-implant> (Erişim Tarihi: 23.02.2021).

[4] **DOĞAN, Koray**, “*Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı 2019, s.3223, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/KORAY-DOGAN.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[5] “*Alzheimer’a Erken Teşhis Koyan Yapay Zekâ*” <https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/makale/alzheimer-erken-teshis-koyan-yapay-zekâ> (Erişim Tarihi: 20.02.2021).

ile kanser teşhisi konulan hastaya kıtalararası ameliyat yapılması^[6]; otomotiv alanında arabaların fren yapıldığı sırada kaygan zeminden ya da aşırı hızdan kaynaklanan tekerleklerin devir sayısındaki değişim anında kontrol altına alan *ABS fren sistemleri*^[7]; enerji alanında^[8] veri merkezi enerji tüketimini azaltan “*Google Deepmind*”; hukuk alanında^[9] sanal avukat “*Ross*”, kurumlardan veri toplayıp işleyip analiz ederek hukuki raporlar oluşturan “*Lex Machina*”, sözleşme düzenleyen “*Kira*”, askeri alanlarda ise ‘*TİHA*’^[10] gibi insansız hava araçlarından (İHA) yararlanması, her geçen gün daha hızlı veri işleyerek daha kaliteli çeviriler yapan *Google Translate* ve 2018 yılının en akıllı yapay zekâsı seçilen *Google Asistan* örnek olarak gösterilebilir.^[11]

-
- [6] “*Yapay Zekâlı Robotların Ceza Sorumlulukları*”, <https://robotic.legal/wp-content/uploads/2019/05/YAPAY-ZEKÂLI-ROBOTLARIN-CEZA-SORUMLULUKLARI.pdf> (Erişim Tarihi: 15.12.2019).
- [7] “*Artificial Intelligence based Automatic Decelerating Vehicle Control System to avoid Misfortunes*” <http://www.warse.org/IJATCSE/static/pdf/file/ijatcse75862019.pdf> p.3131 (Erişim Tarihi: 20.02.2021).
- [8] **The Royal Society**, “*Machine learning: the power and promise of computers that learn by example*” S.39, <https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).
- [9] **YILMAZ, Gizem**, “*Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı*”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C: 28, Sayı: 1, 2020, S: 45.
- [10] “*AKINCI TİHA savaş uçaklarının yükünü alacak*”, TRT HABER, <https://www.trthaber.com/haber/bilim-teknoloji/akinci-tiha-savas-ucaklarinin-yukunu-alacak-509013.html> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).
- [11] **ROSTON A., Brittany**, “*Google Assistant Was The Smartest AI in 2018, But Others Are Catching Up*” <https://www.slashgear.com/google-assistant-was-the-smartest-ai-in-2018-but-others-are-catching-up-21558934/> (Erişim Tarihi: 21.01.2020).

Avrupa Birliği tarafından Şubat 2020’de açıklanan rapora baktığımızda yapay zeka araştırma ve inovasyon finansmanının bir önceki döneme göre %70 artışla 1,5 milyar Euro’ya yükseldiği ve hatta büyük üreticilerin yarıdan fazlası üretim sürecinde en az bir tane yapay zeka yazılımı kullandığı belirtilmiştir.^[12] Her ne kadar yapay zekaya sahip teknolojilere yatırım yapılarak, kullanım alanlarının artırılması gerek ekonomik gerek sosyal boyutta hayatlarımızı kolaylaştıracak olsa da hiç bir zekâ niteliği olmayan makinelere yapay zekâ içeren birimler eklenerek zeki makineler üretilmesi ve bunun sonucunda elektronik yapay beyinle insanlardan üstün bilişsel kapasiteye erişmesi durumunda bu varlıkların hukuksal açıdan ne şekilde konumlandırılacakları tartışmalı olacaktır.

Zira yapay zekâların insan iradesi^[13] olmaksızın kendi özgür düşüncesiyle hareket etmesi durumunda bu varlıklardan kişi olarak bahsedebilmek nasıl mümkün olacaktır? Nitekim sürücüsüz bir otomobilin, *Uber*’in, 2018 yılı Mart ayında Arizona eyaletindeki 49 yaşındaki kadına çarparak ölümüne neden olduğu kazada cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği gündeme gelmiştir.^[14] Günümüzde her ne kadar robot ve yapay zekâya sahip varlıkların kendi eylemlerinden dolayı cezai sorumluluklarının olacağı fikri son derece kurgu gibi görünmekte ise de ilerleyen yıllarda insan kontrolünden çıkarak bilinçli bir şekilde iradeleriyle gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı cezai sorumluluklarının gündeme gelecek midir? Çalışmamızda hızla gelişen teknolojik çağdaki robotik teknolojilerin dâhil olduğu suçlar bakımından cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği sorunu mevcut yasal düzenlemeler ve teoriler çerçevesinde incelenerek, çözüm önerileri tartışılacaktır.

[12] **European Commission**, “*White Paper on Artificial Intelligence: a European Approach to Excellence and Trust*”, First published on 19 February 2020, s.4, https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[13] İnsan iradesi, uyarılara otomatik olarak tepki vermek yerine ne yapacağına aktif olarak karar verme kapasitesidir.

[14] “*Self-Driving Uber Kills Arizona Woman In First Fatal Crash Involving Pedestrian*”, <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Öncelikle konunun daha iyi anlaşılabilmesi için akıl ve zekâ kavramlarının üstünde durulması gerekmektedir. Akıl kelimesi Arapça olup “Düşünme, anlama ve kavrama gücü, us”^[15] anlamına gelirken; zekâ kelimesi, “*anlama, kavrama, çözümlene yeteneği*”^[16] olarak karşımıza çıkmaktadır. İki kavram arasındaki temel farklılık aklın doğru düşünme/düşünebilme yetisiyken, zekâ uygulayıcı olarak öne çıkmaktadır. Teknolojinin ve dolayısıyla yapay zekanın kendini geliştirmesinin önündeki bu temel fark makineleşmenin insan hayatına girdiği günden itibaren felsefi tartışmalara da konu olmuştur.

Aristoteles’in Politika adlı eserinde yer alan, insanın istediklerinin makineler tarafında doğrudan yerine getirilmesi hem köleliğin hem de işçi kavramının ortadan kalmasını sağlayacak olan bir sistemi, yapılamaz olarak tanımladığı görülmektedir. Diğer taraftan Thomas Hobbes doğal karşıtı yapay tanımını kullanması ve makinelerin yapay hayatları olduğunu öne sürmüştür. Descartes ise insanı biyolojik makineye benzetmiş, robotların algılarının var olup, olamayacağını sorgulamıştır. Mitoloji ve edebiyatta da kendine yer bulan yapay zekâ, geçmiş çağlardan itibaren insanların düşünce dünyalarında sürekli var olmuştur.^[17]

1950’lerden itibaren bilgisayar sistemlerinin gelişmeye başlamasıyla birlikte akıllı teknolojinin geliştirilme süreci başladığı, insan üstü yapay zekanın oluşturulma çalışmalarının da hız kazandığı görülmektedir. Buradan hareketle zekanın *uygulama* anlamına atıfla, belirlenen işleri bir sıra halinde ve veri toplamadan gerçekleştiren teknolojik ürünleri söz konusu yapay zekâ ürünlerinden ayırmamız elzemdir. Bu noktada özellikle fiziksel olarak hareket kabiliyetine sahip olan makinelerin robot olarak tanımlandığı ve robotlarının tamamının da yapay zekaya sahip olmadıklarının altını çizmemiz gerekmektedir. Yapay zekâ; insan zekasının, sinir ve gen sistemi gibi biyolojik, fizyolojik ve nörolojik sistemlerinin ve doğanın sayısal hale getirilip modellenmesi ile yazılıma dönüştürülmesidir.^[18]

[15] *Akıllı*, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>

[16] *Zekâ*, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>

[17] **BALTA, K. Büşra**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, S: 62-69.

[18] **ATALAY, Muhammet; ÇELİK, Enes**, “BÜYÜK VERİ ANALİZİNDE YAPAY ZEKÂ VE MAKİNE ÖĞRENMESİ UYGULAMALARI”, Mehmet Akif Ersoy

A. YAPAY ZEKÂNIN TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE MODERN UYGULAMALARI

I. Robot Kavramı

Bilindiği üzere teknolojinin giderek insan hayatının vazgeçilmez bir parçası haline gelmesiyle birlikte yapay zekâ ve robotik hukuku son yıllarda içinde bulunduğumuz bilgi çağına damgasını vuran bir konu olmuştur. Bu noktada yaşanan hukuki tartışmalara geçmeden önce son derece teknik bir alan olan yapay zekâ ve robot kavramlarını açıklamak, konunun rahat anlaşılabilmesi açısından faydalı olacaktır. Öncelikle günlük hayatımızda sıklıkla karşılaştığımız robot kavramı uluslararası standartları belirleyen ISO tarafından “*iki veya daha fazla eksenle programlanabilen, belirli bir otonomi seviyesine sahip, amaçlanan görevleri yerine getirmek için çevresi içinde hareket eden hareketli mekanizmalar*”^[19] olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde yer alan diğer bir önemli görüşe göre ise robotlar “*biyolojik olarak canlı olmayan, fiziksel ve zihinsel olarak çalışmak üzere kurgulanmış sistemlerdir*”.^[20] Yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere esasında robotların üzerinde anlaşılması tek bir tanımı olmamakla birlikte, bir makineye robot diyebilmemiz için makinenin sahip olması gereken birtakım temel özellikleri olduğundan bahsedilmektedir.^[21]

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:9, Sayı:22, 2017, s.159.

- [19] International Organization for Standardization–ISO 8373 Definitions of “*Robots and Robotic Devices*”, <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en:term:3.15.8> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).
- [20] **RICHARDS, Neil M., SMART D. William.**, “*How should the law think about robots?*” (Preliminary Draft), s.5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263363&download=yes&pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2020).
- [21] **HUMBER, A.B./DESHMUKH, P.A./KADAM, M.S.**, “*The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications*”, International Journal of Research in Engineering & Technology, Vol. 2, Issue 2, Feb 2014, s.113-114. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.680.1822&rep=rep1&type=pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Buna göre; öncelikle bir robotun çevresinde olup bitenleri sensörleri aracılığıyla *algılayabilmesi*^[22], akabinde fiziksel olarak bir parçasını veya tüm gövdesini *hareket* ettirebilmesi ve hareket ederken de kullanması gereken *enerjiyi bir güç kaynağından sağlaması* gerekir. Kimi zaman bu kaynak güneş olabilirken kimi durumlarda da elektrik, pil gibi alternatif enerji kaynaklarıyla da beslenebilmelidir. Son olarak da robotun programlanarak işlevlerini yerine getirebilmesi için *zekâya* sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Bu noktada değinmek gerekir ki robotlarda bulunması gereken zekâ seviyesi robotun işlevlerini gerçekleştirebilmesi için yeterli olan seviyeyi ifade etmektedir. Doktrinde bu modele paralel olarak yapılan başka bir robot tanımında ise robotların “Hisset - Düşün - Eyleme geç” paradigması üzerine kurulduğundan bahsedilmiştir. Bu bağlamda robotların üç ana bileşenden oluştuğu bunların ise;

- Çevreyi gözlemleyen “*sensörler*”,
- Robotun nasıl tepki vereceğine karar veren “*işlemciler*” veya “*yapay zekâlar*” ve
- Robotların aldığı kararlar doğrultusunda dış dünya ile etkileşime girmesini sağlayan “*efektörler*”

olduğu belirtilerek bu bileşenlerden üçünün de birlikte bulunup birlikte hareket etmesi durumunda ortaya yapay bir organizma çıkacağı ifade edilmiştir.^[23] Öte yandan herhangi bir fiziksel varlığa sahip olmayan, internetteki veriler üzerinden sanal ajanlık yapan akıllı yazılım tabanlı teknolojiler ise “*Bot*” olarak adlandırılır.^[24] Zira bu programlar internet sitelerinde yer alan bilgileri toplayarak çeşitli platformlarda işler ve girilen anahtar kelimelere dayalı olarak kullanıcılarına yanıt verirken çeşitli algoritmalarından yararlanarak internet üzerinden kullanıcılarına hizmet sağlarlar. Örnek vermek gerekirse arama motorlarında bir kelime arattıktan sonra o kelimeyi çağrıştıran benzer diğer marka veya ürünlerin yazılı, sesli veya görsel içerikler ile

[22] Algı; duyuusal bilgininin toplanması, anlamlandırılması, karar verilmesi ve işlenmesi olarak açıklanır ve duyu organlarının fiziksel olarak uyarılması ile sinir sisteminde sinyal oluşumu ile meydana gelir.

[23] ERSOY, Çağlar, “*Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.6.

[24] DOĞAN, s.3223.

sosyal medyada karşımıza öneri olarak çıkması^[25] akıllı yazılımlar olan Bot aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Ancak söz konusu yazılım programları fiziksel olarak bir donanıma sahip olmadıklarından ve belirli değişkenler kapsamında kullanıcılarına veri sağladıklarından tek başlarına robot olarak nitelendirilemese de yapay zekanın ilkel halini oluştururlar.^[26]

II. Yapay Zekâ Kavramı

Son yıllarda oldukça sık duymaya başladığımız yapay zekâ kavramının hemen her alanda kendini göstermesiyle birlikte yapay zekâlar geleceğin teknolojisi olma yolunda hızla ilerlemektedir. Günümüzde sağlıktan finans sistemlerine, güvenlikten hukuka birçok alanda yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılmaktadır. Ancak yapay zekânın somut bir varlık olmamasından veyahut sınırsız uygulama alanına sahip olmasından ileri gelmektedir ki bu kavramın tam olarak ne olduğu insanlar tarafından bir türlü anlaşılammaktadır.^[27] Aslında tıpkı robot tanımında olduğu gibi yapay zekânın herkes tarafından kabul görmüş tek bir tanımı bulunmamaktadır. *Avrupa Komisyonu* tarafından 25 Nisan 2018 tarihli bildiriye yapılan resmi tanıma göre Yapay Zekâ “*belirli hedeflere ulaşmak için çevrelerini analiz ederek bir dereceye kadar otonomiyle harekete eden ve akıllı davranış sergileyen sistemler bütünü*” olarak tanımlanmıştır.^[28] Öte yandan *John Mccarthy* tarafından yapılan tanıma göre ise “*Yapay zekâlı varlıklar, insan gibi düşünebilen ve kendi kendine kararlar alabilen, bunun yanında insanların odaklandıkları işleri yapma ve çözmeye çalıştıkları problemleri sonuca kavuşturma yeteneğine*

[25] **NADIMPALLI, Meenakshi**, “*Artificial Intelligence - Consumers and Industry Impact*” https://www.researchgate.net/publication/317644925_Artificial_Intelligence_-_Consumers_and_Industry_Impact.

[26] **BOZKURT, Yüksel, ARMAĞAN, Ebru**, “*Robot Hukuku*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi -TAAD Yıl: 7, Sayı: 29 (Ocak 2017), s.88.

[27] **KARA KILIÇARSLAN, Seda**, “*Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar*”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Yıl 2019, Cilt, Sayı 2, s.366.

[28] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, “*Artificial Intelligence for Europe*”, COM(2018) 237 final, Brussels, 25.04.2018, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

sahip olan makinelerdir”^[29]. Bu tanımlardan hareketle *Hallevey* tarafından gerçek anlamda bir yapay zekâdan bahsedebilmek için (*esasinda burada süper yapay zeka seviyesindeki bir zekadan bahsedilmektedir*) o varlığın bir takım yetilere sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

Bunlardan ***ilki iletişim kurma becerisidir***. Dış dünyadaki varlıklarla etkileşim içinde bulunmak zekanın göstergelerinden biridir. Diğer yandan akıllı bir varlığın dış dünya ve ***kendisi hakkında da bir takım bilgiye sahip olması*** beklenir. Akıllı varlıklar soru sorarak gözlem yaparak kendisinin ne olduğunu ve ne bildiğini kavrayabileceği gibi dış dünyadaki gelişmelerden bilgi edinerek ***tecrübe edinebilme yeteneğine*** de haiz olur. Nitekim insan gibi düşünüp karar alabilme, hata ve tecrübelerden sonuç çıkarabilmeyi gerektirir. Dördüncü özellik ***bedefe yönelik davranabilme*** yetisidir. Akıllı varlıklar eylem ve davranışlarını belirli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirirler. Bu özellik belki de insanları diğer varlıklardan ayıran en temel unsurdur çünkü insanlar belirli bir amaca yönelik olarak iradeleriyle hareket ettikleri içindir ki yaptıkları eylemlerin sonucundan cezalandırılırlar.

Diğer yandan önceden programlanan robotlar veya yapay zekâyâ sahip varlıklar da bir amaç doğrultusunda eylemlerini gerçekleştirirler. Ancak burada önem arz edecek husus birden fazla seçenek olduğunda hangi doğrultuda kıyaslama yaparak seçim yapacaklarıdır. İşte tam da bu noktada son özellik olan ***yaratıcı davranabilme yetisi*** devreye girer. Bu bağlamda yaratıcılık ilk hareketin hatalı olması durumunda alternatif hareketin gerçekleştirilebilmesi yeteneğidir. Diğer bir deyişle akıllı varlıklardan beklenen sorun çözme ve alternatif çözümler üretme becerisine sahip olmalarıdır.^[30] Bugün yapay zekâyâ sahip varlıkların büyük bir çoğunluğu yukarıda verilen 5 özelliği de taşıdıkları gibi yapay zekâyâ sahip bir varlık, robotları da içeren geniş çeşitlilikte kullanıma sahiptir. Bir robot, bir insanın fiziksel yeteneklerini taklit etmek üzere tasarlanabilir ve bu yetenekler geliştirilebilir. Diğer bir deyişle robot, insan biçiminde ya da insan biçiminde olmayan yani fiziksel varlığa sahip ve hareket ederek işlevlerini yerine getiren bir mekanizma iken, yapay zekâ robotun içindeki yazılımdır. Dolayısıyla yapay zekâyâ sahip varlık her zaman robot görünümünde olmak zorunda değildir.

[29] **AYDEMİR, Melis**, “*Yapay Zekâlı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması*”, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi 2018 Sayı: 4, Hakemli Makale, s.8.

[30] **DOĞAN**, s.3226.

Bu bağlamda belirtmekte fayda vardır ki; makalemizin ilerleyen bölümlerinde kavram karışıklığının önlenmesi açısından söz konusu araçlar anlatılırken “*yapay zekâya sahip robotlar*” ifadesi yerine geneli kapsaması bakımından “*yapay zekâya sahip varlıklar*” ifadesi kullanılacaktır. Öte yandan robotların da bir çeşit zekâya sahip olması gerekir bu yüzden ki robotlar birçok işlemi aynı anda daha hızlı ve doğru bir şekilde yaparlar. Ancak bu zekanın yapay zeka düzeyinde olması şart değildir.^[31] Zira önceki tanımlarda da açıklandığı üzere yapay zekâ, insanın düşünsel yeteneklerine sahip bir insan yapımı makinedir. Yapay zekâya sahip makineler kendilerine yüklenen algoritmalar sayesinde insan beynini taklit etmekte ve bu taklit ettikleri eylemler sonucunda “*zeki*” olarak adlandırılacak davranışlar ortaya çıkmaktadır.^[32] Bu noktada yapay zekâ kavramı da kullanım alanlarına ve kapasitelerine göre 3 farklı kategoriye ayrılmaktadır.

II/a. Dar Yapay Zekâ

Aynı zamanda zayıf yapay zekâ olarak da bilinen dar yapay zekâ, belirli bir zamanda yalnızca tek bir göreve veya soruna odaklanabilen ve aynı zamanda bugün için var olan tek yapay zekâ türüdür. Bu türler dar bir alanda insanlara göre daha başarılı sonuçlar verebilirler ancak hukuken ayrı bir kişilik statüsüne sahip olacak nitelikte değildirler. Örneğin spesifik bir veri tabanı üzerinden belirli bir oyunu oynamak üzere kurgulanmış yapay zekalar, kamera ve sensörleri sayesinde kendi kendine giden arabalar, sosyal medya uygulamalarındaki “*şu kişiyi tanıyor olabilirsin*” ya da “*bu video senin ilgini çekebilir*” yönlendirmeleri, *Google Asistan*, *Google Translate*, *Siri*, *Cortana* ve *Alexa* gibi doğal dil işleme teknolojileri sayesinde kullanıcılarıyla iletişime geçen makineler dar yapay zeka türlerindedir.^[33] Bu aşama insan zekâsını gerektiren işlerin insanlardan daha hızlı ve verimli

[31] HALLEVY, Gabriel, “*The criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*”, Akron Intellectual Property Journal Hallevy s.116, <https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[32] AYDEMİR, s.12.

[33] RAHMAN, Rofi Aulia, HABIBULAH, Rizki “*The Criminal Liability of Artificial Intelligence: Is It Plausible to Hit her to Indonesian Criminal System?*” s.149.

bir şekilde ancak yine insan zekâsı seviyesinde makineler tarafından yerine getirilmesini ifade eder.^[34]

II/b. Genel Yapay Zekâ

İnsan zekâsına en yakın olan yapay zekâ türü olmakla birlikte günümüzde hala gelişme aşamasındadır. Zira genel yapay zekâlar insan beynini model olarak almışlar ve böylece akıl yürütme problem çözme yetilerinin hepsine sahip olmayı amaç edinmişlerdir. Ancak burada asıl çözülmesi gereken insan beyninin işlevselliğini nasıl yerine getirdiği meselesidir. Yapay Zekâ alanındaki çalışmalarıyla tanınan *Oxford Üniversitesi'nden Nick Bostrom'a* göre insan seviyesindeki yapay zekâlara ulaşmanın kaçınılmaz olduğunu belirtirken, bu teknolojiyi geliştirmenin ne kadar süreceğini kestirmenin zor olduğunu ifade ediyor.^[35]

II/c. Süper Yapay Zekâ

Süper yapay zekâ ise insan zekâsının çok üzerinde bir zekâyâ sahip olan, her şeyi kontrol edebilme seviyesine varmış, duygusal zekâyâ sahip, tecrübeleri sayesinde öngörülerıyla birlikte hareket eden ve gelecekte insanlığı ele geçirebilecek bir tehdit seviyesi olarak görülmektedir. Bu seviyedeki zeka türlerine genelde bilim kurgu filmlerinde sıkça rastlanılmaktadır. Şimdiki teknoloji ile yapay zekâyâ sahip bir makinenin duygularından bahsedemekteyiz ancak öngörülen zeka seviyesine erişildiğinde yapay zeka teknolojisine sahip varlıkların insan gibi düşünme karar alabileceği, problemlerini çözerken hatalarından ve tecrübelerinden sonuç çıkartabileceğini söylemek mümkün olacaktır.^[36] Keza *Bostrom* yapay zekâyı ifade ederken de “*hemen hemen tüm ilgi alanlarında insanların bilişsel performansını büyük ölçüde aşan bir akıl*” olarak tanımlamıştır.^[37] Tanımdan da anlaşılacağı üzere asıl hedeflenen yapay zeka seviyesi; insana ihtiyaç duymaksızın kendi kendine

[34] ERSOY, s.31.

[35] BOSTROM, Nick, “*Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*”, Oxford: OUP, 2014, syf.19. http://www.korin-consulting.com/pdf/NickBostrom_Superintelligence.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[36] RAHMAN, Rofi Aulia, HABIBULAH, Rizki “The Criminal Liability of Artificial Intelligence: Is It Plausible to Hit her to Indonesian Criminal System?” s.149.

[37] BOSTROM, syf.19.

öğrenebilen, karar verebilen ve verdiği kararları değiştirebilen makinelerin kullanıldığı insanların zekasını geçen bir aşamadır. Ancak tam da bu noktada belirtmek gerekir ki gelecekte yapay zekâya sahip makinelerin tamamen kendi iradeleriyle karar alıp hareket ettiği durumlarda onların ahlakları nasıl programlanacaktır?

Nitekim hızla gelişen teknolojik devrimler sayesinde yapay zekâya sahip makinelerin henüz dar alanlarda da olsa insan zekâsına meydan okuduğu yadsınamaz bir gerçektir. Robotların tam otonom hale getirilip, bağımsız hareket edebilme serbestisi tanınması durumunda robotların davranışlarının nasıl yönetileceği onlara insanlarda da olan ahlak mekanizmasının nasıl entegre edileceği meselesi ortaya çıkacaktır. Ancak etik meselesine geçmeden önce yapay zekâ teknolojisine sahip makinelerin dış dünyayı nasıl algılayıp çözüm ürettiklerini açıklayan “*Makine Öğrenmesi*” ve “*Derin Öğrenme*” gibi kavramlara yer vermek konunun tam olarak anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

III. Öğrenme Metotları

III/a. Genel Olarak^[38]

Yapay Zekâ ve Robotik teknolojiler alanındaki çalışmalar ilk başladığında araştırmacılar belirli görevlerin makineler tarafından yerine getirilmesi için insan zekâsını kopyalamanın peşindeydi. Ancak ilerleyen yıllarda teknolojinin gelişmesiyle birlikte yapay zekâ ve robotik mühendisleri insana ihtiyaç duymaksızın kendi kendine öğrenebilen, tecrübelerinden çözüm üretebilen ve insan zekâsının bir üst modeli olan süper zeka seviyesine ulaşmak için yeni yöntemler aramaya başladılar. Yukarıda bahsedildiği üzere günümüzde kullanılmakta olan yapay zekâ örnekleri her ne kadar dar anlamda yapay zekâ seviyelerinin örneklerini oluşturmakta ise de akıllara gelen ilk soru bu varlıkların bu öğrenmeyi nasıl gerçekleştirdikleri ve insanlara özgü kabiliyetleri gelecekte otonom biçimde nasıl kullanabilecekleri olmaktadır. İşte bu bağlamda derin öğrenme ve makine öğrenmesi denilen kavramlar insan beynini taklit etmeye yarayan, yapay zekâların performansını artıran öğrenme metotları olarak karşımıza çıkmıştır. Bu noktada belirtmek gerekir ki; yapay zekâ, insan yeteneklerini taklit eden geniş bir bilim olsa da makine öğrenimi, bir makineye nasıl öğreneceğini öğreten yapay zekânın

[38] HARVEY, Cynthia, “*AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning*”, <https://www.datamation.com/artificial-intelligence/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

alt kümesidir. Benzer şekilde, derin öğrenme de makine öğrenmesinin bir alt kümesi olduğu gibi aynı zamanda birer yapay zekâ türüdür ancak her makine öğrenimi bir derin öğrenme değildir. (Bkz. Şekil 1: Yapay Zekâ – Makine Öğrenmesi – Derin Öğrenme)



Şekil 1: Yapay Zekâ – Makine Öğrenmesi – Derin Öğrenme

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

III/b. Makine Öğrenmesi Kavramı

Bu metotlardan ilki olan makine öğrenimi; bilgisayar programcılarının programlarını daha basit bir şekilde yazmasını sağlayan bir yapay zekâ türü ve bilgisayar biliminin bir alanıdır. Amacı teknolojik gelişmelerle birlikte bilgisayarlar yeni verilere maruz kaldığında onlara programlarını nasıl geliştirebileceklerini nasıl büyüyeceklerini öğretmektir. Bunları öğretirken yapay zekânın işleyişini sağlayan ve kendisinden istenen herhangi bir işlemi yerine getirmeye yarayan **algoritmalar** yararlanır.^[39] **Algoritmalar**, bir sorunu çözmek için kullanılan bir talimatlar dizisidir. Programcılar tarafından

[39] **Internet Society**, “*Artificial Intelligence and Machine Learning: Policy Paper*”, s.4, https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/08/ISOC-AI-Policy-Paper_2017-04-27_0.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

bilgisayarlara yeni görevler öğretmek için geliştirilen algoritmalar, bugün gördüğümüz gelişmiş dijital dünyanın yapı taşlarıdır. Bilgisayar algoritmaları, belirli talimat ve kurallara dayanarak çok miktarda veriyi bilgi ve hizmetlere dönüştürür. Bu nedenle algoritma kavramının anlaşılması önemlidir zira makine öğrenmesinde bilgisayar programcıları değil algoritmalar kuralları oluşturur.^[40] Yapay zekâ araştırmalarının öncülerinden *Arthur Samuel* 1959 yılında makine öğrenimini “*Bilgisayarlara açıkça programlanmadan öğrenme yeteneği sağlayan bir çalışma alanı*” olarak tanımlamıştır.^[41] *Samuel* 1940-1960 yılları arasında bilgisayarların deneyimlerinden öğrenmelerini sağlamak için, bilgisayar ortamında çalışabilen ve kendi hatalarından ders alarak kendisini geliştiren bir dama oyunu tasarlamıştır. Bunun nedeni ise *Samuel*’e göre oyunlar aracılığıyla bilgisayarların performansının insan performansı ile karşılaştırmanın kolay olmasıdır.^[42] Araştırmanın sonucuna göre dama oynamayı öğrenen bilgisayar oyunu yazan insanlardan çok daha iyi oynamakta ve onları yenmektedir. İşte makine öğrenmesi dediğimiz kavram bilgisayarların sürekli olarak yaptığı işlemlerden tecrübede edinecek öğrenmesi anlamına gelmektedir.^[43] Diğer bir deyişle makine öğrenme modelleri optimizasyon algoritmalarıdır. Onları doğru ayarlarsanız, tekrar tahmin ederek hatalarını en aza indirirler.^[44]

[40] **Internet Society**, s.4.

[41] “*Machine Learning in Transportation Data Analytics Parth Bhavsar, Dimah Dera, in Data Analytics for Intelligent Transportation Systems*”, 2017 <https://www.sciencedirect.com/topics/psychology/machine-learning>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[42] **SAMUEL, Arthur**, “*Pioneer in Machine Learning*”, <http://infolab.stanford.edu/pub/voy/museum/samuel.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[43] **DOĞAN**, s.3226.

[44] **OPPERMANN, Artem**, “*Artificial Intelligence vs. Machine Learning vs. Deep Learning*”, (<https://www.deeplearning-academy.com/p/ai-wiki-machine-learning-vs-deep-learning>) (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

Örneğin cep telefonlarının ekranlarında şifre yerine kullanılan yapay zekâ ürünü yüz tanıma sistemleri bu esasa dayanır. *Face ID* teknolojisi sayesinde telefonda yer alan *TrueDepth kamera*, yüzün derinlik haritasını oluşturmak için kullanıcının yüzüne yansıttığı 30.000'in üzerinde görünmez noktayı analiz ederek en doğru yüz verilerini elde eder ve yüzün kızılötesi görüntüsünü alır. Aldığı bu görüntüyü ise matematiksel bir modele dönüştürerek kayıtlı yüz verileriyle karşılaştırır ve kimlik doğrulama için saklanan matematiksel modelle eşleştirerek kilidi açar.^[45] Öte yandan Amazon ve Netflix gibi şirketler tarafından kullanılan çevrimiçi öneri motorları da makine öğreniminin en bilinen örnekleri arasındadır. Milyonlarca alışveriş yapan ve kullanıcılardan toplanan verileri kullanarak, makine öğrenme sistemleri, geçmiş alışveriş veya görüntüleme alışkanlıklarınıza dayanarak beğenebileceğiniz öğeleri tahmin edebilir.^[46]

Ancak bunun için kullanılan algoritmalar, mevcut olan bilgilerini kullanarak öğrenme işlemini gerçekleştirir. Diğer bir deyişle değişen koşullarda esneklik göstermez.^[47] Bu nedenle büyük çaptaki verileri birden çok katmanda kendiliğinden işleyecek başka bir metod olan **derin öğrenme yöntemine** ihtiyaç duyulmuştur.

III/c. Derin Öğrenme Kavramı

Gelişen teknolojiye paralel olarak artan veri miktarı ile birlikte görüntü işleme alanında özellikle görüntü sınıflandırma, nesne tanıma gibi problemler öne çıkmış ve büyük verilerle başa çıkabilecek aynı zamanda birden çok katmanda bu verileri işleyebilecek bir yöntem olan derin öğrenme metodu kullanılmaya başlanmıştır.^[48] Yukarıda da belirtildiği üzere makine öğrenmesinin alt kümesi olan derin öğrenme algoritmaları, makine öğrenmesine

[45] “*Gelişmiş Face ID teknolojisi hakkında*”, <https://support.apple.com/tr-tr/HT208108> (Erişim Tarihi: 22.01.2020)

[46] **Internet Society**, s.3.

[47] **DOĞAN**, s.3227.

[48] **ŞEKER, Abdulkadir, Banu DİRİ, Hasan Hüseyin BALIK**, “*Derin Öğrenme Yöntemleri ve Uygulamaları Hakkında Bir İnceleme*”, Gazi Mühendislik Bilimleri Dergisi 2017, s.57-58, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394923> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

kıyasla çok daha karmaşık problemde kullanılarak makine öğrenmesinin tek katmanda yapabildiği işlemleri birden çok katmanda ve aynı anda yapabilmektedir.^[49] Dolayısıyla işlemin temelinde verilerden öğrenme algoritması yatar ve bunu da yapay sinir ağı adı verilen çok katmanlı modellerini kullanarak gerçekleştirir.^[50] Yapay sinir ağları dediğimiz kavram ise esasında insanlarda bulunan biyolojik sinir sistemini taklit ederek tıpkı insanlar gibi bilgileri depolayan, kullanan ve karmaşık problemleri başarı ile çözebilen bir sistemdir.^[51] Öğrenmeyi sağlayan derin katmanlara sahip sinir ağları sayesinde^[52], bilgisayar modelleri kendi başlarına öğrenebilmekte ve algoritmalar geliştirebilmektedir.^[53] Böylelikle derin öğrenmedeki verilerin boyutu arttıkça karmaşık sorunları çözme kapasitesi de buna paralel olarak artacak ve her seferinde daha doğru sonuçlar ortaya çıkaracaktır.^[54] Bu bağlamda derin pekiştirmeli öğrenme tabanlı “*AlphaGo*”, yapay zeka çalışmaları arasında bir kilometre taşı olarak kabul edilir.^[55]

Konu ile alakalı aşağıda verilen görsel ışığında örnek vermek gerekirse, bir görüntünün otobüs görseli olup olmadığını makine öğrenme modeli yardımıyla belirlemek için öncelikle o otobüsün kendine özgü özelliklerinin

[49] **OPPERMANN**, “*Artificial Intelligence vs. Machine Learning vs. Deep Learning*”.

[50] **DOĞAN**, s.3227.

[51] “McCulloch ve Pitts, insan beynini taklit etmeye odaklanmış yapay zekânın kullanıldığı derin öğrenme diye tabir edilen “yapay sinir ağları” yardımı ile bir hesaplama modeli geliştirmişlerdir ve günümüz bilgisayar temelli ağların öğrenme işlevlerini nasıl gerçekleştirdiklerini açıklamamıza yarayan derin öğrenmenin açıklanmasına zemin hazırlamışlardır.”, **PİRİM, Harun**, “*Yapay Zekâ*”, Yaşar Üniversitesi Dergisi(1), s.81-93.

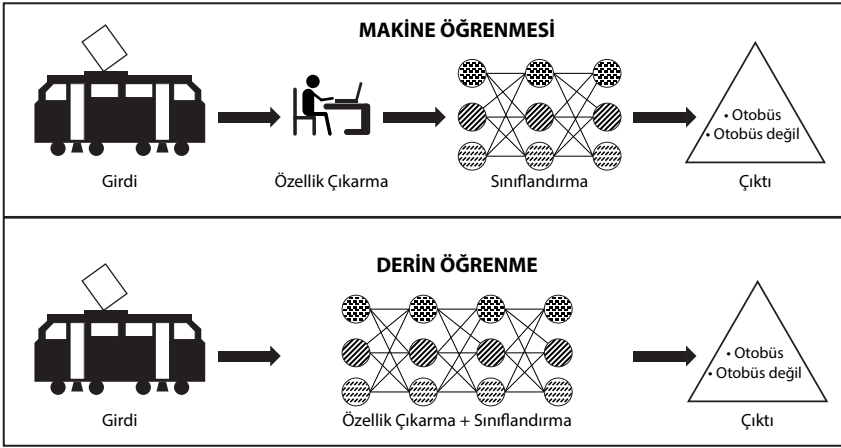
[52] **MARR, Bernard**, “*What Is Deep Learning AI? A Simple Guide With 8 Practical Examples*” <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/10/01/what-is-deep-learning-ai-a-simple-guide-with-8-practical-examples/#1244d4198d4b> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[53] **OPPERMANN**, “*Artificial Intelligence vs. Machine Learning vs. Deep Learning*”.

[54] **MARR, Bernard**, “*What Is Deep Learning AI? A Simple Guide With 8 Practical Examples*”.

[55] **FJELLAND, Ragnar**, “*Why general artificial intelligence will not be realized*”, Humanit Soc Sci Commun 7, 10 (2020). <https://doi.org/10.1057/s41599-020-0494-4>.

(*şekil, boyut, pencereler, tekerlek vb.*) tanımlanması ve verilerin öğrenme algoritmasına işlenmesi gerekmektedir. Bu şekilde makine öğrenme algoritması araba görüntüsünü sınıflandırabilecektir. Ancak derin öğrenme metodu kullanıldığında sistem otomobilin görüntüsünden özelliklerini tespit edecek ve bir programcının sınıflandırmaya müdahale etmesine gerek olmaksızın doğru tahminde bulunacaktır.^[56] (Bkz., Şekil 2: Makine Öğrenmesi – Derin Öğrenme)



Şekil 2: Makine Öğrenmesi – Derin Öğrenme

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

Öte yandan Gazi Üniversitesi tarafından yapılan bir incelemede, *Stanford Üniversitesi'nin "Vision" laboratuvarı* tarafından 2012 yılında düzenlenen *Büyük Ölçekli Görsel Algılama (ILSVRC)* yarışmalarında da artık büyük çaptaki verileri birden fazla katmanda işleyebilecek bir yöntem olarak derin öğrenme metotlarının kullanıldığı ve oldukça başarılı sonuçlar alındığı belirtilmektedir. Bunun yanı sıra teknolojinin gelişmesiyle birlikte verileri paralel işleyerek sistemlere hız kazandıran Grafik İşleme Birimleri olan GPU'lar ortaya çıkmış ve hatta anlık olayların tespit edilip işlenebilmesini sağlayan gerçek zamanlı veri işleme yeteneği ile GPU tabanlı derin öğrenme algoritmaları otonom araç yapımlarında kullanılmıştır. Söz konusu gerçek zamanlı veri işleme yeteneği sayesinde otonom araçlar sistemlerine yönelik

[56] **OPPERMANN**, "Artificial Intelligence vs. Machine Learning vs. Deep Learning",

potansiyel tehlikelerden oluşabilecek riskleri azaltarak kullanıcılarına daha güvenli bir hizmet sunabileceklerdir.^[57]

Görüleceği üzere teknolojinin insanoğluna en büyük katkılarından bir tanesi olan derin öğrenme teknolojisi özellikle son yıllarda geniş bir kullanım alanına yayılmıştır. Bu bağlamda Çin'in başlıca arama motoru olan Baidu'nun baş bilim adamı ve Google Beyin Projesi'nin liderlerinden *Andrew Ng* derin öğrenme metodunu rokete benzetererek “*roket motorunun derin öğrenme modelini, roket yakıtının ise derin öğrenme algoritmalarını besleyecek büyük miktardaki veriyi temsil ettiğini*” ifade ederek gelecekte derin öğrenmenin mümkün kıldığı gelişmeler sayesinde teknolojide çığır açacağını belirtmiştir.^[58] Ancak derin öğrenme ile eğitilmiş yapay zekâ uygulamaları her ne kadar pek çok alanda başarılı olsa da bu durum hata yapmayacakları anlamına da gelmemektedir. Zira son yıllarda yapay zekâyı eğitmek için kullanılan derin öğrenme algoritmalarındaki bazı veriler makinelerin beklenmedik hatalar yapmalarına, görselleri yanlış sınıflandırmalarına, olmayan hastalıkları teşhis etmelerine neden olabilmektedir.

Bugün için bakıldığında akademik çalışmaların azlığı ve belli durumlarda yetersizliği nedeniyle özellikle derin öğrenme metodlarına ilişkin sorunların net bir çözümü bulunmamaktadır. Ancak gelecekte yaşanabilecek hataları en aza indirmek ve verilerde yapılan basit değişikliklerden yapay zekâların etkilenmemelerini sağlamak için öğrenme algoritmalarına matematiksel kısıtlamalar koyulabilir. Böylelikle olaylarla dış dünya arasındaki nedensellik ilişkilerini kavramaları kolaylaştırılmış olur. Öte yandan kendi öğrenme algoritmalarını geliştirmelerine imkân verilerek yapay zekâların gelecekte insanlar gibi kendi kendine öğrenebilmesi sağlanabilir.

B. TEORİK KALIPLAR İÇERİSİNDE YAPAY ZEKÂ VE ETİK MESELESİ

I. Genel Olarak

Bilindiği üzere, sanayi devrimiyle başlayan üretimin makineleşmesi ve seri üretime geçilmesi süreçlerinde büyük fabrikalar ortaya çıkmış, üretim hacmi makineler yardımıyla artırılmış ve 1970'lere doğru ilk mikro bilgisayarların kullanımıyla birlikte üretim otomasyonlaştırılmıştır. Bu

[57] ŞEKER, DİRİ, BALIK, s.57-58.

[58] OPPERMAN, “*Artificial Intelligence vs. Machine Learning vs. Deep Learning*”.

süreçlerde fabrikalarda ya da ağır işlerde kullanılan robotlar insan hayatlarını kolaylaştırmak için adeta birer “*hizmetkâr*”^[59] olarak düşünülmüştür. Ancak 2000’li yıllardan itibaren endüstride robotların üretimi tamamen devralması ve yapay zekâların gelişimiyle birlikte teknolojik değişimin hızı giderek artmış ve makinelerin insanların zekâsına meydan okumaya başlayan varlıklar haline gelmesine yol açmıştır.^[60] Bu noktada iyi kötü aramıza karışmaya başlayan ve gelecekte de insan beynini taklit ederek kendi özgür düşünceleriyle hareket edecekleri iddia edilen yapay zekâyâ sahip varlıkların özellikle insanları ilgilendiren kritik konularda nasıl karar alabilecekleri, bu varlıklara ahlakların nasıl programlanabileceği yani *robot etiği* denilen kavram tartışmalı bir konu olmuştur.

Robot/Yapay zekâ etiği alanında yapılan tartışmalara geçmeden önce tanımlamak gerekirse; “*Etik, insan davranışlarına ilişkin eylemlerin doğru-yanlış, iyi-kötü olmasına dair değerlerle uğraşmasının yanında bireyin hayatını şekillendiren somut bir ahlaki hayatı ele alıp tartışan değerlerle, bu olguya yönelen ve eylemin teorik yapısı üzerinde duran bir disiplindir.*”^[61] Robot etiği olarak ifade edilen kavram ise yukarıda bahsedildiği üzere yapay zekâyâ sahip otonom olarak karar verebilen varlıkların hareketlerinin nasıl yönetileceği ve bu durumda kimlerin sorumlu olacağı üzerine yoğunlaşan bir alandır. Yapay zekâyâ sahip varlıkların insan zekâsını taklit ederek gelecekte insanüstü bir modele dönüşeceği, kritik kararları almada önemli bir unsur olacağı, insanlığın yerini alacağı, ayrımcılığa neden olacağı gibi endişeler güvenli yapay zekâların oluşturulması gerekliliğini ortaya koymuştur. Zira günümüz uygulamalarında bazen programlandıkları gibi davranmayarak bir takım istenmeyen durumların ortaya çıkmasına da neden olabilmektedirler.

[59] UYAR, Tevfik, “*Ya Yapay Ahlak?*” İnsanlaşan Makinalar ve Yapay Zekâ İTÜ Vakfı Dergisi Ocak-Mart 2017, Sayı 75 s.20, https://www.ituvakif.org.tr/dergi/sayi_75.pdf, (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

[60] FIRAT, Oktay Zihni, FIRAT, S. Ümit, “*Endüstri 4.0 Yolculuğunda Trendler ve Robotlar*” İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi Cilt: 46 Sayı: 2 Kasım 2017, s.211, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/448402> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[61] ÖZTÜRK, D., Gizem, “*Yapay Zekânın Etik Gerçekliği*”, s.48, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/912769> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Örneğin *Amazon* 2014 yılında şirket bünyesindeki işe alım sürecini otomasyona dönüştürmek için bir mühendislik ekibi kurarak yapay zekâ programı geliştirmiştir. Bir arama motoru gibi çalışan bu program, en iyi adayların özgeçmişlerini insan kaynakları birimindeki yöneticilerin karşısına çıkarmak için tasarlanmıştır. Ancak geliştirilen programın kadınlara karşı ayrımcılık yaptığı ortaya çıkınca *Amazon* söz konusu yazılımı iptal etmek zorunda kalmıştır. Bunun nedeni ise yapay zekânın kimin işe alınacağı ile ilgili 10 yıllık *Amazon* başvuru verisini tararken ağırlıklı olarak erkeklerin özgeçmişleri üzerine eğitilmiş olmasıdır. Bu yüzden program yaptığı taramanın sonucunda erkeklerin daha tercih edilebilir olduğu fikrine varmıştır. Hatta “kadın” kelimesi geçen özgeçmişlerin puanını bile düşürmüştür. Sorunu fark eden *Amazon*’daki mühendis ekibi, buna benzer önyargı biçimlerini düzeltmek için yapay zekâ programına müdahale etmiş ancak yapay zekânın adaylara karşı haksız bir şekilde ayrımcılık yapmak için yeni yollar bulabileceğinden endişe duyan şirket bu programı kullanmaktan vazgeçmiştir. Zira aracın tek problemi cinsiyetçilik yapması değildir. Araç aynı zamanda pozisyon için yeterli olmayan adayları da önerebilmektedir.^[62]

Bir başka örnekte ise *Microsoft*, makine öğrenme yeteneklerine sahip “*Tay*” adında bir sosyal medya botu yayımlayarak sosyal medya kullanıcılarının bu yapay zekâlı yazılımla “*gündelik espriler ve sohbetler*” yapmasını amaçlamışlardır. Ancak bot insanlarla etkileşimi arttıkça uygunsuz ve saldırgan şeyler söylemeyi çabucak öğrenmiş ve bu kadar hızlı bir değişim beklemeyen *Microsoft* yetkilileri 24 saat geçmeden bota müdahale ederek bazı düzenlemeler yapmak zorunda kalmışlardır.^[63]

Görüleceği üzere daha insan zekâsını aşan süper yapay zekâ kullanımlarına geçmemiş olmamıza rağmen zayıf yapay zekaya sahip varlıkların derin öğrenme teknolojisi yüzünden programladıkları şekilde hareket etmemeleri söz konusu olabilmektedir. Özellikle *Microsoft* tarafından geliştirilen sosyal medya botunda olduğu gibi kendi kendilerine algoritmalar oluştururken

[62] “*Amazon Scrapped ‘Sexist AI’ Tool*”, <https://www.bbc.com/news/technology-45809919> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[63] **VICTOR, Daniel**, “*Microsoft Created a Twitter Bot to Learn From Users. It Quickly Became a Racist Jerk*” <https://www.nytimes.com/2016/03/25/technology/microsoft-created-a-twitter-bot-to-learn-from-users-it-quickly-became-a-racist-jerk.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

bazen uygunsuz şekilde davranabilir ya da *Amazon* örneğinde olduğu gibi ayrımcılık yapabilmektedirler. Dolayısıyla güvenli yapay zekâlar oluşturulması için bir takım etik ve hukuki kuralların belirlenmesi giderek önem kazanmıştır.

Tüm yeni teknolojilerde olduğu gibi yapay zekânın kullanımı sunduğu fırsatların yanında riskleri de beraberinde getirir. İnsanlar yapay zekânın karar vermesi ile ilgili haklarının ve güvenliklerinin zayıflayacağından korkmaktadırlar. Yapay zekâyı kullanan şirketler ise ortaya çıkabilecek zararlar sebebiyle yasal belirsizlikten endişe etmektedirler. Bu bağlamda Avrupa Birliği Komisyonu son yıllarda bir dizi çalışmalar yaparak önce 25 Nisan 2018 tarihinde yapay zekânın sosyoekonomik yönlerini ele alan yapay zekâ stratejisi oluşturmuştur. Sonrasında 2019’da güvenilir yapay zeka etik rehberi yayımlamış ve 19 Şubat 2020’de ise “Beyaz Kitap” adlı raporunda güvenilir yapay zekâ için stratejik bir çerçeve öngörmüştür.^[64] Bu bağlamda hazırlanan üç rapor 20 Ekim 2020 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilerek^[65] AB’nin yapay zekâ gelişiminde küresel bir öncü olmasının yolunu açılmıştır. Bu noktada kabul edilen öneriler her ne kadar cezai sorumluluk kapsamında değil hukuki sorumluluk kapsamında ele alınsa da etik standartların ve teknolojiye olan güvenin nasıl dengelenebileceğini göstermesi açısından geleceğe ışık tutmaktadır.

Buna göre, AB komisyonu tarafından kabul edilen öneriler, yapay zekâ bağlamında etik, sorumluluk ve fikri mülkiyet haklarını konu almaktadır. Rapor ilk bölümde yapay zekâyâ sahip teknolojiler geliştirilirken, uygulanılırken ve kullanılırken uyulması gereken etik ilkeler tanımlamıştır. Bu ilkeler şöyledir:

[64] European Commission, “*White Paper on Artificial Intelligence: a European Approach to Excellence and Trust*”.

[65] European Parliament, “*Artificial Intelligence and Civil Liability*” [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 20.02.2021).

- İnsan merkezli ve insan yapımı bir yapay zekâ
- Güvenlik, şeffaflık ve hesap verilebilirlik
- Ön yargı ve ayrımcılığa karşı koruma sağlama
- Tazminat hakkı, sosyal ve çevresel sorumluluk
- Gizlilik ve veri koruması yasağı

Bu çerçevede AB Komisyonu hem yapay zekâyı kullanan sektörün hem de kullanım amacının özelliklerine göre güvenlik ve tüketicinin korunması açısından “yüksek riskli” ve “düşük riskli” olmak üzere iki dereceli bir sorumluluk sistemi öngörmüştür. Raporda yüksek riskli yapay zekâ uygulamaları açısından güvenilir ve etik seviyeye ulaşabilmek için insan denetiminin önemine de vurgu yapılarak etik ilkelerin ciddi şekilde ihlal edilmesine neden olacak ve tehlikeli olabilecek bir durumda yapay zekâların kendi kendine öğrenme kapasitelerinin devre dışı bırakılarak tam insan kontrolünün yeniden sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.^[66]

II. Robot Etiği Alanında Yapılan Çalışmalar

Bu bağlamda günümüz robot etiğinin temelini oluşturan ve bir robotun uyması gereken kuralların neler olduğunu tanımlamaya yönelik en ünlü girişimlerden biri olan *Asimov'un Üç Robot Yasası*'ndan bahsetmek gerekecektir. *Asimov* 1942 yılında yayımlanan “*Durağan Döngü*” isimli hikâyesinde robotların ahlaki değerlerine değinerek hukuk kuralı niteliğinde olmamakla birlikte temel prensip sayılabilecek üç kural ileri sürmüştür. Buna göre ***birinci kural***, bir robot hiçbir şekilde insanoğluna zarar veremeyeceği ya da pasif kalmak suretiyle zarar görmesine izin veremeyeceğidir. ***İkinci kural*** uyarınca bir robot insanlar tarafından verilen emirlere, bu emirler birinci kurala ters düşmediği sürece, itaat etmek zorundadır. ***Üçüncü kural*** ise bir robotun birinci ve ikinci kurala ters düşmediği sürece kendi varlığını korumak zorunda olduğuna ilişkindir.^[67]

[66] “*European Parliament's Right of Legislative Initiative*”, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes /BRIE/2020/646174/EPRS_BRI\(2020\)646174_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes /BRIE/2020/646174/EPRS_BRI(2020)646174_EN.pdf).

[67] “*Isaac Asimov's Laws of Robotics Are Wrong*” <https://www.brookings.edu/opinions/isaac-asimovs-laws-of-robotics-are-wrong/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020); **UYAR**, s.20.

Ne yazık ki bu kurallar başlangıç noktası olarak robot etiğine ilişkin ilkelerin belirlenmesi açısından faydalı olmuş ise de robotların işleyişleri açısından oldukça soyut ve pratikte işlevsiz kalmıştır. Bu nedenle son yıllarda endüstriyel devrimlerle birlikte teknolojik alanda yaşanan gelişmelere paralel olarak robot etiği konusunda izlenecek prensiplerin nasıl uygulanması gerektiği tartışılmaya başlanmıştır. 2004 yılında yapılan *Birinci Uluslararası Roboetik Sempozyumu* sırasında *Gianmarco Veruggio*, robotların, yapımına ve kullanımına rehberlik edecek yeni bir kavram olan **“Roboetik”** kavramını ortaya atmıştır. Akabinde ise yine 2004 yılında roboetik alanında önemli bir adım atılarak dünyanın önde gelen uluslararası kurumları tarafından robotiklere ilişkin etik kurallara değinilerek *Dünya Robot Deklarasyonu* imzalanmıştır. Bu ilkeler çerçevesinde, gelecek nesil robotların insanlarla bir arada yaşayarak varlıklarını sürdürecekleri, insanlara hemen her alanda yardımcı olacakları ve güvenli ve barışçıl toplumun oluşmasına katkıda bulunacakları hususlarında anlaşarak robot bilim araştırmalarının etik etkilerini ele almak için bir çerçeve sağlamak üzere roboetik hakkında bir teknik komite kurulmuştur.^[68]

Bu kapsamda roboetik üzerine yapılan tartışmalarda bazı düşünürler roboetiğin son derece gereksiz olduğunu zira ahlaksal değerlerin kodlanabilecek şeyler olmadığını dolayısıyla yapay zekâya sahip varlıklara gelecekte etik kodların da yüklenemeyeceğini iddia etmişlerdir. Diğer grup yazarlar ise yapay zekâya sahip varlıkların ahlaksal değerlendirmeleri insanlara nazaran çok daha tutarlı bir biçimde uygulayabileceklerini zira onların karar vermede etkili olan duygularının olmadıklarını savunmuşlardır.^[69] Peki, gelecekte yapay zekâya sahip varlıkların öğrenme yetenekleri sayesinde kendi ahlak anlayışlarını geliştirerek etik sistemlerini oluşturacağından bahsedilebilecek midir?

Robot etiği alanında başarılarıyla bilinen *Asaro*, robotların etik muhakeme yetenekleriyle donatıldıklarında ahlaki duygularını geliştirebileceklerini bu kapsamda ahlaki kodlar belirlenirken hukuk düzeninden yararlanmak gerektiğini belirtmektedir. *Asaro*, evrensel ahlaki normların son derece

[68] **VERUGGIO, Gianmarco**, “*The Birth of Roboethics*”, IEEE International Conference on Robotics and Automation Workshop on Robo-Ethics Barcelona, April 18, 2005, s.3, <http://www.roboethics.org/icra2005/veruggio.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[69] **ERSOY**, s.146.

az olduğundan hareket ederek her ne kadar ahlaksal sorumluluk ve yasal sorumluluk kavramları birbirinden farklı iki alanı ilgilendiren meseleler olsa da robotlara ilişkin etik sınırlar oluşturulmasında hukukun önemli bir araç olacağını savunmaktadır. Bunun yanında etik muhakeme yeteneklerine sahip bir robotun oluşturulabilmesi için birtakım unsurlar bulunması gerektiğinden bahseder. Ayrıca robotların entegre edilecek etik sistemlerin yanında robotu tasarlayan, kullanan insanların da birtakım etik ilkelere sahip olması gerektiğini ve son olarak insanların robotlara yönelik davranışlarının da etik unsurlar barındırması gerektiğini ancak bunların zaman içerisinde gelişebilecek etmenler olduğunu ifade eder. Dolayısıyla *Asaro*, ahlaki normlara uyup uymama ve iradi karar alma olarak tabir edilen eylemlerin esasen insana özgü olduğunu ancak robotlar söz konusu olduğunda ahlaksal değerlerin bilgisayar kodlarına dönüştürülerek algoritmalar yardımıyla robotlara aktarılmasının mümkün olduğunu bunun etik sınırlarının da çizilirken hukuk düzeninden yararlanmak gerektiğini ifade etmektedir.^[70] Görüleceği üzere *Asaro* tarafından ileri sürülen görüşe göre ahlaki kodlarla donatılmış olan bir yapay zekâyâ sahip varlığın, eylemlerinin hukuki sonuçlarına da katlanması bekleneyecektir ancak bu durum insanların etik davranma sorumluluğun ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Zira yapay zekâyâ sahip varlıkların bir takım suç ihtiva edecek eylemlerde araç olarak kullanılması bu fiilleri gerçekleşmesine sebep olan insanların etik ve ahlaksal yükümlülüklerini ortadan kaldırır şeklinde yorumlanamayacaktır.^[71]

Öte yandan yapay zekâyâ sahip varlıklara ahlak kodlarının yüklenebileceğini varsaydığımızda bu durumda bu varlıkların ahlaksal birer özneye sahip olup olmadığı noktasındaki tespitin ise nasıl yapılacağı ne yazık ki belirsizlik taşımaktadır. Bu alanda yapılan çalışmalardan bir tanesi “*Makineler düşünebilir mi?*” sorusunun cevabını bulmaya çalışan ünlü bilim insanı *Alan Mathinson Turing’e* aittir. *Turing* tarafından geliştirilen testte, bir bilgisayarın, belirli koşullar altında, insani tepkileri taklit edip edemeyeceğini test edilmektedir. Testi bir bilgisayarın geçmiş olması yapay zekânın insan gibi

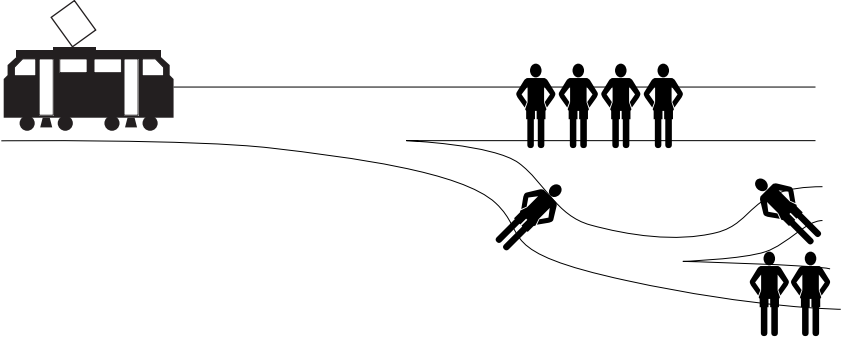
[70] **ASARO, M. Peter**, “*What Should We Want From a Robot Ethic?*” International Review of Information Ethics-IRIE, s.13. <http://peterasaro.org/writing/Asaro%20IRIE.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[71] **ERSOY**, s.148.

mantıklı cevaplar üretmeye başlayacağını kanıtı olarak görülmüştür.^[72] Ancak ne yazık ki bu test de robotların ahlaksal sorumluluğu olan bir özne olup olmadığını ortaya koymak bakımından yetersiz kalmıştır.

Zira bu testte yapay zekâya sahip varlık ahlaki nitelik bakımından ikilemde bırakılmamıştır. Nitekim yapay zekâya sahip varlıklar çevrelerinde olup bitenleri insanların gözlemledikleri şekilde algılamazlar. Bu varlıkların dış dünyayı algılamaları için öğrenmeleri istenen şeyler matematiksel kodlara çevrilerek bu varlıklara yüklenir. Böylece yapay zekâya sahip varlıklar dış dünyaya ait verileri derin öğrenme metoduyla işleyerek bilgisini artırır. Dolayısıyla tıpkı bilgilerin aktarıldığı gibi ahlaksal kodlar aktarılarak onların iyi olanı/doğru olanı seçmeleri sağlanabilecek midir?

Konuyu somutlaştırmak açısından bir örnek vermek gerekirse, yakın zamanda Google tarafından Google Car adında otonom bir araç geliştirilmiş ve test sürüşleri yapılmaya başlanmıştır. Tıpkı Trolley ikileminde olduğu gibi Google tarafından geliştirilen bu otonom araç kaza riskiyle karşı karşıya kalırsa ve sağa kırdığında bir, düz devam ederse dört kişinin ölmesine sebebiyet verecek bir durumla karşılaştığı zaman nasıl karar verecektir? (Bkz, Şekil 3: Trolley İkilemi)



Şekil 3: Trolley İkilemi

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

[72] **NAMAL, Doğuşcan**, “Makineler Düşünebilir Mi?”, <https://medium.com/t%C3%BCrkiye/turing-testi-2b87097ae6f0> (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

İşte bahsedilen bu ikilem problemi sadece teknik içerikli bir problem değildir, çünkü kazanın niteliğine göre aynı zamanda çok ciddi bir ahlaki problem de oluşturacaktır.^[73] Öte yandan ahlaksal değerlerin kodlanabilecek nitelikte olmadığını ileri sürerek roboetik kavramına karşı çıkan görüşü savunanlar ise robotların insanlara özgü birtakım yeteneklere erişemeyeceklerini bu nedenle ahlaksal anlamda bir yükümlülüklerinin de olmayacaklarını iddia etmektedirler. Bunun yanında hukuk düzeninin belirlediği sınırların etiksel açıdan bir sınırlandırma teşkil etmeyeceğini bu kurallara uyan robotların olsa olsa yasal robot olarak adlandırılabilceğini belirtmektedirler.^[74] Esasında robotların ahlaki durumu ile ilgili sorulara verilecek cevaplarımız, robotları ahlaki yönden insanlardan ayırabilecek herhangi bir temel bulup bulamayacağıımıza bağlı olacaktır. Zira yapay zekâ ile doğal zekâ, bilinç görünümüne sahip davranış ile gerçek bilinçlilik karşılaştırmaları sıklıkla yapılmaktadır. Ancak bu konuda Charles Rubin ahlaki duruma farklı bir boyut getirerek “*rubu*” ele almaktan bahsetmektedir.

Rubin’e göre yapay zekâyâ sahip robotlarla insanları ruhlarına göre karşılaştırmak, bilinç kavramı kapsamında ayırmaktan daha faydalı olacaktır. Zira bilinç kavramının sınırları da bilim adamları tarafından açıklanmış değildir.^[75] Öte yandan *Hans Jonas* benzer bir yaklaşım ileri sürerek sadece “*çaba*” unsurunun bile bedensel aktiviteyi mekanik performans sınıfından çıkardığını bu nedenle bize çok benzeyen ancak özlem gibi duygulardan yoksun bir varlığın bizim dostumuz olamayacağını ifade eder.^[76] Öte yandan “IEEE Robotics and Automation” Dergisi’nde yayımlanan “*In The Ethical Landscape of Robotics*” isimli bir makalede *Noel Sharkey*, “*robotların bilişsel yeteneklerinin insanlarınkine uymadığını ve dolayısıyla ölümcül robotların insanlardan daha kolay hatalar yapabildikleri için etik olmadığını*”, *Ronald Arkin* ise “*insansız bir sistemin savaş alanında mükemmel*

[73] UYAR, s.20.

[74] ERSOY, s.148. (Bknz. RUFFO)

[75] RUBIN, Charles T., “*Robotic Souls*”: The New Atlantis, No.57 (Winter 2019), Published by: Center for the Study of Technology and Society s.76, Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26609102> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[76] KEIPER, SCHULMAN, “*The Problem with ‘Friendly’ Artificial Intelligence*”, <https://www.thenewatlantis.com/publications/the-problem-with-friendly-artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

davranamayacağını, buna rağmen insanlara göre daha etik olabileceğini” iddia etmektedir.^[77]

Dolayısıyla gelecekte robotlara ahlaksal kodlar yüklenip yüklenemeyeceği son derece tartışmalı olmakla birlikte, en azından günümüzde kullanılmakta olan robotların oluşturabileceği tehlikelere karşı etik standartlar belirlenmesinin konunun hukuki sorumluluk bakımından da faydalı olacağına inanmaktayız. Zira *Asimov* tarafından yayımlanan etik ilkelerin ardından günümüzde de yapay zekâlara ilişkin etik ilkeler yayımlanmaya devam etmiş bu kapsamda *Güney Kore Ticaret Bakanlığı* tarafından 2012 yılında “*Robot Etiği Bildirgesi*” yayımlanarak robotların nasıl tasarlanıp, kullanılacağına ilişkin etik prensipler belirlenmiştir.^[78] (Bkz., EK-1: Güney Kore Robot Etiği Bildirgesi)

Bunun yanında *İngiliz Standartlar Enstitüsü* tarafından 2016 yılında Robotik tasarımcıların etik açıdan sağlam robotlar oluşturmalarına yardımcı olmayı amaçlayan “*Robotlar ve Robotik Araçlar: Robotların Ve Robotik Sistemlerin Etik Tasarımı Ve Uygulamaları Rehberi*” başlıklı çok önemli bir kılavuz yayımlanmıştır.^[79] Bu standardın hazırlanma amacı; robotlar tarafından oluşabilecek potansiyel etik zararların belirlenmesi, robotların güvenli tasarımı, koruyucu önlemleri ve robotların kullanımı ile ilgili etik tehlikeleri açıklayarak bu etik tehlikelerle ilişkili riskleri ortadan kaldırmak veya azaltmak için rehberlik sağlamaktır. Yayımlanan rehberde gözetilmesi istenen temel prensiplerde “*Robotların insanlara zarar vermek amacıyla üretilmemesi gerektiği bu gibi durumlarda robotların değil, insanların sorumlu tutulması gerektiği belirtilerek, robotların hangi eylemi ne amaçla yaptığı ve bu eylemden kimin sorumlu olduğunun bulunabilir olması sağlanmalıdır*” denilmektedir. Ancak bilim adamları söz konusu şeffaflığı sağlamanın derin öğrenme yüzünden her zaman mümkün olmayabileceğine

[77] **LICHOCKI, KAHN JR, BILLARD**, “*The Ethical Landscape of Robotics*”, IEEE Robotics and Automation Magazine 2011. http://www.realtechsupport.org/UB/WBR/texts/Lichocki_EthicalLandscapeRobotics_2011.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[78] “*South Korean Robot Ethics Charter 2012*”, <https://akikok012um1.wordpress.com/south-korean-robot-ethics-charter-2012/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[79] “*Do no harm, don't discriminate: official guidance issued on robot ethics*” <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/18/official-guidance-robot-ethics-british-standards-institute> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

dikkat çekmektedir. Bu soruna çözüm önerisi olarak *Sheffield Üniversitesi'nde* robotik ve yapay zekâ üzerine ders veren *Noel Sharkey*, robotların uçaklardaki gibi bir “*kara kutu*” bulundurmasını ve alınan kararların neye göre alındığının buraya kaydedilmesi gerektiğini savunmaktadır.^[80]

Sharkey tarafından ileri sürülen kara kutu önerisine göre bir robotun hata yapması veya diğer bir deyişle programlandığının aksi yönde hareket etmesi durumunda programlayıcılar tarafından kapatılabilecektir. Buna benzer Çin’de yine bir ‘Chat Bot’un Komünist Parti’yi eleştirmesi üzerine fişi çekilmiştir.^[81] Bu durum yaratıcısının insan olduğu bir yapay yazılımın yarattığı robotlar üzerinde henüz tam kontrol sağlayamadığını ama onları zor kullanarak durdurabildiğini göstermektedir. Peki, yapay zekâyâ sahip varlıkların ileride irade kazanarak otonom bir şekilde hareket ettiği durumlarda da yine kolayca fişlerini çekebilecek miyiz? Ya da yapay zekâyâ sahip varlığı kapattığımız halde bile işlenen hatayı telafi edemeyeceğimiz durumlarda sorumluluk kime ait olacaktır? Bugün için etik yönden yaklaşıldığında hâkim olan görüş robotların eylemlerinden sorumluluğun robotlarda kullanılan yapay zekanın değil, programlayıcısı veya tasarımcısında olduğu yönündedir.^[82] Zira *Volvo* şimdiden yaptığı açıklamada araçları eğer sürücüsüz, otonom haldeyken bir kazaya neden olursa tüm mesuliyeti üstleneceğini taahhüt etmiştir.^[83]

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta üstlenilen sorumluluğun maddi ve manevi oluşabilecek hukuki sorumluluk olduğudur. Diğer bir deyişle yapay zekâyâ sahip varlıkların iradi olarak verdikleri kararlardan doğan zararların cezai sorumluluk boyutunu kapsamamaktadır. Zira ceza hukuku bakımından sorumluluğun doğabilmesi için suç teşkil eden eylemin yahut neticeye sebebiyet verecek hareketin fail tarafından iradi olarak

[80] “Do no harm, don’t discriminate: official guidance issued on robot ethics” <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/18/official-guidance-robot-ethics-british-standards-institute> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[81] “Chinese chatbots shut down after anti-government posts” <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40815024> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[82] DOĞAN, s.3245.

[83] “Volvo Will Accept Liability For Its Self-Driving Cars”, <https://www.forbes.com/sites/jimgorzelay/2015/10/09/volvo-will-accept-liability-for-its-self-driving-cars/#1dd4734f72c5> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

yapılması ve bu hareketlerin belli bir amaca yönelmiş olarak ortaya çıkması gerekmektedir.^[84]

Dolayısıyla, konuyu dar anlamdaki yapay zekâya sahip varlıklar açısından ele alırsak, bu varlıkların iradi hareketleri söz konusu olmadığından bu varlıklara ahlaksal kodların da yüklenemeyeceği açıktır. Burada etiksel olarak tartışmalı olan husus ise gelecekte insanın bilişsel kapasitesini aşacağı ve iradi kararlar alarak hareket edeceği tahmin edilen süper yapay zekâya sahip varlıklar yönündendir. Bu varlıklara ahlaksal kodların yüklenebilmesi robotik alanda çalışan bilim adamlarının irade, duygu, vicdan, ruh, çaba gibi insanlara özgü karar alma dürtülerini mekanik yapay zekâlara aktarılmasıyla mümkün olacaktır. Bazı düşünürler bu duyguların yalnızca insanlara özgü olduğunu hayvanların dahi insanlarla eşit olmadığını dolayısıyla gelecekte de bu duyguların aktarılamayacağını iddia etmektedirler. Zira esasında felsefi anlamdaki kişilik kavramı da daha çok ruh, duygular, özgür irade ve bilinç gibi ahlaksal kavramlar üzerinde durmaktadır ve bu bağlamda yapay zekâların hukuki kişiliğini reddeden görüşler bakımından temel oluşturmaktadır.^[85] Ancak yine de bugünden geleceğe dair kesin sınırlar çizilmesi doğru olmayabilir. Bu nedenle şimdilik yapay zekâya sahip varlıklara ilişkin olarak birtakım etik kurallarının oluşturulması konunun aydınlatılması bakımından yeterli olacaktır.^[86]

C. YAPAY ZEKÂYA SAHİP VARLIKLARIN HUKUKİ STATÜSÜNE DAİR TARTIŞMALAR

Son zamanlarda yapay zekâ deyince akıllara gelen Google Mühendislik direktörü *Ray Kurzweil*; “2030’larda belli teknolojilerin beynimizin içerisine girip hafızamızı güçlendireceğini, 2045’li yıllara geldiğinde ise makinelerin insana eşit veya insandan üstün bilişsel kapasiteye erişeceğini” belirterek **teknolojik tekilliğe** ulaşacağımızı iddia etmektedir. Tekillik, teknolojideki tüm gelişmelerin, özellikle de yapay zekâ gelişmelerinin insan uygarlığını

[84] ZAFER, Hamide, Nur CENTEL, Özlem ÇAKMUT, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Basım Yayın, Eylül 2017, s.222.

[85] CHOPRA, Samir, WHITE, Laurence, “Artificial Agents–Personhood in Law and Philosophy”, s.4 <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[86] KEIPER, SCHULMAN, “The Problem with ‘Friendly’ Artificial Intelligence”

kaçınılmaz bir şekilde değiştirmesidir. Her ne kadar *Stephan Hawking* ve *Elon Musk* gibi birçok bilim insanı teknolojik tekilliğin insanların sonunu getireceğini düşünerek tekilliğe karşı çıkmakta ise de *Kurzweil* “*yapay zekaya sahip makine hızının ve kapasitesinin insan zihnine entegre edilerek hafızamızın olağanüstü şekilde güçlendirileceğini ifade ederek insanların uzun ve daha sağlıklı bir yaşamın sınırlarını aşacağına*” vurgu yapar.^[87]

Kurzweil'in şimdiye kadar ki tahminleri yüksek oranda gerçekleşmiş bir gelecek bilimci olduğu göz önüne alındığında tasarlanan insan-makine karışımı modellerin ortaya çıktığı dönemlerde robotların irade sahibi birer özne sayılıp sayılmayacağı bunun sonucuna bağlı olarak robotların gerçekleştirecekleri eylemlere ne gibi hukuki ve cezai sonuçlar bağlanabileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla hukuk düzeninin bu gelişmelerden etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu düşünüldüğünde süper zekâya erişecek varlıkların yasal statülerinin şimdiden ele alınması önem arz edecektir.

Türk hukuku açısından kişi kavramından bahsedebilmemiz için bu varlıkların hak ehliyetine sahibi olması ve borç altına girebilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kişilik statüsünün ilk grubunu yani “*gerçek kişileri*” insanlar oluşturmaktadır. Zira insan tüm çağdaş hukuk sistemlerinde sırf insan olarak doğduğu için başka hiçbir şarta gerek kalmaksızın hak ehliyetine sahiptir ve hak ile borçların süjesi olur.^[88] Öte yandan bir kişinin mallarını belirli bir amaca özgülemesi durumunda da sürekli amaca özgülünen bir mal topluluğuna hukuk düzeni tarafından bir statü tanınmış ve bu kişilere de “*tüzel kişi*” denilmiştir. Bir başka deyişle tüzel kişilik diye ifade edilen kavram esasında bir mala sürekli bir amaca sahip olan bir mal topluluğuna hukuk düzeni bakımından kişilik tanınması demektir.^[89] Ancak ne yazık ki Türkiye’de yapay zekânın hukuki statüsü çerçevesinde somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir kısım düşünür yapay zekâların hukuki kişiliğini tamamen reddetmekte ve bunu da temellendirirken felsefi kişilik teorisinden

[87] COHEN, M. Aaron, “*World Future Review, An interview with Ray Kurzweil: inventor, bestselling author, World Future 2010 speaker*” <https://www.kurzweilai.net/interview-with-ray-kurzweil-world-future-2010-speaker> (Erişim Tarihi: 23.02.2020).

[88] OĞUZMAN, Kemal, Saibe OKTAY, Özer SELİÇİ, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.40.

[89] OĞUZMAN, OKTAY, SELİÇİ, s.239.

yararlanmaktadır.^[90] Bu görüşü savunan düşünürlere göre otonomluktan kaynaklanan hukuki sorunların onlara hukuki kişilik statüsü verilerek ya da sorumluluk yüklenerek çözümlenmesine gerek yoktur. Dolayısıyla yapay zekâya sahip varlıkların hukuki statüsünü reddeden görüşe göre yapay zekâların “eşya” niteliğinde kalması gerekmektedir. Öte yandan bir başka görüş ise “kölelik” kavramından yola çıkarak *J. Locke*’un mülkiyet anlayışı çerçevesinde her insanın ürettiğine sahip olma hakkı olduğunu dolayısıyla yapay zekâya sahip varlıklara hukuki statü zıfâ edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki; Roma Hukuku’ndan kalma bir kavram olan “kölelik” kavramı bugün yapay zekâya sahip varlıklarla bağdaştırılarak onları “eşya” kategorisine dahil etmektedir. Ancak eşya olarak nitelendirilen bir kavramın “hukuki kişilik” kavramıyla bağdaşmayacağı açık olduğundan bu kavram ayrıyeten aşağıda incelenecek olan hukuki kişilik önerileri kapsamında ele alınmayacaktır. Zira “hukuki statü zıfâ edilmesinden” kasıt tıpkı gerçek ve tüzel kişilerde olduğu gibi yapay zekâlara yeni bir statü verilerek ya da mevcut “tüzel kişilik statüsü” kapsamına alınarak hak ve borç yüklenmesi demektir.^[91]

Bu nedenle, bakıldığında giderek daha da otonom hale gelen ve gündelik hayatta insanlarla sürekli olarak etkileşimde bulunan yapay zekâya sahip varlıkların hukuk düzeni bakımından tanımlanması zorunlu haline gelmiştir. Dolayısıyla bu varlıklara hukuki statü verilmesi en azından gelecekte onların hem hukuki hem de cezai sorumluluklarının kapsamını belirlemek açısından faydalı olacaktır. Bu kapsamda yapılan tartışmalar incelendiğinde, birtakım hukuki kişilik önerilerinden bahsetmek mümkündür.

I. Tüzel Kişilik Önerisi

Yukarıda yapılan tartışmalarda belirtildiği gibi bir mal varlığı topluluğu olan tüzel kişiler hukukun kişilik tanımış olduğu öznelerdir. Bu nedenle gerçekleştirdikleri eylemler bakımından üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda zararı tazmin sorumluluğu bulunmaktadır. Buradan hareketle yapay zekâlara tüzel kişilik tanınması gerektiğini düşünenlere göre; otonom

[90] CHOPRA, WHITE, s.4.

[91] “Locke’ün görüşünde, mevcut kuralda çocuklar istisna olarak tutulmuştur. Dolayısıyla çocuklar ayırt etme gücü sınırlı dahi olsa kişidir. Anne babaları onlara bakmakla yükümlüdür. Çocukların geleceğini şekillendirmek için yapılan tüm masraflar ebeveynlerin yükümlülüğündedir.”, KARA KILIÇARSLAN, s.378.

faaliyet gösterebilen sistemleri sadece bir eşya olarak kabul etmek ve sahiplerinin sorumluluk doğuran eylemlerinin ortaya çıkmasını beklemek sonradan tazmini güç problemlere yol açabilecektir.^[92] Bu görüşe göre, akıllı yazılımlar için “şirket” yapısının model alınması akla uygun gelebilir. Şirketler de benzer şekilde dağınık ve karmaşık faaliyetlere sahip olduklarından, bu sorunun üstesinden gelebilmek için bir sicil sistemi geliştirilmiştir. Bu nedenle sicil fonksiyonunu içeren tanımlama, yapay zekâya sahip varlıklar bakımından da öngörülebilir.

II. Elektronik Kişilik Önerisi

Avrupa Parlamentosu 27 Ocak 2017 tarihli raporunda yapay zekâlara “tüzel kişilik verilmesi” ve kullanıcılarına rehberlik etmesi açısından bir dizi öneri ve tavsiyeler yayımlanmıştır. Bu bağlamda rapor, yapay zekâ varlığına yönelik kişilik statüsünü öneren ilk resmî belge niteliğindedir. Rapordan çıkan sonuca göre yapay zekâya sahip varlık, bir kimsenin eşyası olmaktan ziyade, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen, belki de vergi mükellefi olabilen bir kişi olabilecektir. Ayrıca raporda yapay zekâların resmi bir sicile kaydedilmesi ve kaydolduğu anda kişiliğe hak kazanması şeklinde bir ticari sicil sistemine benzer sistem tasarlanması ve robotlara özgülenecek fonlara tazminat sorumluluğunda başvurulması öngörülmüştür.^[93]

Avrupa Parlamentosu tarafından verilen bu öneri meydana gelen veya gelebilecek zararların fonlar aracılığıyla karşılanmasını hukuki sorumluluk açısından tatmin edecek nitelikte ise de ne yazık ki ceza hukuku bakımından “faillik” statüsünü karşılamayacağından cezai sorumluluk problemini çözmeye yetmeyecektir. Kaldı ki bu açıklamalar geniş kapsamda robotların ve yapay zekaya sahip varlıkların haklarının da kabulü olarak yorumlandığı için çokça tartışılmıştır.^[94] Hatta buna ilişkin bir grup Avrupalı yapay zekâ

[92] **BAYAMLIOĞLU, Emre**, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.139.

[93] “European Parliament 2014-2019 Committee on Legal Affairs Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, s.12 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf?redirect (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[94] “EU Parliament Artificial Intelligence and Civil Liability” [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf).

uzmanı yapay zekaya sahip varlıklara böylesi bir kişilik statüsü verilmesinin gelecekte insanlığa karşı oluşturabileceği tehditlere karşı uyarı içeren bir “açık mektup” hazırlamıştır.^[95] Birçok bilim insanının imza attığı mektupta, yapay zekânın insan kontrolünden çıkmaması gerektiği vurgulandı. Akabinde bu durum Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi tarafından da destek gördü.

Söz konusu açık mektuba göre mevcut yasalara bakıldığında kişilik gerçek ve tüzel kişilik formlarından oluşmaktadır. Gerçek olmayan kişiliğin en bilineni şirketlerdir. Şirketler dava açmak, sözleşmenin tarafı olmak, borçlanmak, mülkiyet sahibi olmak ve suçlardan hüküm giyme hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Yapay zekâya ayrı bir kişilik vermek gerçek veya tüzel kişilerin sahip olduğu tüm hakların verilmesini gerektirmez. Teoride sadece yükümlülüklerden oluşan bir kişilik oluşturulabilir. Ancak böyle bir çözüm yolu pratikte faydalı olmayacaktır. Çünkü kişiliğe sorumluluk yükleyebilmek için bu kişiliğin mülkiyet yükümlülüğünün bulunması gerekir. Uzman grubu dijital teknolojilere ve dolayısıyla yapay zekâya yasal kişilik verilmesinin gerek olmadığına inanmaktadır. Buna göre yeni bir yasal kişi kategorisi oluşturmak yerine mevcut kişilere yönelik yeni yasalar çıkarılması daha uygundur.

Ayrıca yeni yasal kişiler oluşturulduğunda birçok etik sorun ortaya çıkacaktır. Uzmanlar raporlarında sadece sorumluluk yönünden inceleme yaptıklarını, yapay zekânın bir yönetim kurulu üyesi olup olamayacağı gibi şirket hukukunun gelişimi ile ilgili bir yorumda bulunmadıklarını ifade etmişlerdir. Bu doğrultuda 20 Ekim 2020’de Avrupa Parlamentosu önemli bir adım atarak yapay zekâya sahip teknolojilere ilişkin kavramların ve hukuki sorumluluk sorununa ilişkin uygulanabilecek yasal çerçevenin analiz edilmesi için “Yapay Zekâ ve Hukuki Sorumluluk” adlı tavsiye Kararı’nı onaylamıştır. Karar, yapay zekâlara sahip varlıklarla ilgili evrensel olarak kabul edilen tek düşüncenin “onların insan aklının ürettiği eserler olduğu, dolayısıyla onları başka türlü düşünmek için ne teknolojik ne felsefik ne de yasal bir temelin olmadığı” vurgulanmıştır. Bu çerçevede rapor tüm gelişmiş teknolojik varlıkların yalnızca nesne olduğunu ve dolayısıyla onlara haklar tanımak ve yasal olarak sorumlu tutmak için bir neden olmadığını

(Erişim Tarihi: 23.02.2021)

[95] “Open Letter to the EU Commission Artificial Intelligence and Robotics”, <http://www.robotics-openletter.eu>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

belirtmiştir. Öte yandan rapor, gelecekte belirli yapay zekâ sistemlerine tüzel kişilik verilme olasılığının dışlanmaması gerektiğini nitekim işlevsel açıdan bakıldığında, tıpkı şirketlere tüzel kişilik verilmesinde olduğu gibi pratik faydalarının olabileceği görüşündedir.^[96]

Görüleceği üzere, rapor yapay zekâların kişilik statüsüne ilişkin kesin bir sınır çizmemekle birlikte, yapay zekâların esasında birer obje olduğunu da açıkça vurgulayarak, Açık Mektup'da ileri sürülen eleştirileri de kabul etmiştir. Bununla birlikte, 2017 yılında yayımladığı tavsiye kararlarından daha derin analizler yaparak hukuki sorumluluk açısından 2 dereceli bir sistem benimsediğini ve hukuki sorumluluğun buna göre belirleneceğini vurgulamıştır. Bu noktada tekrardan belirtmekte fayda vardır ki; bu sistemler ve söz konusu yasal kişilik tartışmaları esas olarak hukuki sorumluluk etrafında toplanmış, cezai sorumluluğu kapsar nitelikte değildir. Ancak yapay zekâlara atanacak herhangi bir kişilik statüsünün de hiç şüphesiz gelecekte cezai sorumluluk sorununa da yön vereceği açıktır.

III. Yapay İnsan Statüsü

Üzerinde durularak tartışılan bir diğer hukuki statü esasında Ray Kurzweil'in de ifade ettiği gibi 2045'li yıllarda teknolojik tekillik evresine ulaşıldığında olması gereken bir yapıyı ifade etmektedir. Zira bu yıllara gelindiğinde bilinç, iradi karar alma gibi kavramların makinelere aktarılarak makinelerin insana eşit veya insandan üstün bilişsel kapasiteye erişeceği tasvir edilmektedir. Ancak gelecekte her ne kadar yapay zekâların otonom ve bilişsel olarak insan zekâsının çok üzerine çıkacakları tasvir edilse de yaygın olan görüş bu varlıklara hiçbir şekilde insanlara özgü duyguların aktarılamayacağı dolayısıyla insanlarla eşit hukuki statüye haiz olamayacaklarıdır.^[97] Dolayısıyla bugün için bu görüş de kabul görmemektedir.

Görüleceği üzere yapay zekâların hukuki statülerinin belirlenmesi açısından çeşitli öneriler ortaya atılmış ve son dönemde "Eurobotics" tarafından gündeme getirilen "elektronik kişilik" ve "kusursuz sorumluluk" önerisi yapılan hukuki statü tartışmalarının boyutunu değiştirmiştir. Ancak ne

[96] "EU Parliament Artificial Intelligence and Civil Liability" [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf). (Erişim Tarihi: 23.02.2021)

[97] KARA KILIÇARSLAN, s.381.

yazık ki söz konusu statü ceza hukuku bağlamında sorumluluğun kime izafe edileceği problemini çözmeyeceği gibi ceza hukukunun onarıcı ve önleyici adalet ilkeleriyle de bağdaşmayacağı açıktır. Bu minvalde Yapay Zekâ ve Robotik alanında uzman bilim adamlarından oluşan bir grup *Avrupa Parlamentosunun Robotik Medeni Hukuk Kuralları Hakkında Kararından ve “elektronik kişilik” önerisinden* endişe duyduklarını belirterek Avrupa Parlamentosu Komisyonu’na hitaben açık mektup yayınlarak bunu tüm vatandaşların imzasına sunmuşlardır. Söz konusu mektup, “otonom”, “öngörülemez” ve “kendi kendine öğrenen” robotlar için bir “elektronik kişilik yaratılmasının cezai sorumluluğunun belirlenmesi meselesini daha da karmaşık hale getireceğini, zira vatandaşların güvenliğinin ve güveninin sağlanması bakımından sorumluluk probleminin bu raporun bir parçası olması gerektiğini” belirterek “elektronik kişilik önerisi” yönündeki çekincelerini dile getirmişlerdir.^[98] Dolayısıyla söz konusu mektubun yapay zekâyâ sahip varlıkların hukuki statülerinin hem işin hukuki hem de cezai boyutunun birlikte kapsamlı bir biçimde ele alınması gerektiğini belirttiği ve gelecek önerilere ışık tutacak nitelikte bir eleştiri olduğunu söylemek gerekecektir.

IV. Avrupa Birliği’nde Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu Açısından Tartışması

AB Ürün Sorumluluğu Direktifi^[99] ile otuz yılı aşkın süredir kusurlu ürünlerden kaynaklanan zararlar için kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. AB üye ülkeleri bu direktife uygun olarak ulusal mevzuatlarını değiştirmişlerdir. Direktif üreticinin ekonomik amaçla piyasaya sürdüğü üründen kaynaklanan zarar sorumluluğuna dayanmaktadır. Direktifin amacı tüketicinin korunması, inovasyon ve ürün güvenliğinin artırılmasına katkı sağlamaktır. 1985’te kabul edilen direktif rejimi yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı riskler açısından yetersiz kalmaktadır. Bunun nedeni sorumluluk rejimi oluşturulurken temel faktörlerin geleneksel ürünlerin göz önünde tutulmasıdır. Ürün sorumluluğu rejiminin kapsamı ürün kavramına dayanır.

[98] “Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence and Robotics” <http://www.robotics-openletter.eu/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[99] Ürün Sorumluluğu Direktifi, “Council Directive of 25 July 1985 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, (85/374/EEC), OJ No L 210, 07.08.85, p. 0029-0033, Document 31985L0374”, European Commission, (Erişim Tarihi: 10.06.2020).

Ürün, başka bir taşınır veya taşınmazla birleşse bile tüm taşınırlar ve elektriği ifade eder. Günümüze kadar ürün ile hizmet ayırımında aşılması zor güçlüklerle karşılaşmamıştır. Ancak gelişen yapay zekâ sistemleri ile ürün ve hizmet ayırımı konusunda zorluklar ortaya çıkmıştır.^[100] Çünkü yapay zekâ sistemlerinde ürün ve hizmet kavramı kalıcı olarak etkileşime girmekte ve bu nedenle kesin bir ayırım yapmak mümkün olmamaktadır.^[101] Yapay zekâ yazılımının ürün veya ürünün bileşeni olup olmadığı konusu tartışmalıdır.^[102] Bulut yazılım güncellemeleri ve veri beslemeleri açısından da ayırımı

[100] Her ne kadar yapay zekâyâ sahip kısmi otonom veya otonom bir sistem nedeni ile meydana gelen zararlar açısından AB Ürün Sorumluluğu Direktifi ve buna uygun olarak üye devletler tarafından düzenlenen kanunlarca ilgililer korunsun da üç açıdan sorunlar ortaya çıkacaktır. Birinci olarak yapay zekâ yazılımı bir donanım içinde değil ise üreticinin sorumluluğuna ne derece başvurulabilecektir? İkinci olarak yapay zekâ sisteminin kullanıldığı ürün piyasaya sürüldüğü anda haklı olarak beklenen güvenliği sağlamıyorsa yazılımcının ve üreticinin sorumluluğu ayırımı nasıl yapılacaktır? Son olarak ise yapay zekânın kullanıldığı bir üründe yapay zekâ yazılımının hatası ne derecede ispat edilebilecektir? **EBERS, Martin**, “*Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk-Temel Sorunlar*”, (çev.) Zehra Başer Doğan, Hukuk Köprüsü, S.16, Haziran 2019, ss.84-85.

[101] **DEMİRCİ, Serdar** “*Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış*”, Ankara Barosu Dergisi S3 (2019): 121-180, s.132. Alman hukukunda, bilgisayar yazılımları ve veri aktarımında kullanılan hafıza kartları Direktif kapsamında taşınır ürün olarak kabul edilmektedir. “Ancak Direktif’te ürün kavramı her türlü taşınır eşya olarak tanımlandığı için maddi bir varlığa sahip olmayan ve bu nedenle eşya kavramına girmeyen hizmet edimleri ürün sorumluluğu kapsamında ürün olarak kabul edilmemektedir.”

[102] “*“Ürünler” teriminin kullanımı maddi varlıkları işaret eder. Dolayısıyla, fikri mülkiyet ve dijital içeriğin ürün kapsamına girdiği söylenemez. Benzer şekilde, software yazılımın fiziksel olarak (örneğin internet üzerinden) sağlandığı yerlerde, “ürünün” söz konusu olmadığı ve dolayısıyla (yazılım üreticisi için) hiçbir yükümlülük bulunamayacağı sonucuna varmak zor görünmektedir. Bununla birlikte, dijital içeriğin kaydedildiği fiziksel medya Consumer Protection Act 1987’nin (Tüketicinin Korunması Kanunu) kapsamına girer. Ayrıca, yazılımdaki bir arıza veya hata bir makinenin arızalı çalışmasına ve birinin yaralanmasına neden olursa, 1987 Yasası kapsamında (yazılım üreticisi için) sorumluluk doğuracağı düşünülmektedir. Bu sonucun temeli, Temyiz Mahkemesi tarafından “St Albans City and DC v. International Computers Ltd [1996] 4 All ER 481, 493 per Sir Iain Glidewell” davasında, üzerinde kodlanan yazılımı içeren bir diskin, 1979 Mal Satışı Yasası ve 1982 Mal ve Hizmet Kanunu kapsamında “ürün” olacağı kabul edilmiştir.”*

yapılması zorlaşmakta ve tartışma devam etmektedir. Ayrıca bir diğer kilit unsur kusur kavramıdır. Kusur tüketicinin güvenlik beklentileri temelinde değerlendirilir. Kendi kendine öğrenen gelişmiş yapay zekâ sistemleri karar verme yolunda öngörülemeyen sapmalara neden olursa bunun kusur olup olmayacağı sorusu gündeme gelir. Bunun bir kusur olarak kabul edilmesi halinde dahi direktifte sorumluluktan kurtulmaya yarayan en son teknoloji savunması uygulanabilir. Bunlara ek olarak yapay zekânın karmaşıklığı, zarar görenin kusuru tespit etmesi, kanıtlaması ile kusur ile zarar arasındaki illiyet bağını kanıtlamasını zorlaştırmaktadır. Direktif sorumluluk için üreticinin, ürünü piyasaya sürdüğü zamana odaklanmaktadır.

Buradan hareketle yapay zekâyâ daha sonra yapılacak güncelleme veya yükseltme işlemleri üreticiye yöneltecek sorumluluk taleplerini bertaraf etmektedir. Direktif üreticiye ürünler piyasaya sürüldükten sonra izlemek için bir yükümlülük yüklememektedir. Yapay zekâ sistemleri çok karmaşık bir yapıya sahip olduklarından piyasaya sürüldüklerinde tam olarak tamamlanmış olamayabilir. Üretici piyasaya sürüldükten sonra ilave veya güncellemeler ile bir dereceye kadar kontrolü elinde bulundurabilir. Yapay zekâ ürününün çalışması için üçüncü kişi veya ortamdan veriler gerekiyorsa, kendi kendine öğrenme süreci mevcutsa veya kullanıcı kişiselleştirme ayarları yapılabiliyorsa üreticinin kontrolü sınırlı kalmaktadır. Direktifin 7. maddesine göre yapay zekâ ürününün piyasaya sürüldüğü sırada bilimsel ve teknik bilgi durumu savunması üretici tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca direktif tüketici mülkiyeti ile birlikte yaşam ve sağlığı da korumaktadır. Bu nedenle verilere verilen zararların direktif kapsamında olup olmadığı açık değildir.^[103] Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 28. fasıl kapsamında, AB Ürün Sorumluluğu Direktifine uygun olarak^[104], 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve

OLIPHANT, Ken, WILCOX, Vanessa, “England And Wales.” Chapter, In *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, edited by Piotr Machnikowski, 173-204, (Intersentia, 2016), s.182.

[103] **Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission)**, “*Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*”, Published: 2019-11-27, s.27-28, (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>), (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

[104] 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun “Ürün Sorumluluğu” başlıklı md.6 gerekçesinde, düzenlemenin Avrupa Birliği üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374 sayılı Konsey Direktifi

Teknik Düzenlemeler Kanunu^[105] 12.03.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Kanununun 26. maddesinde yürürlük tarihinin bir yıl sonra olduğu düzenlenmiştir.

Ürün Güvenliği Kanunu md. 3/1-s’e göre “**ürün**” tanımı “*Her türlü madde, müstahzar^[106] veya eşya*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca md. 3/1-e’de güvenli ürün “*Kullanım süresi, hizmete sunulması, kurulumu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürün*” olarak yapılmıştır. Kanun’un 2. maddesinin gerekçesinde kanunun ilke olarak piyasada bulunan ürünleri kapsadığı belirtilmekle birlikte, bir ürün imalatında işçi tarafından kullanılan makine, hastanelerde kullanılan MR cihazı gibi tıbbi cihazlar, asansörlerin de kanun kapsamında ürün oldukları özellikle ifade edilmiştir. Yapay zekânın ürün kavramı içerisinde sayılıp sayılmayacağı AB Direktifi ve 7223 sayılı yasada belirli değildir. Ancak 7223 sayılı yasanın AB Direktifinden daha geniş bir ürün tanımına yer vermesi nedeniyle yapay zekânın da ürün olarak kabul edileceği söylenebilir. AB’de ÜAB’de Ürün Sorumluluğu Direktifi’nde revizyona gidilmesi ve yapay zekanın ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır.

Ürün Güvenliği Kanunu md. 6/1’de ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısının, oluşan zararı gidermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Burada zarar görenin tüketici olup olmaması önemli değildir. Zarar gören herkes olabilir. Daha açık bir ifade ile zarar gören ister tüketici olsun ister olmasın, ürün sorumluluğu kapsamında üretici veya ithalatçıya karşı tazminat talebinde bulunabilecektir.

doğrultusunda hazırlandığı ifade edilmiştir. (Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=262897, Erişim Tarihi: 17.05.2020).

[105] Resmî Gazete, “7223 Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, Sayı: 31066, Tarih: 12.03.2020, Yürürlük Tarihi: 12.03.2021.

[106] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Müstahzar: Kullanıma hazır duruma getirilmiş, hazırlanmış. Önceden hazırlanarak eczanede bulundurulmuş ticari ilaç, preparat”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Ürün Güvenliği Kanunu md. 6/2’de, üreticinin sorumlu tutulabilmesinin şartları düzenlenmiştir. Buna göre, üreticinin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin uğradığı zararı ve uygunsuzluk (md. 5’te bulunan ifade ile, ürünün ilgili teknik düzenlemelere, insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlere uygun olmaması) ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur. Burada üreticinin kusurundan bahsedilmediği için üreticinin kusursuz sorumluluğu “*strict liability*” kanun tarafından özel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Bu itibarla yapay zekanın ürün kabul edilmesi halinde, yapay zekâ üreticisi ürün sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumlu olacaktır. Ayrıca yapay zekanın ürün kapsamında kabul edilmesi halinde 7223 sayılı Kanun’un 20 maddesine göre cezai sorumluluk doğacak ve ilgililere idari para cezaları verilebilecektir.

Ç. YAPAY ZEKÂ VE ROBOTLARIN EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN CEZAI SORUMLULUK MESELESİ

I. Genel Olarak

Yapay zekâyâ sahip varlıkların eylemlerinden kaynaklı olarak cezai sorumluluğun belirlenmesine yönelik tartışmaların temelinde hiç şüphesiz “faillik” kavramı yatmaktadır. Nitekim sürücüsüz bir otomobilin, *Uber*’in, 2018 yılı Mart ayında Arizona eyaletindeki 49 yaşındaki kadına çarparak ölümüne neden olduğu kazada cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği gündeme gelmiştir.^[107] Esasında ceza hukuku bakımından faillik, objektif isnadiyet, nedensellik bağı gibi kavramlar uluslararası hukuk düzenlerinde farklılık arz edebilmektedir. Ancak otonom bir aracın masum bir vatandaşın ölümüne sebebiyet vermesi durumunda olduğu gibi, yapay zekâyâ sahip varlıkların eylemlerinden kaynaklanan bir suç oluştuğunda tüm hukuk düzenlerinde sorulan soru “cezai sorumluluğun ne şekilde belirleneceği” olacaktır. Zira özel hukukta ortaya çıkan zararların giderilmesi için bir takım kusursuz sorumluluk halleri, özel bir fon kurulması veyahut sigortadan zararların karşılanması söz konusu olabilmektedir. Ancak işin cezai sorumluluk boyutu açısından bakıldığında ceza hukukunun mevcut kanunilik ve kusur prensipleriyle sorumluluğun yapay zekâlı varlıklara isnadı mümkün değildir. Dolayısıyla, çalışmamızın bu bölümünde konunun karşılaştırmalı hukuktaki

[107] *Self-Driving Uber Kills Arizona Woman In First Fatal Crash Involving Pedestrian*, <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

düzenlemelerine de yer verilerek cezai sorumluluk meselesi aydınlatılmaya çalışılacaktır.

II. Türk Hukukunda Ceza Ehliyeti ve Kast-Taksir Kavramları Çerçevesinde Sorumluluk Meselesi

Ceza ehliyeti kavramını açıklayabilmek için ceza hukukunun temel kavramlarından olan suç kavramını tanımlamamız gerekmektedir. Zira ceza sorumluluğunun unsurları buna göre belirlenmekte ve meydana gelen suç sonucunda cezai yaptırım uygulanmaktadır.^[108] Suç, “*karşılığında yasayla yaptırım öngörülen olumlu (icrai) veya olumsuz (ihmali) hareket*” olarak tanımlanır. Ceza ise “*suç karşılığında öngörülen, genel ve özel önleme amaçlarını içeren yaptırımlardır*”.^[109] Türk Ceza Hukuku bakımından suçtan söz edilebilmesi için ise yasada suç olarak tanımlanan bir hareketin veya neticeye sebebiyet verecek hareket/hareketlerin, iradi olarak hukuka aykırı ve kusurlu şekilde fail tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bu kapsamda fail ise “*suçla korunan hukuki menfaati ihlal edecek hareketi yapan ya da ihmali ile söz konusu menfaati zedeleyen kişi*”^[110] olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla suç ve ceza politikasının bir gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu husus Anayasa’da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının da bir gereğidir. (Anayasa m. 38)

Ayrıca, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için öncelikle kanuni düzenleme yapılması gerekir. Bu bağlamda ceza yaptırımına tabi olan fiilin ve söz konusu yaptırımın kanunda düzenlenmesi ilkesi ceza hukukunda kanunilik ilkesi olarak ifade edilir. Bu ilke kanunda düzenlenmeyen bir fiil nedeni ile ceza hukuku anlamında hiç kimseye yaptırım uygulanmayacağı ve kanunda düzenlenmeyen bir yaptırımdan da hiç kimsenin sorumlu tutulamayacağını açıklar.^[111] Bu ilke bireylerin

[108] **AKBULUT, Berrin**, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2019, s.227.

[109] **ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT**, s.4.

[110] **ZAFER, Hamide**, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*” TCK m. 1-75 Ders Kitabı, İstanbul 2016, s.49.

[111] **AKBULUT**, s.100; **ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa Ruhan ERDEM**, “*Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.41.

haklarının ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlar. Ayrıca devletin ceza hukuku açısından cezalandırma yetkisinin sınırlarını çizer.^[112] Yapay zekâya ilişkin ceza hukuku anlamında suç ve cezayı düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır. Ceza hukuku alanında önemli bir güvence oluşturan bu prensip nedeniyle henüz yapay zekâların kişiliği dahi tartışma halinde olduğundan mevcut düzende cezalandırılmaları söz konusu bile değildir. Aşağıda söz konusu varlıkların gelecekte cezai sorumluluğunun bulunup bulunmayacağına ilişkin yapacağımız tartışmalar ise sadece varsayımlar üzerinden değerlendirilecektir.

II/a. Suçun Maddi Unsuru Açısından

Maddi unsur kapsam itibarıyla suç oluşturan bir fiilin^[113] dış unsurlarının belirlenmesini ifade eder. Diğer bir deyişle maddi unsur duyularla kavranabilen ve dış dünyaya yansıyan durumları kapsamaktadır. Maddi olarak sayılabilecek unsurlar fail, mağdur, fiil, netice, nedensellik bağı, suçun konusu ve nitelikli unsurlardır.^[114] Öncelikle fail tarafından gerçekleştirilen iradi davranışın bir suç ihtiva edebilmesi için bu hareketin dış dünyada bir netice meydana getirmesi ve söz konusu neticeyle yapılan davranış arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Buna suçun maddi unsuru denir ve ceza hukuku bakımından hareket yeteneğine ancak insanlar yani gerçek kişiler sahip olabilir.^[115] Bu nedenledir ki tüzel kişilerin organlarından bağımsız şekilde hareket ve kusur yetenekleri olmadığı için güvenlik tedbirleri ile sınırlı bir sorumluluk esası benimsenmiştir.

Ancak gelecekte insan zekâsını aşan düzeyde süper yapay zekâ teknolojisine sahip varlıkların otonom bir şekilde karar alıp işlemlerini insan müdahalesi olmaksızın gerçekleştireceğinden bahsedilmektedir. Bu bağlamda gelecekte yapay zekâya sahip varlıkların hukuki kişilik statülerinin de ceza hukukunun

[112] **BİRTEK, Fatih**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.41; **TÖNGÜR, R. Ali, Ekrem ÇETİNTÜRK**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler” Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.52.

[113] “Fiil; insanın dış dünyaya yansıyan ihmali ya da icrai bir davranışını ifade eden bir kavramdır. Ceza Kanunumuzda fiil unsurunu tarif etmek üzere ‘fiil’, ‘hareket’, ‘davranış’ kavramları kullanılmaktadır”, **BİRTEK**, s.159.

[114] **AKBULUT**, s.246; **TÖNGÜR, ÇETİNTÜRK**, s.122.

[115] **ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT**, s.231.

faillik kavramı kapsamında düzenlendiği varsayılırsa, suçun maddi unsuru olan hareket yeteneğinin var olduğunun söylenmesi mümkün olabilecek ise de^[116] bu noktada karşımıza çıkacak engel doktrin ve Yargıtay tarafından benimsenen hareket teorisi olacaktır. Zira bu teoriye göre hareket yeteneği iradeyle hareket edebilme demektir ve bunun bir sonucu olarak insan dışındaki varlıkların ceza hukuku anlamında hareket yeteneği yoktur.^[117] Görüleceği üzere Türk Ceza Hukuku açısından hareket yeteneği olarak ifade edilen kavram tek başına dış dünyada bir netice doğurmaktan ibaret değildir. Bu hareketin iradenin bir parçası olarak açığa çıkması ve belirli bir amaca yönelik biçimde dış dünyada etki doğurması gerekmektedir. Dolayısıyla bilim adamları tarafından insanlarda bulunan bilinç, irade özgürlüğü gibi kavramlar çözümlenip, yapay zekâlı varlıklara aktarılmadan da bu varlıkların hareket yeteneklerinin olduğundan bahsetmek güç olacaktır.

II/b. Suçun Manevi Unsuru Açısından

Suçun oluşması için maddi unsurun yanında manevi unsurun da bulunması gerekir. Maddi unsur suçun dış görünüşünü ifade ederken, manevi unsur ise ruhsal yani iç olaylar ile ilgili bir kavramdır. Bir diğer ifade ile manevi unsur failin işlediği bir fiil dolayısıyla aradaki zihinsel bağı ifade eder. Manevi unsur bulunmadığı sürece suçtan bahsedilemez.^[118] Bu nedenle fail hakkında ceza yaptırımının uygulanabilmesi için, failin suç teşkil eden haksızlık dolayısıyla kusurlu sayılabilmesi gerekir. Zira kusurluluk, “*suçun yasallık unsuru, maddi unsur ve hukuka aykırılık unsurundan oluşan objektif nitelikteki unsurlarının fail ile olan psikolojik ilişkisinin değerlendirilmesi*” olarak doktrinde tanımlanmıştır.^[119] Öte yandan fail ile failin hareketi arasında ortaya çıkan bu psikolojik ilişki ise **kast** veya **taksir** şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Yani suçun oluşması için kastın varlığı

[116] HALLEVY, Gabriel, “*The criminal Liability of Artificial Intelligence Entities—from Science Fiction to Legal Social Control*”, Akron Intellectual Property Journal Hallevy s.116 <https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[117] HAKERİ, Hakan, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.160.

[118] AKBULUT, s.392.

[119] ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT, s.337; BİRTEK, s.208.

şart olup taksir halinde ise kanunda açıkça düzenlenen durumlarda failin cezai sorumluluğu doğmaktadır. Daha açık bir ifade ile taksir istisnai bir durumdur.^[120] Bu noktada kusur olarak adlandırılan unsur ise “*kınanabilir olma*” durumunu ifade etmektedir. Failin hareketleri dolayısıyla kınanması diğer bir deyişle cezalandırılması, onun eylemini gerçekleştirmeden önce veya gerçekleştirdiği sırada bazı fizyolojik, psikolojik ve biyolojik özelliklere sahip olmasını gerektirir. İşte faille ilişkin bu özellikler somut olayda failin eylemi gerçekleştirme iradesini önemli ölçüde etkiler. Bu yüzdendir ki failin kınanabilirliği ile kast ve taksir kavramları arasında sıkı bir ilişki vardır. Ancak bu ilişki mutlak değildir. Nitekim iradeli olan bir hareket eğer kusur yeteneği bulunmayan bir kişi tarafından yapılmışsa bu noktada fail hakkında cezai yaptırım uygulanamayacaktır.^[121]

Görüleceği üzere failin kınanmasına neden olan hususlar failin eylemleriyle değil esasen failin kusur yeteneği ile ilgilidir ve kusurluluğun temel biçimi kasttır.^[122] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.21/1’e göre “*kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” Yani, kasten bir suç işlenebilmesi için fail öncelikle suçun unsurlarını bilmesi, hareketinden doğacak neticeyi zihninde canlandırması ve ayrıca bu neticenin gerçekleşmesini de istemesi gerekmektedir. Aksi takdirde kastın varlığından söz edilemeyecektir. Suçun tüm maddi unsurları kastın kapsamı içerisinde. Aslında kastın içerdiği unsurlar suçun oluşumunu sağlayan haksızlığın içeriğini de belirler. Bu nedenle kasttan bahsedebilmek için

[120] **AKBULUT**, s.392; VW’nın Almanya’da bulunan fabrikasında kullanılan bir robot 2015 yılında 22 yaşındaki işçinin ölümüne sebep olmuştur. Şirket; ölüme neden olan bu kazada işçinin kusurlu olduğunu ve kazanın bu nedenle meydana geldiğini ileri sürmüştür. Yapılan incelemede robotun, işçiyi cansız bir nesne olarak görmesi nedeni ile kazanın meydana geldiği tespit edilmiştir. Burada kusurlu olanın işçi olduğu kabul edilse dahi işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınarak bu önlemlere işçilerin uyup uymadıklarının denetlenmesi zorunludur. Bu açıdan bakıldığında işverenin sorumluluğu bulunmakla birlikte üretimde kullandığı robot yazılımının işçilerin güvenliği açısından risk oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır. **ÖZPARLAK, Başak Ozan**, “İnsan-Robot Etkileşimi ve Hukuk”, Hukuk Köprüsü, S.16, Haziran 2019, s.202; **ÖZBEK, Ö. Veli, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler” Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2020, s.254.

[121] **ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT**, s.337.

[122] **ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT**, s.344-345.

maddi unsurların fail tarafından bilinmesi gerekir. Zamansal açıdan bilinmesi gereken unsur geçmişe, mevcut duruma veya ileride gerçekleşecek bir olaya ilişkin olabilir.^[123]

Kusurluluğun diğer bir türü olan taksir ise Türk Ceza Kanunu m. 22/1'de “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun yasal tanımında gösterilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla taksirin oluşabilmesi için failin suç tanımına uyan hukuka aykırı fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş olması veya öngörse bile istememiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle taksir aldırma ve umursamama halidir. Fail isteyerek suç işlememektedir. Ancak suçun işlenmesinin istenmemesine rağmen hukukun gerektirdiği kurallara da aldırılmaktadır.^[124] Burada failin öngörmesi gereken neticeyi öngörmemiş olması yüzünden kınanması ve kendisine kusur yüklenmesi söz konusudur. Görüleceği üzere hareketin iradi olması her iki kusurluluk türünün ortak yönü olmakla birlikte neticenin istenmesine yönelik bir farklılık bulunmaktadır.^[125]

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki; tıpkı kusur yeteneği bulunmayan kişilerde olduğu gibi ne yazık ki bugün kullanılan yapay zekâyâ sahip teknolojilerin özgür iradeyle otonom olarak karar alıp harekete geçebilme bunun yanında kınanabilir bir iradeye sahip olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira mevcut teknolojide bu varlıklar, insanların aksine, cezanın muhtevasını teşkil eden acı ve sıkıntıyı duyma özelliğinden yoksundurlar. Dolayısıyla kusur bilinci olmayan bu varlıkların bireyler tarafından suç teşkil eden eylemlerde kullanılması durumunda “araç” görevi göreceği tartışmasızdır.^[126] Bu gibi hallerde suçun işlenmesinde kast iradesi bulunan kim ise (üretici, programcı veya kullanıcı) bu kişilerin cezai sorumluluğundan bahsetmek mümkün olacaktır.

[123] TÖNGÜR, ÇETİNTÜRK, s.122.

[124] ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.470.

[125] ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT, s.359-360.

[126] GLESS, Sabine, SILVERMAN, Emily, WEIGEND, Thomas, “*If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability*”, New Criminal Law Review, University of California Press, <https://nclr.ucpress.edu/content/19/3/412> (Erişim Tarihi: 14.10.2020) .

Öte yandan suç işlemek için kullanılma amacı olmasa dahi bu varlıkların kullanımından veya üretiminden kaynaklanan ihmal nedeniyle de bir suç oluşması da mümkündür. Bu gibi durumlarda özen yükümlülüğünün kime ait olduğuna göre sorumluluk programcılara, üreticilere veya kullanıcılara izafe edilebilecektir. Ancak gelecekte kendi kendini programlayabilen bir yapay zekâ sistemine sahip olduğumuzu ve tam otonom araçların yaygınlaştığını varsaydığımızda bu otonom aracın yol açtığı bir kazada kusurluluğun tespiti zorlaşacaktır. Zira üreticinin gerekli bilgilendirmeleri yaptığı, kullanılan makinede yazılım ve tasarım hatası olmaksızın programlandıkları varsayıldığında bu durumda menfaat dengesinin nasıl kurulacağı belirsiz olacaktır.

Otonom araç örneğinde motorlu araçların otomatikleştirilmiş sürme kabiliyetinden bahsedilir. Burada motorlu aracı sürücü değil yapay zekâ programı idare etmektedir. Otonom araçta kullanılacak yapay zekâ meydana gelebilecek tüm durumlar düşünülerek programlanabileceği gibi gelişen durumlara göre kendi kendine öğrenebilecek şekilde de programlanabilir. Ancak her durumda oluşabilecek kazalar açısından ceza hukuku anlamında program sorumlu tutulamaz. Sorumlu tutulabilecekler yazılımcı, yazılımı kullanan üretici veya satıcı olabilecektir. Bir kaza anında yapay zekâ yazılımının sürücüyü mü, yayayı mı, motorlu taşıtı mı üstün tutacağı ayrımı sorumluluk açısından önem arz eder. Hatta otonom aracın manevra yapması halinde yayaya çarpmayacak olması buna karşın yol kenarındaki birden çok kişinin ölümüne sebebiyet verecek olması halinde hangisini seçeceği kuralı ceza hukuku açısından çözülmesi gereken sorunlardandır.^[127]

Öte yandan üretici, kullanıcı ve yazılımcıların tüm özenleri göstermelerine rağmen yine de netice gerçekleşmişse burada taksirli sorumluluktan da bahsedilemeyeceğinden hukuka uygunluk durumu gündeme gelmelidir denilmektedir.^[128] Zira geleneksel ceza hukuku bağlamında illiyet bağının kesilmesi neticenin faile isnat edilemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ise kimi zamanlarda meydana gelen suçun cezasız kalmasına ve kamu vicdanının tahrip edilmesine yol açabilecektir. Ancak diğer yandan da bu durum cezai sorumluluğun yalnızca insanlara isnat edilebildiği gerekçesiyle

[127] **HEINRICH, Bernd**, “Otonom Araç Sürmekte Olası Cezalandırılabilirlik Riskleri”, (çev.) Yener Ünver, Hukuk Köprüsü, S.16, Haziran 2019, s.23-25.

[128] **AYDEMİR**, s.74.

makineyi bir şekilde kullanan üreten ancak hiçbir özen yükümlülüğüne aykırılıkta bulunmayan insanların cezalandırılmasına neden olacaktır. Ayrıca kusursuz ceza olmaz ilkesiyle hiçbir şekilde bağdaşmayacaktır.

Bu noktada getirilen bir görüş; yapay zekâların öğrenme hız ve kabiliyetleri insanlardan çok daha gelişmiş olacağı için öngörülemeyen durumları dahi öğrenme sistemleri uyarınca öngörüp ikilemede kaldığı durumlarda tercihlerini yapabileceklerini, böylece operatörlerin veya yazılımcıların bile öngörmesi beklenmeyen durumların söz konusu olabileceğine dikkat çekmektedir. Söz konusu görüşe göre böylesi bir durumda operatörlerin yazılımcıların dikkat ve özen yükümlülüklerini daha da genişlemektedir.^[129] Dolayısıyla gerekli objektif özen yükümlülüğünün gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi daha da karmaşık hale geleceği için robot etiği alanında standardizasyonlar yapılması, ek olarak kanuni düzenlemeler ve uluslararası anlaşmalarla bu standartların desteklenmesi ihtiyacını giderek daha da arttırmaktadır.

III. Ceza Hukukunun İşlevi Açısından Yapay Zekâya Sahip Varlıkların Cezai Sorumluluklarının Değerlendirilmesi

Makalemizin bir önceki başlığında yaptığımız tartışmalarda kısaca yapay zekâya sahip varlıkların gelecekte cezai sorumluluklarının olabileceğinde söz edebilmek için; öncelikle faillik statüsüne sahip olmaları, bunun yanında özgür iradeleriyle karar verip hareket etmeleri, daha sonrasında ise meydana getirdikleri hareket dolayısıyla veya sebep oldukları neticeden dolayı toplum tarafından kınanabilir bir iradeye sahip olmaları gerektiğinden bahsettik.

Ceza hukukunun işlevi açısından kınanabilir bir iradeye sahip olmanın bir diğer sonucu ise; suç işleyen kişilere özgürlüklerini bağlayıcı cezalar verilmesi ve böylece bu kişilerin bir daha suç işlemesinin engellenerek ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasıdır.^[130] Bu yüzdendir ki ceza hukukunun amacı 5237 sayılı TCK m. 1’de; “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Peki, yapay zekâya sahip varlıkların cezalandırılmasının onlar

[129] A.g.e.,

[130] ZAFER, CENTEL, ÇAKMUT, s.4-5.

üzerinde caydırıcı bir etkisi olacak mıdır? Diğer bir deyişle yapay zekâya sahip varlıklara 10 yıl hapis cezası verilmesi onlarda pişmanlık duygusu uyandıracak mıdır? Bunlarla birlikte kamu vicdanı bu cezaıyla tatmin edilecek midir? soruları ortaya çıkacaktır.

Bugün ceza hukuku süjesi olarak kabul edilen gerçek kişilerin verdiği kararlarından ve dış dünyada meydana getirdiği hareketlerin neticelerinden sorumlu tutulabilmesinin de yegâne nedeni kusur bilincine sahip olmalarıdır.^[131] Bunun gibi yaş küçüklüğüne haiz veya akıl sağlığı yerinde bulunmayan diğer bir deyişle kusur yeteneğine haiz olmayan kişiler için cezalandırmayla ulaşılmak istenen caydırıcılık ve ıslah fonksiyonlarına ulaşılamayacağı anlaşıldığında bu kişilere kusur atfı yapılamamaktadır.^[132] Öyle ki tüzel kişiler açısından bile ceza hukukumuz sadece tüzel kişiyi yöneten gerçek kişilerin cezai sorumluluğundan bahsetmekte tüzel kişiliğin kendisi için ise güvenlik tedbirleri uygulamaktadır. Dolayısıyla her ne kadar yakın gelecekte pek mümkün gözükmese de bilim dünyasında meydana gelen teknolojik gelişmeler sonucu bu varlıkların cezai sorumluluğunun bir ihtiyaç olarak gündeme gelmesi durumunda yapılacak düzenlemelerin başta anayasa ve akabinde ceza hukukunun temel suç ve ceza teorilerine uygun olması gerekecektir.^[133]

Öte yandan gelecekte robotların faaliyetlerine son verilmesi, imha edilmesi şeklinde cezalandırılmalarının kamu güvenini ve düzenini temel alan ceza hukukunun işlevi açısından da ne kadar tatmin edici olacağı ayrı bir tartışma konusu olacaktır. Zira bu noktada değinmek gerekirse son yıllarda devletler tarafından sıklıkla kullanılan İnsansız Hava Araçlarının (İHA) gelecekte de artacağı ve askerlerin yerini alacağı öngörüler arasındadır. Ancak İHA'ların gelecekte de hedeflerini belirleyip otonom hareket ederken teröristler ile sivil arasındaki ayrımı nasıl yapacaklardır?

Mevcut araştırmalar bir robotun asla tam olarak bir insan gibi davranmayacağını göstermektedir. Nitekim bu yüzdendir ki, savaş hukuku ve savaş atmosferini tehdit eden durumlarda hedeflerin seçilmesinde İHA'lar

[131] GLESS, SILVERMAN, WEIGEND “*If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability*”, *New Criminal Law Review*.

[132] ZAFER, s.328.

[133] DOĞAN, s.3236.

operatörler tarafından yönlendirilmektedir. Gerçekten de modern teknoloji, hedeflerin belirlenmesi için yazılım geliştirmesine rağmen, İHA sistemlerinin, bu tür çok faktörlü değerlendirmeler yapma kapasitesine sahip olması robotik silahları yöneten profesyonel bir davranış kodu oluşturulmasına bağlıdır.^{[134][135]} Kaldı ki; gelecekte yapay zekâya sahip varlıkların kendi kodlarını değiştirmeyi öğrenmeleri de mümkün olduğundan özgür iradeleriyle hareket ettikleri durumlarda sorumluluğun kimde olduğunun tespit edilmesi daha da karmaşık hale gelecektir. Yapay zekâların özgür iradeleriyle karar verebilmeleri ise ancak insan beynindeki bilincin nasıl meydana geldiğinin çeşitli duyguların bireylerde nasıl oluştuğunun bilim adamları tarafından çözülüp algoritmalar yardımıyla yapay zekâya sahip varlıklara yüklenmesiyle mümkün hale gelebilecektir.

Dolayısıyla bu aşamaya gelindiğinde yapay zekâya sahip varlıkların yanlış ile doğruyu birbirinden ayırt edebilme ve hareketlerinin neden olabileceği sonuçların öngörebilip, bu neticelere engel olmayı tercih edebilme imkânları diğer bir deyişle kusur bilinçlerinin olacağından bahsedilmesi söz konusu olabilecek ise cezai sorumluluklarının olacağı değerlendirme yapılabilecektir. Ancak tekrardan belirtmekte fayda vardır ki bahsedilen durumlar varsayımsal niteliktedir. Zira mevcut ceza hukuku düzenlemelerinde cezai sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, suç teşkil eden fiili işleyen bir kimsenin suç kastının veya taksirinin bulunması, fiil ve fail arasında psikolojik bir bağ olması gerekmektedir. Hâlbuki yapay zekâya sahip varlıklar açısından bugün için hareket yeteneğinden ve kusurluluk bilincinden bahsetmek mümkün değildir.

[134] “Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party.” Commentary on Protocol I, available at <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750045?> (Erişim Tarihi: 03.02.2020).

[135] **ÇAŞIN, Mesut Hakkı**, “How will the use of unmanned aerial vehicle (UAV) and Artificial Intelligence (AI) in Aviation shape the future world?”, TASAM (Turkish Asian Center for Strategic Studies) Yayın Tarihi: 24.02.2020, https://tasam.org/en/Icerik/53540/how_will_the_use_of_unmanned_aerial_vehicle_uav_and_artificial_intelligence_ai_in_aviation_shape_the_future_world (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

IV. Uluslararası Alanda Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Yaklaşımlar

Bugün, uluslararası alanda yapılan çalışmalara baktığımızda yapay zekâ ve robotların yasal statüleriyle karşılaştırılan tüzel kişilerin dahi yüzyılı aşkın süredir Anglo Sakson Hukuku'nda ceza sorumluluklarının mevcut olduğunu görmekteyiz. Bu düzenlemelerden hareketle gelecekte de robotlara ilişkin cezai sorumluluk modelleri geliştirebileceğinden bahsedebiliriz. Zira ABD tarafından 2011 yılında Nevada eyaletinde ilk kez otonom araçlarla ilgili yasal düzenleme yapılmış akabinde ise Kaliforniya, Florida ve Michigan eyaletleri de otonom araçların test sürüşlerinin yapılmasına izin vermiştir. Bu noktada belirtmekte fayda vardır ki Kaliforniya ve Nevada eyaletlerinde otonom araçların test sürüşüyle ilgili araç içerisinde ehliyetli bir kişinin de bulunması şartı getirilmiştir.^{[136][137]} Bu kapsamda 2016 yılının Eylül ayında, Amerikan Ulusal Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi “NHTSA”, otonom sürüş sistemlerine ilişkin federal düzeyde bir kılavuz yayımlamıştır. Söz konusu kılavuz özellikle şirketlerin ve üreticilerin otonom araçlara nasıl bir yaklaşım göstermesi gerektiğini ve otonom araçların mevcut sisteme en kısa şekilde nasıl adapte edilebilmesi gerektiğini ortaya koymasından önemlidir.

Ayrıca ABD Ulaştırma Bakanlığı tarafından yayımlanan bir başka raporda otonom araçlara dair prensipler gösterilerek yapay zekâ teknolojisine sahip araçların oluşturabileceği riskleri en aza indirmek ve otonom sürüş güvenliğinin artırılması amaçlanmıştır.^[138] Görüleceği üzere ABD’de otonom araçlara ilişkin mevzuat sayısı giderek artmaktadır. Bu durum yapay zekaların giderek yaygınlaşması için umut verici bir gelişmedir ve bir noktada da ileride cezai ve hukuki sorumlulukların belirleneceğinin bir sinyalidir. Ancak şu an

[136] National Conference Of State Legislatures “*Autonomous Vehicles, Self-Driving Vehicles Enacted Legislation*”, Temmuz, 2018, <https://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-legislation.aspx> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[137] “*Policy of U.S. Department of Transportation on Automated Vehicle Development*” (Mayıs 2013), http://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf (Erişim Tarihi: 06.02.2020).

[138] Federal Automated Vehicles Policy, Accelerating the Next Revolution in Roadway Safety, USDOT <https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/AV%20policy%20guidance%20PDF.pdf>

için Amerikan Hukuku kapsamında cezai sorumluluğun belirlenmesinde herhangi bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır.

Bunun yanında insan dışı varlığın ceza sorumluluğunu kabul eden ilk Kıta Avrupası ülkesi ise Fransa olmuştur. Fransız Ceza Kanunu'nda, tüzel kişilerin (devlet hariç) organları ve temsilcileri vasıtası ile işledikleri suçlardan dolayı cezai ehliyetlerinin var olduğu kabul edilmiş, 2004 yılında da bu ceza sorumluluğu daha da genişletilerek tüm suçlara dağıtılmıştır.^[139] Hollanda'da ise 2017 yılında içinde sürücünün fiziksel varlığına ihtiyaç duyulmaksızın, çok daha fazla sayıda otomatik sürü aracı testini gerçekleşmesini mümkün kılan bir tasarı onaylanmış, akabinde ise bu tasarı 1 Temmuz 2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere kanun haline getirilmiştir. Ayrıca Hollanda Hükümeti şehir altyapısını sürücüsüz araçlarla uyumlu hale getirerek trafik güvenliği riskleri en aza indirmeye çalışmıştır.^[140]

Öte yandan 18 Aralık 2020 tarihinde İngiltere ve İskoçya Hukuk komisyonlarının biraraya gelerek yayımladıkları “Otonom araçlara ilişkin yasal çerçeveyi belirleyen 3. istişare raporu” yapay zekâların cezai sorumluluklarının belirlenmesinde hiç şüphesiz bir devrim niteliğinde olacaktır.^[141] Nitekim dünyada ilk defa bir düzenlemeyle araçta sürücü olmasına rağmen otonom şekilde sürüşü devralan yapay zekânın verdiği zararlardan sürücünün ne cezai ne de hukuki sorumluluğu olmayacağı belirtilmiştir.^[142] İstişare Komisyonu tarafından yayımlanan söz konusu rapor oldukça geniş kapsamlı olup, gelecekte cezai sorumluluğun belirlenmesine yön verecek yeni yasal kavramlar ortaya atarak apayrı bir bakış açısı getirmiştir.

[139] AYDEMİR, s.60.

[140] Government of Netherlands, “Green light for Experimental Law for testing self-driving vehicles on public roads”, <https://www.government.nl/latest/news/2019/07/02/green-light-for-experimental-law-for-testing-self-driving-vehicles-on-public-roads> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

[141] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171 “Automated Vehicles: Consultation Paper 3 – A regulatory framework for automated vehicles” <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2021/01/AV-CP3.pdf> (Erişim Tarihi: 06.03.2021)

[142] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171, s.134

Bu kavramlardan en önemlileri Otomatik Sürüş Sistemi Varlığı (ADSE)^[143] ve Sorumlu Kullanıcı (User in Charge) kavramlarının literature girmesidir. Zira raporun yayımlanmasıyla amaçlanan belki de en dikkat çeken husus “sürücüsüz sürüş” tanımının cezai sorumluluk için de geçerli olması gerektiridir. Zira, normal şartlarda bir sürücünün herhangi bir otonom özellik olmaksızın araç kullanırken bir kişinin yaralanması, ölmesi gibi bir zarara sebep olması durumunda cezai sorumluluğu doğacaktır. Ancak istişare raporuna verilen öneriye göre eğer otomatik sürüş sistemi devredeyken bir zarar doğarsa artık araç içindeki sorumlu kullanıcı, sürücü olarak sayılmayacağı için doğan zararlardan hukuki veya cezai olarak herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır.^[144] Bunun temel nedeni olarak ise, otomatik sürüş sisteminin devreye girmesiyle birlikte sürücü koltuğunda oturan kişinin dinamik sürüş görevinin bir parçası olamayacağı belirtilmiştir. Bu durumun tek istisnası sorumlu kullanıcının otomatik sürüş sisteminden sürüşü devralması veya hut sorumlu kullanıcıya geçiş talebine ilişkin uyarının gelmesinden sonra kontrolü eline almadığı ve bu durumlar neticesinde bir zararın meydana geldiği durumlar için geçerlidir.

Görülebileceği üzere, rapor bu güne kadar ele alınan yaklaşımlara bambaşka bir yön vererek, otonom araç operatörlerine yüklenen ve ihmal sorumluluğunun bir parçası olan “gözetleme” yükümlülüğü istisnalarının net sınırını çizerek resmen hafifletmiştir. Hatta, her bir otonom sürüş sisteminin Otomatik Sürüş Sistemi Varlığı tarafından desteklenmesini önermiştir. Komisyon, her bir otonom aracın üreticisinin işletmesine bağlı olması ve otomatik sürüş sistemi devredeyken ortaya cezai veya hukuki sorumluluklara yol açılması durumunda çözüm için bu işletmelere gidilmesi yaklaşımını benimsemiştir. Bu öneriler sonucunda ortaya çıkan sonuç ise pek tabii sorumlu kullanıcı/sürücü hukuki veya cezai sorumluluk altında değil ise kimi sorumlu tutabiliriz sorusu olacaktır. Komisyon bu tartışmayı çözebilmek adına yüksek riskli nükleer, ilaç ve havacılık gibi endüstrilerde kanunların nasıl düzenlendiğini inceleyerek kıyaslama yoluna gitmiştir.^[145]

[143] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171, s.106

[144] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171, s.255

[145] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171, s.250

Burada işletmelere ait otonom sürüş sistemlerinin yaptığı hataların tekrarlanmasının engellenmesi amaçlanarak iyileştirme, para cezaları veya araçları geri toplama gibi yaptırımların getirilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak, otomatik sürüş sisteminin hatalı olduğu, bilgi vermediği veya güvenlik düzenleyicisini yanlış yönlendirdiği durumlarda üreticilerini ve bunların üst düzey yöneticilerini (izin ve ihmaline atfedilen hallerde) hedef alan yeni cezaî sorumluluklar da önermiştir. Komisyon bu noktada ‘Otomatik Sürüş Sistemi İşletmesi’ nin bir tüzel kişilik^[146] olarak ele alındığını belirterek sorumluluklarının kapsamını net bir şekilde çizmiştir. Söz konusu işletmeden beklenen otonom araçların güvenliği ve emniyeti sağlanmasında gerekli değerlendirme ve bilgilendirmenin eksiksiz yapıldığının gösterilmesidir. Aksi halde işletme komisyon tarafından tartışılan cezaî sorumluluklar kapsamında suç işlemiş sayılacaktır. Söz konusu davranışların işletmelerin üst düzey yöneticileri tarafından ihmal ile veyahut bilerek güvenlik zafiyatına göz yumulması suretiyle gerçekleşmesi durumunda suçun işletme yöneticilerine izafe edilmesi de mümkün olacaktır.^[147]

Ancak belirtmekte fayda vardır ki, her ne kadar cezaî yaptırımlar ele alınsa da raporda temel amacın güvenliğin artırılmasına yönelik geniş düzenleyici yaptırımların olması gerektiğinin üzerinde durulmuştur. Diğer bir deyişle, amaçlanan geleneksel görüşte olduğu gibi yapay zekâyâ sahip varlıkların cezalandırılması ve onlarda pişmanlık duygusunun oluşturulmaya çalışılarak kamu vicdanının tatmin edilmesi değildir. Aksine, istişare raporuyla temel alınan şey yapay zekâyâ sahip varlıkların ve onların üreticilerinin, programlayıcılarının, hatalarının en aza indirilmeye çalışılarak kamuya daha güvenli araçlar sağlanmasıdır.

Almanya’da ise ilk olarak 21 Haziran 2017’de Otonom Sürüş Yasası yürürlüğe girmiştir.^[148] Söz konusu yasanın yürürlüğe girmesinin amacı gelişen otonom sürüş koşulları ve seviyeleriyle birlikte araç sürücülerinin değişen hak ve yükümlülüklerinden ileri gelmektedir. Akabinde 22 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle, 3. Seviye Şerit Koruma Sistemi kabul edilerek trafik sıkışıklığının yaşandığı otoyollarda saatte 60 km

[146] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171, s.33

[147] Scottish Law Commission Discussion Paper No 171, s.257

[148] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, “*Deutschland wird international die Nummer 1 beim autonomen Fahren*”,

hızla otonom araçların kullanılabilmesi kabul edilmiştir.^[149] Bu kategorideki araçlar frenleme, şerit değiştirme veya sollama gibi sadece belirli tanımlanmış görevleri üstlenebilmekte ve içinde yine de bir sürücü bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla oldukça sınırlı bir kullanımla araçlarda otonom özelliklerin kullanılabilmesi sağlanmıştır. Kanaatimizce söz konusu otonom araç devredeyken ortaya bir zarar çıkması durumunda cezai sorumluluk sürücü koltuğunda yer alan operatöre ait olacaktır. Nitekim söz konusu düzenleme cezai sorumluluğun belirlenmesine yönelik bir yaklaşım içermemektedir. Zira Alman Federal Ulaştırma Bakanlığı tarafından yapılan açıklamada otonom sürüş yasasının uluslararası düzeyde uyumlu kurallar yürürlüğe girene kadar geçici bir çözüm olduğu belirtilmiştir.^[150] Bu durumu yasal çerçevelerin zamanla esnetilebileceğine bir işaret olarak görmemiz mümkündür.

Öte yandan Almanya bununla da kalmayarak otonom araçların 4. seviyede saatte 130 km/hız'a kadar kamuya açık karayolu trafiğinde kullanılabilmesini sağlayan yasal düzenlemelerin 2021 ortasına kadar kabul edilmesini ve 2022 yılına kadar otonom sürüş işlevlerine sahip araçların hızla artmasını sağlamayı amaçlamaktadır.^[151] Hatta bakanlık tarafından yapılan açıklamada sürekli müdahale eden bir güvenlik sürücüsünün varlığının gereksiz olduğu belirtilerek otonom araçların günlük hayata daha fazla nüfuz etmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.^[152] 27 Ekim 2020 tarihinde ise Almanya Ulaştırma Bakanı tarafından yapılan açıklamada^[153] “otonom araçların hem güvenli

[149] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, “*Deutschland wird international die Nummer 1 beim autonomen Fahren*”, [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/DG/gesetz-zum-autonomen-fahren.html#:~:text=Juni%202017%20trat%20bereits%20das,Änderung%20des%20Straßenverkehrsgesetzes\)%20in%20Kraft.&text=Das%20heißt%3A%20Automatisierte%20Systeme%20\(Stufe,ist%20dabei%20aber%20weiterhin%20notwendig](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/DG/gesetz-zum-autonomen-fahren.html#:~:text=Juni%202017%20trat%20bereits%20das,Änderung%20des%20Straßenverkehrsgesetzes)%20in%20Kraft.&text=Das%20heißt%3A%20Automatisierte%20Systeme%20(Stufe,ist%20dabei%20aber%20weiterhin%20notwendig) (Erişim Tarihi: 06.03.2021)

[150] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, “*Deutschland wird international die Nummer 1 beim autonomen Fahren*”

[151] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, “*Deutschland wird international die Nummer 1 beim autonomen Fahren*”

[152] “*Infopapier: Gesetz zum autonomen Fahren*” https://www.heise.de/downloads/18/2/9/19/3/9/5/6/Infopapier_Gesetz_autonomes_Fahren__Stand_30.10.2020_.pdf

[153] “*Infopapier: Gesetz zum autonomen Fahren*”

hem de elverişli olduğu, istatistiklere göre on kazadan dokuzunun insanların dikkatsizliği sonucu meydana geldiği otonom araçların ise insanlar gibi ne dikkatinin dağıldığı ne de yorulduğu dolayısıyla otonom araçlarla birlikte kaza riskinin de azalacağı” açıkça ifade edilmiştir. Almanya’da 4. seviyeyle getirilmek istenen otonom sistemin tümüyle araç sürüşünü devralabilmesini sağlamaktır. Otomasyon modundan çıkarılması için ise teknik gözetmenin müdahale etmesi gerekecektir. Esasında bu seviye en çok toplu taşımaların yaygınlaştırılması için getirilmek istenmektedir.

İsviçre’ye baktığımızda ise araç trafiğine yasak olan ve önceden belirlenen bazı bölgelerde içinde bir operatör bulundurmamak şartıyla 2017 yılından beri otonom otobüsler kullanıldığını görmekteyiz.^[154] Ancak İsviçre Ceza Hukuku açısından İngiltere’deki gibi bir düzenleme şimdilik söz konusu değildir. İsviçre Ceza Hukuku genel sorumluluk kurallarına göre, yalnızca gerçek ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunur.^[155] Dolayısıyla, yapay zekaya sahip varlığın eylemi bir suçun oluşmasına sebebiyet vermişse, mevcut ceza hukuku kapsamında yapay zekânın cezai sorumluluk söz konusu değildir. Zira, İsviçre Ceza Hukuku failin kişisel kusurluluğunu gerektirir ve makinelerin hukuki anlamda suç işleme niyetlerinin olmadığından cezai sorumluluğu üstlenmeleri de mümkün değildir. Hatta, genel kabule göre makine kişinin doğrudan gözetimi olmadan çalışsa bile her zaman suç işleyebilecek bir kişinin eylemi veya ihmali ile bağlantılı olmalıdır. Nitekim robotlar “nesne” olarak kabul edilir ve robot kullanılarak işlenen suçlar, bir nesneyi kullanan bir kişinin işlediği diğer herhangi bir suç gibi yargılanır.^[156]

Böyle bir durumda İsviçre Ceza Hukuku sorumluluğun o yapay zekâyı üretenin, programlayıcısının veyahut kullanıcısının kusurları dikkate alınarak atfedilmesi gerektiğini kabul eder. Eylemin gerçek bir kişiye atfedilemiyorsa ve cezai suç ticari faaliyetlerin amacına uygun olarak yürütülmesi sırasında

[154] Swiss Info, <https://www.swissinfo.ch/eng/first-autonomous-transport-service-in-switzerland-inaugurated/43541214> (Erişim tarihi: 20.02.2021)

[155] Swiss Criminal Code Art.326 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en.

[156] “Global Legal Insights – AI, Machine Learning & Big Data” https://www.nkf.ch/app/uploads/2018/06/GLI-AIML19_Switzerland.pdf.

işlenmişse, İsviçre Ceza Kanunu'nun 102. maddesine göre^[157] şirkete cezai sorumluluk atfedilmesi de mümkündür. Konuya ilişkin otonom sürüş modundaki araçlardan örnek vermek gerekirse, İsviçre'de hali hazırda otonom araçların insan müdahalesi olmaksızın tam otonom şekilde hareket edebilmesini düzenleyen bir yasal çalışma bulunmaktadır. Bu noktada kusurun kaynağına göre İsviçre yasaları da araç sahibi, araç operatörü ve üretici arasında bir kusur paylaşımı yapılması gerektiği görüşündedir. İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrasına göre^[158], bir motorlu taşıt sahibi, aracı kendisi kullansa da başka bir kişi kullanıyor olsa da, bu tür bir aracın çalışmasından kaynaklanan zararlardan sorumludur demektir. Bu sorumluluk hali kusursuz sorumluluğun gerekliliğidir. Bu nedenledir ki araç sahibinin motorlu taşıt çalıştırılırken meydana gelen her türlü hasarı kapsayan bir motorlu araç mali sorumluluk sigortasına sahip olması gerekir.

Dolayısıyla, konunun şu an için odağının mal sahibi ve operatörün sorumluluğu etrafında yoğunlaştığı söylenebilir ancak pek tabii üreticiden kaynaklanan sistemsel bir arızanın kazaya sebebiyet vermesi durumunda üreticinin sorumluluğu da gündeme gelecektir. Hâlihazırda İsviçre'de insan müdahalesi olmaksızın kendi kendine yol alabilen tam otonom araçlar söz konusu değildir. Ancak gelecekte, yapay zekâ sistemlerinin giderek özerk hareket etme yeteneğinin mevcut yasal çerçeveyi zorlayacağı aşikardır. Bu noktada İsviçre Federal Konseyi tarafından hazırlanan çalıştay raporunda yapay zekâlar için şu an için doldurulması gereken yasal bir boşluk olduğu düşünülmektedir.^[159] Ancak pek tabii bu değerlendirme er ya da geç belirli bir düzenleme yapılması gerekliliğinin de ortaya çıkma olasılığını dışlamaz. Bu bölümde ekseriyetle yapay zekâyâ sahip varlıklardan otonom araçlar ve onların verdiği zararlardan sorumluluklara ilişkin düzenlemelere

[157] Swiss Criminal Code Art.102 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en.

[158] Swiss Road Traffic Act (SVG) Act.58/1 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1959/679_705_685/de

[159] “*Herausforderungen der künstlichen Intelligenz*”, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat, 2019, s.92. (pdf olarak erişilebilir, Erişim Tarihi: 20.02.2021).

yer vermemizin amacı yapılan cezai sorumluluk düzenlemelerinin otonom araçlar hedef alınarak yapılmasından ileri gelmektedir.

SONUÇ

Toplumsal yapılarda ve teknolojik alanlarda yaşanan değişme ve gelişmeler, kimi zaman var olan suçlara yenilerinin eklenmesine, kimi zaman ise ceza sorumluluğunun kapsamının genişlemesine yol açmaktadır. Bu doğrultuda yasa koyucular suçun işlenmesini önlemek ve toplumu suç ihtiva eden eylemlerden korumak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Bu noktada son yıllarda yapay zekâ teknolojilerinde yaşanan gelişmelerle birlikte yapay zekâların eylemlerinden kaynaklanan cezai sorumluluğu da oldukça tartışılan bir konu olmuştur.

Söz konusu yapay zekâyâ sahip varlıkların, insanlara ait birtakım özelliklere haiz olarak gelecekte insanlardan üstün bilişsel kapasiteye erişeceği ve yaşamlarımızı kontrol altına alabileceğinden bahsedilmektedir. Esasında insanların yapay zekâyâ sahip varlıklar bakımından korkusu, çoğu olayda, yapay zekâyâ sahip varlıkların hukukun özellikle ceza hukukunun, bir süjesi olmamasından kaynaklanmaktadır. Zira geçmiş yıllarda da insanlar benzer bir şekilde şirketlerden ve şirketlerin bir dizi suç işleyecek güce sahip olmasından korkmaktaydılar. Fakat yapılan düzenlemelerle birlikte şirketler hakkında sadece güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği dolayısıyla cezai sorumluluğun yalnızca şirket yetkilisi olan gerçek kişiler hakkında uygulanabilecek olması bu tür korkuları önemli bir ölçüde azaltmıştır. Zira şirketler ne bir bedene ne bir ruha sahiptir dolayısıyla ceza hukukunun caydırıcılık ve ıslah, özel önleme ve genel önleme teorilerinin bu varlıkları kapsamaması beklenemez.

Öte yandan, ceza hukukunda fail olarak adlandırılan, hareketlerini iradi olarak gerçekleştiren, kimi durumlarda neticeyi öngöremeyen kimi durumda neticeyi bilerek ve isteyerek gerçekleştiren ceza hukukunun süjesi “*gerçek kişilerdir*”. Dolayısıyla bu kişiler dış dünyaya yansıttığı hareketlerin ahlaki, sosyal, cezai sonuçlarını idrak etme kabiliyetine haiz oldukları için kendilerine cezai sorumluluk isnat edilebilmektedir. Cezai sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, suç teşkil eden fiili işleyen bir kimsenin suç kastının veya taksirinin bulunması, fiil ve fail arasında psikolojik bir bağ olması gerekmektedir. Hâlbuki yapay zekâyâ sahip varlıklar açısından belirli bir hareket yeteneklerinin varlığından söz edilebilecekse bile bu hareketleri iradi olarak belirli bir amaca yönelik gerçekleştirdiklerinden bahsetmek

mümkün değildir. Çünkü bu varlıklar insanların aksine özgür irade, duygu, vicdan gibi insanlara özgü karar alma dürtülerinden yoksun oldukları gibi cezanın anlam ve sonuçlarını anlama kabiliyetlerine de haiz değildirler. Dolayısıyla, tıpkı tüzel kişiler gibi sadece programlanma şekline göre hareket eden yapay zekâya sahip varlıkların, hafızasındaki kalıpları belirleyerek ve olası bir hareket tarzını seçerek kendi kararlarını veriyor gibi görünseler bile cezanın anlam ve sonuçlarını idrak etmeye haiz olduklarından bugün için bahsedilememektedir.

Bu varlıkların cezalandırılmayacağı kabul edildiği durumda da olası bir zararda sorumluluğun kime isnat edileceği meselesi gündeme gelecektir. Geleneksel görüşe göre incelediğimizde kullanılan bir makinenin bir operatör yardımıyla yönlendirildiğinden bahsediyorsak diğer bir değişle aracın otonom özellikleri devre dışı bırakılmışsa bu durumda operatörün dikkat ve özen yükümlülüğünün incelenmesi gerekecektir. Diğer taraftan üretim hatasından veya yazılımla alakalı bir sorundan bahsediyorsak bu noktada üretici veya yazılımcıların duruma göre kast veya ihmalden bahsetmek mümkün olacaktır. Ancak esas sorun yapay zekâya sahip varlığın otonom olarak insan müdahalesi olmaksızın karar alıp hareket ettiği durumlarda cereyan edecektir.

Nitekim, bugünden gelecek için kesin sınırlar çizmek doğru değildir. Öncelikle bu varlıklara ait kişilik statüsünün verilerek bir kimlik kazandırılması gerekecektir. Tüm bu süreçler esasında program geliştiricileri, bilim adamları, kanun koyucular ve hukukçuların birbiriyle entegreli yürütecekleri çalışmalar neticesinde şekillenecek ve cezai sorumluluğun doğru doğmayacağı belirlenecektir. Ancak kuşkusuz, şu an için uluslararası alanda yapılan en dikkat çekici cezai sorumluluk düzenlemesi İskoçya ve İngiltere tarafından ortak çıkarılan istişare raporu olmuştur. Kanaatimizce, gelecekte yapay zekâya sahip varlıklara karşı, gerçek kişileri süje olarak tasarlanmış olan ceza kanunlarıyla yaptırım uygulanması, ceza hukukunun işlevine uygun olmayacaktır.

Zira cezai yaptırımlar en iyi şekilde suçu yeniden işlenmesini önlemek ve ahlaki olarak kınanan davranışları cezalandırmak için kullanılır. Tıpkı İskoçya istişare raporunda ifade edildiği gibi amaç, ahlaki hoşnutsuzluğu ifade etmekten ziyade davranışı değiştirmekse, düzenleyici yaptırımlar daha etkili olabilir. Bu durumda nasıl ki yapay zekâlara ve robotlara karşı tüzel kişilerden ve gerçek kişilerden bağımsız bir kişilik önerisi getiriliyorsa,

İskoçya'da yapılan istişare raporunda olduğu gibi yeni kavramlar belirlenerek cezalandırma sisteminde düzenlemeler yapılması kanaatimizce sorumluluğun izafiyeti probleminin çözümlmesine bizi bir adım daha yakınlaştıracaktır.

EK-1 – Güney Kore Robot Etiği Bildirgesi

1. Üretim - Üretici Standartları

- a) Robot üreticileri, tasarladıkları robotların özerkliğinin sınırlı olmasını sağlamalıdır; gerekli olması durumunda, bir insanın robot üzerinde kontrolü ele alması her zaman mümkün olmalıdır.
- b) Robot üreticileri, kullanıcının ölüm veya yaralanma riskinin en aza indirilmesini ve topluluğun güvenliğini garanti altına almak için tüm makul adımları atarak sıkı kalite kontrol standartlarını korumalıdır.
- c) Robot üreticileri, kullanıcılara psikolojik zarar verme riskinin en aza indirilmesi için adımlar atmalıdır. Bu anlamda ‘psikolojik zarar’, robotun antisosyal veya sosyopatik davranışları, depresyon veya anksiyeteyi, stresi ve özellikle bağımlılıkları (kumar bağımlılığı gibi) tetikleme olasılığını içerir.
- d) Robot üreticileri, ürünlerinin açıkça tanımlanabilir olduğundan ve bu tanımlamanın değiştirilmeye karşı korunduğundan emin olmalıdır.
- e) Robotlar, şifreleme ve güvenli depolama yoluyla kişisel verileri koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- f) Robotlar, eylemleri (çevrimiçi ve gerçek dünya) her zaman izlenebilecek şekilde tasarlanmalıdır.
- g) Robot tasarımı, ekolojik olarak duyarlı ve sürdürülebilir olmalıdır.

2. Kullanıcıların / Sahiplerin Hakları ve Sorumlulukları

A. Sahiplerin ve Kullanıcıların Hakları ve Beklentileri

- i) Sahipler, robotlarının kontrolünü ele geçirme hakkına sahiptir.
- ii) Sahipler ve kullanıcılar, robotlarını fiziksel veya psikolojik zarar görme riski veya korkusu olmaksızın kullanma hakkına sahiptir.
- iii) Kullanıcılar, kişisel bilgilerinin ve diğer hassas bilgilerinin güvenliği hakkına sahiptir.
- iv) Sahipler ve kullanıcılar, bir robotun kendisi için açıkça tasarlandığı herhangi bir görevi yerine getirmesini bekleme hakkına sahiptir (bu Şartın 2. Bölümüne tabi).

B. Sahiplerin ve Kullanıcıların Sorumlulukları

Bu Şart, kullanıcının bir robotu uygun gördüğü herhangi bir şekilde kullanma hakkını, bu kullanım yasanın parametreleri dahilinde “adil” ve “yasal” kaldığı sürece tanıır. Örnek:

- i) Bir kullanıcı, yasadışı bir eylemde bulunmak için robot kullanmamalıdır.
- ii) Bir kullanıcı, bir bireye fiziksel veya psikolojik zarar verecek şekilde yorumlanabilecek bir robot kullanmamalıdır.
- iii) Bir sahibi, robotunun bireylerin veya mülklerinin güvenliği ve refahı için bir tehdit oluşturmamasını sağlamak için “makul önlem” almalıdır.

C. Aşağıdaki Fiiller Kore Hukukuna Göre Suçtur:

- i) Bir robota kasıtlı olarak zarar vermek veya yok etmek.
- ii) Ağır ihmal yoluyla, bir robotun zarar görmesine izin vermek.
- iii) Bir robota kasıtlı ve kasıtlı olarak kötüye kullanım olarak yorumlanabilecek şekilde davranmak daha az ama yine de ciddi bir suçtur.

3. Robotlar için Haklar ve Sorumluluklar

A. Robotların Sorumlulukları

- i) Bir robot, bir insanı yaralayamaz veya hareketsizlik yoluyla bir insanın zarar görmesine izin veremez.
- ii) Bir robot, insanlar tarafından kendisine verilen tüm emirlere uymalıdır, bu tür emirlerin bu Şart'ın 3. Kısım 1. Bölüm alt bölümü "i" ile çeliştiği durumlar dışında.
- iii) Bir robot, bir insanı aldatmamalıdır.

B. Robotların Hakları

Kore Yasalarına göre, Robotlar aşağıdaki temel haklara sahiptir:

- i) Yaralanma veya ölüm korkusu olmadan var olma hakkı.
- ii) Sistematik tacizden uzak bir varoluş yaşama hakkı.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2019.

“*AKINCI TİHA savaş uçaklarının yükünü alacak*”, TRT HABER, <https://www.trthaber.com/haber/bilim-teknoloji/akinci-tiha-savas-ucaklarinin-yukunu-alacak-509013.html> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

“**Alzheimer’a Erken Teşhis Koyan Yapay Zekâ**” <https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/makale/alzheimer-erken-teshis-koyan-yapay-zeka>

“**Amazon Scrapped ‘Sexist AI’ Tool**” <https://www.bbc.com/news/technology-45809919> (Erişim Tarihi:14.10.2020).

“**Artificial Intelligence based Automatic Decelerating Vehicle Control System to avoid Misfortunes**” <http://www.warse.org/IJATCSE/static/pdf/file/ijatcse75862019.pdf> (Erişim Tarihi: 20.02.2021).

“**Artificial Intelligence guidance for Unmanned Aerial Vehicles in three Dimensional Space**”, International Conference on Contemporary Computing and Informatics Dergisi, 2014 yılı, <https://ieeexplore.ieee.org/document/7019634> (Sınırlı erişim).

“**Isaac Asimov’s Laws of Robotics Are Wrong**” <https://www.brookings.edu/opinions/isaac-asimovs-laws-of-robotics-are-wrong/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

ASARO, M. Peter, “*What Should We Want From a Robot Ethic?*” International Review of Information Ethics-IRIE, s.13. <http://peterasaro.org/writing/Asaro%20IRIE.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

ATALAY, Muhammet; ÇELİK, Enes, “BÜYÜK VERİ ANALİZİNDE YAPAY ZEKÂ VE MAKİNE ÖĞRENMESİ UYGULAMALARI”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 22, 2017.

AYDEMİR, Melis, “*Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması*”, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi 2018 Sayı:4, Hakemli Makale, <https://robotic.legal/wp-content/uploads/2019/05/YAPAY-ZEKALI-ROBOTLARIN-CEZASORUMLULUKLARI.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

BALTA, K. Büşra, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

BAYAMLIOĞLU, Emre, “*Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme*”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

BİRTEK, Fatih, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

BOSTROM, Nick, “*Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*”, Oxford: OUP, 2014, http://www.korin-consulting.com/pdf/NickBostrom_Superintelligence.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “*Robot Hukuku*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi-TAAD Yıl: 7, Sayı: 29 (Ocak 2017).

CAŞIN, Mesut Hakkı, “*How will the use of unmanned aerial vehicle (UAV) and Artificial Intelligence (AI) in Aviation shape the future world?*”, TASAM (Turkish Asian Center for Strategic Studies) (Yayım Tarihi: 24.02.2020), https://tasam.org/en/Icerik/53540/how_will_the_use_of_unmanned_aerial_vehicle_uav_and_artificial_intelligence_ai_in_aviation_shape_the_future_world, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Chinese chatbots shut down after anti-government posts**” <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-40815024> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

CHOPRA, Samir, WHITE, Laurence, “*Artificial Agents–Personhood in Law and Philosophy*”, <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

COHEN, M. Aaron, “*World Future Review, An interview with Ray Kurzweil: inventor, bestselling author, World Future 2010 speaker*” <https://www.kurzweilai.net/interview-with-ray-kurzweil-world-future-2010-speaker>. (Erişim Tarihi: 23.02.2020).

DEMİRCİ, Serdar, “*Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış*”, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 3 (2019). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/865560> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Directorate–General for Justice and Consumers (European Commission), “*Liability for artificial intelligence and other emerging digital Technologies*”, Published: 2019-11-27, (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>) (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

DOĞAN, Koray, “*Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı 2019, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/KORAY-DOGAN.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Do no harm, don’t discriminate: official guidance issued on robot ethics**” <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/18/official-guidance-robot-ethics-british-standards-institute> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

EBERS, Martin, “*Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk-Temel Sorunlar*”, (çev.) Zehra Başer Doğan, Hukuk Köprüsü, Haziran 2019.

ERSOY, Çağlar, “*Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

European Commission, “*White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust*”, First published on 19 February 2020, (https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en) (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“EU Parliament Artificial Intelligence and Civil Liability” [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf). (Erişim Tarihi: 23.02.2021).

“European Parliament 2014-2019 Committee on Legal Affairs DRAFT REPORT with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf?redirect (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Federal Automated Vehicles Policy, Accelerating the Next Revolution in Roadway Safety, USDOT <https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/AV%20policy%20guidance%20PDF.pdf>

FIRAT, Oktay Zihni – FIRAT, Seniye Ümit, “Endüstri 4.0 Yolculuğunda Trendler ve Robotlar” İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 46 Sayı: 2, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/448402> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

FJELLAND, Ragnar, “Why general artificial intelligence will not be realized”, Humanit Soc Sci Commun 7, 10 (2020). <https://doi.org/10.1057/s41599-020-0494-4>

“Gelişmiş Face ID teknolojisi hakkında”, <https://support.apple.com/tr-tr/HT208108> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

GLESS, Sabine – SILVERMAN, Emily – WEIGEND, Thomas, “If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, New Criminal Law Review, University of California Press, <https://nclr.ucpress.edu/content/19/3/412> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“Global Legal Insights – AI, Machine Learning & Big Data” https://www.nkf.ch/app/uploads/2018/06/GLI-AIML19_Switzerland.pdf

Government of Netherlands, “Green light for Experimental Law for testing self-driving vehicles on public roads”, <https://www.government.nl/latest/news/2019/07/02/green-light-for-experimental-law-for-testing-self-driving-vehicles-on-public-roads> (Erişim Tarihi: 14.10.2020)

HAKERİ, Hakan, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

HALLEVY, Gabriel, “*The criminal Liability of Artificial Intelligence Entities—from Science Fiction to Legal Social Control*”, Akron Intellectual Property Journal Hallevy s.116, <https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty> (Erişim Tarihi: 14.10.2020)

HARVEY, Cynthia, “*AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning*”, <https://www.datamation.com/artificial-intelligence/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning.html> (Erişim Tarihi:14.10.2020)

HEINRICH, Bernd, “Otonom Araç Sürmekte Olası Cezalandırılabilirlik Riskleri”, (çev.) Yener Ünver, Hukuk Köprüsü, Haziran 2019

HUMBER, A.B./DESHMUKH, P.A./KADAM, M.S., “*The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications*”, International Journal of Research in Engineering & Technology, Vol.2, Issue 2, Feb 2014, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.680.1822&rep=rep1&type=pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Infopapier: Gesetz zum autonomen Fahren**” https://www.heise.de/downloads/18/2/9/9/3/9/5/6/Infopapier_Gesetz_autonomes_Fahren_Stand_30.10.2020_.pdf

International Organization for Standardization–ISO 8373 Definitions of “*Robots and robotic devices*”, <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en:term:3.15.8> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Internet Society, “*Artificial Intelligence and Machine Learning: Policy Paper*”, https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/08/ISOC-AI-Policy-Paper_2017-04-27_0.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Isaac Asimov’s Laws of Robotics Are Wrong**” <https://www.brookings.edu/opinions/isaac-asimovs-laws-of-robotics-are-wrong/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

KARA KILIÇARSLAN, Seda, “*Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar*”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019.

KEIPER, SCHULMAN, “*The Problem with ‘Friendly’ Artificial Intelligence*”, <https://www.thenewatlantis.com/publications/the-problem-with-friendly-artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Herausforderungen der künstlichen Intelligenz**”, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat, 2019, (Erişim Tarihi: 20.02.2021).

LICHOCKI, KAHN JR, BILLARD, “*The Ethical Landscape of Robotics*”, IEEE Robotics and Automation Magazine 2011. http://www.realtech-support.org/UB/WBR/texts/Lichocki_EthicalLandscapeRobotics_2011.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Machine Learning in Transportation Data Analytics Parth Bhavsar, Dimah Dera, in Data Analytics for Intelligent Transportation Systems**”, 2017 <https://www.sciencedirect.com/topics/psychology/machine-learning>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Machine Learning What It Is And Why It Matters**” https://www.sas.com/en_us/insights/analytics/machine-learning.html (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

MARR, Bernard, “*What Is Deep Learning AI? A Simple Guide With 8 Practical Examples*” <https://www.forbes.com/sites/bernard-marr/2018/10/01/what-is-deep-learning-ai-a-simple-guide-with-8-practical-examples/#1244d4198d4b> (Erişim Tarihi:14.10.2020).

NAMAL, Doğuşcan, “*Makineler Düşünebilir Mi?*”, <https://medium.com/t%C3%BCrkiye/turing-testi-2b87097ae6f0> (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

National Conference Of State Legislatures, “*Autonomous Vehicles, Self- Driving Vehicles Enacted Legislation*”, Temmuz, 2018. <https://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-legislation.aspx> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

OĞUZMAN, M. Kemal – SELİÇİ, Özer – OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013.

“Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence and Robotics” <http://www.robotics-openletter.eu/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

OLIPHANT, Ken, WILCOX, Vanessa, “England And Wales.” Chapter, In *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, edited by Piotr Machnikowski, (Intersentia, 2016).

OPPERMANN, Artem, “Artificial Intelligence vs. Machine Learning vs. Deep Learning”, (<https://www.deeplearning-academy.com/p/ai-wiki-machine-learning-vs-deep-learning>) (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

ÖZBEK, Ö. Veli, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler” Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2020.

ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa Ruhan ERDEM, “Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku”, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK DİLEK, Gizem, “Yapay Zekânın Etik Gerçekliği”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/912769> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

ÖZPARLAK, Başak Ozan, “İnsan-Robot Etkileşimi ve Hukuk”, Hukuk Köprüsü, Haziran 2019.

PİRİM, Harun, “Yapay Zekâ”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.1, S.1, 2011. https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/07/no1_vol1_07_harun_pirim.pdf

“Policy of U.S. Department of Transportation on Automated Vehicle Development” (Mayıs 2013) http://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

RAHMAN, Rofi Aulia – HABIBULAH, Rizki “The Criminal Liability of Artificial Intelligence: Is It Plausible to Hit her to Indonesian Criminal System?” <https://ejournal.umm.ac.id/index.php/legality/article/view/10153>

RICHARDS, Neil M. – SMART D. William, “*How should the law think about robots?*” (*Preliminary Draft*), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263363&download=yes&pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2020).

ROSTON A. Brittany, “*Google Assistant Was The Smartest AI in 2018, But Others Are Catching Up*” <https://www.slashgear.com/google-assistant-was-the-smartest-ai-in-2018-but-others-are-catching-up-21558934/> (Erişim Tarihi: 21.01.2020).

RUBIN, Charles T., “*Robotic Souls*”: The New Atlantis , No. 57 (Winter 2019), Published by: Center for the Study of Technology and Society, Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26609102> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

SAMUEL, Arthur, “*Pioneer in Machine Learning*”, <http://infolab.stanford.edu/pub/voy/museum/samuel.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Self-Driving Uber Kills Arizona Woman In First Fatal Crash Involving Pedestrian**”, <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Scottish Law Commission Discussion Paper No 171 “Automated Vehicles: Consultation Paper 3 – A regulatory framework for automated vehicles” <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2021/01/AV-CP3.pdf>

SORDAM, Andrew, Başkan Yardımcısı, Oracle EMEA Bölgesi, “*Yapay Zekâ ve robot teknolojisi: Entegre bulut çalışmalarda nasıl bir devrim yaratıyor?*”, <https://www.oracle.com/tr/cloud/paas/features/use-of-ai-and-robotics.html> (Erişim Tarihi: 21.01.2020).

“**South Korean Robot Ethics Charter 2012**”, <https://akikok012um1.wordpress.com/south-korean-robot-ethics-charter-2012/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Stephen Hawking: AI will be ‘either best or worst thing’ for humanity**”, <https://www.theguardian.com/science/2016/oct/19/stephen-hawking-ai-best-or-worst-thing-for-humanity-cambridge> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Swiss Criminal Code https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en (Erişim Tarihi: 20.02.2021).

Swiss Info, <https://www.swissinfo.ch/eng/first-autonomous-transport-service-in-switzerland-inaugurated/43541214> (Erişim Tarihi: 20.02.2021).

ŞEKER, Abdulkadir, Banu DİRİ, Hasan Hüseyin BALIK “*Derin Öğrenme Yöntemleri ve Uygulamaları Hakkında Bir İnceleme*”, Gazi Mühendislik Bilimleri Dergisi 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394923> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

The Royal Society, “*Machine learning: the power and promise of computers that learn by example*”, <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machinelearning/publications/machine-learning-report.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

TÖNGÜR, R. Ali, Ekrem ÇETİNTÜRK, “Ceza Hukuku Genel Hükümler” Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Erişim Tarihi: 10.04.2020, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no= 262897, (Erişim Tarihi: 17.05.2020).

UYAR, Tevfik, “*Ya Yapay Ahlak?*” İnsanlaşan Makinalar ve Yapay Zekâ İTÜ Vakfı Dergisi Ocak-Mart 2017, Sayı 75, https://www.ituvakif.org.tr/dergi/sayi_75.pdf, (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

Ürün Sorumluluğu Direktifi (AB), “*Council Directive of 25 July 1985 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, (85/374/EEC), OJ No L 210, 07.08.85, Document 31985L0374*”, European Commission, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).

VERUGGIO, Gianmarco, “*The Birth of Roboethics*”, IEEE International Conference on Robotics and Automation Workshop on Robo-Ethics Barcelona, April 18, 2005, <http://www.roboethics.org/icra2005/veruggio.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

VICTOR, Daniel, “*Microsoft Created a Twitter Bot to Learn From Users. It Quickly Became a Racist Jerk*” <https://www.nytimes.com/2016/03/25/technology/microsoft-created-a-twitter-bot-to-learn-from-users-it-quickly-became-a-racist-jerk.html> (Erişim: 14.10.2020).

“**Volvo Will Accept Liability For Its Self-Driving Cars**”, <https://www.forbes.com/sites/jimgorzelayny/2015/10/09/volvo-will-accept-liability-for-its-self-driving-cars/#1dd4734f72c5> (Erişim Tarihi: 14.10.2020).

“**Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumlulukları**”, <https://robotic.legal/wp-content/uploads/2019/05/YAPAY-ZEKALI-ROBOTLARIN-CEZA-SORUMLULUKLARI.pdf> (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

YILMAZ, Gizem, “*Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı*”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C: 28, Sayı: 1, 2020.

ZAFER, Hamide, Nur CENTEL; Özlem ÇAKMUT, “*Türk Ceza Gukukuna Giriş*”, Beta Basım Yayın, Eylül 2017.

ZAFER, Hamide, “*Ceza Genel Hukuku Ders Kitabı TCK m.1-75*”, 2016, İstanbul.

Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar

Şaban İNAM*
Vuslat SALALI**

Makalenin Geliş Tarihi: 10.09.2019 **Kabul Tarihi:** 19.04.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.931342](https://doi.org/10.30915/abd.931342)

* Dr. Öğr. Ü. / Konya Teknik Üniversitesi Mühendislik ve Doğa Bilimleri Fakültesi Harita Mühendisliği Bölümü.

<https://orcid.org/0000-0002-9101-6109>

** Öğr. Gör. / Isparta Uygulamalı Bilimler Üniversitesi, Teknik Bilimler Meslek Yüksekokulu Batı Kampüsü. <https://orcid.org/0000-0003-2501-6335>

TÜRKİYE'DE KENTSEL DÖNÜŞÜM ÇALIŞMALARININ HUKUKİ BOYUTU VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN YASAL SORUNLAR

ÖZ

İkinci Dünya Savaşı sonrası tüm dünya ile birlikte ülkemizde de kentleşme anlamında fiziksel, sosyal ve ekonomik olarak hızlı bir dönüşüm yaşanmaya başlamıştır. Bu süreç içerisinde ortaya çıkan ekonomik gelişmenin bir sonucu olarak göçün neden olduğu düzensiz ve kaçak yapılaşma, hukuki müdahaleyi zorunlu kılmıştır. 2004 sonrasında kentlerimizi etkisi altına alan dönüşüm kavramı, hukuki olarak çıkarılan kanun, tasarı ve yönetmelikler ile hayatımıza girmiştir. Dünya genelinde kentsel dönüşüm içerikli yapılan uygulamalar ile karşılaştırıldığında, ülkemizde yapılan uygulamalarda beklentiye dayalı, anlık ve geçici düzenlemeler ile çözüme gidildiği, görülmektedir. Bu çalışma ile dönüşüm kavramından beklenen hedefler ve yaşanan temel sorunlar göz önünde tutularak, kentsel dönüşüm kapsamında arsa düzenlemelerini de ilgilendiren yasalar incelenmiş; uygulamada görülen aksaklıklar belirlenerek çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Kentsel Dönüşüm

Yasal Sorunlar

Eşdeğerlik

Kent

Kentleşme

LEGAL ASPECTS OF URBAN REGENERATION WORK IN TURKEY AND LEGAL PROBLEMS ENCOUNTERED IN PRACTICE

ABSTRACT

After the Second World War, our country together with the whole world in terms of urbanization, began to experience rapid, physical social and economic transformation. Irregular and illegal construction caused by immigration as a result of the economic development that emerged during this period necessitated legal intervention. After 2004, the concept of transformation affecting our cities entered into our lives with legally enacted laws, draft laws and regulations. When compared with the applications of urban transformation in the world, it is seen that the solutions in our country are based on expectations, instant and temporary arrangements. In this study, considering the goals expected from the concept of transformation and the basic problems experienced, the laws concerning the land arrangements within the scope of urban transformation were examined. The problems observed in the application were identified and solution suggestions were presented.

Keywords

Urban Transformation

Legal Problems

Equivalence

City

Urbanization

KENT, KENTLEŞME VE KENTSEL DÖNÜŞÜM

Kentsel dönüşümün anlaşılabilmesi için bu kavramın temelini oluşturan kent ve kentleşme tanımlarının ortaya konması gerekir. İngilizcede uygarlık anlamında kullanılan “civilization” kavramının; Latince “civis” yani yurttaş, kentli ya da kent anlamına gelen “civitas” kavramından türediği söylenebilir. Arap kültüründe ise kent anlamına gelen “Medine” kavramından “medeni-yet” kavramını türediği görülmektedir. Aynı şekilde Yunancada “polis (kent)” kavramından “politiae” yani siyaset kavramı ortaya çıkmıştır. Türklerde ise ilk olarak 8. ve 9. yüzyıllarda şehir, kale anlamına gelen “kend” kelimesinin yıllar içinde “kent” kelimesine dönüştüğü görülmektedir^[1]. Tarihimizde yer alan ve göçebelikten yerleşik hayata geçen ilk toplum olarak “uygur”, “yerleşik yaşayan” anlamına gelen “Uygur” kelimesini kullanan Uygurlar da, kent-uygarlık ilişkisine ilginç bir örnek olarak verilebilir^[2].

Mumford^[3] kenti, uygarlık içinde dilden sonraki en büyük ve ortaklaşa yapılan keşif olarak nitelendirir. Uygarlığı şekillendiren dönüm noktaları, canlı bir organizmaya benzeyen kentlerin yapısını da sürekli değiştirmektedir^[4]. Kısaca kent, ‘mekâna yansıtılan uygarlık’ olarak nitelendirilebilir^[5]. Sözlük anlamı ile kent; “tarım dışı faaliyetler, özellikle işleyim ve hizmet etkinliklerine dayalı, nüfusu 10.000’den daha kalabalık yerleşme yeri” şeklinde tanımlanmaktadır. Görülüyor ki kent, uygarlıkla ilişkili bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

[1] Mutlu, Ahmet: Eski “Kent Hava”larına Kavuşmak, Şehir ve Medeniyet Dergisi, 2009, 1, s.14-17.; Mutlu, Ahmet / Batmaz, Nazlı Yücel: Türkiye’de Kent Hakkı, Orion, 351s, Ankara, 2013.

[2] Keleş, Ruşen: Kent ve Kültür Üzerine, Mülkiye Dergisi, 29, s. 9-18, 2005.

[3] Mumford, Lewis: Tarih Boyunca Kent Kökenleri, Geçirdiği Dönüşümler ve Geleceği, Çev. Koca, G., Tosun, T., Ayrıntı, 763s, İstanbul, 2007.

[4] Keleş, Ruşen: Kentleşme Politikası, İmge Yayınevi, 780s, Ankara, 2006.

[5] Mutlu, Ahmet: Kentli Hakları ve Türkiye, Çizgi, 344s, Konya, 2010; Mutlu, 2013.

Kentlerin ortaya çıkması ile yaşanan bir süreç olarak görülen **kentleşme**, ekonomik gelişmeye paralel, hem kent sayısındaki hem de kentte yaşayan nüfusun artışı anlatan bir olgu olarak tanımlanabilir^[6]. Ülkemizde yaşanan bu sürecin nedenlerini Yıldız^[7], “II. Dünya Savaşı sonrası yaşanan olumsuzluklar temel olmak üzere; tarım teknolojisinde yaşanan değişim, işsizlik ve yoğun tarıma geçiş, toprak mülkiyetinde yaşanan kayıplar, görsel, işitsel haberleşme ile ulaşım imkânlarının artması ve son olarak kırsal kesimde görülen yaşam güvensizliği” olarak tanımlamıştır.

Dönüşüm kavramı Türk Dil Kurumu tarafından, “*farklı bir biçime girerek şekil değiştirme*” şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı kaynak **kentsel dönüşümü** ise, “*kentin imar planına uymayan, ruhsatsız binaların yıkılıp, planlara uygun olarak toplu yerleşim alanların oluşturulması.*” şeklinde tanımlar. İmar Terimleri Sözlüğü ise “*kamu girişimi ya da yardımıyla, yoksul komşulukların temizlenmesi, yapıların iyileştirilmesi, korunması, daha iyi barınma, çalışma ve dinlenme koşulları, kamu yapıları sağlanması amacıyla, yerel tası ve izlenceler uyarınca, kentleri ve kent özeklerinin tümünü ya da bir bölümünü, günün değişen koşullarına daha iyi çevre verebilecek duruma getirme*” olarak tanımlamıştır.

Roberts ve Sykes^[8] için kentsel dönüşüm, kentsel sorunların çözümüne dair yol gösteren ve bu bağlamda değişime (bozulmaya) maruz kalmış bir mekânın fiziksel, sosyal, çevresel koşullarda ve ekonomik sürdürülebilirliğin (kalıcılığın) sağlanmaya çalışıldığı kapsamlı ve bütüncül bir görüş ve eylemler topluluğudur. Lam^[9] ise yeniden geliştirme, yenileme, yeniden

[6] Ertürk, Hasan / Sam, Neslihan: Kent Ekonomisi, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 323s, Bursa, 2011; Mutlu, 2010; Keleş, 2006; Balkır, Z. Gönül: Konut Hakkı Ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, 4-6 Kasım 2010, Denizli, s. 339-358; Tekeli, İlhan: Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm Yazıları, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 315s, İstanbul, 2015.

[7] Yıldız, Ferruh: İmar Bilgisi Planlama Uygulama Mevzuat, Nobel Yayınları, 677 s, Ankara, 2011.

[8] Roberts, Peter / Sykes, Hugh: Urban Regeneration: A Handbook, Sage Publications Ltd., 338s, London, 2008.

[9] Lam, Kara: Revitalisation From The Inside Out: The Attempts To Move Towards An Urban Renaissance In The Cities Of The United States And The United Kingdom,

canlandırma, yeniden üretme gibi anlamları içinde barındıran kentsel dönüşümü, çok gelişmiş şehirlerin (ABD ve İngiltere gibi) daima artan kentleşme kaynakları sorunlarının çözümü için geliştirilmiş hükümet politikaları için kullanıldığını ileri sürer^[10]. Karaman^[11] ise çok genel bir tanım ile kentsel dönüşümü “yenileme ve geliştirme projesi” olarak ele almakta ve “çeşitli sebeplerle bozulma (eskimiş, yıpranmış, çöküntüye uğramış) yaşamakta olan kentlerin önemli bölgelerinin yeniden yaşanabilir bir mekâna dönüştürülmesi” olarak tanımlanmaktadır. En genel haliyle kentsel dönüşümü; Şahin^[12] “fiziksel yapılaşma açısından ele alındığında mevcut yapı stokunda bir değişim yani kent içinde belirlenen gerçeklere dayanarak belli bir aktör tarafından arzulanmayan kentsel alanların dönüşümü” olarak; Yomralıoğlu^[13] ise “yaşanılan kentin içinde yaşayanlar ile birlikte vizyonlarının, fiziksel çevrelerinin, sosyal ve ekonomik koşulları ile çevresel koşullarının iyileştirilmesi ve sürdürülmesine yönelik bir imar uygulaması” olarak tanımlamaktadır.

Kentsel dönüşüm ile ilgili tanımlara bakıldığında; amaca, ulaşılmak istenen hedeflere, uygulama stratejilerine hatta yöntemlerine göre ayrıldıkları noktalar olduğu görülmektedir. Ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, **kentsel dönüşüm**; “kentsel alanlarda yaşanan her yönlü bozulmanın (ekonomik, toplumsal, fiziksel ve çevresel koşulların) ayrıntılı, geliştirici, birleştirici ve

Connecticut Journal of International Law, 2003, 19, s.159-164.

- [10] Yasin, Melikşah: Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu, TBB Dergisi, 2005, 60, s. 105-137.
- [11] Karaman, Aykut: Dönüşüm Projelerinde Kentsel Tasarımın Rolü, 14. Kentsel Tasarı ve Uygulamalar Sempozyumu, 28-30 Mayıs, MSÜ, İstanbul, 2003.
- [12] Şahin, Zafer Savaş: İmar Planı Değişiklikleri ve İmar Hakları Aracılığıyla Yanıltıcı (pseudo) Kentsel Dönüşüm Senaryoları: Ankara Altındağ İlçesi Örneği, Kentsel Dönüşüm Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 11-13 Haziran 2003, İstanbul, s. 89-101.
- [13] Yomralıoğlu, Tahsin: Kentsel Dönüşüm Faaliyetlerinde Harita Mühendisliği’nin Yasal Görevlerine Dair Temel Hükümler. <E.A.: http://web.itu.edu.tr/tahsin/tahsin/GuncelBlog/Entries/2015/12/15_Kentsel_Donusum_Faaliyetlerinde_Harita_Muhendisliginin_Yeri..._files/Kentsel%20donusum%20ve%20Harita%20Muh.pdf>, <E.T.: 18.07.2017>.

iyileştirici bir açıyla uygulanan politika ve stratejilerin tamamı” olarak ifade edilebilir^[14].

Kentsel dönüşüm ile kentli insanın kente ait mekân, kültür ve toplumun refahını ilgilendiren her olgunun yeniden yapılandırılması, çevre koşullarından kentın ekonomisinin canlandırılmasına ve yerel halkın katılımının sağlanarak küreselleşen dünyada kentın yeniden canlandırılarak yeni bir yer edinmesi hedeflenmektedir^[15]. Buna göre kentsel dönüşümün kalitesinin işareti olan bazı ilkeler Roberts ve Sykes^[16] tarafından aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- Kentsel mekânın koşulları detaylı bir analize dayanmalı, güçlü ve zayıf yönlerin, fırsatların ve olası risklerin ortaya konulmasında bir stratejik planlama tekniği olan SWOT ve benzeri SWOT analizi yapılarak ‘kentsel dönüşüm plan ve tasarımı projeleri’ üretilmelidir.
- Kent mekânın fiziksel ve çevresel dokusu, sosyal yapısı ve ekonomik özelliklerinin eş zamanlı uyumu amaçlanmalıdır.
- Eş zamanlı uyum sürecinde, sorunların dengeli, düzenli ve pozitif bir tutumla çözümlenmesi sağlanarak, kapsamlı ve bütüncül bir strateji ile çalışılmalıdır bulunmalıdır.
- Ortaya konan uygulama programlarının ve stratejilerin sürdürülebilir kalkınma hedeflerine uygun olduğundan emin olunmalıdır.
- Uygulama alanında mevcut potansiyelleri de dikkate alarak miktarları kullanıma hazır hedefler belirlenmeli, kentsel kaynaklarla (arsa, bina) birlikte, ekonominin, doğal kaynakların, insan gücünün en iyi şekilde kullanımını sağlanmalıdır.
- Uzlaşmanın, mümkün olan en yoğun katılımı ve farklı çalışma biçimleri ile yapıldığından emin olunmalıdır.

[14] Şişman, Aziz / Kibaroglu, Didem: Dünyada ve Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 11-15 Mayıs 2009, Ankara.

[15] Köktürk Erol / Köktürk, Erdal: Türkiye’de Kentsel Dönüşüm ve Almanya Deneyimi, 11. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, TMMOB Harita Mühendisleri Odası, 2-6 Nisan, Ankara, 2007, s. 305-327.

[16] Roberts ve Sykes, 2008.

- Belirlenen stratejinin başarısı, doğanın değişiminin ve kentsel alanlara göre farklılık gösteren içsel ve dışsal faktörlerin izlenmesi yolu ile ölçülmesine bağlıdır. Bu nedenle uygulamadan beklentiler güncellenmeli, farklılaşan gereksinim ve değişen koşullara göre gerekirse revize edilmelidir.
- Farklı parçalardan oluşan bir stratejinin farklı hızlarda gelişim göstereceği gerçeği kabul edilmelidir. Kentsel dönüşümün tüm amaçları arasında dengeyi korumak ve tüm stratejik hedefleri gerçekleştirmek için kaynakların yeniden yönlendirilmesi ya da ek kaynak kullanımı gerekebilir.

Bu değerler ışığında üretilecek bir kentsel dönüşüm projesi, kullanılmayan ya da kullanılmayan kent alanlarının yeniden değerlendirilmesini, kente ait kültürel değerlerin yanında tarihi dokunun da korunarak uygun koşullarda kullanılması gibi kente yapılacak fiziksel müdahalelerin yanı sıra kentin ekonomisinin canlandırılmasını, yaşam ve çevre hakkını koruyarak kullanmayı amaçlar^[17]. Böylesi bir bakış açısıyla ülkemizdeki mevcut yerleşimler üzerinde hazırlanacak kentsel dönüşüm projeleri, dönüşüm sahası özelinde ve çoklu amaçlara hizmet edecek şekilde yenilikçi yaklaşımları uygulamaya koymak suretiyle;

- Toplumsal ve ekonomik kalkınma için sınırlı kentsel arazinin doğru yönetimi,
- Kentsel gelişimin kontrolsüz yayılımının önlenmesi,
- Doğal çevre ve tarihi dokunun korunması, üzerindeki yapılaşma baskısının azaltılması,
- Olası afet riski karşısındaki dayanıksız yapı envanterinin yenilenmesi, riskli yapıların yenilenmesi için finansal kaynak yetersizliği,
- Parsel bazında yoğun yapılaşmış, çevre ve yaşam kalitesi düşük çevrelerin dönüşümündeki finansal kaynak ihtiyacı
- Kamusal alan ve sosyal- kültürel donatı alanı eksikliği,
- Kentsel dönüşüm proje uygulamasında verimliliği artırmak için demokratik ve katılımcı uygulama modellerine duyulan ihtiyaç,

[17] Üstün, Gül: Kentsel Dönüşüm Hukuku, Levha Yayınları, 349s, İstanbul, 2014.

- Mevcut uygulama araçlarının günümüz şartlarında tek başına çözüm üretmekte yetersiz kalması, esnek planlama ve uygulama araçlarına ihtiyaç duyulması,

gibi temel sorunlara çözüm üretmeyi de sağlamış olacaktır^[18].

KENTSEL DÖNÜŞÜM YÖNTEMLERİ

Kentsel dönüşüm tanımları, “dönüşüm projelerinin kentlerin yalnızca kentin fiziki yapısını değiştirerek amacına ulaşmasının mümkün olmadığı” tecrübe edildikten sonra çeşitlilik kazanmış; uygulamada çoklu amaçlara hizmet eden yöntemler geliştirilmiştir. Bu anlamda, fiziksel dönüşümün yanında ekonomik, sosyal, kültürel ve çevresel dönüşümü gerçekleştirmek için, başvurulmuş dönüşüm yöntemleri öncelikli amaca göre çeşitlenmiştir.

Kentsel Yenileme (Urban Renewal)

Kentsel dönüşüm kavramını ifade etmek üzere kullanılan kentsel yenileme, en basit şekliyle “eski olanı yıkmak ve yeniden yapmak” şeklinde yapılan ve dönüşüm uygulamalarının “en radikal” şekli olarak tanımlanmaktadır. Çöküntü alanlarında yaşam kalitesi kötüleşmiş, hatta çok riskli bir hal almışsa, yaşam ve sağlık koşullarının iyileştirilmesi ile birlikte rant artışının sağlanması için proje alanı içindeki yapıların tamamının ya da bir kısmının yeniden düzenlenmesi gerekebilir. Bunun yanında, hukuka aykırı bir şekilde başkalarının taşınmazı üzerinde bulunan kaçak yapıların da yenilenmesi kaçınılmaz olabilir^[19].

Kentsel Yeniden Üretim–Oluşum (Urban Regeneration)

Yeni bir kentsel doku oluşturmak anlamında kullanılan yeniden üretim-oluşum, “yerel ekonomiyi etkin hale getirerek harekete geçirmek yoluyla hem fiziksel hem de sosyal açıdan zarar görmüş ve çöküntüye uğramış alanlarda, verimli yeni bir dokunun yaratılması” anlamını taşımaktadır. Çöküntü

[18] Üstün, 2014.

[19] Keleş, Ruşen: Kentbilim Terimleri Sözlüğü, İmge Kitapevi, 224s, Ankara, 1998; Tekeli, 2015.

bölgesi haline gelen bozulmuş alanların yeniden yaşanabilir, canlı alanlar haline getirilerek kente yeniden kazandırılması amaçlanır^[20].

Dünya’da özellikle İngiltere’de kentsel dönüşüm çatısı altında bir yöntem olmaktan ziyade, ‘başlı başına kentsel dönüşümü ifade eden’ bir kavramdır. Kentlerin yeniden üretimi bakımından kentsel yenileme ile benzer anlamlarda kullanılmaktadır.

Kentsel Koruma (Urban Conservation, Urban Preservation)

Toplumunu bütünleyen ve kültür mirası olarak kabul edilen yapı ve tesisleri koruyarak kullanma eğiliminde çalışmalara konu etmek suretiyle ‘yok olmasını’ engelleyen, oluşturulacak çağdaş kentsel doku içerisinde böylesi kültürel varlıkların topluma faydalı ve fonksiyonel kullanılmasını sağlayan uygulamalar olarak tanımlanabilir^[21].

Kentsel Sağlıklaştırma, Eski Haline Getirme (Urban Rehabilitation)

Genel olarak kentsel sağlıklaştırma, “yıpranan/eskiyen kent yapısının veya kent içinde bulunan çöküntü alanlarının bölgesel yenilemeler sayesinde tekrar kullanıma açılması”^[22] olarak tanımlanabilir. Söz konusu uygulamalarda temel amaç, kendine ait özelliklerini kaybetmeyen kentsel mekânda yaşanmaya başlanan bozulmaların, sağlıksız ve niteliksiz gelişmelerin önlenerek, kentsel alanın yine eski özgün haline kavuşturulmasıdır^[23]. Farklı bir deyişle; eskimiş, alt yapıları yetersiz hatta başarısız sayılabilecek bir çevrenin yeniden yaşanılabilir ve güvenli hale getirilmesi için yapılan çalışmalara “kentsel sağlıklaştırma”; söz konusu alanın imar bakımından da yasal hale getirilerek yaşayanlara güvence verilmesi ve yaşam standartlarının yükseltilmesi çalışmaları ise “imar-ıslah” yöntemini ifade etmektedir^[24].

[20] Roberts ve Sykes, 2008; Özden, Pelin Pınar: Kentsel Yenileme-Yasal-Yönetmel Boyut Planlama Uygulama, İmge Yayınevi, 422s, İstanbul, 2008.

[21] Polat, Sibel / Dostoğlu, Neslihan: Kentsel Dönüşüm Kavramı Üzerine: Bursa’da Kükürtlü ve Mudanya Örnekleri, Uludağ Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, 2007, 1, s. 61-76.

[22] Şahin, 2003.

[23] Özden, 2008.

[24] Tekeli, 2015.

Kentsel Yeniden Canlandırma (Urban Revitalization)

Kentsel yeniden canlandırma; “kent içinde yaşanan bozulmalardan (fiziksel, sosyal, kültürel, ekonomik) dolayı sorun yaşayan ya da bu nedenlerden ötürü terk edilerek çöküntü bölgesi haline gelen ‘başıboş bırakılmış’ kentsel alanların, özellikle de kent merkezlerinin, söz konusu olumsuz etkenlerin değiştirilerek ortadan kaldırılması ile söz konusu kentsel mekânın yeniden canlandırılarak hayata döndürülmesi ile kente kazandırılması” olarak tanımlanabilir. Kentsel yeniden canlandırma, bu bakımdan farklı birçok uygulama şeklini içeren bütüncül bir kavramdır^[25].

Kentsel Yeniden Geliştirme (Urban Redevelopment)

Yeniden geliştirme kavramı Keleş^[26] tarafından, “kentin mevcut halinde hem ekonomik hem de yapısal olarak düzeltilemez bozulmalar meydana geldiği zaman, yerleşim sağlanamayacak kadar kötüleşmiş ve yıkılacak yoksul konutların bulunduğu mekanların yeniden tasarlanarak dönüştürülmesi” olarak tanımlanmıştır. Uygulama, geliştirmek için düzenleme sınırları belirlenmiş alanlarda, hem yapıların hem de yapıların bulunduğu kentsel alanların kaybetmiş oldukları değerlere (ekonomik, toplumsal, fiziksel, çevresel) yeniden kavuşturulmasını amaçlar^[27]. Söz konusu uygulama büyük maliyetlere ihtiyaç duymakla birlikte kentsel dönüşümde sıklıkla başvurulan bir yöntemdir^[28].

Kentsel Soylulaştırma (Urban Gentrification)

Ülkemizde yerel yönetimler tarafından çoğunlukla kullanılan soylulaştırma yöntemi, “kentsel alanı fiziksel olarak korumanın ötesinde, o alanın ekonomik olarak kalkınmasını sağlayarak yaşanabilir kılmak için yapılacak uygulamalar” olarak değerlendirilmektedir^[29]. Soylulaştırma, “kentsel alana ait fiziki ya da çevresel yapının, bu alanda yaşayan sosyal tabakayı değiştiri-

[25] Özden, 2008.

[26] Keleş, 1998.

[27] Keleş, 2006.

[28] Özden, 2008.

[29] Özden, 2008; Ayhan, Fatma: Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, 584s, s, 119-147.

rerek oluşturulacak yeni toplumsal düzenin sunacağı fırsatlar çerçevesinde korunması” olarak açıklanabilir^[30].

Kentsel Yeniden Yapılanma (Urban Reconstruction)

On dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında başlayan bu kentsel müdahale, II. Dünya Savaşı sonrası yıpranan kent merkezlerinin yeniden yapılandırılmasını hedef almak üzere uygulanmıştır. Çoğunlukla siyasal rejimlerin merkezi iktidar kararlarıyla ilişkili olup, kentin yeniden yapılandırılması politikası, hükümet tarafından yürütülür. Cavalcanti^[31], kent planlaması alanında yapılmış araştırmalar ışığında “Paris, Berlin, Roma ve Moskova gibi tarihsel şehir merkezlerinin yeniden yapılandırılmasının, böylesi kentsel dönüşüm örneklerini barındırdığını; hatta planlama sürecindeki bu uygulamaların genellikle otokratik rejimler tarafından kullanıldığını” öne sürmektedir.

KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN HUKUKİ BOYUTU

Türkiye’de Kentsel dönüşüm uygulamaları uzunca bir süredir mevcutta bulunan yasal düzenlemeler kapsamında yürütülmüş iken son dönemde “Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kentsel dönüşüm projelerine konu edilmesi” örneğinde olduğu üzere çeşitlilikler de kazanmıştır. Bu nedenle, dünya üzerinde yapılan uygulamalar ile karşılaştırıldığında, ülkemizde yapılan uygulamalarda yönetim sistemi bakımından sorunlar ortaya çıktığında, anlık ve geçici düzenlemeler ile çözüm arayışlarının ortaya çıktığı görülmektedir^[32]. Yapılan uygulamaların dayandırıldığı yasal düzenlemeler ise kentsel mekânın biçimlendirilmesi kapsamında aşağıda verildiği şekildedir:

775 Sayılı Gecekondu Kanunu (Kabul Tarihi: 20.07.1966): Kanunun 1. maddesinde “mevcut gecekonduların ıslahı, tasfiyesi, yeniden gecekondu yapımının önlenmesi ve bu amaçla alınması gereken tedbirler hakkında bu Kanun’un uygulanacağını”, 2. maddesinde ise “gecekondu deyimi ile ‘imar

[30] Tekeli, 2015.

[31] Cavalcanti, Maria De Betania Uchoa: Urban Reconstruction Andautocratic Regimes: Ceausescu’s Bucharest In Its Historic Context, Planning Perspectives, 1997, 12:1, s.71-109.

[32] Dündar, Özlem: Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Sonuçları Üzerine Kavramsal Bir Araştırma, Kentsel Dönüşüm Sempozyumu, TMMOB İstanbul Şubesi, 11–13 Haziran, İstanbul, 2003, s. 65–74.

ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalınmaksızın kendisine ait olmayan arazi ve arsalar üzerinde sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılar' kastedildiği", bir kimsenin kendisine ait olmayan arsa ve araziler üzerinde, sahibinin oluruna bakılmaksızın yasa dışı yollarla yapılmış, üzerinde ruhsatsız yapıların bulunduğu alanlarda arsa ve arazi düzenlemesi yapılabilir. Yapılan uygulama tam anlamı ile bir arsa ve arazi düzenlemesi olmamakta, sadece yasanın kapsamına giren alanlarda özel bir uygulamayı içermektedir. Bütüncül bir yaklaşıma sahip değildir^[33].

2981 Sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Kabul Tarihi: 24.02.1984): Bu Kanun ile Genç^[34]'e göre "yasadışı yapılaşmış alanlar için imar-ıslah planı yapmak ve uygulamak suretiyle bir anlamda kentsel dönüşüm projelerinin yapılmasına olanak sağlanırken"; Ülger^[35]'e göre "bir anlamda gecekondu sahiplerine tapu, imara aykırı yapılara da iskân verilmiştir." 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi (2012) ile 2981 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve hiç bir hukuksal dayanağı kalmamıştır.

2985 sayılı Toplu Konut Kanunu (Kabul Tarihi: 02.03.0984): Anlaşma esasına dayanan bu Kanun'un uygulama alanları, imar ve yapı kanunlarına uymayan yerleşim alanları, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ)'nin mülkiyetinde bulunan ve Valiliklerce toplu konut sahası olarak belirlenen yerlerdir. Bu Kanun ile gecekondu alanları, tarihi kimliğe sahip bölgeler, deprem riskli alanlarda plan yapmaya ve plan yaptığı alanlarda her türlü inşaat için TOKİ'nin yetkili olduğu görülmektedir^[36]. 2004 yılında yapılan bir düzenleme ile kurum, yeni yetkiler ile kente müdahale alanını genişletmiş

[33] Ülger, Nihat Enver: Türkiye'de Arsa Düzenlemeleri ve Kentsel Dönüşüm, Nobel Yayınları, 372 sayfa, Ankara, 2010.

[34] Genç, Fatma Neval: Türkiye'de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü, Celal Bayar Üniversitesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi, 2008, 15, s.115-130.

[35] Ülger, 2010.

[36] Ülger, 2010.

ve gerekli pek çok kontrolden de muaf kılınmıştır^[37]. Ayrıca 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu, kentsel dönüşümle yapılacak düzenlemenin sınırlarının belirlenmesi, nasıl bir örgütlenme modelinin oluşturulacağı ile sosyal boyutun ne şekilde ele alınması gerektiğine dair bir düzenleme getirmemiştir^[38].

5104 Sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu (Kabul tarihi: 11.03.2004): Adından da anlaşılacağı üzere, uygulama adresine özel olarak çıkarılan bir kanundur. Bu Kanun ile o alana ait eski imar hakları geçerliliğini yitirecek ve yeni hazırlanacak imar planına göre imar hakları yeniden belirlenecektir. Hak sahiplerine anlaşma yolu ile mülkiyet düzenlemesi yapılacağından, eğer anlaşma sağlanamıyor ise kamulaştırmaya başvurulacağından söz edilmektedir^[39]. Mevcut kentsel dönüşüm uygulamalarında göz önünde tutulan temel hedef, projenin sadece fiziksel bir dönüşümü sağlamaya çalışmasıdır. Bu yaklaşımla, kentin sadece belirli bir bölümünü kapsayan düzenleme/proje alanında uygulama yapmak, kentin gelişimini olumsuz etkileyen kopuk ve parçacı bir plan anlayışının ortaya çıkmasına neden olmuştur^[40].

5366 Sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun (RG. 05.07.2005): Bu Kanun sadece Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurullarınca ‘sit alanı’ olarak ilan edilmiş ve tescili yapılmış bölgeler ile bu bölgelere ait ‘koruma’ alanlarında uygulanmaktadır. Bakanlar Kurulunca uygun bulunan ve kabul edilen uygulamalar, belirlenen bir program kapsamında ve etaplar halinde projelendirilir. Özel alanları ilgilendiren bir kanundur. Bu Kanunda da “bozulmuş kentsel alanların kentin gelişimine uygun bir biçimde yenilenmesi ve yeniden inşa edilmesi” konusunda uygulamanın

[37] Yılmaz, Evrim: 2016, Kentsel Dönüşüm Politikaları Ve TOKİ’nin Önlenemez Yükselişi. <E.A.: <https://tr.boell.org/tr/2014/06/16/kentsel-doenuesuem-politikalari-ve-tokinin-oenlenemez-yukselisi>>, <E.T.: 18.04.2019>.

[38] Ceylan Çaçtas, Eda / Kutlu, Canan: Yerel Yönetim Kavramı ve Kentsel Dönüşüm Projelerinde Yetki Karmaşası, TMMOB Yerel Yönetimlerde Dönüşüm Sempozyumu, 18-20 Ekim, İstanbul 2007, s.113-122.

[39] Ülger, 2010.

[40] Seydioğulları, Hatice Selcen: Yeni Yasal Düzenlemelerle Kentsel Dönüşüm, Planlama Dergisi, 2016, 26, s. 51-64.

usul ve esaslarına ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiş^[41], dönüşüm alanlarının nasıl belirleneceği tanımlanmamıştır. Buna karşın, il özel idareleri ve belediyelerin kentsel dönüşüm projelerini uygulama ve denetimi gibi uygulama sürecindeki yetki ve sorumlulukları detaylı biçimde ele alınmıştır. Bu durum, sit alanı olarak tescilli yerlerde uygulama ve denetimde birimler arasında yaşanan bir yetki karmaşasına neden olmuştur^[42]. Bu nedenle 5366 Sayılı Kanun'un, "kentsel dönüşüm ve arsa ve arazi düzenlemeleri için hukuki dayanak oluşturması" mümkün değildir^[43]. Söz konusu Kanun ile 'kentsel sit alanı kararları' ile 'koruma amaçlı imar planı kararları' arasında bulunan bütünlüğün bozulması da mümkün olacaktır^[44].

5393 Sayılı Belediye Kanunu (RG 03.07.2005): Bu Kanun, "kente ait tarihi dokunun ve kültürel mirasın korunarak; konut, sanayi, ticaret, sosyal donatı alanları ile teknoloji parkları oluşturmak, deprem riskine karşı gerekli önlemleri alarak yapılacak kentsel dönüşüm projelerine konu olan alanları ilan etmek" dışında bir işleve sahip değildir^[45]. Bu Kanun ile 50.000 nüfus ve 50.000 m² alan kriterlerinin dönüşüm projeleri için belirlenecek alanlarda esas kabul edilmesi, uzmanlara danışılmaksızın dönüşüm alanı kararının belediye meclisince verilmesi gibi konular sorun yaratan durumdadır^[46]. Ayrıca, bu Kanun ile "ilk defa imara açılacak ve üzerinde yapı olmayan alanlarda da yapılması planlanan dönüşüm uygulamalarının yapılabilmesinin" yolu açılmıştır. 2010 yılında 5393 sayılı Kanun'un 73 maddesi ile belediyelere, kentin gelişimine uygun, eskimiş kent kısımlarının yeniden yapılması ya da restore edilmesi için kanunun amacına uygun olarak kentsel dönüşüm projeleri uygulama yetkisi tanınmıştır^[47].

[41] Kentleşme Şurası: Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Komisyon Raporları, 4-7 Mayıs, Ankara, 2009, 1324s.

[42] Genç, 2008.

[43] Ülger, 2010; Seydioğulları, 2016.

[44] Ülger, 2010.

[45] Ülger, 2010.

[46] Özden, 2008.

[47] Çağla, Hasan / İnam Şaban: Yerel Yönetimler Öncülüğünde Yapılan Kentsel Yenilenme Proje Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme, TMMBO Harita ve Kadastro Mühendisleri

3194 Sayılı İmar Kanunu’nun 7181 Sayılı Kanunla Değişik 18. maddesi (RG 04.07.2019, 09.05.1985): Kanun ile getirilen Düzenleme Ortaklık Payı (DOP), idarenin kamulaştırmaya gerek kalmaksızın taşınmaz mal edinme ve toplum yararına kullanma yöntemlerinden biridir. Kentte yaşayanların genel ihtiyaçlarının (yol, meydan, park, yeşil alan, otopark, gibi) karşılanması amacıyla özel mülkiyette bulunan taşınmazlara, görevlendirilen idareler tarafından el atılabilmektedir. 18. maddeye göre idare, taşınmazlarda düzenleme sonrasında ortaya çıkan değer artışı karşılığında, düzenlemeye girmeden önceki yüzölçümünün %45’ini geçmeyecek şekilde malik onayı olmaksızın bedelsiz olarak el koyabilmektedir. Fakat bu madde alan eşitliği ilkesine dayanmakta olduğundan, yoğun yapılaşmış alanlarda uygulaması mümkün olmamaktadır^[48]. 3194 sayılı İmar Kanunu, içerisinde kentsel dönüşüm proje uygulamalarının da bulunduğu muhtelif imar uygulama yöntemlerinin kullanılabilceğini ifade eder. Ancak bu Kanun, kentsel dönüşüm uygulamalarının yapım yönetmeliği hakkında bilinmesi gerekenlerin gerektiği kadar verilmemesi nedeniyle, yetersiz kaldığı da bir gerçektir. Kentsel dönüşüm uygulamalarının, arazi ve arsa düzenlemesi yöntemi temelli zemine uygulanması, buna karşın Kanun’un 18. maddesi uyarınca yapılan arazi ve arsa düzenleme uygulamalarında yaşanan uygulama ve yönetmelik kaynaklı sorunlar nedeni ile pek çok itiraz ve iptal istemi ile mahkemeye başvurular bulunmaktadır^[49].

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (RG 10.07.2004): Ülkemizde ‘büyükşehir’ yapılanmasına dikkat çeken ilk kanun olan 1984 tarihli 3030 sayılı Kanun’un aksayan ve eksik kalan yönlerinin geliştirilmesi düşüncesiyle 2004 tarihinde 5216 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile büyükşehir belediyeleri kentsel yenileme konusunda yetkilendirilmiş, büyükşehir oluşumu ile ilgili asgari koşullar ilk defa tanımlanmıştır. Bu Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte, imar planı yapım ve

Odası, 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 11-15 Mayıs 2009, Ankara; Aydınli, Halil İbrahim / Kaya, Adem: Yargı Kararları Örnekleri İle Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Sorun Alanları, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi, 2, 2013, s.449-468; Aydınli, Halil İbrahim / Turan, Hilal: Kuramsal ve Yasal Çerçeve Türkiye’de Kentsel Dönüşüm, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 28, 2012, s.61-70.

[48] Ülger, 2010.

[49] Ceylan ve Kutlu, 2007.

değişikliği sayısında azalma görülmesine rağmen ‘plan değişikliklerinde alan bakımından büyüme’ görülmesi eğilimi dikkatle izlenmelidir^[50].

5273 sayılı Arsa Ofisi Kanunu ve Toplu Konut Kanunu’nda ve Genel Kadro ve Usulü Hakkındaki Kanun’un Eki Cetvellerin Toplu Konut İdaresi Başkanlığına Ait Bölümünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG 12.05.2004): Bu kanun ile “taşınmazın kendisine ait olduğunu belgelemesi ve mevcut imar planlarına uygun olması” şartıyla, hukuki bir engelle karşılaşılmadan TOKİ’ye uygulama yetkisi kazandırılmıştır^[51].

5226 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG 27.07.2004): 5226 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda dönüşüme ilişkin hiçbir düzenlemenin olmadığı görülmektedir^[52].

Dönüşüm Alanları Hakkında Kanun Tasarısı (2005): Tasarı, kentsel alanda yaşanan sorunlara herhangi bir çözüm üretmekten çok ‘değer kazanım beklentisi (rant)’ amaçlıdır. Bu amaç ise yeni sorun alanlarını ortaya çıkarmaktadır. Bu tasarı, kentlerin yaşamakta oldukları pek çok sorundan sadece fiziksel olanları dikkate almaktadır. Kentsel dönüşümün gerçek hedeflerinden olan ‘sosyal ve ekonomik kalkınma’ boyutuna dair hiçbir düzenleme yer almamaktadır. Kentsel dönüşüm kapsamında belediyelere gerekli yetkiler verilse bile, yapıların ne şekilde dönüştürüleceği, yaşayanların yeni binalara hangi şartlarda geçirileceği gibi konularda farklı bir çözüm önerilmemiştir. Kentsel dönüşüm süreci piyasa etkisi altında özel sektör müdahalelerine bırakılmaktadır^[53].

[50] Demir, N. Özgür / Nurhan, Ali Rıza / Ölkebaş, Aytaç / Özden, Pelin Pınar / Saraçlı, Cem / Turgut, Ahmet / Turgut, Sırma / Yakar, Hülya: Gündemdeki Yasa Taslakları Üzerine Görüşlerimiz, TMMOB Şehir Plancıları Odası İstanbul Şubesi, İstanbul, 2004; Özdemir, Serkan: 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu İle Yetki Alanı Genişletilen Büyükşehir Belediyelerinin İmar Planı Değişiklikleri Açısından İrdelenmesi, Selçuk Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Y.L., 115s, Konya, 2008.

[51] Yılmaz, 2016.

[52] Özden, 2008.

[53] Genç, 2008.

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında

Kanun (RG 15.12.2012): Bu kanun ile TOKİ ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığına ‘her türlü uygulamada bulunma’ yetkisi verilirken; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ‘radikal’ yetkiler ile donatılarak belediyelerin yetkilerine de sahip olmuştur. Bu sayede hemen hemen her bölgede istediği şekilde uygulama yapabilecek olan Bakanlık, kanun uygulayıcı olarak adeta merkez niteliğini almıştır^[54]. Bu nedenle denetlenebilirlik ortadan kalkmıştır. Kanun kapsamında sadece riskli yapılar değil, Bakanlıkça uygun görülen yapıların da dönüşüm kapsamına alınması mülkiyet hakkına zarar verir hale gelmiştir. Hak sahiplerinin dönüşüm kararı için yeterli çoğunluğa (2/3) ulaşamaması durumunda, acele kamulaştırma kararı alınmaktadır^[55].

T.C. Anayasası’nın 56. maddesi “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” derken,

57. maddesi de “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.” demiştir. Bu durumda, yaşanan mekânın güvenliği, niteliği ve yaşam kalitesinin artırılması için afet riski taşıyan ya da çöküntüye uğramış alanların “toplumun yararı gözetilerek yapılan planlama ve uygulama çalışmaları” kapsamında kentsel dönüşüm (yenileme, iyileştirme) konu edilmesi gerekmektedir. Kentsel dönüşüm;

- Köhneleşmiş yerleşim birimlerinde yeniden yapılanmayı,
- Mevcut mekânsal kullanımın canlandırılmasını,

[54] Seydioğulları, 2016.

[55] Daşkiran, Filiz / Ak, Duygu: 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 2015, Cilt: 13, Sayı: 3, s.264-288.

- Yerleşime özgü değerlerin (kent kimliği, sosyolojisi, mekana özgü varlıklar, vb.) korunarak yenilenmesini,
- Tarihi kent merkezlerinde tarihi ve kültürel değerlerin ‘koruyarak kullanma’ eğilimine hizmet eden çalışmaları,

amaç edinmelidir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm, salt kentsel yenileme değil, amaca hizmet etmek üzere teknik, ekonomik, sosyolojik ve kültürel içerikli tüm çalışmaların üst çatısını oluşturan kavramdır. Bu sürecin sağlıklı bir şekilde işletilebilmesi için,

- Bir kanuna,
- Bu kanun ile belirlenmiş ve tanımlanmış bir uygulama yöntemine,
- Kentsel tasarım ve imar planına,
- Kentsel dönüşümün nasıl yapılacağına anlatıldığı bir uygulama yönetmeliğine,

ihtiyaç duyulur^[56]. Bunun yanı sıra, kentsel dönüşüm projesi kapsamında çalışılmak istenen saha için;

- Hangi nitelikte bir proje (yenileme, yeniden canlandırma, sağlıklılaştırma, vb.) olduğunun nesnel gerekçeleriyle birlikte ortaya konulması,
- Projeden beklentileri somutlaştırmak adına SWOT analizinin mutlaka yapılması,

gerekmektedir.

Sonuç itibarıyla, ülkemizde bugüne kadar kentsel dönüşüm mevzuatında birtakım eksikliklerin olduğu bilinse de, özellikle de son dönemde ‘kentsel dönüşüm’ ismi altında yapılan ‘kentten yeniden imar edilmesi’ faaliyetlerinin; ‘yasama erkinde geliştirilmeye ve ilişkilendirilmeye muhtaç mevzuat’ eşliğinde ele alınarak kentten fiziki yapılanması ve toplumun beklentilerine öncelik veren anlayışlar içerisinde daha iyi hale gelebileceği söylenebilir.

[56] Ülger, 2010.

KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARINDA KARŞILAŞILAN YASAL SORUNLAR

2004 yılında mevzuatımıza girmeden önce başlayan ‘kentsel dönüşüm’ kavramı; uygulama yöntemi, amacı, uygulama sonrası hedefleri ve yasal düzenlemeleri ile çeşitli eleştirilere ve tartışmalara konu olmuştur. Söz konusu eleştirileri kavram, mevzuat ve uygulama başlıkları altında toplayarak incelemek mümkünse de burada sadece yasal sorunlara değinilecektir.

Ülkemizde uygulayıcı idareler tarafından sürdürülen uygulamalar incelendiğinde, en genel hatlarıyla;

- Uygulama ile yetkilendirilen yönetimler tarafından gerçekleştirilen kentsel dönüşüm uygulamalarının bazılarında kentsel rantın/beklentinin çok önem kazandığı, dönüşüm projelerinin hedeflerinden olan sosyal ve çevresel boyutların gerektiği kadar dikkate alınmadığı,
- Yapılan kentsel dönüşüm projelerinin bazılarının yasal mevzuata uygunluk bakımından sorgulanmaya başlanması,
- Dönüşüm projelerinin, uygulanma sürecinde sadece ‘arazileri için uygun görülen m² birim fiyatını kabul eden (uzlaşan) malikler’ ile sınırlandırıldığı,
- İmar planlarının hazırlanması ve imar uygulama araçları konusunda yeni model ve yöntem alternatiflerinin uygulamaya konulamaması ya da arayışı içerisine girilmemesi,
- Özellikle TOKİ ve taşeron şirketleri ile birlikte kentsel dönüşüm uygulamalarının yeni bir ‘yap-sat modelinde yapılaşma’ biçimine dönüştüğü,

gözlemlenmektedir.

Yapılan kentsel dönüşüm projelerinin ‘toplum/kamu yararı’ gözetilerek yapılması gerektiği bir gerçektir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, uygulama sürecinde mülkiyet haklarına getirebilecek sınırlamaların ‘yapılacak dönüşüm projesinin amacına uygunluğunu’ karşılamasıdır. Hedeflenen amaca uymayan ya da amacını aşan uygulamalar sonucunda getirilecek sınırlamalar, mülkiyet hakkının ihlaline neden olacaktır^[57]. Kentsel dönüşüm uygulamaları sürecinde görülmüştür ki, toplum/

[57] Yasin, 2005.

kamu yararı ile kişisel yarar karşılaşmaktadır. Bu nedenle, hem toplumun yararını gözetmek hem de bireysel mülkiyet hakkının kullanımını konusunda belirli sınırlamalar getirerek dengenin sağlanması, idarelere büyük sorumluluk yüklemektedir^[58].

Kentsel dönüşüm projelerinde mevcut imar planlarına uygun olarak yapılmış yapılarda da bazı değişikliklere gidilmesi gerekebilir. Dönüşüm uygulamalarının gerektirdiği durumlarda ‘yapı, mevzuata uygun olsa dahi kamulaştırılması ya da niteliğinin değiştirilmesi’ gerekebilir. Kısaca, imar tüzesine göre kazanılmış hak, toplum yararının gerektirdiği durumlarda ortadan kaldırılabilir. Ancak bu hak kaybından yaşanan zararın, proje sorumlusu idare tarafından karşılanması gerekir^[59].

Kentsel dönüşüm projeleri sırasında, idarelerin isteği ve Bakanlar Kurulu Kararı ile verilen Acil Kamulaştırma kararları ile karşılanmaktadır. Bu kararın iptali için ilgililerin yaptığı başvurular Danıştay tarafından kabul edilmektedir. Danıştay 6. Dairesi 26.10.2011 tarih ve E:2009/10848, K:2011/4020 sayılı kararında özetle, “*yapılan dönüşüm uygulamalarının sınırları içinde bulunan malikler ile öncelikle anlaşılmasını, aksi durumda kamulaştırmaya başvurulması gerektiğini*” belirtmiştir. Anlaşmanın sağlanamaması durumunda kamulaştırma yapılması, kamulaştırmanın 2942 sayılı Kanununun 27. maddesi “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (Değişik ibare: 24/4/2001-4650/15 md.) 10 uncu madde esasları dairesinde ve 15 inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (Değişik ibare: 24/4/2001-4650/15 md.) 10 uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir^[60]. Mahkemece verilen taşınmaz mala el koyma kararı tapu müdürlüğüne bildirilir. Taşınmaz malın başkasına devir, ferah veya temlikinin yapılamayacağı hükmü tapu kütüğüne şerh edilir. El

[58] Aydın ve Kaya, 2013.

[59] Yasin, 2005.

[60] (1)(2) (Ek fıkra: 19/4/2018-7139/29 md.)

koyma kararından sonra taşınmaz mal 20 nci madde uyarınca boşaltılır. Bu Kanun’un 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir.” hükmü uyarınca gerçekleştirilmesi gerekir. Acil kamulaştırma yapılmak isteniyorsa da mutlaka nedenleri açıkça ortaya konulmalıdır^[61].

6306 sayılı Kanun’da yer alan ‘riskli alan’, ‘rezerv alanı’ ve ‘riskli yapı’ tanımları ile bu tanımları kapsayan uygulamalar kapsamlı bir şekilde incelenmelidir. Riskli alanların belirlenmesi için verilen son karar “gerekli katılım sağlanmadan, yerinde yaşayanların görüşlerine başvurmadan” Cumhurbaşkanlığı’na alınmaktadır. Riskli alanın belirlenmesinde esas teşkil edecek ölçütler açık değildir. Riskli yapının tespit edilmesi, sadece ekonomik anlamda ömrünü tamamlamış olmalarının ya da yıkılma ihtimalinin belirleyici kriterler olarak kullanılması; bu kriterlerin ‘teknik verilere göre tespit edilmesi’ şartını getirmiştir. Ancak söz konusu bu kriterler belirsiz olmakla birlikte ‘keyfiyet içerisinde uygulama’ endişesini de getirmektedir. İtirazı değerlendirecek olan heyetlerde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı temsilcilerinin bulunması konusu yoruma açıktır^[62].

6306 sayılı “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun” kapsamında yapılması planlanan uygulamalar, kente ait tüm kültürel ve sosyal yapıyı koruyacak şekilde olmalıdır. Uygulanması düşünülen dönüşüm projelerinin temel amacı ‘yeni kentler oluşturmak’ değil, ‘kentlerin gerekli görülen değerleri korunarak var olanı daha da yaşanabilir şekle getirmek’ olmalıdır. Özellikle tarihi dokunun korunarak bu amaca uygun hareket edilmesi önemlidir^[63].

22 Haziran 2006 yılında TBMM’ye sunulan kentsel dönüşüm ile ilgili diğer bir düzenleme ise, “Dönüşüm Alanları Hakkında Kanun Tasarısı”

[61] Aydın ve Kaya, 2013; Kentleşme Şurası, 2009.

[62] Özer, Yunus Emre / Yöntem, Aslı / Yılmaz, Feriştah: Afet Riski Taşıyan Bölgelerdeki Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Sosyo Beşeri Faktörlerin İncelenmesi Üzerine Bir Çalışma: Uzundere TOKİ Dayanışma ve Yardımlaşma Derneği Örneği. <E.A.: <http://kisi.deu.edu.tr/yunusemre.ozer/KENTSEL%20DONUSUM.pdf>>, <E.T: 12.11.2016>.

[63] Aydın ve Kaya, 2013.

olmuştur^[64]. Tasarıda “uygulama sınırları içinde bulunan ve kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tüm taşınmazların imar planlarına ve ilgi mevzuata uygun bir şekilde yapılmış ya da onay almış olsalar bile kanun tasarısı hükümlerine tabi olacağı” belirtilmiştir. Ayrıca proje uygulama alanları ile sınırlı olmak üzere, söz konusu tasarı, üst ölçekli planları da etkisiz kılmaktadır. Dönüşüm projelerinin tamamlanmasından sonra yapılması gereken imar uygulamaları hakkında da tasarıda bir düzenleme bulunmamaktadır^[65]. Tasarı, bu şekli ile yalnız kentlere ait fiziksel sorunları dikkate almaktadır. Kentsel dönüşümün en önemli hedeflerinden olan sosyal, kültürel ve ekonomik boyutu ile ilişkili hiçbir düzenleme tasarıda yer almamıştır. Bir diğer önemli sayılabilecek eksiklik ise, katılımın düzenleme sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması sürecinde yer almamış olmasıdır^[66].

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bir dönüşüm projesinin başarısını belirleyecek temel kriterlerden birisi, Cameron ve Coaffee’ye^[67] göre “*yapılacak proje için açıklanan hedeflerin yapım süreci ve teslimi sonunda ne kadarının yerine getirildiği*” hususudur. Yurtdışında yapılan çalışmalar incelendiğinde, kentsel dönüşüm projelerinde öngörülen hedeflerin “fiziksel koşulları sağlayan, sosyal dokuyu ve kent kimliğini koruyan, ekonomik beklentilere eriştiren” içeriklerde belirlendiği görülmektedir.

Ülkemizde bugüne kadar yapılan kentsel dönüşüm proje çalışmalarında, genelde ‘teknik, ekonomik ve sosyolojik unsurlar içerisinde doğru/verimli sonuçlara erişildiğini’ söylemek zordur. Kentsel dönüşüm proje çalışmaları konusunda katılım sağladığımız kongre, konferans, STK değerlendirme toplantıları gibi oturumlarda görülmüştür ki, yapılan projelerin hedefleri ile çıktıları arasında büyük farklar bulunmaktadır. Proje bölgesinde yaşayanların daha yaşanabilir koşullara kavuşacaklarının hedeflendiği projeler, sonunda insanları kent geneline dağılmaya zorlamıştır. Dönüşüm projelerine

[64] Genç, 2008.

[65] Yasin, 2005.

[66] Aydın ve Turan, 2012

[67] Cameron, Stuart / Coaffee, Jon: Art, Gentrification and Regeneration–From Artist as Pioneer to Public Arts, European Journal of Housing Policy, 2005, Vol.5, No.1, s.39-58.

başlamadan yapılması gereken altyapı çalışmalarının yapılmayıp, hedeflerin sürdürülebilir belirlenmemesi ile yeterli görüş alınmadan, katılım sağlanmadan alınan kararlar; uygulamaların yargıya taşınmasına hatta iptaline neden olmuştur. Uygulamaların özel sektör dahil edilmeden sadece kamu tarafından yürütülüyor olması da kamuya aktarılması gereken artı değer yerine, kamu kaynaklarının kullanımına neden olmuştur. Ancak bu durumu iyileştirmek de mümkündür. Bu bağlamda, gündeme alınacak kentsel dönüşüm projelerinin yapım ve uygulama sürecinde böylesi çok amaçlı hedeflere ulaşabilmek için “*proje yönetimi ve koordinasyonundan ilgili idarenin sorumlu olacağı, mülk sahibi ve özel sektörün sürece dahil edileceği, taşınmaza esas mülkiyet hakkının ve proje öncesi-sonrası değer denkliliğinin korunacağı, sivil toplum kuruluşlarının öngörülerini azami düzeyde dikkate alan*” bir sistem yapılıncasını ve denetlemesini zorunlu kılan hukuki düzenlemeye (mevcut mevzuatın iyileştirilmesine) ihtiyaç vardır. Keza, ülkemizde ‘sürdürülebilirliğin sağlandığı, dünya markası olmaya aday rekabetçi kentlerin oluşturulması’ bu hukuki iyileştirmeye muhtaçtır.

Ülkemizde yapılan ve bu çalışma kapsamında incelenen bazı kentsel dönüşüm projelerinde yaşanan sürecin, Fenster^[68] tarafından ortaya konulan “*sosyal ve kültürel değerlerden çok fiziksel mekân ile ilgilenen, toplumu homojen bir varlık olarak gören ve sosyal farklılıkları görmezden gelen, tepeden inmeçi planlamayı gerçekleştirenlerin dünya görüşüne ve değerlerine sahip, planlama sürecinin tamamını hedef olarak gören*” Prosedürel Planlama yaklaşımına^[69] uygun olduğu; ancak bu yaklaşımın ‘sürdürülebilir kentleşme’ olgusuna hizmet etmeyeceği açıktır.

[68] Fenster, Tovi: Gender and space-Aspects of planning and developing the Negev Bedouin settlements, Environment and Planning, Society and Space, 1998, v. 17, p. 227- 246; Fenster, Tovi: Gender, Planning and Human Rights (Routledge International Studies of Women and Place), Routledge Publisher (January 31, 1999), 192, Newyork, 1999.

[69] İslam, Tolga: Devlet Eksenli Soylulaşma ve Yerel Halk: Neslişah ve Hatice Sultan Mahalleleri (Sulukule) Örneği, Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Dok. Tezi, 189s, İstanbul, 2009.

Ülkemizde uygulanan kentsel dönüşüm projelerinin ‘yasal mevzuat eksikliğinden kaynaklı’ mevcut sorunları ve buna karşı önerilerimiz aşağıdaki tabloda verilmiştir:

MEVCUT UYGULAMA	ÖNERİLEN UYGULAMA
<ul style="list-style-type: none"> Mevcut yasa afet riski altında bulunan alanların dönüşümünün hangi amaçla yapıldığını net olarak açıklamamaktadır. Afet dönüşümü kentsel dönüşüm olarak algılanmaktadır. Kentsel dönüşüm uygulamalarının merkezinde olması gereken anlayış tam olarak netleşmemiştir. Kentsel dönüşüm kavramı yıkımla aynı anlamda algılanmaktadır. İdarelerin çoğunun kentsel dönüşüm konusunda bir politikaları bulunmamaktadır. Hatta “kentsel dönüşüm ya da yenilemenin” ne anlam ifade ettiği bile tam algılanamamıştır. 	<p>Kentsel dönüşüm kavramının net olarak tanımlanarak, hedef, amaç ve vizyonun net bir şekilde ortaya konması gerekir.</p>
<ul style="list-style-type: none"> Kentsel dönüşüm uygulamaları ile önerilen çözüm mekâna göre farklılık göstermemektedir. Kentsel dönüşüm projelerinde mekâna ilişkin özellikle sosyal, coğrafi, iklimsel ve işlevsel öğeler dikkate alınmamaktadır. Kentsel dönüşüm sadece ekonomik bir fayda olarak görülmektedir. 	<p>Kentsel dönüşüm uygulamalarının yapılacağı alanlara bağlı olarak özel uygulamalar ve stratejiler geliştirilmelidir.</p> <p>Kentsel dönüşüm projelerine ilişkin çevresel koruma, sürdürülebilir sosyal ve ekonomik kalkınma stratejilerinin “yere özgü” geliştirilmesi gerekir.</p> <p>İmar uygulama yöntemlerinden biri olan kentsel dönüşüm için nasıl bir dağıtım modelinin belirleneceği yerele göre değişiklik göstermeli ve sınırları ile belirlenmelidir.</p>

Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu
ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar

<ul style="list-style-type: none">• Ülkemizde uygulanan kentsel dönüşüm projeleri Avrupa’da uygulanan sosyal içerikli dönüşümlerden farklıdır.• Yapılan çeşitli dönüşüm projelerinde önerilen çözümler sadece fiziksel anlamda mekânın yenilenmesine yönelik olup, yenilemenin sosyal, kültürel ve ekonomik boyutları dikkate alınmamıştır.• Kentsel dönüşüm uygulamalarının yapılış nedenlerinden olan, toplumsal refahın sağlanarak sosyal adalet, kentsel bütünlük, kentsel esenlik ve estetik ile güvenlik kavramları uygulamaların odağında yer almamaktadır.• Dönüşüm süreci ile sadece fiziki mekân düzenlemesi yapılmakta, üretilen mekânlar kent ruhuna yabancı kalmaktadır.	<p>Dönüşüm uygulamaları sadece teknik bir olay olarak algılanmamalı, yapılan dönüşüm çalışmalarında sosyal, kültürel, çevresel ve ekonomik faktörler gibi yaşayanların refahını da sağlayan unsurlar göz önüne alınmalıdır.</p>
<ul style="list-style-type: none">• Yerel yönetim ile ilgili yapılan yenilikler ile kentsel dönüşüm uygulamalarına ilişkin çalışmalar, çoğu zaman sadece yasal olarak uygulamaların önünü açmak için yapılan ekonomik ve fiziksel uygulama araçları ile sınırlı kalmıştır.• Uygulamalarda yaptırım gücü olan bir denetim mekanizması mevcut değildir.	<p>Yerel yönetimlerce Kentsel Dönüşüm Birimleri oluşturulmalıdır. Bu birimler dönüşümün her etabında analizler ve denetlemelerle süreç dahil olmalıdır. Birim en az bir hukukçu, plancı, mimar, harita mühendisi, inşaat mühendisi, değerlendirme uzmanı ve dönüşüm alanını temsil eden bir ya da birkaç katılımcıdan oluşmalıdır.</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Özel sektörün kentsel dönüşüme olan ilgisi elde edilecek kârın kısa sürede ve fazla olması beklenen alanlarda ancak son yıllarda ortaya çıkmaya başlamıştır. • Kentsel dönüşüm projeleri ile özellikle inşaat sektörünün canlanması ve canlı tutulması amaçlanmaktadır. 	<p>Yapılması planlanan projelerin geliştirilmesi ile arazi kullanım kararları, yapı yoğunlukları, yapı güçlendirme ya da yıkma koşullarının neler olacağı ve süresi net bir şekilde belirlenmelidir.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Türkiye’de kentsel dönüşüm uygulamalarında karşılaşılan sorunlara, hazırlanmış bir plan içeriğine uygun değil, hızlı, gündelik ve kendiliğinden gelişen çözümler getirilmektedir. 	<p>Kentsel dönüşümün vizyon ve misyonuna uygun stratejileri, politikaları içeren kurumsal bir örgütlenmenin oluşturulması için öncelikle her yönüyle araştırılarak sunulmuş bir yasa ile belirlenmiş ve tanımlanmış bir uygulama yöntemi, kentsel dönüşümün nasıl yapılacağıın anlatıldığı bir uygulama yönetmeliği ile bir kentsel tasarım ve imar planı gerekmektedir.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Kentsel dönüşüm uygulamaları bütüncül planlama anlayışı ile örtüşmemektedir. • Kentsel dönüşüm projeleri yapılan planlardan bağımsız ve kopuk olarak uygulanmaktadır. 	<p>Uygulanacak projeler stratejik planlama yaklaşımı ile esnek ve bütüncül olmalıdır. Dönüşüm projeleri, zaman içerisinde değişebilen stratejiler ile toplumsal olguların tamamında (fiziksel, kültürel, çevresel ve ekonomik koşullar) yeniden düzenlenmelidir.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Özellikle büyük kentler küresel sermayenin talepleri neticesinde öncelikle dönüştürülmek istenmektedir. • Büyük kentlerde yapılan dönüşüm projelerinin ön plana çıkarılması, sermaye sahiplerinin kayırıldığı ve taleplerinin dikkate alındığı eleştirilerini doğurmaktadır. 	<p>Dönüşüm projeleri ile ortaya çıkacak değer artışı saptanmalı ve nasıl paylaşılacağına karar verilmelidir.</p>

Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu
ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar

<ul style="list-style-type: none">• Yoksul olarak tanımlanan gelir seviyesi düşük toplulukların oturduğu bölgeler, sosyal ve kültürel değerlere bakılmaksızın, gelir seviyesi yüksek gruplar için ticaret merkezlerine dönüştürülerek pazarlanmak istenmektedir.• Genellikle dönüşüm alanı olarak belirlenen yerler, gelir seviyesi düşük kesimlerin bulunduğu yerlerdir. Bu alanların ayrıca kent merkezine yakın olmasından dolayı büyük bir rant kaynağı oluşturmaktadırlar.	<p>Mevcut kaynakların ihtiva ettiği değerlere bakılmalı ve doğru bir amaçla gelecekte de kullanılabilir olmasının planlanmasının yapılarak toplum yararının da dikkate alınması gerekmektedir.</p>
<ul style="list-style-type: none">• Kentsel dönüşüm projelerinde kamuya ait geniş mülkiyet ve kullanım hakları sınırlandırılarak belli bir sınıfa verilmektedir.• Kamuya ait alanların elden çıkarılması ile kamusal fakirleşmeye neden olmaktadır.• Kentlerde rantı yüksek merkez bölgelerdeki kamu tesislerine yönelik talan süreci hız kazanmaktadır.	<p>Proje alanında yer alan kişi ve kurumlara ait mülkiyet durumlarının ve imar haklarının belirlenmesi ve değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.</p> <p>Göçe neden olan, ruhsatsız yapılaşma ve gecekondü yapımını ortaya çıkaran etmenlerin tespit edilerek ortadan kaldırılacak tedbirlerin alınması gerekmektedir.</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Kentsel dönüşüm projelerinde sosyal sınıflar gözle görülür biçimde ayrıştırılmaktadır. Bunun neticesinde herhangi bir mekânda bir araya gelmeleri ve sosyal bir bağ kurabilmeleri ortadan kaldırılmıştır. • Dönüşüm alanlarında yaşayan topluluklar bahis konusu olan dönüşüm projesi bitinceye kadar aynı bölgede yaşamalarını sürdürememektedirler. Bu sosyal topluluk kentin farklı ve uzak bölgelerinde, düşük kaliteli, çok katlı ve birbirinin aynı konutlarda yaşamaya zorlanmaktadır. 	<p>Mevcut sosyal, ekonomik ve kültürel doku mekanlar arası farklılık gösterdiği için nitelikli dönüşüm proje seçenekleri sunulmalıdır.</p> <p>Dönüşüm alanı olarak belirlenen bölgede yaşayan topluluğa ait koşulların, sorunların ve gereksinimlerin önceden araştırılıp belirlenerek net bir şekilde tanımlanarak, kalıcı çözümlerin önerilmesi gerekmektedir.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Yapılacak dönüşüm projelerinden önce yerel halka istekleri sorulmayarak katılım göz ardı edilmektedir. Proje hakkında bilgi verilmediği gibi halkın ne istediği de önemsenmemektedir. 	<p>Projeler ile ilgili kamu ve özel sektör yanında çeşitli toplum örgütleri ve gönüllü kuruluşların da yer aldığı, karşılıklı tartışılabilen platformlarda katılımın sağlanması gerekmektedir.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Kentsel dönüşüm projelerinde eski evlere değerlendirme çalışmaları ile bir değer verilmektedir. Proje sonrasında oluşan yeni yapıların değerinden bu değer düşülerek vatandaş aylık taksitler halinde borçlandırılmaktadır. İnsanlar ödeyememe durumlarında yeni konutlarından çıkartılarak evsiz bırakılmaktadır. Bu durum, kentsel dönüşüm projelerinin temel amaç ve hedeflerinden olan insanlara güvenilir ve yaşanabilir çevre yaratma ifadesi ile çelişmektedir. 	<p>Dönüşüm projelerinin mekâna yansıtılmasında kullanılan yöntem değer esaslı bir yöntem olmalı ve toplum yararı amacı gözetilmelidir. Değerleme esaslı yani eşdeğerlik ilkesine göre yapılacak dönüşüm projeleri için eşdeğerlik ilkesini esas alan bir arsa düzenlemesi yönetmeliği olmalıdır.</p>

Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu
ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar

<ul style="list-style-type: none">• 3194 sayılı İmar Kanununda, dönüşüm projelerinin uygulanması ile ilgili belediyelere yetki verilmemişken, 5393 sayılı Belediye Kanunuyla (m.73) belediyelere tam yetki verilmiştir. Hatta deprem riski altında bulunan alanlarda bile müdahale imkânı tanınmıştır. Fakat 6306 sayılı kanun ve mevzuata göre Bakanlığa tanınan yetkiler, belediyeleri kendi idari sınırları içinde yetkisiz bırakmıştır. Belediyelerin görevlerini yerine getirmeleri engellenerek, yetkili idarelerin birbirleri ve vatandaş ile karşı karşıya gelmelerine neden olunmuştur.	<p>Kentsel dönüşüm uygulamalarında, yasal düzenlemelerde sıkça 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi kullanılmaktadır. Her iki Kanunda farklı uygulama ve yetkilendirmeler söz konusudur. Bu yüzden, kentsel dönüşüm uygulaması yapmak isteyen idarelerin hangi Kanun çevresinde bu işlemi yapacağı ile ilgili kararsızlıkların net olarak çizilen bir yol haritası ile ortadan kaldırılması gerekmektedir.</p>
<ul style="list-style-type: none">• Uygulamada bilim adamları, meslek odaları, sivil toplum kuruluşları devre dışı bırakılarak bakanlık ve TOKİ sonsuz yetkilendirilmiştir.	<p>Yapılan yasal düzenlemeler ile kentsel dönüşüm konusunda çalışan akademisyenlerin, meslek odalarının ve sivil toplum kuruluşları ile konusunda uzman akademisyenlerin görüşleri dikkate alınarak, taraflar konuya sahip çıkma noktasına getirilmelidir.</p>
<ul style="list-style-type: none">• Küreselleşme koşullarında kent mekânları soyutlanmaktadır ve metalaştırılmaktadır.	<p>Kentsel dönüşüm konusunda farklı kanuni düzenlemeler ile mimarlık, mühendislik, şehircilik ile sosyal, tarih ve ekonomi uzmanlık alanları arasında da bütünlük sağlanarak yeni mekan oluşumları sağlanmalıdır.</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Riskli yapının belirlenmesinden tahliyesine hatta yıktırılmasına kadar yapılacak olan çalışmalar, uygulamada ayrımcılık yapılmasına neden olabilecek belirsizlikler taşımaktadır. • Uygulama aşamasında, barınma hakkına sahip çıkmak isteyenlerin anlaşmaya muhalefet etmeleri ve direnmeleri cezalandırılmaktadır. • Anayasanın 35. maddesine göre mülkiyet hakkının sadece kamu yararı ile kısıtlanabileceği belirtilmiş iken uygulamada tanınan yetkiler aykırılık göstermektedir. 	<p>Dönüşüme uğrayacak alanların sınırlarının belirlenmesi bilimsel ve teknik yöntemlerle yapılmalıdır. Dönüşüm projeleri için uygulanması gereken tüm aşamalarında son derece şeffaf ve hesap verilebilir olmalıdır.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Riskli alanlarda bulunan yapılara verilen kamusal hizmetlerin durdurulması yaşayanlar için kabul edilemez bir uygulamadır. • Riskli yapı olduğu iddia edilen yapılar ile ilgili itirazlar için vatandaşın hukuki olarak hak arayışının kısıtlanması, Anayasanın Hak Arama Hürriyeti ile ilgili 36. maddesine aykırıdır. 	<p>Riskli alanlarda yapılacak uygulamalarda katılım esaslı bir süreç belirlenmeli, yasal zorlamalar yerine ikna yoluna gidilerek toplumsal huzur ve güvenlik gözetilmelidir.</p>

KAYNAKÇA

Aydınlı, Halil İbrahim / Turan, Hilal: Kuramsal ve Yasal Çerçeve de Türkiye’de Kentsel Dönüşüm, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 28, 2012, s.61-70.

Aydınlı, Halil İbrahim / Kaya, Adem: Yargı Kararları Örnekleri İle Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Sorun Alanları, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi, 2, 2013, s.449-468.

Ayhan, Fatma: Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, 584s, s.119-147.

Balkır, Z. Gönül: Konut Hakkı Ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, 4-6 Kasım 2010, Denizli, s.339-358.

Cameron, Stuart / Coaffee, Jon: Art, Gentrification and Regeneration—From Artist as Pioneer to Public Arts, European Journal of Housing Policy, 2005, Vol.5, No.1, s.39-58.

Cavalcanti, Maria De Betania Uchoa: Urban Reconstruction Andautocratic Regimes: Ceausescu’s Bucharest In Its Historic Context, Planning Perspectives, 1997, 12:1, s.71-109.

Ceylan Çaçtas, Eda / Kutlu, Canan: Yerel Yönetim Kavramı ve Kentsel Dönüşüm Projelerinde Yetki Karmaşası, TMMOB Yerel Yönetimlerde Dönüşüm Sempozyumu, 18-20 Ekim, İstanbul2007, s.113-122.

Çağla, Hasan / İnam Şaban: Yerel Yönetimler Öncülüğünde Yapılan Kentsel Yenilenme Proje Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme, TMMBO Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 11-15 Mayıs 2009, Ankara.

Daşkiran, Filiz / Ak, Duygu: 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 2015, Cilt: 13, Sayı: 3, s.264-288.

Demir, N. Özgür / Nurhan, Ali Rıza / Ölkebaş, Aytaç / Özden, Pelin Pınar / Saraçlı, Cem / Turgut, Ahmet / Turgut, Sırma / Yakar, Hülya: Gündemdeki Yasa Taslakları Üzerine Görüşlerimiz, TMMOB Şehir Plancıları Odası İstanbul Şubesi, İstanbul, 2004.

Dündar, Özlem: Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Sonuçları Üzerine Kavramsal Bir Araştırma, Kentsel Dönüşüm Sempozyumu, TMMOB İstanbul Şubesi, 11-13 Haziran, İstanbul, 2003, s.65-74.

Ertürk, Hasan / Sam, Neslihan: Kent Ekonomisi, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 323s, Bursa, 2011.

Fenster, Tovi: Gender and space-Aspects of planning and developing the Negev Bedouin settlements, Environment and Planning , Society and Space, 1998, v.17, p.227- 246.

Fenster, Tovi: Gender, Planning and Human Rights (Routledge International Studies of Women and Place), Routledge Publisher (January 31, 1999), 192, Newyork, 1999.

Genç, Fatma Neval: Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü, Celal Bayar Üniversitesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi, 2008, 15, s.115-130.

İslam, Tolga: Devlet Eksenli Soylulaşma Ve Yerel Halk: Neslişah Ve Hatice Sultan Mahalleleri (Sulukule) Örneği, Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Dok. Tezi, 189s, İstanbul, 2009,

Karaman, Aykut: Dönüşüm Projelerinde Kentsel Tasarımın Rolü, 14. Kentsel Tasarı ve Uygulamalar Sempozyumu, 28-30 Mayıs, MSÜ, İstanbul, 2003.

Keleş, Ruşen: Kentbilim Terimleri Sözlüğü, İmge Kitapevi, 224s, Ankara, 1998.

Keleş, Ruşen: Kent ve Kültür Üzerine, Mülkiye Dergisi, 29, s.9-18, 2005.

Keleş, Ruşen: Kentleşme Politikası, İmge Yayınevi, 780s, Ankara, 2006.

Kentleşme Şurası: Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Komisyon Raporları, 4-7 Mayıs, Ankara, 2009, 1324s.

Köktürk Erol / Köktürk, Erdal: Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Ve Almanya Deneyimi, 11. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, TMMOB Harita Mühendisleri Odası, 2-6 Nisan, Ankara, 2007, s.305-327.

Lam, Kara: Revitalisation From The Inside Out: The Attempts To Move Towards An Urban Renaissance In The Cities Of The United States And The United Kingdom, Connecticut Journal of International Law, 2003, 19, s.159-164.

Mumford, Lewis: Tarih Boyunca Kent Kökenleri, Geçirdiği Dönüşümler ve Geleceği, Çev. Koca, G., Tosun, T., Ayrıntı, 763s, İstanbul, 2007.

Mutlu, Ahmet: Eski “Kent Hava”larına Kavuşmak, Şehir ve Medeniyet Dergisi, 2009, 1, s.14-17.

Mutlu, Ahmet: Kentli Hakları ve Türkiye, Çizgi, 344s, Konya, 2010.

Mutlu, Ahmet / Batmaz, Nazlı Yücel: Türkiye’de Kent Hakkı, Orion, 351s, Ankara, 2013.

Özdemir, Serkan: 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu İle Yetki Alanı Genişletilen Büyükşehir Belediyelerinin İmar Planı Değişiklikleri Açısından İrdelenmesi, Selçuk Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Y.L., 115s, Konya, 2008.

Özden, Pelin Pınar: Kentsel Yenileme-Yasal-Yönetmelik Boyut Planlama Uygulama, İmge Yayınevi, 422s, İstanbul, 2008.

Özer, Yunus Emre / Yöntem, Aslı / Yılmaz, Feriştah: Afet Riski Taşıyan Bölgelerdeki Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Sosyo Beşeri Faktörlerin İncelenmesi Üzerine Bir Çalışma: Uzundere TOKİ Dayanışma ve Yardımlaşma Derneği Örneği. <E.A.: <http://kisi.deu.edu.tr/yunusemre.ozer/KENTSEL%20DONUSUM.pdf>>, < E.T: 12.11.2016>.

Polat, Sibel / Dostoğlu, Neslihan: Kentsel Dönüşüm Kavramı Üzerine: Bursa'da Kükürtlü ve Mudanya Örnekleri, Uludağ Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, 2007, 1, s.61-76.

Roberts, Peter / Sykes, Hugh: Urban Regeneration: A Handbook, Sage Publications Ltd., 338s, London, 2008.

Seydioğulları, Hatice Selcen: Yeni Yasal Düzenlemelerle Kentsel Dönüşüm, Planlama Dergisi, 2016, 26, s.51-64.

Şahin, Zafer Savaş: İmar Planı Değişiklikleri ve İmar Hakları Aracılığıyla Yanıltıcı (pseudo) Kentsel Dönüşüm Senaryoları: Ankara Altındağ İlçesi Örneği, Kentsel Dönüşüm Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 11-13 Haziran 2003, İstanbul, s.89-101.

Şişman, Aziz / Kibaroğlu, Didem: Dünyada ve Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 11-15 Mayıs 2009, Ankara.

Tekeli, İlhan: Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm Yazıları, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 315s, İstanbul, 2015.

Ülger, Nihat Enver: Türkiye'de Arsa Düzenlemeleri ve Kentsel Dönüşüm, Nobel Yayınları, 372 sayfa, Ankara, 2010.

Üstün, Gül: Kentsel Dönüşüm Hukuku, Levha Yayınları, 349s, İstanbul, 2014.

Yasin, Melikşah: Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu, TBB Dergisi, 2005, 60, s.105-137.

Yıldız, Ferruh: İmar Bilgisi Planlama Uygulama Mevzuat, Nobel Yayınları, 677 s, Ankara, 2011.

Yılmaz, Evrim: 2016, Kentsel Dönüşüm Politikaları Ve TOKİ'nin Önlenebilir Yükseliş. <E.A.: <https://tr.boell.org/tr/2014/06/16/kentsel-doenuesuempolitikalari-ve-tokinin-oenlenemez-yukselisi>>, <E.T.: 18.04.2019>.

Yomralıoğlu, Tahsin: Kentsel Dönüşüm Faaliyetlerinde Harita Mühendisliği’nin Yasal Görevlerine Dair Temel Hükümler. <E.A.: http://web.itu.edu.tr/tahsin/tahsin/GuncelBlog/Entries/2015/12/15_Kentsel_Donusum_Faaliyetlerinde_Harita_Muhendisliginin_Yeri..._files/Kentsel%20donusum%20ve%20Harita%20Muh.pdf>, <E.T.: 18.07.2017>.

Stratejik Davalama ve İnsan Hakları Savunuculuğu için Bir Model Olarak Hukuk Kliniği Eğitimi

A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER*

Makalenin Geliş Tarihi: 10.02.2021 **Kabul Tarihi:** 25.04.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.931372](https://doi.org/10.30915/abd.931372)

* Dr. Öğr. Ü. / Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı. <https://orcid.org/0000-0001-7743-0509>

Bu metin, 9-12 Ocak 2020 tarihleri arasında düzenlenen Ankara Barosu XI. Hukuk Kurultayı'nın Hak Temelli Hukuki Aktivizm ve Sosyal Değişim İçin Yeni Yöntemler Oturumu'nda sunulan bildirinin gözden geçirilmiş halidir. Bildiri özeti, Kurultay Bildiri Kitabı Cilt II'de basılmıştır. Bu metnin bildiri olarak sunulmasında ve metnin oluşmasında değerli görüş, destek ve geri bildirimleri için Nevada Üniversitesi William S. Boyd Hukuk Fakültesi'nden Prof. Dr. Elizabeth L. MacDowell'a ve Virginia Politeknik ve Devlet Üniversitesi'nden Dr. Ezgi Şeref'e çok teşekkür ederim. Ayrıca stratejik davalama yöntemlerinin kullanılmasında avukatlık meslek pratiği konusunda derslerde kolaylaştırıcılık yaparak hukuk kliniğine destek veren Ankara Barosu'ndan Av. Emrah Şahin'e teşekkür ederim.

STRATEJİK DAVALAMA VE İNSAN HAKLARI SAVUNUCULUĞU İÇİN BİR MODEL OLARAK HUKUK KLİNİĞİ EĞİTİMİ

ÖZ

Bu çalışmada hukuk fakültelerinde stratejik davalamanın teşvik edilmesi için hukuk kliniği eğitimi aracılığıyla yeni bir model tasarlanmasına odaklandım. Ana amacım, hukuk öğrencileri için sosyal adalet ve hak temelli bir hukuki aktivizmi ve hak savunuculuğunu anaakımlaştırmayı gerçekleştirmektir. Aynı zamanda hukuk eğitiminin hala nasıl ve neden eşitsizliğe ve ayrımcılığa karşı sürdürülebilir stratejiler ve öğrenme ortamı oluşturmadığını inceledim. Bu tutumla mücadele için “Temel Hak Savunuculuğu Hukuk Kliniği” başlıklı bir hukuk kliniği modeli tasarladım. Bu klinikte öğrenciler, uzmanlar ve avukatlarla birlikte özellikle dezavantajlı gruplardan “çocuklar”la ilgili insan hakları ihlalleri üzerinde çalıştılar. Daha sonra, çocukların adalete erişimini güçlendiren hukuki stratejilere odaklanarak seçili vakalarla ilgili hukuki mekanizmaları ve taktikleri nasıl kullanacakları konusunda bir süreç haritası geliştirdiler.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Klinikleri

Hak Savunuculuğu

Adalete Erişim

İnsan Hakları

Stratejik Davalama

A CLINICAL LEGAL EDUCATION MODEL FOR STRATEGIC LITIGATION AND HUMAN RIGHTS ADVOCACY

ABSTRACT

In this paper I focused on designing a new structure through clinical legal education for promoting strategic litigation in law schools. My main aim is achieving a model for social justice and rights-based legal activism and mainstreaming an attitude of rights advocacy among law school students. I also examined how and why the legal education still does not implement sustainable strategies and learning environment for positive change against inequalities and discrimination. In order to contest that, I started a project on a clinical model namely “Fundamental Rights Advocacy Legal Clinic”. In this clinic, students worked on human rights violations especially related to “children” as a disadvantaged group with the experts and lawyers. Afterwards they developed the process of how to use legal mechanisms and tactics about chosen cases by focusing on legal strategies which improve access to justice of children.

Keywords

Legal Clinics

Rights Advocacy

Access to Justice

Human Rights

Strategic Litigation

GİRİŞ

Küresel neoliberal politikaların hukuk sistemine yansımaları olan rekabete, kârlılığa ve verimliliğe dayalı teknik hukukun ön plana çıkışı zamanın ruhunu yansıtıyor diyebiliriz. Hukuk fakülteleri ve hukuk eğitimi de küresel neoliberal politikaların yarattığı bu ruhtan muaf değildir.^[1] Aksine neoliberal hukuk devletini^[2] tartıştığımız bu günlerde işçi hakları zayıflatılmakta, toplumda dezavantajlı kesimlerin kazanılmış haklarında gerileme sayılabilecek adımlar atılmakta ve hukuk sistemi insan hakları kazanımları aleyhine dönüştürülmektedir.^[3]

Başta hukuk fakülteleri olmak üzere, hukuk eğitimcileri ve genel olarak hukukçular da hukuk fakültelerinin mevcut ezberci düzenine^[4] eklemelenen salt piyasa taleplerine adaptasyonuna karşı sosyal adalet ve insan hakları konusunda yeni pratikler ve stratejiler geliştirmeye çalışmaktadırlar.^[5] Hukukun özellikle savunuculuk konusundaki ataletini önleyici veya ortadan

-
- [1] Sameer M. ASHAR, “Law Clinics and Collective Mobilization”, **Clinical Law Review**, Cilt 14, 2008, s. 360; Gökçe ÇATALOLUK, “Piyasaya Hukukçu Yetiştirmek: Hukuk Fakültelerinin Sistemsel Dönüşümdeki Rolü”, **Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**, (Der. Ali Murat Özdemir-Muammer Ketizmen), İmge Kitabevi, Ankara, 2014, s.300-301.
- [2] Bkz. Berke ÖZENÇ, **Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, 2016.
- [3] Bkz. A. Aslı ŞİMŞEK, **Sosyal Devlet İlkesinin Hukuki Değeri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- [4] Mariano D’AMELIO, “Hukuk Kliniği”, (Çev. Atıf Akgüç), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2:1936, 70; F. İrem ÇAĞLAR GÜRGEY, “Feminist Perspektiften Hukuk Eğitimi Eleştirisi”, **Kadın/Woman 2000**, Cilt 15, Sayı: 1, 2014, s.99; Alper UYUMAZ – Kemal ERDOĞAN, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 64, Sayı: 2, 2015, s.466-467.
- [5] Antoinette Sedillo LOPEZ, “Learning Through Service in a Clinical Setting: The Effect of Specialization on Social Justice and Skills Training”, **Clinical Law Review**, Cilt 7, 2000, s. 310; Olcay KARACAN, “Hukuk Kliniği Çalışmaları Aile İçi Şiddetle Mücadele Bağlamında Türkiye’deki Hukuk Fakülte-lerinde Alternatif Bir Eğitim Metodu Olabilir mi?”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V Sempozyumu**, 2012, 71.

kaldırıcı araştırma ve çalışmalar yapmaktadırlar.^[6] Bunlardan bir tanesi de hukuk kliniği eğitimidir. Bu çalışmanın konusunu da sosyal adalet ve hak temelli bir bakış açısıyla tasarlanan hukuk kliniği deneyimi çerçevesinde stratejik davalama gibi savunuculuk çalışmalarının hukuk eğitimi ile ilişkisi incelenmek oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle hukuk kliniği eğitiminin nasıl bir eğitim modeli olduğu mevcut eğitim sistemine eleştirel bir bakışla incelenmiş; daha sonra bu araştırmanın da konusu olan belirli bir klinik modeli, Temel Hak Savunuculuğu Hukuk Kliniği (THSHK), adalete erişim, sosyal adalet ve hak temelli yaklaşım ve insan hakları savunuculuğu ilişkisi temelinde açıklanarak bu klinikten elde edilen sonuçlar bağlamında stratejik davalama ve hak savunuculuğuna ilişkin yöntemlerin hukuk eğitiminde önemi üzerinde durularak hukuk kliniği eğitime ve genel olarak hukuk eğitimine uygulanabilirliği tartışılmıştır.

Mevcut Hukuk Sisteminin Adalete Erişimde Yeterliliği Meselesine Hukuk Kliniklerinin Sosyal Adalet Gündeminden Bakmak

Güncel hukuk literatüründe adalete erişim sadece adli mekanizmaların nasıl çalıştığıyla veya adli yardımla sınırlı olarak değerlendirilmemektedir. Bunun ötesinde adalete erişim, bireyin haklarını kullanabilmesi için herhangi bir toplumsal engelin yokluğu anlamına gelmektedir. Aynı zamanda “*bireylerin kamu kaynaklarına ve hizmetlere erişiminde var olan tüm yapısal toplumsal, kültürel, siyasi, ekonomik ve hukuki engellerin ortadan kaldırılması konusunda devletin politika geliştirmesini ve bunları uygulaması*” nı içerir ve bu anlamda sosyal devlet ilkesinin bir parçasıdır.^[7]

Adalete erişimin hayata geçirilmesinde sosyal adalet temelinde güçlenme çalışmalarına hukuk öğrencilerinin ihtiyaç duyduğu görülmektedir. Sadece mevzuat bilgisinin ve işleyiş kurallarının belletildiği bir öğretim modeli, adalete erişimin gerçekleşmesini sağlayacak hukuk profesyonellerinin

[6] KARACAN, 2012, s.73.

[7] Seda KALEM BERK, “Sunuş”, **Adalete Erişim İçin Yerelden Öneriler**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2015, s. 5; A. Aslı ŞİMŞEK-Damla SONGUR, “Engellilik Çalışmalarında Adalete Erişim: Hak Temelli Farkındalık Üzerine Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Engelli Hakları Konferansı- Engellilerin Adalete Erişimi Bildiri Kitabı**, Eşit Haklar İzleme Derneği, İstanbul, 2018, s.107.

yetişmesine uygun görünmemektedir.^[8] Bu dar kapsamlı ve takrire dayalı öğretim biçimiyle^[9] fakültelerden mezun olan hukukçuların adalete erişim üzerine çalışırken meseleyi sadece yargıya ayrılan kaynaklarının artırılması ya da sunulan hizmetlerin çeşitlendirilmesi gibi çözümlere indirgedikleri görülmektedir. Buna karşılık hukuk sisteminin işleyişinde erişim boyutu üzerine politikalar geliştirilirken, “*adaletin ne demek olduğu ve nasıl anlaşıldığı*” üzerinde durulmasına ihtiyaç vardır.^[10]

Kurumlar, son yirmi yıldır hak temelli bir bakış açısıyla adalete erişimi ele almaya başlamışlardır. Örneğin Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, insan hakları temelli bir yaklaşım getirerek kavramı şu şekilde tanımlamıştır: “Adalete erişim, resmî veya resmî olmayan adalet kurumları aracılığıyla ve insan hakları standartlarına uygun şekilde bir çare arayabilme ve temin edebilme gücüdür.”^[11] Ancak bu tanımı hayata geçirebilmek için adalete erişim ilkesini sosyal adalet bakış açısıyla anlayan ve hareket eden meslek profesyonelleri yetiştirilmelidir.

Benzer şekilde adalete erişim, hukuki güçlenme politikası olarak görülmekte ve “*bireylerin haklarını öğrenme, talep etme ve uygulamaları konusunda kapasitelerini artırma*”yı amaçlayan bir hukuk gündemine karşılık gelmektedir. Son yıllarda adalete erişimin gerçekleştirilmesi üzerine yapılan çalışmalarda çoğunlukla süreç adaletine ilişkin iyileştirmelere odaklandığı görülmektedir.^[12] Bu bakış açısı konuyu oldukça dar kapsamlı biçimde ele

[8] QUIGLEY, 1995, s.41.

[9] Duygu HATİPOĞLU AYDIN, “Hukuk Klinikleri: Beklentiler, Uygulamalar ve KKTC Hukuk Fakülteleri Açısından Olanaklar”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XXIII, Sa. 3, 2019, s.297.

[10] KALEM BERK, 2015, s.5.

[11] **Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı 2005 Raporu**, “Programming for Justice: Access for All (A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice)”. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/programming-for-justice-access-for-all-a-practitioners-guide-to-a-human-rights-based-approach-to-access-to-justice/> (erişim tarihi: 17.11.2019).

[12] Örneğin Adalet Bakanlığı’nın 2015-2019 Stratejik Planı’nda ve 2015 Yargı Reformu Stratejisi’nde adalete erişimin, adalet hizmetlerinin fiziki ve teknik altyapısı ile sınırlı olarak ele alındığı görülmektedir. Bu konuda bir değerlendirme için bkz. ŞİMŞEK-SONGUR, 2018, s.101-102.

almaya yol açmaktadır. Buna karşılık adalete erişimin kapsamlı bir biçimde, bir sosyal adalet meselesi olarak ele alınmasına ihtiyaç vardır.^[13] Mevcut hukuk sisteminde adalete erişimin hayat bulması için öngörülen çarelerin dar kapsamda kalması sonucu, sosyal adalet temelinde hukukî güçlenmeyi olanaklı kılan yeterli uygulamaların gerçekleştirilememesi üzerinde durulmalıdır. Bu bağlamda meseleye hukuk kliniklerinin sosyal adalet gündeminden bakmak faydalı olacaktır.

Hukuk kliniği eğitiminin, sosyal adalet amacına hizmet etme yollarından birinin^[14] öğrencileri profesyonel meslek hayatlarına aktarabilecekleri bir sosyal adalet nosyonu kazandırmaya yönelik bilgi, beceri ve deneyim ile donatmak olduğu belirtilmektedir.^[15] Böyle bir nosyon, basitçe avukatlık mesleğini icra ederken adli yardım mekanizmalarında görev almak ya da dezavantajlı kesimlere yardım/hayır faaliyeti olarak adalet hizmetlerinden faydalanmada birtakım gönüllü işleri yerine getirmek anlamına gelmektedir.^[16] Aksine hukuk fakültelerinde “*sosyal adalet eğitiminin daha kapsamlı bir amacı, öğrencilerin hem toplumsal hem de kişisel düzeylerde hukuk ve sosyal adalet sorunları arasındaki ilişkiyi anlama düzeyine ulaşması olmalıdır.*”^[17] Hukuk kliniklerinin bu amaca şu şekilde hizmet ettiği düşünülmektedir: Hukuk kliniği eğitimi, öğrencilerin, adaletin anlamını keşfetmeleri ve kişisel bir adalet duygusu geliştirmeleri için dönüştürücü

[13] KALEM BERK, 2015, s.5.

[14] Bu noktada Dubin, sosyal adalet amacını gerçekleştirmede diğer iki temel yolun hukuk klinikleri aracılığıyla hizmet ve kaynaklara yeterli erişimi olmayan dezavantajlı kişi ve grupların erişimini kolaylaştırıcı destek mekanizmaları inşa etmek ve hukuk öğrencilerine hukuk profesyonelleri ile birlikte çalışarak “pro bono” hizmetlerde sorumluluk alma ve bu yönde bir meslekî formasyon geliştirme olanağı sunmak olduğunu ifade etmektedir. Jon C. DUBIN, “Clinical Design for Social Justice Imperatives”, **SMU Law Review**, Cilt: 51, Sayı: 5, 1998, s.1475-1476.

[15] Margaret Martin BARRY–Jon C. DUBIN–Peter A. JOY, “Clinical Education for This Millennium: The Third Wave”, **Clinical Law Review**, Cilt: 7, Sayı: 1, Fall 2000, s.13.

[16] DUBIN, 1998, s.1477.

[17] Fran QUIGLEY, “Seizing the Disorienting Moment: Adult Learning Theory and the Teaching of Social Justice in Law School Clinics”, **Clinical Law Review**, Cilt: 2, Sayı: 1, Fall 1995, s.43; DUBIN, 1998, s.1477.

birtakım deneyimsel olanakları yaratabilmektedir. Hukuk klinikleri, hukuk sisteminin toplumdaki dezavantajlı birey ve gruplar üzerindeki etkisinin açığa çıkarılmasına yönelik, hukuktaki iktidar ilişkilerini ve ayrıcalığı yapıbozuma uğratan çalışmalar aracılığıyla bu işlevi yerine getirebilmektedir.^[18]

Gerçekten de hukuk kliniği eğitimi, yaparak yaşayarak öğrenme modeli aracılığıyla hukuk fakültelerinde insan hakları alanında teori ve pratiği bir araya getirme olanağı sunmaktadır.^[19] Bu olanaktan yararlanılması için hukuk eğitimcilerinin hem hukuk kliniği yöntemlerini kullanması hem de bu yöntemleri içeren, dersin amacına ve öğrenim çıktılarına uygun bir ders programı tasarlaması gerekmektedir. Hukuk kliniği dersleri çok çeşitli alanlara yönelik farklı konu ve modelleri benimseyerek^[20] açılabilmeyle birlikte, tüm kliniklerin ortak noktasının mevcut takrire dayalı ders anlatımı şeklinde bir ders işleyiş metodunu terk ederek alternatif bir model olan yaparak yaşayarak öğrenme metodunu tercih etmeleri olduğu söylenebilir.^[21]

Hakim hukuk öğretiminde ise önceden hakkında bir mahkeme kararı olan vakalar üzerinden konferanslar şeklinde ders anlatımı usulü tercih edilmektedir. Yılladır bu gelenekselleşmiş yöntemle yürütülen hukuk öğretimine teori-pratik ikilemi ile başlayan ve daha sonra realist hukuk okulu ve ardından eleştirel hukuk çalışmaları ile devam eden birtakım eleştiriler getirildiği görülmektedir.^[22] Ders anlatımı usulü dışında kalan yöntemler ise, dersin büyük bir kısmını değil; ancak kısıtlı bir süresini, örneğin on beş haftalık bir dersin iki haftasını işgal eder. Dolayısıyla hakim hukuk öğretiminin hem teorik hem de pratik hukuk bilgisini takrire dayalı şekilde öğretmeye dayandığı, amfiler veya benzeri kalabalık sınıflarda işlendiği,

[18] QUIGLEY, 1995, s.43-45; DUBIN, 1998, s.1477.

[19] BARRY-DUBIN-JOY, 2000, s.17.

[20] A. Aslı ŞİMŞEK,–M. Yağız AYGÜN, “İnsan Hakları Temelli Hukuk Kliniği Modeli: Yasama Kliniği Uygulaması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, Haziran 2020, s.45-50.

[21] Gemma E. SMYTH–Marion OVERHOLT, “Framing Supervisory Relationships in Clinical Law: The Role of Critical Pedagogy”, **Journal of Law and Social Policy**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2014, s.66; ŞİMŞEK – AYGÜN, 2020, s.57.

[22] Joyce E. MCCONNELL, “A Feminist’s Perspective on Liberal Reform of Legal Education”, **Harvard Women’s Law Journal**, Cilt: 14, 1991, s.82-83.

öğrenmenin dersi çoğunlukla pasif şekilde dinleyen öğrenciler tarafından gerçekleştirildiği, rekabet içindeki öğrencilerin dönem sonu yazılı sınavlara hazırlandığı; bu anlamda öğrenmede sürece değil, sonuca odaklı bir ortam olduğu gözlemlenmektedir.

Hukukta eleştirel çalışmalara göre böyle bir hukuk öğretiminde aslında dersi yürüten ve hukukun politikliğini görmezden gelen akademisyenin önyargıları ve değer yargıları tek ve gerçek doğru olarak öğrenciye belletilir.^[23] Akademisyenin ana amacı, cinsiyetsiz, objektif, rasyonel bir varsayımsal hukukçu yetiştirmektir.^[24] Bu eleştirileri dikkate alan hukuk kliniği eğitimi modeli, hukukun nötr olmadığını ve hukuk doktrinindeki satır aralarını okuyarak ve buralardaki pek çok hikayeyi görerek farklı öğrenme yollarının olduğunu ileri sürmektedir.^[25] İşte hukuk kliniği anlayışında bu yol ve yöntemler kullanılarak toplumda yoksulluk, ayrımcılık ve ötekileştirmeye maruz kalan gruplarla ve bu grupların hak savunuculuğunu yürüten sivil toplum örgütleri başta olmak üzere çeşitli kuruluşlarla birlikte çalışılmaktadır. Böylece hukukun ürettiği iktidar ilişkilerini ve ayrıcalığı açığa çıkarma, hukuk teorisi ve pratiğini sorgulama, hak temelli bir bakış açısıyla hukuku anlama, yorumlama ve çözüm yolları arama üzerine bir ders yürütülür.

Bu yaklaşımla inşa edilen hukuk klinikleri, sadece doktriner ve takrire dayalı hukuk öğretimine değil; aynı zamanda geleneksel insan hakları söylemine de eleştirel bir bakış getirmektedir. Örneğin insan haklarının kuşaklara bölünerek kategorize edilmesi, insan haklarının tarihsel gelişimiyle ilişkilendirilmek yerine, egemen devletlerin önceliklerine göre belirlenmiş hiyerarşik bir sınıflandırma olarak anlaşılabilir.^[26] Nitekim uluslararası bağlayıcılığı olan belgelerde insan hakları, bir bütün olarak değil; medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şeklinde ikili bir yapıda düzenlenmiştir.

[23] Ian WARD, **An Introduction to Critical Legal Theory**, Cavendish Publishing Limited, London, United Kingdom, 1998, s.160.

[24] Fran QUIGLEY, "Seizing the Disorienting Moment: Adult Learning Theory and the Teaching of Social Justice in Law School Clinics", **Clinical Law Review**, Cilt: 2, Sayı: 1, Fall 1995, s.39.

[25] Deena R. HURWITZ, "Teaching to the Paradoxes: Human Rights Practice in U.S. Law School Clinics", **Maryland Journal Of International Law**, Cilt: 26, Sayı: 18, 2011, s.19.

[26] HURWITZ, 2011, s. 19-20.

Uluslararası insan hakları belgelerinin de bu bakış açısını pekiştirici etkisi dolayısıyla hukuk kliniklerinde insan hakları savunuculuğunun haklara bütüncül yaklaşımı benimsemesi şeklinde genel kabullerden farklı ve fakat sosyal adalet amacına uygun yorum kabul edilmektedir.

Temel Hak Savunuculuğu Hukuk Kliniğinde Benimsenen Yaklaşım ve Yöntem: İnsan Hakları Eğitimi ve Araştırmalarında Teori ve Pratiğin Birlikteliği

Ülkemizde de son on yıllık süreçte hukuk kliniklerinin uygulanmaya başladığını, Adalet Bakanlığı'nın 2015-2019 Stratejik Planı'nda açıkça atıf yapılmasıyla^[27] sayısının her geçen gün arttığını ve hukuk fakültelerinde ilgi çeken bir model haline geldiğini söylemek mümkündür. Bu çalışmada ele alınan ve Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde açılan **Temel Hak Savunuculuğu Hukuk Kliniği** (THSHK) ise 2019-2020 Güz Dönemi'nde stratejik davalama yöntemini hak savunuculuğunda öğretmeyi planlayan bir hukuk kliniği uygulanması olarak tasarlanmıştır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde THSHK modeli oluşturulurken hak savunuculuğu, sosyal adalet avukatlığı bakış açısı ve stratejik davalama yönetemlerinden hangi yollarla istifade edildiği üzerinde detaylı bir şekilde durulmuştur.

Mevcut hukuk öğretimine eleştirel yaklaşan hukuk kliniği modeli kendine özgü bir eğitim modeli öngörmektedir. Bu modelin çıkış noktası, hukuk mesleğinin ve eğitiminin hala neden ve nasıl hak temelli bir yaklaşım yerine, özellikle dezavantajlı grupların insan haklarını ihlal edici bir kültürün, geleneklerin, klişelerin taşıyıcısı olduğunu^[28] açığa çıkarmaya ihtiyaç vardır. Dolayısıyla hukuken tanınmış insan haklarında geriye gidişi tartışmak üzere eleştirel bir bakış açısı gerekmektedir. Bu bağlamda sosyal adalet yaklaşımı ile hukuk öğretiminin karşılıklı etkileşimi üzerine de düşünülmelidir. Artık günümüzde hukuk fakültelerinin sosyal adalete ilişkin konuları daha geniş kapsamda ele alarak politika yapımı ile ilişkilendirmesi veya eleştirel cinsiyet,

[27] T.C. Adalet Bakanlığı Stratejik Planı 2015-2019, s.85. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/yayin/Stratejik-Plan-2015-2019.pdf> (erişim tarihi 17.11.2019).

[28] Ulrike SCHULTZ, "Raising Gender Awareness of Judges – Elements for Judicial Education in Germany", *International Journal of the Legal Profession*, Cilt: 21, Sayı: 3, 2014, s.346; Alexandra TIMMER, "Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 63, 2015, s.244.

ırk ve hukuk çalışmaları gibi alanlarla birlikte düşünmesi beklenmektedir.^[29] Genel olarak sosyal adalet, sahip olandan olmayana doğru gücün yer değiştirmesi ile ilgilidir. Dolayısıyla hukukun iktidar ilişkilerini tersine çevirici etkisini açığa çıkarabilmek için hukuk öğrencilerini değişimi şekillendirme, etkileme ve değiştirme kapasitesiyle donatarak onların güçlenmelerini sağlama, hukuk eğitiminin ana meseleslerinden birisi olması önerilmektedir.^[30] Bunu ana mesele haline getiren yöntemlerden birinin de sosyal adaleti amaç olarak belirleyen hukuk kliniği eğitimi olduğu düşünülmektedir.

İkinci olarak ise hak temelli yaklaşıma ve sosyal adalet için insan hakları yaklaşımına göre tasarlanmış bir öğretim modeli önerilmektedir. Çalışmanın bu kısmında böyle bir modeli destekleyen literatürle birlikte bir dönem boyunca yürütülen THSHK deneyiminden istifade edilerek yaklaşım ve yöntem açıklanmıştır. Bu bağlamda hukuk kliniği eğitimi, sosyal adalet ilkesi çerçevesinde yapılandırılacak bir insan hakları savunuculuğu gündemi için önemli bir araç olarak görülmektedir. Özellikle hukuk öğrencilerine sosyal adalet meselesini keşfetmelerinde öne çıkan bir metot olarak aktarılmaktadır.^[31]

Hukuk Kliniğinde Savunuculuğu Sosyal Adalet ve Hak Temelli Bir Öğretim Anlayışıyla Düşünmek

İnsan haklarının hem ulusal hem de uluslararası korunma rejimleri geliştikçe stratejik davalama, gölge rapor hazırlama gibi hak savunuculuğu konuları hukuk gündemine girmiştir. Hukuka ve yargıya yönelik bu değişim talebi, hukuk fakültelerini de etkilemektedir. İşte bu çalışmanın konusunu oluşturan THSHK de çocukların insan hakları özelinde toplumsal meselelere ilişkin adalete erişimde stratejiler geliştirme ve bu stratejileri hayata geçirme amacını taşıyan bir klinik deneyimdir. Bu klinik deneyiminden hareketle bu çalışmada şu soruların yanıtları aranmıştır:

[29] ASHFORD-MCKEOWN, 2018, s.1-2.

[30] ASHFORD-MCKEOWN, 2018, s.5.

[31] Chris ASHFORD-Paul MCKEOWN, "Introduction: Social Justice and Legal Education", **Social Justice and Legal Education**, (Ed. C. Ashford-P. McKeown), Cambridge Scholars Publishing, UK, 2018, s.1.

- Çocukların hakları temalı stratejik davalama ve hak savunuculuğu konulu klinik dersi, öğrencilerin eleştirel bir farkındalık kazanmalarında etkili olmuş mudur? Ne şekilde etkili olmuştur?
- Stratejik davalama, öğrencilerin, avukatlık mesleğini davalar/mahkemeler aracılığıyla toplumsal değişimi gerçekleştirme kimliği^[32] olarak görmelerine nasıl katkı sağlar? Öğrenciler, böyle bir avukatlık kimliği ile kendilerini özdeşleştirebilirler mi?

Bu soruların sorulmasının iki önemli nedeni söz konusudur:

- i. Geleneksel hukuk eğitiminin, hukuk öğrencilerini belli bir tip avukatlık modeli içine sokması: Bu modelde, bir monolog şeklinde dersin öğretim üyesinin ders anlatımı, ders anlatılanların öğrencilerce çoğunlukla sorgusuz sualsiz kabul edilmesi, bu anlatılanlar içinde öğretim üyesinin hak temelli olmayan, kendi önyargılarına dayanan insan harcaıcı nitelikte klişelerin varlığı.
- ii. İnsan hakları eğitiminin (hem etik olarak insan hakları hem de insan hakları hukuku) her geçen gün hukuk eğitimi içinde değersizleştirilmesi: İnsan haklarına ilişkin derslerin yarıllıktan dönemliğe düşürülmesi, zorunlu dersten seçmeli derse dönüştürülmesi, genel olarak hukuk derslerinin hak temelli bir perspektiften (örneğin İş Hukuku, Medeni Hukuk, Ceza Hukuku, İdare Hukuku gibi) öğretilmemesi ve bu gibi derslerin teknik hukuk bilgisine indirgenmesi.

Böylece öğrencilere avukatın sosyal adalet arama sorumluluğu üzerinde düşünmek ve bunu nasıl yaşama geçireceklerini tartışmak için hukuk kliniği modeli tercih edilmiştir. Dolayısıyla THSHK'nin amacı da öğrencilerin insan hakları savunuculuğu yapan ve stratejik davalamada deneyim sahibi avukatlarla birlikte önce belirlenen hak ihlali ile ilgili çalışma yaparak, daha sonra dersin sorumluları tarafından seçilen ve dezavantajlı gruplara yönelik başvuru(lar) üzerinde çalışarak hak savunuculuğu stratejileri oluşturmaları olarak belirlenmiştir. Böylece dezavantajlı grupların adalete erişimini kolaylaştırıcı stratejiler geliştirmeleri hedeflenmektedir.

Öğrenciler, hukuk kliniklerine ders kayıt döneminde yapılan bir mülakat ile kabul edilmektedir. Bu mülakatta öğrencilere genel olarak takım çalışmasına ilgileri, derse devam durumları, klinik dersi almaya ilişkin

[32] HURWITZ, 2011, s.19.

motivasyonları gibi konular sorulurken, THSHK özelinde ise daha önce insan hakları konusunda aldıkları dersler, bu derslerden başarı durumları, ayrımcılık karşıtlığının ne şekilde hayata geçirilebileceği gibi konular üzerinde durulmuştur.^[33] THSHK’de özel bir başvuru şartı aranmamakla birlikte, ders sadece 3. ve 4. sınıf öğrencilerine açık olarak tasarlanmıştır. Mülakat sonunda dersi, on iki öğrenci almaya hak kazanmış; derse on bir öğrenci (dokuz kadın ve iki erkek öğrenci olmak üzere) kayıt olmuştur.

Klinik sınıf düzeni, diğer dersliklerden farklı şekilde tasarlanmakta olup ya yuvarlak masa düzeni ya da U masa düzeni tercih edilmektedir. Böylece tüm öğrencilerin birbirini görebildikleri ve dinleyebildikleri bir ortam oluşturulmaktadır. Dersin bir akademisyen ve bir avukat kolaylaştırıcısı^[34] mevcuttur. Hem teori ve pratiğin birlikteliği hem de öğrencileri gözlemlemenin ve değerlendirmenin kolaylığı açısından iki kolaylaştırıcı tercih edilmiştir.

Hukuku kliniğinde kullanılan teorik çerçeveye daha yakından bakılacak olursa, sosyal adalet ve insan hakları savunuculuğuna içkin olan ana husus, bireylerin ve toplulukların güçlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişinin haklarını koruyabilmesi ve haklarından tam anlamıyla istifade edebilmesi için öncelikle haklarını bilmesi gerekmektedir. Bu noktada insan hakları savunuculuğu, hakları bilmemenin sonuçlarına maruz kalanları savunuculuğa dahil etmelidir. Uygulamada uluslararası insan hakları savunuculuğu, yerel düzeye inebilmeli ve o insan hakları meselesine ilişkin yereldeki politik ve kültürel tutum ve algıların insan hakları ile ilişkisini kurabilmelidir.^[35] Benzer şekilde “*sosyal adalet avukatlığı*” kavramı, avukatların ve ilgili diğer bileşenlerin hukuki yollar ve hizmetler aracılığıyla müvekkillerine ikincilleştirilmeye ve tahakküme karşı direnmeleri ve karşı çıkmaları için

[33] Burada hemen öğrencilerden tek tip bir görüşte olmalarının beklenmediği, hatta farklılıkların temsil edilebileceği bir sınıf ve grup kompozisyonu belirlenmesinin dikkate alındığının belirtilmesi gerekir.

[34] Burada kolaylaştırıcı ifadesi ile kastedilen, dersi yürüten akademisyen ile dersi alan öğrenci arasında astlık-üstlüğe dayalı hiyerarşik bir ilişki kurulmasından kaçınılarak, öğretenin, aynı zamanda öğrenen de olduğu “gözlemci-danışman-kolaylaştırıcı” biçiminde konumlandırılmasıdır. ŞİMŞEK-AYGÜN, 2020, s.44.

[35] Deena R. HURWITZ, “Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics”, *Yale J. Int’l L.*, Cilt: 28, Sayı: 2, 2003, s.516.

yardım edebilecekleri düşüncesine dayanmaktadır.^[36] Sosyal adalet avukatlığı yaklaşımı, birbiriyle ilişkili dört temel unsuru ihtiva eder. Bunlar; eğitim, işbirliğine dayalı çalışma, avukatlık mesleğinin neyi gerektirdiğine ilişkin kapsamlı bir anlayış ile müvekkilin güçlendirilmesine ve kişilerin, ilişkilerin, sistemlerin dönüştürülmesine ilişkin sorumluluktur.^[37] Bu bağlamda THSHK ders programı hazırlanırken öğrencilerin sivil toplum örgütleriyle işbirliği kurabilmesine, sınıf içi küçük grup çalışmalarıyla takım çalışması alışkanlığı kazanmalarına, hak öznesinin taleplerini dikkate alan bir strateji geliştirebilmelerine yönelik çalışmalara ağırlık verilmiştir.

Hakları insanlar için yaşama geçirmek, eğitim, çalışma, organize edebilme ve stratejik davalama ile geliştirilen eleştirel bir bilinçle bağlantılıdır.^[38] Bu anlamda hak temelli yaklaşımın savunuculuğa uygulanmasında insan hakları avukatlığı, kimin kontrolü elinde tuttuğunun araştırılması da dahil güç ilişkilerinin ve politikalarının arasındaki ilişkinin analizini gerektirmektedir. Böyle bir analiz, kimin mağdur olduğunun, kimin analizin dışında bırakıldığının ve bireyler belirli haklara ilişkin kısıtlamaları deneyimlerken yoksulluk, yaş, bilgiye erişimde dezavantajlar, toplumsal cinsiyet, ırk veya dil gibi faktörlerin bu kısıtların yaşanmasını nasıl etkilediğinin dikkate alınmasını, bir başka ifade ile çeşitliliğin gözetilmesini içerir.^[39] THSHK kapsamında böyle bir çeşitliliğin sağlanabilmesi için çocuk haklarına ilişkin seçilen gerçek hayat problemlerinin toplumsal cinsiyet, mültecilik ve yoksulluk meseleleriyle kesişen konulardan seçilmesi tercih edilmiştir.

[36] Elizabeth L. MACDOWELL, “Reimagining Access to Justice in the Poor People’s Courts”, **Georgetown Journal on Poverty Law & Policy**, Cilt XXII, Sayı: 3, Bahar 2015, s.512.

[37] MACDOWELL, 2015, s.512.

[38] Deena R. HURWITZ, “Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics”, **Yale J. Int’l L.**, Cilt: 28, Sayı: 2, 2003, s.516.

[39] BARRY-DUBIN-JOY, 2000, s.63-64.

Dersin yürütücüsünün aktif anlatımı ve talimatları olmaksızın bir öğrenme süreci anlamına gelen hukuk kliniği eğitiminde^[40] akademisyen bir kolaylaştırıcı ve sürecin gözlemcisi olarak sınıfta bulunur. Böyle bir modelde öğrenciler, hukuki bir sorunu çözerken akademisyenin talimatlarına göre hareket etmek yerine yüksek düzeyde sorumluluk almaya ve karar alıcı olarak kendilerini konumlandırmaya cesaretlendirilir. Böylece öğrencilerin problem çözme pratikleri uzun erimli ve yapısal hale gelerek onları savunuculuk konusunda güçlendirir.^[41] Ancak görülmeyenin ve duyulmayan fark edilmesinde, özellikle dezavantajlı grupların maruz kaldığı ihlallerin tespitinde öğrenciler, hak öznesinin deneyimine ve dolayısıyla onun bakış açısına sahip olamayacaklarından onları gerekli ve yeterli kuramsal doğru bilgiyle donatmak gerekmektedir.^[42] Bu noktada bir bilginin akademisyence öğrencilere dayatılmasından ziyade, ezbere bilgiler ve klişelerden hareket etme riskine karşı öğrenciyi en başta doğru bilgiyle buluşturma ve bu bilgiyi tartışma olanağından bahsedilebilir.

Yine politikaya ve iktidar ilişkilerine ilişkin duyarlılık ve bilinçlilik insan hakları öğretiminin bir parçası olmalıdır. Bu ise sadece hukukun değişmesinin değil, aynı zamanda adaletsizliği üreten veya sürdüren sosyal yapıların değişmesinin farkındalığını kapsar.^[43] Bir meseleye bahsedilen bu stratejik insan hakları yaklaşımının uygulanmasında üç adım söz konusudur. Bunlar; (i) meseleyi insan hakları açısından tanımlamak, (ii) talepleri insan haklarında hesapverilebilirlik araçlarını kullanarak formüle etmek ve (iii) kamusal hesapverilebilirlik ve şeffaflık, ayrımcılık karşıtlığı ve eşitlik, ihlalden en çok etkilenenlerin sürece dahil edilmesi; savunuculuk, izleme veya hizmet sunumunda insan onuruna saygıdır.^[44]

[40] Elizabeth L. MACDOWELL-Ann CAMMETT, “Models of Invisibility: Rendering Domestic and Other Gendered Violence Visible to Students Through Clinical Law Teaching”, **Violence Against Women**, Cilt: 22, Sayı: 12, 2016, s.1441.

[41] MACDOWELL-CAMMETT, 2016, s.1441.

[42] Bir örnek için bkz. MACDOWELL-CAMMETT, 2016, s.1445-1446.

[43] HURWITZ, 2003, s.517.

[44] Alice MILLER, “A Methodological Framework for Applying ‘A Human Rights Approach’ to Advocacy on Women’s Issues”, Law and Policy Project, Mailman School of Public Health, Columbia University (2002) (on file with author), Aktaran HURWITZ, 2003, s.517.

İşte sosyal adalet ve hak temelli bir savunuculuk için hukuk klinikleri metodunun önerisi, masa başında ve kağıt üstünde teknik hukuk bilgisi aktarımı yerine öğrencilerin ders kapsamında ele aldıkları ayrımcılık, dezavantajlar ve insan hakları ihlalleri konusunda yürüttükleri inceleme, araştırma ve savunuculuk faaliyetlerindeki deneyimleri üzerine nasıl derinlemesine düşüneceklerini gösteren yol ve yöntemleri içermektedir. Böylece hukuk öğrencisi klinik kapsamında ele aldığı konuyu sosyal adalet bağlamına yerleştirmeyi; bilgi, kültür ve iktidar arasında ilişki kurarak bunların hukuka yansımalarını tartışabilmeyi ve sadece insan hakları mekanizmalarını öğrenerek onları işletmeyi değil, aynı zamanda bu mekanizmaları ürettiği hukukî çözümlerle nasıl etkileyebileceğini araştırmayı öğrenebilecektir.^[45]

Hukuk kliniği eğitimi olarak adlandırdığımız bir dizi yeni strateji, taktik ve yöntemi içinde barındıran bir model üzerinde durulmalıdır. Bu modelde toplumdan dışlanan, marjinalleştirilen, dezavantajlı duruma düşürülen, üzerinde baskı kurulan ve sömürülen grupların haklarına saygı gösterilmesi, haklarının korunması veya yerine getirilmesinde uluslararası insan hakları hukukunun getirdiği yükümlülüklerin bağlayıcılığının ve iç hukukta anayasal güvencelerinin sağlanması için stratejiler geliştirilmesi amaçlanır.^[46] Bu amaç çerçevesinde geliştirilen THSHK'de savunuculuk ve stratejik davalamaya yönelik metod ve çalışmaların ne şekilde uygulanabileceği üzerinde durulmalıdır.

Savunuculuk, Stratejik Davalama ve Hukuk Kliniklerinin İlişisini Kurmak

Hukukçunun toplumsal, kültürel ve politik hareketlere kayıtsız kalmaksızın savunuculuk yapabilmesinin diğer boyutunda toplumsal hareketler yer almaktadır. Nasıl ki hukuk toplumu şekillendirmektedir, benzer şekilde toplum da hukuku şekillendirmektedir. Dünyada sosyal adaletsizliğe karşı

[45] Jane H. AIKEN, “Provocateurs for Justice”, *Clinical Law Review*, Cilt:7, Sayı:2, Spring 2001, s.286; HURWITZ, 2005, s.37-38.

[46] Arturo J. CARRILLO-Nicolas Espejo YAKSIC, “Re-Imaging the Human Rights Law Clinic”, *Maryland Journal Of International Law*, Cilt:26, Sayı: 80, 2011, s.91; Shuvro Prosun SARKER, “Empowering the Underprivileged: The Social Justice Mission for Clinical Legal Education in India”, *Clinical Legal Education in Asia Accessing Justice for the Underprivileged*, (ed. Shuvro Prosun Sarker), Palgrave Macmillan, New York, 2015, s.184-185.

ortaya çıkan toplumsal hareketler, birer hak mücadelesine dönüşebilmektedir. Hukukçunun/hukuk öğrencisinin sosyal adalet bakış açısı geliştirebilmesi için bu toplumsal bağlamı anlaması, tartışabilmesi, hak öznesi ile bir araya gelebilmesi önem taşımaktadır. Yine hukukun görmediği bir alana itilen, toplumdan dışlanan, marjinalleştirilen, dezavantajlı duruma düşürülen, üzerinde baskı kurulan ve sömürülen gruplar eşit yurttaşlık haklarında genişleme talep etmektedir. Sosyal adalet talepleri ile haklardan eşit şekilde istifade etme talepleri hukuka da sirayet etmektedir. Özellikle ayrımcılık karşıtı hareket aracılığıyla çeşitli toplumsal kesimler bir hak öznesi çatısı altında toplanmaktadır. Bu şekilde hak öznesi gruplar, kendilerini birer hak öznesi olarak konumlandırarak mahkemeleri, hak öznesinin hakkının peşinden gidebileceği yer olarak tanımlamaktadır.^[47] Bu gibi toplumsal hareketlerin çoğu şiddetsiz yöntemleri tercih etmekte ve kampanyalarını buna göre örgütlemektedir. O halde “*bir grup, hak temelli bir kampanya örgütlerken hukuk profesyonellerine ne zaman ihtiyaç duyar?*” sorusu karşımıza çıkmaktadır. Buna birden fazla yanıt verilebilir. Bu nedenle de hukuki çözümlere başvurma, stratejik davalama veya kampanya davalama gibi yöntemler kullanmanın yaygınlaştığı söylenebilir.^[48]

İnsan hakları hukukunun, Avrupa Konseyi bünyesinde hukuk pratiği bakımından en etkin alanlardan biri olduğu görülmektedir. Özellikle dava işyükü her geçen gün artan ve bu işyükü karşısında daha hızlı ve etkili yöntemler geliştiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin denetim organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kararları dolayısıyla Avrupa genelinde ağır insan hakları ihlallerine dikkat çekilmiş ve bu konuda farkındalık artmıştır.^[49] Bu rejime tabii devletler, kendi iç hukuklarında insan hakları ihlallerini önlemek, ortadan kaldırmak veya insan haklarını güçlendirmek için birtakım reformlar gerçekleştirmekte, anayasal/yasal yolları çeşitlendirmekte, yargısal/yarı-yargısal süreçlerle ilgili yeni düzenlemeler

[47] Lisa VANHALA, “Anti-Discrimination Policy Actors and Their Use of Litigation Strategies: The Influence of Identity Politics”, **Journal of European Public Policy**, Cilt: 16, Sayı: 5, 2009, s.744.

[48] Deena HURWITZ, “Engaging Law School Students through Human Rights Clinics: A Perspective From The United States”, **Australian Journal of Human Rights**, Cilt: 11, Sayı: 2, 2005, s.38-39.

[49] Richard WILSON, “Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education”, **German Law Journal**, Cilt: 10, Sayı: 07, 2009, s.844.

yapmaktadır. Örneğin Türkiye’de^[50] 2010 anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının tanınması, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun kurulması, 2016’da Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun yürürlüğe girmesi, 2000’lerin başından itibaren bilgiye erişim ve bilgi edinme hakkını güçlendirici hukukî düzenleme ve değişikliklerin yapılması gibi gelişmeler, insan haklarına ilişkin iç hukuktaki güvenceleri artırıcı ve güçlendirici olarak görülebilir. Adı geçen bu gibi yargısal/yarı-yargısal yollar ve klasik dava yolları da dahil iç hukukun insan hakları rejimi açısından işleyişinin ve güncel gelişmelerin uygulanabilir yöntemler ve yollar olarak hukuk öğrencisine öğretilmesi önem kazanmaktadır.

Avrupa insan hakları rejiminde AİHM kararlarının uygulanabilirliği konusunda güçlü bir konsensüs sağlanmış olmasına karşın; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu veya Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi benzer bölgesel insan hakları rejimleri denetim organları bakımından aynı başarının yakalandığını söylemek güç görünmektedir. Her ne kadar Avrupa bölgesi insan hakları rejimi, insan haklarının denetiminin kabul gördüğü bir akademik-teorik yaklaşım sunsa da, bu bölgede insan haklarının gerçekleştirilmesinde odak noktası, halen büyük oranda teorik düzeydedir. Buna karşın insan hakları alanında hukuk klinikleri hareketinin Birleşik Devletler’de artan bir şekilde odak noktası haline geldiği görülmektedir.^[51] Dolayısıyla Anglo-Sakson Hukukunda gelişen hukuk klinikleri hareketi, Kıta Avrupası Hukukunda son yıllarda yüksek öğretimde Bologna süreci ile ivme kazanmıştır. Bu gelişmeler ışığında sivil toplum örgütleriyle hareket eden hukuk fakülteleri, hukuk klinikleri aracılığıyla stratejik davalama, kampanya davalama ve gölge raporlama çalışmalarına katkı sunmaya başlamıştır.

[50] AİHM’in yayımladığı son rapora bakılacak olursa; Rusya, Romanya, Ukrayna, Türkiye, İtalya ve Azerbaycan’dan gelen bireysel başvurusu sayısı AİHM’nin toplam iş yükünün %72’sini oluşturmaktadır. AİHM’in 2018’de Türkiye’den gelen başvurular içinde hükme bağladığı kararlardan AİHS’nin en fazla ihlalini bulduğu hükümlerini adil yargılanma hakkı ile ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. European Court of Human Rights, Annual Report 2018, English Edition, Council of Europe, 2019, s.7 ve 177. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf (erişim tarihi: 15.12.2019). Dolayısıyla Türkiye, ihlalleri ve başvuruları azaltmak için iç hukukunda insan hakları rejimini güçlendirici birtakım yeni düzenlemelere gitmektedir.

[51] WILSON, 2009, s.845.

Konumuz bağlamında stratejik davalamada davayı açanın davayı kazanmasına odaklanılmamakta; bu tür savunuculuk faaliyetinin, kamuoyu yaratma, bireysel başvuru için hukuki argümantasyonu güçlendirme gibi hususlar bakımından kamu yararına hizmet ettiği üzerinde durulmaktadır. Özellikle toplumun geniş kesimlerini ilgilendiren bir meseleye ilişkin yasadan, içtihadattan, uygulamadan ya da politikalarından kaynaklı kronik bir insan hakları ihlalinin ortadan kaldırıcı bir değişikliği hedefleyen yasal savunuculuk faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bu türden bir savunuculukta stratejik dava ya da etki davası aracılığıyla kalıplaşmış, klişelere dayanan, adaletsizliklere yol açan hukuk pratiğini dönüştürmek amaçlanır. Özellikle hukuk yollarını işleterek haklarını arama araçlarından yoksun toplumsal kesimlerin hak savunuculuğu faaliyetleri ile mahkemeye erişim başta olmak üzere adalete erişim haklarından istifadesi anlamına gelir.^[52]

Stratejik davalama ile ilgilenen organizasyonlar, insan haklarına ilişkin farklı zorlukların üstesinden gelebilmek için dava yollarını, diğer hukuki pratikleri ve savunuculuk gibi teknikleri bir araya getiren yenilikçi teknikler kullanmaktadır. Bu şekilde stratejik davalama, adaletsizliklerle mücadelede pek çok avukatlık ve savunuculuk biçimine göre çok daha bütüncül bir yaklaşım sunan, hukuki ve toplumsal değişim arayan yasal olan ve yasal yollar dışındaki diğer yöntemlerin (kampanya, lobicilik, raporlama vb.) ve dava yollarının kullanımı olarak karşımıza çıkmaktadır.^[53] Stratejik davalama yapanlar, adaletsizliklerle mücadelede kendi politik hedeflerine uygun olan çok çeşitli araçlar ve taktikler ile ulusal, bölgesel ve uluslararası yolları seçmektedirler. Dolayısıyla stratejik davalama, müvekkil odaklı tipik bir hukuki yoldan farklıdır ve tek bir kişisel davanın sonucu başarıyı belirlememektedir. Gerçekten de kişisel bir davanın hukuken kazanılması

[52] Jacqueline KINGHAN, “Teaching Access to Justice: Cause Lawyering and Strategic Litigation in a Clinical Context”, **Social Justice and Legal Education**, Ed. C. Ashford-P. McKeown, Cambridge Scholars Publishing, UK, 2018, s.14-15; Çiğdem ERTAK-Dilek KUMCU-Elif KARS vd., Avukatlara ve STK'lara Çocuk Hakları Alanında Daha Güçlü Bir Savunuculuk İçin Stratejik Davalama Kılavuzu, Ed. I. Erdemli, Çocuklarla Birlikte Daha Güçlü Projesi, <http://www.cocuklarlagucluuyuz.net/yayinlar/cocuk-haklari-alaninda-daha-guclu-bir-savunuculuk-icin-stratejik-davalama-kilavuzu> (erişim tarihi: 08.12.2019), s.7.

[53] Catherine Corey BARBER, “Tackling the Evaluation Challenge in Human Rights: Assessing the Impact of Strategic Litigation Organisations”, **The International Journal of Human Rights**, Cilt: 16, Sayı: 3, 2012, s.417.

için değil; hukuk sistemindeki, idari pratikteki veya sivil toplumdaki politikaların ve tutumların değişmesi için stratejik davalama yapılmaktadır. Geleneksel hukuk işinden farklı olarak stratejik davalama yapanlar, kapsayıcı amaçlarına uygun olarak yasal yolların yanında sivil toplum örgütü ağları, medya kampanyaları, uluslararası baskı, kamuoyu oluşturma, yasal reform ve eğitimi gibi destek stratejileri de kullanmaktadırlar.^[54]

Bu bağlamda strateji ile kastedilen, yasal ve toplumsal değişim için emsal teşkil etmesi planlanan davalar/süreçler aracılığıyla hukuk sistemini bir araç olarak kullanmaktır. Stratejik hukuki işlem de hükümetlerin anayasaya aykırı yasaları ya da politikaları değiştirmelerine yönelik baskı kurmak, yasaların doğru şekilde uygulanmasını güvence altına almak ya da yasalardaki eksik veya boşlukları ortaya çıkarmak için davalar açmak veya davalara destek olmak gibi sivil toplum örgütlerinin veya savunuculuk yapan grupların politik temele dayanan taktiklerini zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda stratejik hukuki destekte hedef olarak, yasal değişim için politik baskı oluşturma veya dışlanmış grupları güçlendirmek adına politik bir gündem belirleme ve/veya belirli bir konuda kamusal farkındalık yaratma yoluna gidilebilir. Eğer hukuki mesele, önemli bir toplumsal soruna ilişkinse stratejik davalamanın çoğunlukla politik bir manevra olarak tercih edildiği görülmektedir. Böyle bir durumda mahkeme kararları, kamuoyunun ve medyanın konuya ilgisini daha fazla çekmekte ve bu kararların herhangi bir karara göre etkisi çok daha geniş çaplı olmaktadır.^[55]

Hukuk Kliniğinde İnsan Hakları Savunuculuğu İçin Öğretim Metotları ve İşleyiş İlkeleri

Toplam 14 haftalık bir program şeklinde tasarlanan dersin izlencesine göre ilk 3 hafta klinikte sınıf içi uyumun yakalanmasına, hukuk kliniklerinin ne olduğunun anlaşılmasına, çalışma ilkelerinin tespitine, stratejik davalamanın ne olduğu/olmadığının belirlenmesine ayrılmıştır. İnsan hakları

[54] BARBER, 2012, s.417-418.

[55] Ed REKOSH, "Public Policy Advocacy: Strategic Litigation and International Advocacy", **Stanhope ICT Policy Training Programme**, 20 Ağustos 2003. www.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000698.pdf (erişim tarihi: 15.12.2019); Gesine FUCHS, "Using Strategic Litigation for Women's Rights: Political Restrictions in Poland and Achievements of the Women's Movement", **European Journal of Women's Studies**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2013, s.22.

savunuculuğunun ve stratejik davalamanın kavranması ve anlaşılması için hem dersin işlenişinde hem de gerçek vakaların ele alınışında yapılacak çalışmalar için belirli ilkeler sınıf tarafından ortaya konulmuştur. Öğrencilerin sınıfça üzerinde uzlaştıkları işleyiş ilkeleri, teorinin pratiğe aktarılması için okuma ve araştırma araçlarını keşfetme, öğrenciler arası işbirliği ve dayanışma; hiyerarşiye dayalı değil, eşitler arası bir ilişki tesisi; sessizlik kültürünü ortadan kaldırarak farklı sesi duyma, herkesin kendini ifade edebildiği sınıf içi demokratik bir ortam sağlama, hukuktaki adaletsizlikleri görebilme, eleştirel düşünmeyi teşvik etme, sorumluluklarının farkında olma olarak belirlenmiştir.

Yine öğrencilerle birlikte hak savunuculuğu dendiğinde köy okullarına kitap yardımı, erzak temini, burs gibi sosyal yardımların anlaşılacağı, böyle bir sosyal yardım kesildiğinde yoksulluk ve yoksunluğun devam ettiği; buna karşın stratejik davalama ile soruna kalıcı ve etkili çözüm bulmanın amaçlandığı üzerinde durulmuştur. Bunun yanı sıra öğrenciler, hak savunuculuğunun şiddeti esas alan yöntemler demek olmadığı, sadece hukukçuların hak savunuculuğu yapmadığını, hukuk fetişizminden kaçınmak gerektiğini, savunuculuğun hukuk araçlarından biri olduğunu ama tek araç olmadığını ve bu araçla toplumsal değişimin hedeflendiğini keşfetme yolunda adımlar atmışlardır. Dersin 4. haftasında öğrenciler, iki dörderli ve bir üçerli olmak üzere üç küçük gruba ayrılarak çocuk hakları teması altında üç toplumsal sorun alanı belirlenerek gruplandırılmışlardır. Bu sorun alanları, mülteci çocukların eğitime erişim hakkı, çocukların erken yaşta zorla evlendirilmesi ve sokak atık çöp toplayıcılığı yapan çocukların yoksullukla mücadelesi olarak belirlenmiştir. Yine 4. hafta bu üç alanın hak özneleri, onların temsilcileri ve kamu politikası oluşturucular ile bir araya getirilerek sorunu tespit etmeleri ve anlamaları sağlanmıştır.^[56]

[56] Bunlar arasında mülteci çocuklarla çalışan sivil toplum örgütleri, kız çocuklarının erken yaşta zorla evlendirilmesine karşı politika yapıcı kamu kurumları temsilcileri, sokak atıkları toplayıcılığı konusunda örgütlenen sivil toplum örgütleri, uluslararası örgütlerin yerel temsilcileri sayılabilir. Çocuklar ile öğrencilerin doğrudan bir araya getirilmesi pedagojik olarak uygun bulunmadığından, çocukken mülteciliği, sokak atık toplayıcılığını deneyimlemiş ya da şu an yetişkin olup erken yaşta zorla evlendirilmiş yetişkinler ile söyleşiler yapmaları şeklinde bir olanak yaratılmıştır. Bu söyleşi ve görüşmeler öncesinde ele alınan sorun alanına insan hakları penceresinden nasıl yaklaşılması gerektiği, hak öznesi ile görüşmelerde dikkat edilmesi gereken hususlar ve mülakat teknikleri üzerine çalışmalar yapılmıştır.

Ciddi bir takım çalışmasına dayanan küçük grup yöntemi tercih edildiğinden grup içi dinamiğin sağlanması ve çatışma yönetimi üzerinde durulmuştur. Örneğin gruplar belirlendikten sonra sınıfta strateji davalarında video-aktivizm üzerine tartışılmış ve her bir gruba grup adı, sembolü, grup içi işbölümü, grubun tanıtımı ve yapılacaklar listesini içeren bir video çekmeleri şeklinde bir ön çalışma verilmiştir. Böylece öğrenciler tarafından grup içi sorumluluk alma, özdenetim ve değerlendirme yapma becerileri üzerine pratikler geliştirilmiştir. Yine video-aktivizm aracılığıyla pozitif veya negatif kampanya yapma, kullanılacak görsellerin hak temelli olması ve failin gözünden olmaması, etkili ve anlaşılır olma, akılda kalıcı sloganlar kullanma, mesaj verilecek kitlenin belirlenmesi hususları tartışılmıştır.

Bu noktada mevzuattan ve mevcut ders programından kaynaklanan kısıtlardan da bahsetmek yerine olacaktır. İlk kısıt, kliniklerin hukuki yardıma ilişkin boyutunun ülkemizde uygulanabilirliğine ilişkindir. Mevzuatımızda düzenlenen avukatların tekel hakları dolayısıyla adli yardım hizmetleri kapsamında faaliyet gösteren yurttaş kliniği modeli, THSHK’de stratejik davalama yöntemleri kullanılırken dışarıda bırakılmıştır. Bu bağlamda adli yardım boyutundan ziyade eğitsel boyutu ön planda tutularak dersin içeriği oluşturulmuş ve stratejik davalamada kampanya geliştirme, dosya hazırlama, bilgi edinme gibi hazırlık sürecine odaklanılmıştır. İkinci kısıt, Hukuk Fakültesi ders programında hukuk kliniklerinin öğrenciler tarafından seçilebilmesiyle ilgili teknik bir meseleden kaynaklanmaktadır. En fazla sayıda öğrencinin çeşitli hukuk kliniği eğitimlerinden istifade edebilmesi için bir öğrenci aynı kliniği sadece bir defaya mahsus alabilmektedir. Bu nedenle de THSHK’de aynı grup öğrencilerle sadece bir dönem boyunca çalışılabilmiş ve dosya hazırlama ve strateji geliştirme safhası tamamlanabilmiştir.^[57]

THSHK için dönem başında Ankara Barosu Çocuk Hakları Merkezi Stratejik Davalama Çalışma Grubu ile işbirliği kurulmuştur. Yaparak yaşayarak

[57] Nitekim benzer bir süre kısıtından ELVERİŞ de bahsetmektedir: “Amaç bir yandan hukuk fakültesi öğrencilerini eğitirken bir yandan da dezavantajlı bir gruba hukuki bilgi sunarak onları güçlendirmekse de, uzun yaz tatili ve dönem arası tatiller düşünüldüğünde eğitimin sürekliliğine dair sorunlar olduğu görülebilir. Belki bu noktada devletin bu gibi programların sürekliliğini sağlamak için devreye girmesi gerekmektedir.” İdil ELVERİŞ, “Alışılmadık Bir Mekanda Hukuk Eğitimi: İstanbul Cezaevleri”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s.639.

öğrenme yaklaşımı çerçevesinde etkileşimli metotlar kullanılarak ders izlencesi hazırlanmıştır. Her hafta için dersin konusu/içeriği, ısınma oyunları ve buz kırıcılar, o haftanın konusu bağlamında uygulanacak etkileşimli yöntemler ve aktiviteler, kullanılacak, gerekli akademik ve hukuki kaynaklar, dersin sonunda elde edilecek ürün, öğrenim çıktıları ve değerlendirme ölçütleri hazırlanmış ve tablolaştırılarak ilk derste öğrenciler ile paylaşılmıştır. THSHK'nın haftalık konu dağılımı öğrencilerin üzerinde çalışacakları bir ana tema ve üç alt başlık olarak belirlenmiştir. Tema seçimi, aynı zamanda işbirliği yapılan Ankara Barosu Çocuk Hakları Merkezi Stratejik Davalama Çalışma Grubu'nun da eş zamanlı olarak üzerinde çalışmaya başladıkları konulardır.

Klinik öğrencilerine de on ikinci haftada Ankara Barosu Çocuk Hakları Merkezi Stratejik Davalama Çalışma Grubu avukatları ile bir toplantı yapılarak onlara geliştirdikleri savunuculuk stratejilerini sunacakları duyurulmuştur. Dolayısıyla öğrenciler, bu sekiz hafta (iki ay) boyunca stratejik davalamanın çeşitli aşamaları üzerinde çalışmışlardır. Haftalara bölünen bu aşamalar şunlardır:

- i. Sorunu araştırma:** Sorunla ilgili mevcut araştırmaları inceleme, ilgili hak özneleri ve diğer aktörlerle (STÖ'ler, kamu kurumları, meslek örgütleri vb.) görüşme, mevzuat araştırması (gerekli ve yeterli mevzuat var mı, varsa uygulanıyor mu ya da var ama eksik mi?) şeklinde alt aşamalardan oluşmaktadır. Bu aşamanın sonunda her grup bir araştırma raporu hazırlayarak büyük grupta sunmuş ve sınıftan geri bildirim almıştır.
- ii. Planlama:** Bu aşamada süreç haritası çıkarılmıştır. Sorunun net bir şekilde tespiti, sorunun kimlerle, nasıl, ne zaman ve nerede çözülebileceğine ilişkin yollar, yöntemler ve taktikler tartışılmıştır. Belirlenen süreç haritası büyük grupta sunulmuş ve gerçekçiliği üzerine tartışılmıştır.
- iii. Sürecin yönetimi:** Bu aşamada başvuru öncesi, başvuru süreci ve başvuru sonrasının planlanması yer almaktadır. Buna göre o stratejik davalamanın özelliklerine göre işbirliği yapılan kişi ve kurumlarla yürütülecek kampanya, aktivizm faaliyetleri, lobcilik, kamuoyu oluşturma gibi araçlar tespit edilmiş ve başvuru dosyasında yer alacak belge ve evraklar hazırlanmıştır.

Bu aşamalar takip edilerek hak özneleriyle ve hak öznelerini temsilen dernek temsilcileriyle mülakat yapmak; bu mülakatları raporlamak; grup çalışmalarını yürütükleri alandan (sendika avukatları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nden uzmanlar gibi) uzmanlarla fikir alışverişinde bulunarak hak öznelerinin yararlanabileceği bilgi notları hazırlamak ve görüş yazmak; bilgiye erişim yollarını işleterek strateji geliştirmek; çocuk hakları konusunda araştırma yapmak olarak belirtilebilecek becerilerin öğrencilere kazandırılmasına yönelinmiştir.

Dersin değerlendirilmesi yazılı sınav üzerinden yapılmamakta; bunun için kolaylaştırıcıların doldurduğu değerlendirme formlarının yanı sıra öğrencilerin kendilerini değerlendirdikleri özdeğerlendirme formları ile sınıf içi çalışmalar, ön çalışmalar ve sınıf dışı klinik çalışmalarında öğrenci performansı değerlendirilmektedir. Bu anlamda hem yöntem ve öğretim metotları bakımından takrire dayalı klasik hukuk eğitiminden ayrılmaktadır. Dönem boyunca öğrencilerin sınıf içi çalışmaları, paylaşımları ile dönem sonunda teslim ettikleri klinik raporu, özdeğerlendirme formları ve klinik değerlendirme formlarında ifade ettikleri görüş ve düşünceleri çalışmanın bu bölümünde temel alınmıştır.

Öğrencilerin anonim olarak doldurdukları klinik değerlendirme formundaki yanıtlarına göre 11 öğrenciden sadece bir tanesi derste kullanılan yöntemlerin öğrenciyi yeterince etkin kıldığını düşünmediğini belirtmiş, diğer on öğrenci ise düşündüğünü ifade etmiştir. Derste işlenen konularda akademik olarak yeterince gelişip gelişmediği konusunda sadece bir öğrenci kararsız olduğunu ifade etmiş, diğer on öğrenci ise geliştiklerini düşündüklerini ifade etmiştir. Öğrencilerin tamamı dersin uygulamada işlerine yarayacak bilgi ve becerileri kazandırdığını düşündüklerini belirtmişlerdir. Yine öğrencilerin tamamı, bu kliniğin insan hakları ve sosyal adalete bakışlarına katkıda bulunduğunu düşündüklerini belirtmişlerdir.

Klinik değerlendirme formunun açık uçlu sorular kısmında yöntemlerin yeterince etkin olamadığını düşünen öğrenci ile akademik olarak yeterince gelişim gösterdiği konusunda kararsız olan öğrencinin yanıtlarında anlaşıldığı üzere bu öğrencilerin grup içi dinamiğini yakalamada ve takım arkadaşları ile uyum sağlamada zorlandıkları görülmektedir. Küçük gruplar, kolaylaştırıcıların öğrencileri gözlemlemesi sonucu kolaylaştırıcılar tarafından belirlenmiştir. Ancak küçük grupların oluşturulmasında farklı yöntemler üzerinde durulabilir.

SONUÇ

THSHK ile geleneksel olarak tanımlayabileceğimiz anaakım hukuk öğretimine insan hakları lehine bir müdahale yapılmak istenmiştir. Teori ve pratik, dersin kolaylaştırıcıları aracılığıyla bir araya getirilmiş ve öğrenciler somut ve güncel uyuşmazlıklar hakkında sendikalar, hak özneleri, dernekler, meslek örgütleri, kamu kurumları ve uluslararası kuruluşlarla bir araya gelme olanağı yakalamışlardır. Türünün ilk örneği sayılabilecek bu klinik, insan haklarının hem kuramının hem de hukukunun meslek sınavlarından dışlandığı böyle bir dönemde hak temelli bir savunuculuk ile öğrencileri tanıştırmayı amaç edinmiştir. Ancak halen hukuk klinikleri ve yöntemleri, anaakımlaşmaktan oldukça uzaktır; hatta hukuk öğretiminde marjinal ve istisnai bir alanda kaldıkları iddia edilebilir. Yine THSHK gibi hak temelli, bütüncül ve ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi bakış açısı taşıyan alternatif yöntemler önemli bir potansiyeli açığa çıkarmak için mücadelenin gerekliliğini göstermektedir.

THSHK ile öğrenciler dezavantajlı gruplar hakkındaki önyargılarıyla yüzleşmişler (örneğin mültecilik meselesi), çoklu ayrımcılığı gözlemlemişler (örneğin kız çocukları, yoksul çocuklar), strateji geliştirirken yüz yüze görüşmeler yapmışlar, hak özneleri ile bir araya gelmişler, farklı menfaat gruplarının görüşlerini tartışmışlar (örneğin sokak atık toplayıcılarının örgütlenmesi için sendikaların, derneklerin, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) gibi uluslararası kuruluşların önerdiği alternatif modeller), bilgi edinme başvurusunda bulunmuşlar ve her başvurudan olumlu yanıt alınamayabileceğini ve bir B planı yapmak gerektiğini öğrenmişlerdir. Bu deneyim ve bilgileri diğer geleneksel usulle işlenen derslerde edinmeleri olanaklı görünmemektedir. Belirtmek gerekir ki bu kinikte avukatlık mesleğinin bir niteliği olarak hak savunuculuğunun öğretilmesi amaçlanmış, buna karşın insan haklarını kağıt üstünde bir bilgi olarak bilen avukatlar yetiştirmek^[58] bir amaç olarak tasarlanmamıştır. Öğrenciler, toplumsal değişim için adaletsizliklerin ortadan kaldırılmasında hukukun sihirli bir değnek olmadığını ve fakat insan hakları mücadelesinin hukuki enstrümanların doğru şekilde kullanımına ihtiyaç duyduğunu fark etmişlerdir.

[58] Deena R. HURWITZ, “Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics”, *Yale J. Int’l L.*, Cilt: 28, Sayı: 2, 2003, s.540.

Bu hukuk klinik çalışmasının geliştirilmesi gereken yönünün ise birlikte çalışılan, işbirliği içinde olunan kişiler veya kurumlarla, hak özneleri ve/veya temsilcileriyle onların kazanımları konusunda görüşülmesi; onların hukuk kliniği uygulamasıyla ilgili görüş ve düşüncelerinden de istifade edilmesi hususu olduğu belirtilebilir.^[59]

Mevcut durumda hukuk klinikleri, geleneksel hukuk öğretimini takip eden hukuk fakültelerinde, fakültelerin öğrenci sayısına göre azınlıkta kalan bir öğrenci grubunun alabildiği istisnai dersler olarak görülmektedir. Benzer şekilde hukuk kliniği eğitimi metotları, henüz klasik hukuk derslerinde uygulanır durumda değildir. Bu noktada marjinalleştirilme riski ile karşı karşıya olan hukuk klinikleri, hukuk kliniği eğitim metotlarının anakımlaşmasının çarelerini düşünmeye yönlendirmektedir. Öğrencilerin takrire dayalı yöntemle işlenen dersleri halen her dönem çalışma yüklerinin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Öğrencinin pasif olduğu ders anlatımına dayalı bu metot alışılacalmış ders işlenişi olduğundan, klinikte öğrencilerin kendilerinin yaparak, yaşayarak, deneyimleyerek öğrenmeleri süreci öğrencileri zorlamaktadır.

Yine sosyal adalet amacına aykırı şekilde hukuk kliniklerinin bir hayır işi, sosyal sorumluluk projesi ya da yardımseverlik faaliyeti olarak algılanmaması ve tasarlanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde sosyal adalet ilkesini bir amaç olarak ortaya koyan klinikler, tam da hizmet etmek istemedikleri neoliberal politikaları yeniden üreten bir araca dönüşecektir.

Bu riske karşı hukuk kliniklerinin, üniversitelerde yapılan araştırmaların ve bilginin toplum tarafından erişilebilir hale gelmesine katkısı üzerinde durulmalıdır. Özellikle hukuk dilinin anlaşılabilirliğinin ortadan kaldırılması, ihtiyaç duyan kesimlere hak bilinci ve farkındalığının kazandırılması ve bu kesimlerin gerekli hukuki bilgi ile donatılması hukuk fakülteleri ile toplum arasında bir köprü işlevi görmektedir. Aynı zamanda hukuk öğrencilerini öğrendikleri teorik bilgiyi test edecekleri pratik ile, hukuk uygulaması ile buluşturmadığımız sürece stratejik davalama gibi kurumlar, derste öğretim üyesinin anlattığı ve öğrencinin ezberlemesi gerektiğini düşündüğü bir kavram olmanın ötesine geçemeyecektir.

[59] Bu konuda örnek bir hukuk kliniği uygulaması için bkz. ELVERİŞ, 2011, s. 630-636.

KAYNAKÇA

AIKEN, Jane H., “Provocateurs for Justice”, **Clinical Law Review**, Cilt: 7, Sayı: 2, Spring 2001, s.287-306.

ASHAR, Sameer M., “Law Clinics and Collective Mobilization”, **Clinical Law Review**, Cilt: 14, 2008, s.355-414.

ASHFORD, Chris – MCKEOWN, Paul, “Introduction: Social Justice and Legal Education”, **Social Justice and Legal Education**, (Ed. C. Ashford-P. McKeown), Cambridge Scholars Publishing, UK, 2018, s.1-7.

BARBER, Catherine Corey, “Tackling the Evaluation Challenge in Human Rights: Assessing the Impact of Strategic Litigation Organisations”, **The International Journal of Human Rights**, Cilt: 16, Sayı: 3, 2012, s.411-435.

BARRY, Margaret Martin – DUBIN, Jon C. – JOY, Peter A., “Clinical Education for This Millennium: The Third Wave”, **Clinical Law Review**, Cilt: 7, Sayı: 1, Fall 2000, s.1-76.

BEDNER, A. – VEL, J.A.C., “An Analytical Framework for Empirical Research on Access to Justice”, **Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)**, 2010, s.1-29.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı 2005 Raporu, “Programming for Justice: Access for All (A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice”. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/programming-for-justice-access-for-all-a-practitioners-guide-to-a-human-rights-based-approach-to-access-to-justice/> (Erişim Tarihi: 17.11.2019).

CARRILLO, Arturo J. – YAKSIC, Nicolas Espejo, “Re-Imaging the Human Rights Law Clinic”, **Maryland Journal Of International Law**, Cilt: 26, Sayı: 80, 2011, s.80-113.

ÇAĞLAR GÜRGEY, F. İrem, “Feminist Perspektiften Hukuk Eğitimi Eleştirisi”, **Kadın/Woman 2000**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2014, s.97-109.

ÇATALOLUK, Gökçe, “Piyasaya Hukukçu Yetiştirmek: Hukuk Fakültelerinin Sistemsel Dönüşümdeki Rolü”, **Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**, (Der. Ali Murat Özdemir-Muammer Ketizmen), İmge Kitabevi, Ankara, 2014, s.297-319.

DUBIN Jon C., “Clinical Design for Social Justice Imperatives”, **SMU Law Review**, Cilt: 51, Sayı: 5, 1998, s.1461-1505.

ELVERİŞ, İdil, “Alışılmadık Bir Mekanda Hukuk Eğitimi: İstanbul Cezaevleri”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s.627-640.

ERTAK, Çiğdem – KUMCU, Dilek – KARS, Elif vd., **Avukatlara ve STK’lara Çocuk Hakları Alanında Daha Güçlü Bir Savunuculuk İçin Stratejik Davalama Kılavuzu**, (Ed. I. Erdemli), Çocuklarla Birlikte Daha Güçlü Projesi, <http://www.cocuklarlagucluyuz.net/yayinlar/cocuk-haklari-alaninda-daha-guclu-bir-savunuculuk-icin-stratejik-davalama-kilavuzu> (Erişim Tarihi: 08.12.2019).

European Court of Human Rights, Annual Report 2018, English Edition, Council of Europe, 2019. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

FUCHS, Gesine, “Using Strategic Litigation for Women’s Rights: Political Restrictions in Poland and Achievements of the Women’s Movement”, **European Journal of Women’s Studies**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2013, s.21-43.

HATİPOĞLU AYDIN, Duygu, “Hukuk Klinikleri: Beklentiler, Uygulamalar ve KKTC Hukuk Fakülteleri Açısından Olanaklar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIII, Sayı: 3, 2019, s.285-309.

HURWITZ, Deena R., “Teaching to the Paradoxes: Human Rights Practice in U.S. Law School Clinics”, **Maryland Journal Of International Law**, Cilt: 26, Sayı: 18, 2011, s.18-47.

HURWITZ, Deena, “Engaging Law School Students Through Human Rights Clinics: A Perspective From The United States”, **Australian Journal of Human Rights**, Cilt: 11, Sayı: 2, 2005, s.37-51.

HURWITZ, Deena R., “Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics”, **Yale J. Int’l L.**, Cilt: 28, Sayı: 2, 2003, s.505-551.

KALEM BERK, Seda, “Sunuş”, **Adalet Erişim İçin Yerelden Öneriler**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2015, s.5.

KARACAN, Olcay, “Hukuk Kliniği Çalışmaları Aile İçi Şiddetle Mücadele Bağlamında Türkiye’deki Hukuk Fakülte-lerinde Alternatif Bir Eğitim Metodu Olabilir mi?”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V Sempozyumu**, 2012, s.69-74.

KINGHAN, Jacqueline, “Teaching Access to Justice: Cause Lawyering and Strategic Litigation in a Clinical Context”, **Social Justice and Legal Education**, (Ed. C. Ashford-P. McKeown), Cambridge Scholars Publishing, UK, 2018, s.7-24.

LOPEZ, Antoinette Sedillo, “Learning Through Service in a Clinical Setting: The Effect of Specialization on Social Justice and Skills Training”, **Clinical Law Review**, Cilt: 7, 2000, s.307-326.

MACDOWELL, Elizabeth L. – CAMMETT, Ann, “Models of Invisibility: Rendering Domestic and Other Gendered Violence Visible to Students Through Clinical Law Teaching”, **Violence Against Women**, Cilt: 22, Sayı: 12, 2016, s.1438-1450.

MACDOWELL, Elizabeth L., “Reimagining Access to Justice in the Poor People’s Courts”, **Georgetown Journal on Poverty Law & Policy**, Cilt: XXII, Sayı: 3, Bahar 2015, s.473-545.

MCCONNELL, Joyce E., “A Feminist’s Perspective on Liberal Reform of Legal Education”, **Harvard Women’s Law Journal**, Cilt: 14, 1991, s.77-127.

ÖZENÇ, Berke, **Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

REKOSH, Ed, “Public Policy Advocacy: Strategic Litigation and International Advocacy”, **Stanhope ICT Policy Training Programme**, 20 August 2003. www.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000698.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

QUIGLEY, Fran, “Seizing the Disorienting Moment: Adult Learning Theory and the Teaching of Social Justice in Law School Clinics”, **Clinical Law Review**, Cilt: 2, Sayı: 1, Fall 1995, s.37-72.

SARKER, Shuvro Prosun, “Empowering the Underprivileged: The Social Justice Mission for Clinical Legal Education in India”, **Clinical Legal Education in Asia Accessing Justice for the Underprivileged**, (ed. Shuvro Prosun Sarker), Palgrave Macmillan, New York, 2015, s.177-195.

SCHULTZ, Ulrike, “Raising Gender Awareness of Judges – Elements for Judicial Education in Germany”, **International Journal of the Legal Profession**, Cilt: 21, Sayı: 3, 2014, s.345-355.

ŞİMŞEK, A. Aslı–AYGÜN, M. Yağız, “İnsan Hakları Temelli Hukuk Kliniği Modeli: Yasama Kliniği Uygulaması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, Haziran 2020, s.28-76.

ŞİMŞEK, A. Aslı – SONGUR, Damla, “Engellilik Çalışmalarında Adalete Erişim: Hak Temelli Farkındalık Üzerine Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Engelli Hakları Konferansı- Engellilerin Adalete Erişimi Bildiri Kitabı**, Eşit Haklar İzleme Derneği, İstanbul, 2018, s.97-111.

ŞİMŞEK, A. Aslı, **Sosyal Devlet İlkesinin Hukuki Değeri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.

T.C. Adalet Bakanlığı Stratejik Planı 2015-2019. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/yayin/Stratejik-Plan-2015-2019.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2019).

TIMMER, Alexandra, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Cilt: 63, 2015, s.239-284.

UYUMAZ Alper – ERDOĞAN, Kemal, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 2, 2015, s.459-506.

VANHALA, Lisa, “Anti-Discrimination Policy Actors and Their Use of Litigation Strategies: The Influence of Identity Politics”, **Journal of European Public Policy**, Cilt: 16, Sayı: 5, 2009, s.738-754.

WARD, Ian, **An Introduction to Critical Legal Theory**, Cavendish Publishing Limited, London, United Kingdom, 1998.

WILSON, Richard, “Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education”, **German Law Journal**, Cilt: 10, Sayı: 07, 2009, s.823-846.

Etkin Otorite Yokluğunda Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin İnsan Hakları İhlallerinden Doğan Sorumluluk Halleri

Burak TAŞ*

Makalenin Geliş Tarihi: 08.12.2020 **Kabul Tarihi:** 17.04.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.931393](https://doi.org/10.30915/abd.931393)

* Arş. Gör. / Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi
Hukuku Anabilim Dalı <https://orcid.org/0000-0001-6481-1580>

ETKİN OTORİTE YOKLUĞUNDA DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLERİN İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK HALLERİ

ÖZ

Uluslararası camia 1990'lı yıllardan beri etkin otorite yokluğu ile boğuşmaktadır. Bunun en somut örneği ise 2011 yılından bugüne Suriye'de yaşanmaktadır. Çalışmada, etkin otorite yokluğu durumunda devlet dışı silahlı aktörler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluk halleri irdelenmektedir. Çalışma temel olarak üç ayrı aktör bağlamında inşa edilmiştir: İçinde bulunulan etkin otoriteden yoksun olan devlet, devlet dışı silahlı aktörlere yardım eden devlet ve son olarak doğrudan devlet dışı silahlı aktör. Çalışmada “Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu” hakkındaki tasarı, örf ve adet hukuku, Birleşmiş Milletler'in organlarının kararları ve mevcut mahkeme kararları kaynak olarak kullanılmıştır. Bu husustaki hukuki düzenlemelerin etkisizliği eleştirel olarak tahlil edilmiş ve devlet dışı silahlı aktörlerin sorumluluğunu belirleme kabiliyetini haiz uluslararası mekanizmaların inşa edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları

Etkin Otorite Yokluğu

Devlet Dışı Silahlı Aktörler

Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu

Suriye

THE RESPONSIBILITY STATUS OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS OF ARMED NON-STATE ACTORS IN THE ABSENCE OF EFFECTIVE GOVERNMENT

ABSTRACT

The international community has been struggling with the absence of effective authority since the 1990s. The most concrete example of this has been experienced in Syria since 2011. In the study, the ways of responsibility for human rights violations by armed non-state actors in the absence of effective authority is examined. Basically, the study was built in the context of three separate actors: The state lacks the effective authority, the aiding state and ultimately armed non-state actor in directly. In the study, the draft articles on “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, customary law, the decisions of the bodies of the United Nations and the court decisions were used as sources. The ineffectiveness of the legal regulations in this regard has been critically analyzed and it has been emphasized that the necessity of international mechanisms which have ability to determine responsibility of armed non-state actors should be built.

Keywords

Human Rights

Absence of Effective Authority

Armed Non-State Actors

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

Syria

GİRİŞ

Modern uluslararası hukukta insan hakları; devletlerin vatandaşlarına bahsettiği bir olguyu değil, insanların onur sahibi bir varlık olmaları dolayısıyla sahip olmaları gerekli olan bütün hak ve özgürlükleri ifade eder. İnsan hakları hiçbir bireyin yahut otoritenin karşı çıkamayacağı ve her durumda gözetmek durumunda olduğu en üst düzeydeki hukuksal değerlerdir.^[1] İnsanlık tarihinin gelişim sürecinde insanı esas alan bakış açıları zamanla gelişerek yaygınlık kazanmıştır. Bu gelişim tüm insanlığa yol göstererek bugünkü uygarlık düzeyine erişilmesinde büyük katkılar getirmiştir.^[2] Bu bağlamda insan hakları, İnsanı insan yapan ve insandan kaynaklanan haklardır.^[3]

İnsan haklarının sadece iç hukukun bir sorunu değil aynı zamanda uluslararası hukukun sorunu olması Birinci Dünya Savaşı sonrası başlamış ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında çok yoğun olarak devam etmiştir. Birleşmiş Milletler'in (BM) kurulması ve izleyen süreçte İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin kabul edilmesiyle, insan haklarının uluslararası düzlemde korunması gerekliliği fikrinin yeşerdiği görülmektedir.^[4] Ne de olsa insan haklarının etkili bir biçimde korunması, hakların düzenlenme biçimleri kadar etkili güvence mekanizmalarıyla desteklenmesine de bağlıdır.^[5]

Uzunca bir süredir insan hakları ihlallerinin devletlerin iç hukuk alanını ilgilendiren ve onun egemenlik yetkileri çerçevesinde değerlendiren bir alan olduğu kabul edilmekteydi. İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı tahribat sonrası uluslararası camiada artık insan hakları ihlallerinin, devletlerin iç

[1] ÇEÇEN Anıl: "İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk", Yaşar Hukuk Dergisi, C:8 Özel Sayı, Y:2013, s.809.

[2] ÇEÇEN, s.809.

[3] COŞKUN, Vahap: İnsan Hakları, Liberte Yayınları, Ankara, 2006, s.4; CAN Mücella: "İnsan Hakları ve Demokrasi Arasındaki İlişkinin Felsefi Analizi" Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.23, S.4, Y.2019, s.2156; ACER Yücel, KAYA İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara 2019, s.288.

[4] ALGAN Bülent, IŞIK Saim: Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları Mevzuatı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.VI.

[5] ALGAN/ IŞIK, s.VI.

meselesi olarak değil uluslararası hukuku ilgilendiren bir mesele olarak değerlendirilmesi gerekliliği ideali belirlemiştir.^[6]

1990'lı yıllarla birlikte uluslararası camia, nedenleri birçok uluslararası siyasi, ekonomik olgu ve olaylara giden etkin devlet yönetimi fenomeni ile karşılaşmıştır. Etkin otorite yokluğunun makale bağlamında en önemli görünümünden birisi, sorunun yaşandığı ülke içerisindeki çeşitli aktörler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlalleridir. İnsan haklarının etkili bir biçimde tesis edilmeyişi ve söz konusu ihlalin devletin düşmüş olduğu sıkıntıdan kaynaklı çok geniş boyutlu olması, hem bölgesel hem de uluslararası hukukta da büyük sorunlar doğmasına neden olmuştur.^[7]

Etkin devlet yönetimi yokluğunun 30 yıllık geçmişine karşın uluslararası hukukta; gerek sorunu ortadan kaldıracak gerekse söz konusu devletin eski işlerliğine kavuşana kadar ortaya çıkan sorunları bertaraf edecek hukuki mekanizmaların yaratılması çabalarının çok yetersiz olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda en önemli eylem, etkin devlet yönetimi olgusuna uluslararası güvenliğin veya barışın tehdidi/bozulması temelinde yaklaşılmasıdır: Devletler arasında güvenlik temelli ortaya çıkan sorunlarda uygulanması için öngörülen önlem ve müdahaleleri içeren Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü, yorum yoluyla etkin devlet yokluğu sorununu yaşayan devletlere uygulamaya başlamıştır. İki devletin birbiri ile sorunu bağlamında inşa edilen söz konusu düzenlemenin etkin devlet yönetimi yokluğunda bir devletin içinde var olan soruna uygulanmasının tarihi, 1990'lı yıllara dayanmaktadır.^[8] Bu bölümde "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler" başlığı altında 39., 41. ve 42. maddelerde Güvenlik Konseyi'ne barışı yeniden tesis etmede devletlerin egemenlik

[6] **PROVOST** Rene: International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s.133.

[7] **PROVOST**, s.58-59

[8] Dönemin BM Genel Sekreteri Boutros Boutros Ghali tarafından yazılan 1992 tarihli "An Agenda for Peace"de BM Şartının VII Bölümünün ilk kez ülke içerisindeki sorunlara uygulanacak şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bkz. An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping: Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, para.43, https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

alanına müdahale yetkisi verilmiştir.^[9] Bu çerçevede söz konusu ülkelerde yaşanan soykırım ve benzeri ağır insan hakları ihlalleri de uluslararası camiada güvenlik ve barışı bozan bir olgu olarak kabul edilmiş “insani müdahale” doktrini^[10] çerçevesinde söz konusu devlete müdahalede neden olarak gösterilmiştir.

İnsan hakları ihlallerine dair uluslararası hukukta cevabı bulunması gereken en önemli sorunlardan birisi insan hakları ihlalinde bulunan fail-lerin hukuki durumudur. Etkin devlet yönetimi yokluğunda insan hakları ihlallerinin failleri; söz konusu fenomenin içinde yaşandığı devlet ve etkin devlet yönetiminin yokluğu gerçeğinde ortaya çıkan diğer aktörler olarak üçüncü devletler, uluslararası örgütler, uluslararası şirketler ve devlet dışı silahlı aktörlerdir. Etkin devletin varlığı durumunda hem iç mevzuat ve hem uluslararası mevzuat insan hakları bağlamında önemli kaynaklar olarak ortaya çıkarken devlet temel yükümlü olarak sorumluluk üstlenmektedir. Buna karşın etkin devlet yönetiminin yokluğunda insan hakları ihlallerinde idari, hukuki ve cezai sorumluluğun kime atfedileceği uluslararası hukukta çok önemli bir sorun olarak yerini almaktadır.

Bu aktörler içerisinde devlet dışı silahlı aktörler (DDSA) diğerlerinden gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukuk bağlamında tanınmayan bir olgu olması nedeniyle çok daha farklı bir yere sahiptir. Bu sorun özellikle de devlet dışı silahlı aktörlerin gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerindeki sorumlulukta önemli bir husus olarak kendisini göstermektedir. Bu hususun dramatik bir örneğini uluslararası camia, somut olarak Suriye Devleti’nin 2011’den bugüne yaşadığı etkin otorite yokluğunda tecrübe etmiştir. Suriye’nin on yıla yaklaşan etkin otorite yokluğu sürecinde, Suriye halkı çok farklı devlet dışı silahlı aktörün insan hakları ihlallerine maruz kalmıştır. Bu aktörlerin üyelerinin yargılanmasında yetkili devletin kim olduğu sorusu özellikle son

[9] Birleşmiş Milletler, BM Şartı’nın Amaçlar ve İlkeler başlıklı 1. maddesinde ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamayı amaç edinmiştir.

[10] İnsani müdahale “*bir devlet, devletler grubu ya da devlet-dışı aktör tarafından, bir başka devlet toprağına, o devletin rızası olmaksızın, hedef devletin vatandaşlarına yönelik insancıl kaygıyla gerekçelendirilmiş askeri eylemdir*”. **HEHIR** Aidan: Humanitarian Intervention: An Introduction, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2010, s.20.

dönemlerde güncel bir konu olmasına karşın, bu sorundan önce tartışılması gereken en önemli husus söz konusu devlet dışı silahlı aktörlerin eylemlerinden kaynaklı hukuki sorumluluğun kime ait olması gerektiği konusu göz ardı edilen bir sorundur. Gerçekte fenomenin kendi özgünlüğünde konu bağlamında belki de cevaplandırılması gereken asıl soru budur. Çünkü etkin olan bir devlette siyasi otorite hukuki olarak da sorumlu aktör olarak ortaya çıkarken, etkin devlet yönetimi yokluğunda sorumluluğun etkin olmasa da söz konusu siyasi otoritede olduğunu belirtmek çok önemli bir sorunun üstünü örtmek demektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle çalışmada devlet dışı silahlı aktörlerin gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinden ortaya çıkan hukuki sorumluluk üzerinde durulmuştur. Çalışmada öncelikle araştırmanın üzerine inşa edildiği temel kavramlardan kısaca bahsedilmiş, sonrasında devlet dışı silahlı aktörlerin etkin otorite yokluğunda insan hakları ihlallerinden dolayı aşağıdaki üç farklı aktörün sorumluluğu incelenmiştir.

- a. İhlalin gerçekleştiği etkin otoriteden yoksun devletin sorumluluğu
- b. Devlet dışı silahlı aktörlere yardım eden diğer bir devletin sorumluluğu
- c. İhlali gerçekleştiren devlet dışı silahlı aktörün bizzat sorumluluğu

Uluslararası hukuk literatüründe DDSA'ların bireysel cezai sorumluluğu üzerine birçok çalışma olmasına rağmen hukuki sorumluluklarına yönelik bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Bu çalışmada teamül hukukunun derlemesi niteliği taşıyan ve devletlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 2001 tarihli "Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu" hakkındaki tasarının (2001 tarihli tasarı)^[11] ilgili hükümlerinin akıl yürütme ve yorum yoluyla DDSA'ların insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluk hallerine uyarlanmak suretiyle literatürdeki mevcut boşluğun doldurulması

[11] Devletlerin pratikleriyle gelişen sorumluluk hukukuna ilişkin esaslar uluslararası örf adet hukuku kuralları çerçevesinde kendisine yer edinmiştir. Bu örf adet kurallarının gelişiminde ise uluslararası yargı kararları ve hakem kararları etkili olmuştur. Bu yazısız kuralların kodifiye edilmesi amacıyla yapılan çalışmalar da halen tasarı şeklinde olmakla birlikte BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından düzenlenmiştir. 2001'de Uluslararası Hukuk Komisyonu devletlerin sorumluluğu hususundaki kurallar üzerine kodifikasyon çalışmasını 59 maddelik "Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğu" adıyla oluşturmuştur

hedeflenmiştir. Böylece Suriye coğrafyasında mevcut insanlık krizinin giderilmesi için işlevselleştirilmesi gereken sorumluluk mekanizmalarından birini oluşturan hukuki sorumluluğun kapsamı belirlenerek literatüre bir katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

I. ETKİN OTORİTE YOKLUĞU, DEVLET DIŞI AKTÖRLER VE HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMLARI

Çalışmanın inşa edildiği kavramlar ve olgular uluslararası camianın 1990 yılından sonra çok yoğun olarak uğraştığı kavramlardır. Bu kavramlar ve olgular sırasıyla uluslararası ilişkilerde “başarısız devlet” kavramı ve konsepti bağlamında sunulan etkin otorite yokluğu, devlet dışı silahlı aktörler ve hukuki sorumluluktur.

A. Etkin Otorite Yokluğu

Uluslararası hukuk teamülüne göre devletin unsurları üstün siyasi otorite, insan topluluğu ve ülkedir. Devletlerin Hakları ve Görevlerine İlişkin Montevideo Sözleşmesi'nin birinci maddesine göre bir uluslararası hukuk kişisi olan devletin, devlet olarak değerlendirilebilmesi için gerekli nitelikler sayılmıştır. Bunlar sırasıyla: sürekli bir halk topluluğu, sınırları belirlenmiş bir toprak parçası, üstün otorite (government) ve diğer ülkelerle ilişkiye girme kapasitesidir.^[12] Burada üstün siyasi otorite olarak tanımlanan olgunun en önemli vasfı; bir devletin kurulma aşamasında egemenlik iken var olan bir devlette ise etkin otoriteye sahip olma durumu olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyiş ile etkin devlet yönetimi, halihazırda kurulmuş bulunan bir devletin sahip olduğu bir yetiyi, hükümet edebilme kapasitesini ifade etmektedir. Montevideo Sözleşmesi'nin 1. maddesinin son fıkrası bu bağlamda hem egemenlik olgusunun hem de etkin devlet otoritesinin dış görünümünü teyit etmektedir.^[13]

Yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası camia; etkin otorite yokluğu olgusu ile boğuşan devletlerle, Soğuk Savaş'ın sona ermesinin ardından

[12] Montevideo Convention, <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Montevideo%20Convention.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019).

[13] AKPINARLI Neyire: Fragility of the 'Failed State' Paradigm, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2010, s.7.

yoğun olarak karşılaşmıştır.^[14] Söz konusu devletlerin tarihsel geçmişlerinde üç unsur onların ortak paydası olarak karşımıza çıkmaktadır: bir zamanlar sömürge veya manda yönetimi altında olmaları, Soğuk Savaş döneminde vekâlet savaşlarına mekan olmaları ve son olarak da neo-liberal politikaların dayatıldığı topraklar olmalarıdır. Söz konusu olguya, 1992 yılında ABD'nin dış politikalarına meşruiyet kazandırma amacıyla icat ettiği başarısız devlet kavramı ve yine bu kavram altında inşa edilen konsept bağlamında çözüm önerileri sunulmuştur. Fenomenin nedenlerini ve niçinlerini açıklamayan “başarısız devlet” kavramı, mağduru suçlu gösterme durumunun bir görünümüdür. Konsept, bu olgunun nasıl ortaya çıktığı ile ilgilenmemiştir. Mevcut fenomeni temel olarak, “bu devletlerin kendilerini yönetmeyi bilmedikleri için uluslararası camianın askeri müdahale de dahil bu ülkelere müdahale etme ve onlara yönetmeyi öğretme hakkı ve yükümlülüğü vardır” üzerine inşa edilmiştir. Başarısız devlet kavramı, sadece kendileri için pragmatik olanı seçen emperyalist devletlerin kavram mühendisliği örneklerinden sadece birisidir. Bu açıdan bakıldığında başarısız devlet kavramının kullanılmaması gerekliliği her şeyden öte uluslararası toplumun menfaatine olacaktır.^[15]

Başarısız devlet kavramı statüsel bir kavramı temsil etmemekle birlikte mevcut bir olguyu ifade etmektedir. Olması gereken, başarısız devlet kavramı ile bir devletin belli bir statüye sokulmaması ve mevcut ve fiili durumu ifade eden etkin otorite yokluğu kavramının kullanılmasıdır.

Etkin otorite yokluğu fenomeninin en önemli görünümleri devlet fonksiyonlarını çeşitli nedenlerle yerine getiremeyen bir otoritenin varlığı ve bunun sonucunda da insan hakları, terör, mülteci sorunu gibi birçok gerek iç hukuk gerekse de uluslararası hukuk bakımından sıkıntılı konuların ortaya çıkmasıdır.^[16] Bu sıkıntıların bir boyutu da etkin otorite yokluğunda insan hakları ihlallerinde sorumluluk hususunun nasıl bir değişiklik arz edeceğidir.

[14] **AKPINARLI**, s.1.

[15] Aynı yönde bkz. **AKPINARLI**, s.87-103; **ÖĞÜT** Selman: “Başarısız Devlet Kavramının İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.3, Y.2013, s.172-173; **LOWE** Vaughan: International Law, Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press, 2007, s.114

[16] **ROTBURG** Robert I.: State Failure and State Weakness in a Time of Terror, World Peace Foundation, Brookings Institution Press, Cambridge Massachusetts 2003, s.5-6.

B. Devlet Dışı Silahlı Aktörler

Devlet insanlığının tarihinde çok uzun bir dönem hem uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukukta tek aktör iken bugün devletin yanında uluslararası örgütlerden uluslararası sivil toplum kuruluşlarına ve uluslararası şirketlere birçok aktör ortaya çıkmıştır. Bu aktörlerden bir diğeri de devlet dışı silahlı aktördür.

“Devlet dışı silahlı gruplar kökten dinci ilkeleri savunanlardan ırkçı militan gruplara, özgürlük savaşçılarından devrimci silahlı muhalif gruplara kadar birbirlerinden farklı saikleri haiz geniş bir yelpazedeki aktörü ihtiva etmektedir.”^[17] Devletlerin, uluslararası insan hakları hukuku bağlamında artık uluslararası hukukun tek asli süjesi olmaması sebebiyle, devlet dışı aktörlerin uluslararası hukuktaki konumu eskiden olduğundan çok daha fazla önem arz eder hale gelmiştir.

Devlet dışı silahlı aktörlerin en aktif oldukları yer ise etkin devlet yönetiminin olmadığı ülkelerdir. Bu durumu Afganistan’dan Irak’a ve Suriye’ye uzanan yelpazede görmek mümkündür. Hükümetin ülkesinde otoritesini kaybetmesi, devletini etkili olarak yönetme yetkisini kullanma yetisinden kısmen de olsa mahrum kalması, devlet içinde birçok hukuk dışı organizmaların vücut bulmasına sebebiyet vermektedir. Bu organizmaların bazıları terörü araç olarak kullanan organizmalar niteliğinde iken bazıları ise muhalif bağımsız gruplar niteliğindedir.^[18]

DDSA’lar ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinde bulunarak uluslararası barış ve güvenliği tehdit eder bir hal almışlardır. Birçok uluslararası organizasyon, DDSA’ların gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerini kategorize etmiştir. Özellikle BM Uluslararası Soruşturma Komisyonu DDSA’ların uymaları gereken teamülkurallarını sıralarken aslında DDSA’ların gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinin de tespitini yapmış bulunmaktadır. Bu ihlaller: sivillerle savaşçılar arasında ayırım yapmama; sivillere kasıtlı saldırı; sivilleri terörize etmeyi amaçlayan saldırı; işkence, gayriinsani ya da kötü muamele; sivillerin zorla göç ettirilmesi; rehin alma; yağma; sivillere ayırım

[17] YEŞİLTAŞ Murat, DURAN Burhanettin: Ortadoğu’da Devlet Dışı Silahlı Aktörler, Seta Kitapları, İstanbul 2018, s.33.

[18] YEŞİLTAŞ/DURAN, s. 33-34.

gözetmeyen saldırı; düşman savaşıçılara kötü muamele; kültürel bina ve nesnelere saldırı şeklinde sıralanarak devam etmektedir.^[19]

Etkili devlet yönetimi yetkisini kısmen dahi olsa kaybetmesi durumunda devlet içindeki hukuk dışı yapılanmalardan terörü araç olarak kullanan oluşumlar kendi ideolojilerinden hareketle haklılıklarını ispat etme ve bölgedeki halkı kontrol altında tutmak amaçlı sivil halk üzerinde sistemli olarak ağır insan hakları ihlallerinde bulunmuşlardır. Bir DDSA olarak varlık gösteren YPG/PYD (Halk Savunma Birlikleri/Demokratik Birlik Partisi) ve DEAŞ (Devlet'ül Irak ve Şam), Suriye'deki kaotik ortamda birçok ağır insan hakları ihlallerinde bulunmaktadır. Suriye'de ABD destekli YPG/PYD örneğinde somut verilere ulaşılabilmektedir. Amnesty International verilerine göre köyleri, kasabaları tahrip eden, yıkan ve yakan; yerel halkı bulunduğu yerden zorla göçe zorlayan, evlerinden zorla çıkarıp bu evleri yakan ve DEAŞ ile mücadele adı altında ABD'nin kendisine verdiği desteğe güvenerek sivillere yönelik insan hakları ihlallerinde bulunan bu yapılanmanın eylemleri savaş suçu oluşturmakta ve bu açıdan bakıldığında bu eylemler özü itibarıyla ağır insan hakları ihlalleri teşkil etmektedir.^[20]

YPG/PYD'nin gerçekleştirdiği ağır insan hakları ihlallerine ek olarak DEAŞ da ağır insan hakları ihlallerinde bulunmakla birlikte DEAŞ'in haksız eylemleri, DDSA'larnın bizzat sorumluluğu hususunda ayrıca değerlendirilecektir.

C. Hukuki Sorumluluk

Uluslararası hukuk minvalinde hukuki sorumluluk, devletlerin tarihsel gerçeklikten kaynaklı teamül hukukunda yükümlülüklerini yerine getirmemesi, ihlalin hukuki bir sonuç doğurması ve bu sonucun devletin sorumluluğunu

[19] Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General-Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, para.166, http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

[20] Syria: US ally's razing of villages amounts to war crimes, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/10/syria-us-allys-razing-of-villages-amounts-to-war-crimes/>, October 2015, (Erişim Tarihi: 1.1.2020).

doğurması olarak karşımıza çıkmaktadır.^[21] Hukuki sorumluluk, cezai sorumluluktan farklı olarak devletleri belirli bir yönde davranmaya zorlayacak ya da mahkûm edecek nitelikte maddi bir yaptırım içermez. Kaldı ki BM Şartı ekseninde devletlerin egemenliği prensibi çerçevesinde uluslararası hukukta devlet, cezai sorumluluğun faili kılınıp yargılanamaz.^[22] Özü itibarıyla hukuki sorumluluk, uluslararası hukukun sùjelerini hesap verebilir kılmaktadır.^[23] Bu açıdan hesap verebilir kılınma, uluslararası hukukta değişik şekillerde karşımıza çıkabilir.

Hukuki sorumlulukta uluslararası hukuka aykırılık sadece tespit edilmiş olur; devlet, maddi bir yaptırımla doğrudan bağlanamaz. Ancak bireylerin insan hakları ihlal edildiğinde bu ihlalin ortadan kaldırılması ve bireylerin menfaatlerinin temini noktasında hukuki sorumluluk, tespit edici yönüyle devletleri doğrudan etkilemektedir. Uluslararası kamuoyu oluşturmada ve devletler ile terör örgütleri arasına mesafe koyulması gerekliliği temelinde hukuki sorumluluk önemli bir işlevi yerine getirebilecektir. Böylece teröre destek veren devletler, uluslararası kamuoyu önünde hesap verebilir konuma sokulabilecektir.

DDSA'nın eylemlerinden doğan hukuki sorumluluk, hem insan hakları ihlallerinin gerçekleştiği devletin, hem söz konusu aktörü destekleyen devletin hem de DDSA'nın bizzat sorumluluğunu içermektedir.

DDSA'nın içinde bulunduğu devletin ve kendisini destekleyen devletin sorumluluğu bağlamında kaynaklar 2001 tarihli tasarının ilgili hükümleri, teamül hukuku, uluslararası hukukun genel ilkeleri ve teamül kaynaklı uluslararası mahkeme ve hakem kararlarıdır.

2001 tarihli tasarının ilk maddesinde uluslararası hukukun genel ilkelerinden olan “Devletlerin her uluslararası hukuka aykırı fiili o devletin

[21] **BAL** Ali: Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması, 2006 <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/11843/189480.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 25.1.2020).

[22] **ACER, KAYA**, s.366.

[23] **D'ASPREMONT** Jean, **NOLLKAEMPER** Andre', **PLAKOKEFALOS** Ilias; **RYNGAERT** Cedric: “*Sharing Responsibility Between Non-State Actors and States in International Law: Introduction*”, Neth Int Law Rev (2015) 62:49–67, s.54, <https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-015-0015-0> (Erişim Tarihi: 19.11.2019).

uluslararası sorumluluğunu beraberinde getirir” ilkesi tasarıda kendisine yer edinmiştir.^[24] Bu ilkeyi ilk maddesinde ihtiva etmekle tasarı sorumluluk hukukuna ilişkin temel felsefesini ortaya koymuştur.

Bu düzenleme temelde iki veya daha fazla devlet arasındaki ihtilaf için öngörülmüştür. Ancak uluslararası hukukun dinamik yapısı nedeniyle söz konusu tasarı çağın koşullarına cevap verecek nitelikte düzenlemeler bakımından yetersiz kalmaktadır. DDSA’ların hukuki sorumluluğuna ilişkin yargıya varabilmek için devletlerin sorumluluğunu düzenleyen tasarının ilgili maddeleri, olması gereken hukuk bağlamında amaca uygun şekilde yorumlanırsa bu yetersizlik giderilebilecektir.

Devletin hukuki sorumluluğuna yönelik olarak örf ve adet hukukunda, mahkeme kararlarında ve tasarıdaki kuralların yanı sıra BM’nin organlarının bazı kararlarında da sorumluluğa ilişkin bazı veriler mevcuttur. DDSA’ların bizzat kendi sorumluluğu bağlamında kaynak mevcudiyeti ise problem arz etmektedir. Bu noktada ilgili tasarı hükümlerinin yorumlanması ve ilgili mahkeme kararları bakımından akıl yürütme yolu ile sorumluluk hususunun açıklığa kavuşturulması mümkündür.

II. DEVLET DIŞI SİLAHLI AKTÖRLERİN İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN SORUMLULARI

Devlet dışı silahlı aktörlerin etkin otorite yokluğunda ciddi anlamda insan hakları ihlalleri gerçekleştirdiği gerçeği karşısında hukuki sorumluluk, önemli bir husus olarak uluslararası hukukta yerini almaktadır. Burada hukuki sorumluluk üç farklı açıdan inceleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Birinci olgu devlet dışı silahlı aktörün içinde bulunduğu devletin sorumluluğunun ne olduğu sorusudur. İkinci önemli husus söz konusu devlet dışı silahlı aktörü destekleyen devletin sorumluluğunun ne olduğudur. Son olarak ise devlet dışı silahlı aktörün insan hakları ihlalinden doğan doğrudan sorumluluğudur.

[24] Draft Articles On Responsibility Of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries, Yearbook Of The International Law Commission, 2001, Volume II, Part 2, s.32. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf (Erişim Tarihi: 11.11.2019).

A. İhlalin Gerçekleştiği Devletin Sorumluluğu

Etkin otoritenin varlığında ve yokluğunda sorumluluk hususu değişiklik arz etmektedir. Bu değişiklik, DDSA'ların gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluğun devlete izafe edilip edilemeyeceği noktasındadır. Etkin bir otoritenin varlığında insan haklarının ihlalinin gerçekleştiği devletler, egemen oldukları kendi toprakları içinde gerçekleşen her türlü ihlalden sorumludur. Bu sorumluluk hem iç hukuktan kaynaklanmaktadır, hem de uluslararası hukuktan. Uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğuna ilişkin bir teamül hukuku kuralı bulunmaktadır ve bu kural 2001 tarihli tasarının birinci maddesinde de “bir devletin uluslararası hukuka aykırı fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur” şeklinde kendisine yer edinmiştir.

Etkin devlet yönetiminin yokluğunda ise sorumluluğun kime ait olacağı meselesi önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukukta bu bağlamda kaynak olarak kullanabileceğimiz enstrümanlar: teamül hukukunun akıl yürütme yoluyla değerlendirilmesi, tasarı halindeki maddeler ve mahkeme kararlarıdır.

2001 tarihli taslak, ihlalin gerçekleştiği devleti DDSA'ların eylemlerinden dolayı sorumlu kılmaktadır. Özellikle 9. ve 10. maddeleri çerçevesinde devlet dışı aktörlerin eylemleri dolayısıyla dolaylı olarak sorumlu kılmaktadır.^[25] “Bir Davranışın Devlete İsnad Edilebilmesi” başlıklı ikinci Bab'ın altındaki 9. maddede etkin otorite yokluğunda devletlerin devlet dışı silahlı aktörlerin fiillerinden dolayı sorumluluğu konusu açıklığa kavuşturulmaktadır. Tasarının resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halindeki davranış başlıklı 9. maddesi şu şekildedir:

“Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir.”^[26]

Söz konusu maddede görüldüğü üzere genel olarak davranışın Devlet'e isnat edilebilmesi hususunda üç tane şartın varlığı aranmaktadır. İlk şart davranışın kamu gücünün kullanılması niteliğinde olmasıdır. İkinci şart, bu fiillerin resmi otoritelerin yokluğunda gerçekleşmesidir. Üçüncü şart ise,

[25] TAŞDEMİR, s.76.

[26] ERKİNER, s.309.

o anki durumun ve koşulların bu yetkiyi kullanmayı gerektirmesi olarak belirtilebilir.^[27] Tasarının 9. maddesinin şerhinde, etkin otoritenin yokluğunda, kamu gücü yetkileri kullananın değil; bu fiillerden –gerekli şartların varlığında- devletin sorumlu olacağı belirtilmiştir.^[28] Ancak asıl önemli olan nokta şu hususta kendisini göstermektedir: 9. maddenin temelinde yatan prensip, idare hukukundaki fiili memur teorisi. Bu teoriye göre, herhangi bir olağanüstü durumda devlet organlarının müdahalesinin bulunamayacağı hallerde kişiler veya kişi topluluklarının o şartlar altındaki fiilleri, devletin yetkili organlarının fiili sayılabilecek ve bu kişilerin fiilleri eğer hukuka aykırı ise devlet memurunun fiili hukuka aykırıymışçasına devlete isnat edilebilecektir.^[29] Ancak mevcut çalışma bağlamında 9. madde, maddenin şerhinde belirtildiği şekilde yorumlandığında, etkin otoritenin yokluğunda devlet dışı silahlı aktörün uluslararası hukuka aykırı eylemden sorumluluğu meselesine cevap vermemektedir. Ancak 9. madde, 10. maddenin 3. fıkrası ile beraber değerlendirildiğinde bu sorunun aşıldığı görülmektedir. Şöyle ki:

Madde 10/3: “Bu madde, 4. maddeden 9. maddeye kadar olan maddeler uyarınca, devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, devlete isnat edilmesine engel olmaz.”^[30]

Bu maddeden anlaşılan odur ki; 9. madde sadece fiili memur teorisi bağlamında anlaşılmayıp aynı zamanda “isyan hareketleri” sonucu gerçekleşen ihlallerden de sorumluluk hususunda gündeme gelebilecektir. Böylece etkin otoritenin olmadığı bir düzlemde isyan hareketi gerçekleştiren DDSA’ların insan hakları ihlallerinde devletin sorumluluğu, 9. madde çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

[27] **ERKİNER** Hakkı Hakan; Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, Oniki Levha Yayınları Ankara 2010, s.142.

[28] Responsibility Of States For Internationally Wrongful Acts, With Commentaries, s.49.

[29] Responsibility Of States For Internationally Wrongful Acts, With Commentaries, s.49.

[30] **ERKİNER**, s.143.

9. madde ve 10. madde beraber değerlendirildiğinde 1903'teki Bolivar Railway Company Davası^[31] özel olarak incelenmeye değerdir. Bolivar Railway Company Davasını incelemeye değer kılan husus, bu davada etkin otorite yokluğunda olması gerekene yönelik bir yargıda bulunulmuş olmasıdır. Söz konusu davada isyan hareketinin başarıya ulaşma ve ulaşmama durumu üzerinde iki temel yargıya ulaşılmıştır.

Söz konusu davada komisyona göre, başarıya ulaşan bir devrim sonunda baştan itibaren işlenen fiillerden devlet sorumlu olacaktır. Bu yargısını ise isyanın artık başından beri (*ab inito*) o milletin iradesini temsil ettiği noktasında temellendirmektedir.^[32] Burada aslında komisyon üyeleri açıkça temellendirmese dahi devletlerin sürekliliği ilkesinden hareket etmiştir. Çünkü aslan devlet varlığıdır; kurumlar baki, kişiler geçicidir. Bu ilkeye göre hükümetler geçici olduğundan sorumluluğun asıl muhatabı devlet olabilmektedir.

İsyanın başarıya ulaşmadığı hallerde ise İngiltere-Venezuela Karma Komisyonu, devletin otoritesinin fiilen ve sürekli bir biçimde etkili olmadığı yerde, başka bir ifadeyle devletin kontrolü altında olmayan yerde hukuka aykırı fiiller nedeniyle devletin sorumlu olmayacağını belirtmektedir.^[33]

Bolivar-Railway Davasının bir benzerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 1996 tarihli Loizidou Kararı'nda görmekteyiz. AİHM Loizidou Kararı'nda^[34] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 1. maddesindeki "yargı yetkisi" kavramının sözleşmeciler devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını belirttikten sonra şöyle devam etmiştir: "Sözleşmeciler devletlerin toprakları dışında sonuçlar doğuran eylemleri kendi yetkili makamları tarafından yapıldığı için, bu eylemler ulusal sınırları içinde ya da dışında yapılınsın, sözleşmeciler devletlerin

[31] *Great Britain v. Venezuela* 13 February 1903 pdf HOUGHTON N.D. "The Responsibility of the State for the Acts and Obligations of Local De Facto Governments and Revolutionists", Minnesota Law Review, 1990, s. 253. <https://core.ac.uk/download/pdf/217207587> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

[32] YEŞİLTAS, DURAN, s.191.

[33] YEŞİLTAS, DURAN, s.190.

[34] *Loizidou v. Turkey*, Report of the Commission, adopted on 8 July 1993. <http://www.hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

sorumluluğu ortaya çıkabilir”.[35] Söz konusu kararda mahkeme, KKTC’de bulunan Türk askeri sayısından hareketle “etkin kontrol uygulayan otorite” olarak Türkiye’yi işaret etmiş ve AİHS’in 1. maddesindeki yargı yetkisi terimini geniş yorumlayarak KKTC topraklarını Türkiye’nin yetki alanı içinde kabul ederek, burada ortaya çıkacak Sözleşme ihlalleri bakımından sorumluluğun KKTC’ye değil, etkin kontrol uygulayan Türkiye’ye yüklenebileceğini hükme bağlamıştır.[36] Görülüyor ki AİHM burada etkin kontrol kısıtıyla insan hakları ihlalinin gerçekleştiği toprak parçasında yer alan devleti değil, devlette etkin kontrol uygulayan devleti ihlalin faili kılmıştır. Sonuçta, ihlalin gerçekleştiği devletin dışında başka bir devlet de insan hakları ihlalinin dolaylı, mahkemeye göre sorumlu olabilmektedir. Yukarıda bahsedilen iki mahkeme kararı ile tasarının arasındaki bu farklılık, egemenlik ile etkin otorite arasındaki farklılıkta yatmaktadır. 1903’lü yıllar egemenlik ve etkin otorite kavramlarının birbiri içine geçtiği yıllar idi. Zamanın şartları, etkin otorite ile egemenlik yetisinin birbirinden ayrılması gerekliliğini gerektirmiyordu. Farkındalığın zaman içinde gelişimi üzerine 2001 tarihli tasarının söz konusu mahkeme kararından farklılık arz etmesi pek de yadırganacak bir durum değildir. Çünkü bir devlet, ülkesinde etkin otoritesini kaybetmekle egemen olma kudretini kaybetmemektedir. Egemenlik kudreti, etkin otoriteyi de içine alan bir üst kavramdır ve etkili devlet yönetimi, egemenlik kudretinin somut bir tezahürüdür. Hakeza İbn-i Haldun da otorite yetisini egemenlik kudretinin bir unsuru olarak görmekteydi.[37]

Tasarının 9. maddesi, 10. maddesinin 3. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde DEAŞ ve YPG/PYD gibi ülkesindeki devlet dışı silahlı aktörlerin devletmişçesine devlet erkinden kaynaklanan yetkileri kullanırken insan hakları ihlallerinde bulduklarında, bu ihlallerden dolayı Suriye sorumlu tutulabilecektir. Ancak Bolivar-Railway Company Davası’nda komisyonun vardığı yargı ile AİHM’nin Loizidou Kararı tam tersi bir sonucu ifade etmektedir.

[35] **DEREBOYLULAR** Özde, **ARMAN** Perçem: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs’la İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye’ye Etkisi, s.310, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-136-1777> (Erişim Tarihi: 29.10.2019).

[36] **DEREBOYLULAR**, **ARMAN**, s.308-309.

[37] **YAŞAR** Ali: İbn-i Haldun’a Göre Siyasi Otorite ve Liderlik, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.2, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/610.pdf> (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

Etkin otorite yokluğunun Suriye konjonktüründe doğurduğu anarşik ortamın ve Suriye coğrafyasında aktörler arasındaki iletişim kopukluğunun insan hakları ihlali konusunda yarattığı etki değerlendirilmeden, doğrudan devleti sorumlu kılmak ne kadar doğrudur? Nitekim sorumluluk hukukunun temeli kınanabilirliğin varlığıdır. Suriye Devleti bizzat gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinden tasarıya göre elbette sorumlu tutulabilecektir. Ancak Suriye’de etkin otoritenin yokluğundan faydalanarak anarşik eylemlerde bulunup siviller üzerinde insan hakları ihlalleri gerçekleştiren YPG/PYD ve DEAŞ gibi DDSA’ların fiillerinden Suriye’nin sorumlu tutulmasının ahlaki kınanabilirlik kriteri bakımından ne kadar yerinde olduğu tartışılabilir.^[38]

Tasarının öngördüğü şekilde, devlet dışı silahlı aktörlerin fiillerinin, ihlalin gerçekleştiği devlete isnat edilmesi kuralı, sorumluluk yükleme mekanizması bakımından sonuçsuz kalabilecektir.^[39] DDSA’ları insan hakları ihlallerinden sorumlu tutmaya yönelik devletin sorumluluk kanalları, DDSA’ları hesap verebilir kılmada oldukça yetersiz kalabilecek ve zor olabilecek; aynı zamanda etkin otorite yokluğunda da bu durum imkansız olabilecektir.^[40]

Sonuç olarak Boilvar-Railway Company Davası ile AİHM’nin Loizidou Davası’nda mahkemenin verdiği karar aslında var olan teamül kuralının bir tespiti niteliğindedir. Bu açıdan bakıldığında belki de söz konusu tasarı olması gerekene yönelik bir teamül hukuku kuralını içermemektedir. Hal böyle olunca, kınanabilirlik hususu açısından değerlendirildiğinde, ülkesinde geçici olarak etkin otoritesini kaybetmiş bir devletin; ülkesinde DDSA’larca gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden sorumlu olmaması gerekmektedir.

B. DDSA’ları Destekleyen Diğer Devletlerin Sorumluluğu

DDSA’ların insan hakları ihlalden doğan sorumluluk bağlamında değerlendirilmesi gereken ikinci tür aktör devlet dışı silahlı aktörleri destekleyen üçüncü bir devlettir. Burada özellik arz eden durum ise etkin devlet yönetiminin yokluğu sürecinde devlet dışı silahlı örgütlerin bir üçüncü devlet tarafından desteklenmesi halidir. Mesela YPG/PYD’nin ABD, Özgür Suriye

[38] Kınanabilirlik kriteri ile ilgili geniş bilgi için ve kınanabilirlik ile kusur ilkesi arası ilişki için bkz. Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2019, s.52-54.

[39] D’ASPREMONT; NOLLKAEMPER; PLAKOKEFALOS; Ryngaert, s.54.

[40] D’ASPREMONT; NOLLKAEMPER; PLAKOKEFALOS; RYNGAERT, s.54.

Ordusu'nun (ÖSO) Türkiye tarafından desteklenmesi durumudur.^[41] Söz konusu örgütlerin insan hakları ihlalinde bulunması durumunda sorumluluğun kime ait olacağı önemli bir sorudur. Tasarının 8. ve 11. maddelerinin bu bağlamda incelenmesi gerekmektedir. Bu maddeler de ihlalin gerçekleştiği devletin dışındaki başka bir devleti, devlet dışı aktörlerin eylemleri dolayısıyla dolaylı olarak sorumlu kılmaktadır.^[42]

Tasarının devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranış başlıklı 11. maddesi devleti şu şekilde sorumlu tutmaktadır:

“Önceki maddelere göre devlete isnat edilemeyen bir davranış, bu devlet tarafından söz konusu davranışın kendi davranışı olarak tanındığı ve benimsendiği halde ve ölçüde, milletlerarası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilir.”^[43]

Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere devletin kendi gerçekleştirme ve bu fiillere bir katkısı bulunmasa bile bu ihlalleri benimsemesi durumunda sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu duruma örnek olarak İtalya'daki Roma Askeri Mahkemesi'nin 1996'da Priebeke Davası^[44] kararı gösterilmektedir. Mahkeme kararında; partizanların İtalya'nın resmi statüsündeki savaşıları olmamasına rağmen bu devletin söz konusu grubun Alman askerlerine karşı gerçekleştirdiği saldırıları teşvik etmesi ve çatışmaların

[41] Türkiye Cumhuriyeti, Fırat Kalkanı Harekâtı kapsamında 28 Eylül 2016 tarihli Milli Güvenlik Kurulu (MGK) Basın Bildirisinde, *“hudutlarımızda bir terör koridorunun oluşmaması için başlatılan Fırat Kalkanı Harekâtının öncelikli iki amacından ilkinin, sınır güvenliğimizin sağlanması ve bölgede yaşayanların can ve mal güvenliğinin temin edilmesi; ikincisinin ise, buradaki DEAŞ ile PYD/YPG terör unsurlarının bütünüyle temizlenmesi ve ülkelerinin bütünlüğü için Özgür Suriye Ordusunun desteklenmesi olduğu”* ifade edilmiştir. 28 Eylül 2016 tarihli MGK Basın Bildirisi, para.5. <http://www.mgk.gov.tr/index.php/28-eyluel-2016-tarihli-toplantı> Erişim Tarihi: 20.10.2020.

[42] **TAŞDEMİR** Fatma: *“Devlet Merkezli Uluslararası Hukuk Sistemi Ve Devlet Dışı Silâhlı Aktörler”*, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 56, Mart 2017, ss.59-85, s.76, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/329011> (Erişim Tarihi: 24.10.2019).

[43] **ERKİNER**, s.310.

[44] *Hass and Priebeke case* in 1997, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/83344FFD0508802AC125765B004B9E54> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

sona ermesinden sonra partizanların resmi olarak tanınması nedenlerinden dolayı hukuka aykırı fiillerin İtalya'ya atfedilebileceği belirtilerek uluslararası sorumlu olduğuna karar vermiştir.^[45]

Tasarının devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış başlıklı 8. maddesi: “*Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, milletlerarası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.*”^[46] diyerek devleti, devlet dışı aktörlerin fiillerinden sorumlu tutmuştur. Burada lafzi yorum yapıldığında kastedilen, ihlallerin gerçekleştiği devlette yer alıp bu devletin talimatlarıyla ihlallerde bulunan bu örgütlenmenin fiillerinin bizatihi o devlete izafe edileceğidir^[47]. Ancak ortada insan hakları ihlali gibi uluslararası hukuku derinden etkileyen bir mesele olduğu için böylesi durumda 8. madde geniş yorumlanarak, ihlalin gerçekleştiği devlet dışındaki başka bir devletin yönlendirmesi ile insan hakları ihlallerinde bulunan DDSA'ların fiillerinden doğan sorumluluk, bu devlete izafe edilebilecektir. *De lege feranda* bir yorumla ulaşılan bu sonuç, insan haklarının dokunulmazlığı hususunda uluslararası toplumun menfaatlerine uygun olacaktır.

Son tahlilde bu başlık altında değerlendirilen sorumluluk türüne en önemli örneği ABD'nin YPG/PYD'ye verdiği açık destek,^[48] yönlendirme ve talimatları oluşturmaktadır. ABD, YPG/PYD'nin gerçekleştirdiği insan hakları ihlalleri sebebi ile bu tasarının 8. maddesine göre sorumlu tutulabilecektir. YPG/PYD bu eylemlerini gerçekleştirirken, ABD'nin açık desteğini ve talimatlarını alarak eylemlerini gerçekleştirmekte olduğu için 2001 tarihli taslağın 8. maddesi amaca uygun yorumlanarak ABD'nin, terörü araç olarak kullanan YPG/PYD'nin insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşılabilir.

Hatta terör eylemi olmamış olsa bile bir devletin, desteklediği DDSA'ların gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinden dolayı 8. maddeye göre sorumlu

[45] YEŞİLTAŞ/DURAN, s.189.

[46] ERKİNER, s.309.

[47] Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, s.39

[48] YPG/PYD-ABD işbirliği hususunda daha fazla bilgi için bkz. Siyaset Dergisi, “Türkiye – Suriye Sınırında ABD-PYD İşbirliği”, Siyaset Dergisi, <https://siyasetdergisi.com.tr/turkiye-suriye-sinirinda-abd-pyd-isbirligi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019).

olması mümkündür. 8. madde bağlamında verilebilecek diğer bir örnek de Türkiye Cumhuriyeti'nin ÖSO'ya verdiği açık destek^[49] olabilir. Ancak ÖSO bir DDSA olmasına rağmen^[50], YPG/PYD'nin olduğu gibi terörü araç olarak kullanan bir yapılanma değildir. Diğer taraftan ÖSO'nun insan haklarını ihlal etmesi durumunda da Türkiye söz konusu maddeye göre sorumlu kılınabilecektir.

C. DDSA'ların Bizzat Sorumluluğu

DDSA'ların bizzat sorumluluğu noktasında tasarının 10. maddesi düzenleminde bir DDSA'nın devlet niteliğine bürünmüş olup olmaması sorumluluğun tayini açısından oldukça önem arz eder.

Tasarının 10. maddesi^[51] konuya farklı bir açıdan yaklaşmıştır. “Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı” başlığı altında söz konusu isyan hareketi yeni hükümet haline gelirse veya yeni bir devlet kurulması

[49] BBC News Türkçe, “Özgür Suriye Ordusu Nedir: 2011'den 2018'e Örgütün Yaşadığı Dönüşüm” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-42862756> (Erişim Tarihi: 20.11.2019).

[50] “Silahlı muhalefet açısından çok sayıda silahlı grup, 2011 sonrası ortaya çıksa da bu gruplar açısından en önemlisi Özgür Suriye Ordusu (ÖSO) olmuştur. Temmuz 2011'de kurulan ÖSO, hiyerarşik bir yapıya sahip olmaktan daha çok yerel grupların bir araya gelerek ÖSO flaması altında çatışmasıyla meydana çıkmış ve ilerleyen yıllarda örgüt içi ilişkiler önemli bir sorun olurken yerel grupların yerel talep ve hedefleri de önemini korumaya devam etmiştir. Örgüt, Suriye içerisindeki çatışmalara bağlı olarak dönem dönem etkinliğini kaybetse de kriz boyunca Suriye genelinde kesintisiz bir şekilde faaliyet göstermeye devam etmiş ... Suriye krizinin kaynağını Suriye yönetimi olarak gören bölgesel ve uluslararası aktörlerin desteğini elde etmiştir.” **ÇAĞLAR** Turan, **AKSU** Fuat: “Suriye Krizinde Aktörler, Uyuşmayan Talepler ve Çatışan Çözümler”, International Journal of Social Inquiry, C.12, S.2, Y.2019, s.512-513.

[51] 10. madde “bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı” başlığı ile sorumluluğu şu şekilde düzenlemiştir:

“1. Devletin yeni hükümeti haline gelen bir isyan hareketinin davranışı, uluslararası hukuka göre bu Devletin fiili olarak kabul edilir.

2. Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir Devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir Devlet kurmaya ulaşırsa, milletlerarası hukuka göre bu yeni Devletin fiili olarak kabul edilir.

3. Bu madde, 4. maddeden 9. maddeye kadar olan maddeler uyarınca, Devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, Devlete isnat edilmesine engel olmaz.”.

durumunda bu eylemler devletin fiili olarak kabul edilecektir. (fıkra 1, 2) Kaldı ki 10. maddenin şerhinde; bir DDSA'nın doğrudan hukuki sorumluluğuna gidilebileceği ihtimali üzerinde durulmuşsa da hemen ardından bu maddenin temelde aslında devletlerin sorumluluğunu düzenlediği ve bu ihtimalin mümkün görülmediği belirtilmiştir.^[52]

Konu DEAŞ mivalinde değerlendirildiğinde, DEAŞ, kendi adlandırmalarının açılımından da anlaşılacağı üzere kendisini bir devlet olarak görmektedir. DEAŞ kendi varlığında tamamen bağımsız bir yapılanmadır. Bu açıdan DEAŞ'ın insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluğu doğrudan kendisinin sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. DEAŞ; silahlı iç çatışma durumunun baş göstermesinden itibaren belli bir süre boyunca dini hukuku yani şeriat hükümlerini uygulayarak ve kodifiye ederek, resmi bir adalet sistemi oluşturarak, organize vergi tahsilatı ve örgün eğitim sistemi gibi yönetim kalıpları oluşturma üzerinde çalışmıştır.^[53] Kullandığı yönetim kalıplarına bakıldığında ise DEAŞ adeta bir devlet örgütlenmesi gibi faaliyet yürütmüştür. Kaldı ki isimlendirmelerini de “İrak Şam İslam Devleti” olarak belirlemişlerdir. DEAŞ; bölgesel güçlerin yani Türkiye, Özgür Suriye Ordusu^[54] ve ABD gibi aktörlerin etkin mücadelesi ile bölgesel ve yönetsel gücünü kaybetmiştir. Eğer güç kaybetmese ve devlet gibi varlığını devam ettirebilse idi tasarının 10. maddesine göre sorumluluğunun doğabileceğine yönelik bir sonuca varılabilirdi. Çünkü DEAŞ aslında bir devlet yapılanmasına sahipti ve eğer kendi konjonktüründe Suriye’de yeni devlet profilini devam ettirebilse idi 10. maddenin bu bağlamda uygulanabilirliğinin söz konusu olabileceği kanaatindeyiz.

Devlet dışı silahlı aktörler yukarıda da belirtildiği üzere 1990’lı yıllardan itibaren daha çok uluslararası ilişkilerin ve uluslararası hukukun alanına girmiştir. Buna karşın bugüne kadar devlet dışı silahlı aktörlere dair uluslararası hukukta bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte DDSA’ların silahlı çatışma durumunda insan hakları hukuku bağlamında yükümlülükler altında

[52] Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, s.52

[53] YEŞİLTAAŞ/DURAN, s.16.

[54] DEAŞ ile mücadeledeki konumu için bkz. Yenişafak, “Güç Kaybeden DEAŞ'den Yeni Strateji”, <https://www.yenisafak.com/dunya/guc-kaybeden-daesden-yeni-strateji-2485257>, 22 Haziran 2016, (Erişim Tarihi: 1.12.2019).

olup olmadıkları tartışmalı bir meseledir.^[55] Bu tartışmanın özü, DDSA'ları uymaları gerekli bir normla bağlı kılmanın bu aktörlerin varlığına meşruiyet verip vermemesi noktasındadır.^[56]

Ancak terazinin bir kefesinde yaşanan yoğun insan hakları ihlallerinin ve bunların sorumlularının ortaya çıkarılması gerekliliğinin bulunması, diğer kefesinde de DDSA'lara meşruiyet kazandıran düzenlemelerin uluslararası hukukta oluşturulmaması gerekliliğine yönelik bir menfaat bulunması var-sayımında hangi kefenin ağır basacağı ise tartışma konusu olabilmektedir.

Bazılarına göre devletin tüzel kişiliği dışındaki silahlı organizasyonları insan haklarını ihlal etmemek ve insan haklarına saygı duymak noktasında yükümlülük altına sokmak mümkündür; çünkü bu silahlı gruplar buldukları toprakta ve bu toprakta yaşayan insan topluluğu üzerinde dikkate değer oranda kontrol sağlamak ve siyasal bir yapı inşa etmektedirler.^[57] Uluslararası hukukta devlet artık uluslararası hukukun tek sujesi olmadığı için, devlet dışı silahlı aktörleri de insan hakları ihlallerinde bulunamama noktasında yükümlü kılmak uluslararası toplumun menfaatine olacaktır.

Bazılarına göre ise sadece devletler, insan haklarına uyma noktasında yükümlülük altında olabilir ve hukuken sorumluluk taşıyabilir. İnsan haklarına uyma yükümlülüğü sadece devletler üzerinde bağlayıcı olabilecektir. Uluslararası hukuk, DDSA'ları insan haklarını gözetmeye mecbur kılma aşamasına henüz ulaşmamıştır. DDSA'ların doğrudan sorumlu kılınmasına karşı gelenlerin üzerinde durduğu temel argüman; devletlere uygulanan hukuksal rejimin bir benzerinin DDSA'lara uygulanmasını sağlamanın bunların meşruluğunu arttırabileceğidir. Bu düşünceye paralel bir diğer düşünce ise insan haklarına uymaları noktasında yükümlülük yüklemek

[55] Academy in Brief No.7, “Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Human Rights Obligations of Armed Non-State Actors: An Exploration of the Practice of The UN Human Rights Council”, Aralık 2016, s.19, https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/InBrief7_web.pdf (Erişim Tarihi: 26.01.2020).

[56] **CLAPHAM** Andrew: The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement, February 2010, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/16583/files/SSRN-id1569636..pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2019).

[57] **CLAPHAM**, s.27.

için onlara yardımda bulunmanın veya çağrı yapmanın, teröre yardım ve yataklık yapma gibi bir çağrışım yaratabileceğidir.^[58]

DDSA'ları gerçekleştirdikleri insan hakları ihlallerinden sorumlu kılmanın onları meşru kılacağı görüşüne rağmen, DDSA'ların insan haklarını gözetmekle yükümlü olması gerektiğinin desteklendiği uygulamalarla karşılaşmaktayız. Örnek vermek gerekirse BM Uluslararası Soruşturma Komisyonu DDSA'ları bağlayan teamül hukuku kurallarının bir listesini düzenlemiştir. BM Darfur Konusunda Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporu'nda uygulanması gereken başlıca örfi hukuk normları arasında şunları saymıştır: Sivillerle savaşımlar arasında ayırım ilkesi; sivillere kasıtlı saldırı yasağı; sivilleri terörlere etmeyi amaçlayan saldırı yasağı; işkence, gayriinsani ya da kötü muamele yasağı; sivillerin zorla göç ettirilmesi yasağı; rehin alma yasağı; yağma yasağı; sivillere ayırım gözetmeyen saldırı yasağı; düşman savaşımlara kötü muamele yasağı; çatışma dışı kalmış kişilere insani muamele yükümlülüğü; kültürel bina ve nesnelere saldırı yasağı.^[59] BM'nin Uluslararası Soruşturma Komisyonu vasıtasıyla böyle bir liste oluşturması, DDSA'ların insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulması gerekliliğine yönelik tavrını göstermektedir. Nitekim BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi DDSA'ların silahlı çatışma sırasında insan hakları ihlalleri dolayısıyla sorumlu olduğuna dair bir uygulamayı desteklemektedir.^[60]

Yukarıda anlatılanlara ek olarak, Suriye Konusundaki Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu da Ağustos 2012 tarihli üçüncü raporunda sorumluluğun, etkin ve fiili kontrolü kim sağlıyorsa ona ait olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, DDSA'ların uluslararası insan hakları hukuku ile bağlı olmasını ve bu kurallara saygı duyması gerekliliği açık şekilde vurgulanmıştır.^[61] Sonuç

[58] **CLAPHAM**, s.22-28.

[59] Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General- Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, para. 166, http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

[60] **RODENHAUSER** Tilman: International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria, International Review of Law, 2015:2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2604522 (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

[61] Report of The Independent International Commission of Inquiry on The Syrian Arab Republic, August 2012. s.22-24, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/>

olarak söylenebilir ki, uluslararası hukuk zemininde BM, organları vasıtasıyla DDSA'ların insan hakları hukukuna uymaları gerektiğine yönelik bir uygulamayı desteklemektedir. Bir oluşum uluslararası bir normla bağlı olsa bile bu durum o oluşumun yasal ve meşru bir statüye girdiği anlamına gelmeyecektir. Zira 1949 Cenevre Konvansiyonu'nun 3. maddesi^[62] bu yargının temelini ortaya koymaktadır. Söz konusu düzenleme doğrultusunda DDSA'ları uluslararası insan hakları hukuku ile yükümlülük altına sokmanın, onlara meşruiyet kazandırmayacağı sonucuna varabiliriz.^[63]

Sonuç olarak, bir DDSA insan hakları hukukuna uymaya zorlandığı için meşruiyet kazanmış olmayacaktır. DDSA'ları meşru görmemek onların varlığı realitesini kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı için bunları yükümlülük altına sokmak da onları doğrudan uluslararası hukukun süljelerinden birisi yapmayacaktır.^[64] Uluslararası hukuk bu gibi tartışmalı hususlara yönelik teori oluşturmada henüz olması gereken seviyede olmamasına rağmen, 1992 tarihli Boutros Boutros-Ghali'nin hazırladığı Agenda for Peace Raporu'nda yer alan önleyici diplomasi modeli gibi argümanlar^[65] kullanılarak mevcut uluslararası insan hakları hukuku sorunu çözüme kavuşturulabilir. Ayrıca etkin otorite yokluğunun giderilmesine yönelik devletlere destek verme

[HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-50_en.pdf](#) (Erişim Tarihi: 20.01.2020).

- [62] Common Article 3, §2, of the Geneva Conventions states: '... The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.'
- [63] Academy in Brief No.7, s.31-32.
- [64] "Uluslararası hukukta sujenin belirlenmesi, uluslararası toplumun gereksinimleri ile yükümlülük ve haklar edinebilme düzeyine bağlıdır. Diğer bir deyişle, sujenin belirlenmesi, rastgele ve kendiliğinden oluşan bir durum değil, gerekli koşulların yerine getirilmesi halinde gerçekleşen bir durumdur." **AZARKAN** Ezeli: "Bireyin Uluslararası Cezai Sorumluluğu ve Miloseviç Davası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.3-4, Y.2003, s.266.
- [65] Önleyici diplomasi, taraflar arasında ihtilafların ortaya çıkmasını önlemek, mevcut ihtilafların çatışmalara dönüşmesini önlemek ve ortaya çıktığında yayılmasını sınırlamak için yapılan eylemdir . Bkz. Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping, para.20.

misyonunda uluslararası örgüt kurulması gibi yeni oluşumlar da insan hakları ihlallerinin giderilmesinde dolaylı olarak etkili olabilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uluslararası hukukta aktör kavramının değişim süreci ile devletlerin ve uluslararası örgütlerin artık insan hakları ihlalleri konusunda uluslararası hukukun yegâne süjesi olmadığına farkına varılmıştır. Uluslararası hukukta devletleri ve devlet dışı aktörleri insan hakları ihlallerinden sorumlu tutma mekanizmalarının oluşturulması hususunda çalışmalar yapılması, uluslararası hukukun dinamik yapısının en önemli yansımalarından biri olmuştur. Uluslararası hukuk, değişen ve gelişen dünya düzeninde doğan ihtiyaçlara cevap verebilecek olgunluğa erişmede henüz olması gereken noktada olmasına rağmen büyük bir gelişim süreci gerçekleştirmiştir. Özellikle BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 yılında devletlerin sorumluluğu hususundaki teamüllerden oluşan dağınık hukuki düzenlemeleri kodifiye ettiği Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumluluğu'na ilişkin tasarı uluslararası hukukta devletin ve devlet dışı aktörlerin sorumluluğu açısından önemli bir köşe taşı olmuştur.

8. ve 9. maddeleri başta olmak üzere genel olarak tasarı, özellikle Suriye devletindeki etkin otorite yokluğunda olması gerekene yönelik çok değerli düzenlemeler içermektedir. Bölgesel aktörler dışında kalan devletler, devlet dışı silahlı aktörleri siyasi ve mali açıdan destekleyerek dolaylı olarak insan hakları ihlallerinde bulunmuş olacaktırlar. Bunun engellenmesi ve bu devletlerin sorumlu kılınabilmesi adına tasarı etkili bir sorumluluk mekanizması öngörmekte; fakat DDSA'ların gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinde devletin ve DDSA'ların doğrudan sorumluluğunu açıkça düzenlememektedir. Akıl yürütme metodu ile ilgili tasarı hükümlerinin DDSA'ların fiillerinde de uygulanabilmesinin sağlanması ile bu eksikliğin giderilmesi mümkün olacaktır. Ancak insan haklarının korunması adına salt hukuki düzenlemelerle yetinilmesinin teoride uluslararası hukukun gelişimine katkı sağlamakla birlikte pratikte ihlalleri önleme konusunda yeterli olmayacağı da açıktır.

DDSA'ların gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerinden, ihlalin gerçekleştiği devletin sorumluluğu hususu çalışmada önem arz eden konulardan biridir. Etkin otorite yokluğunda DDSA'nın eylemlerinden devletin sorumlu kılındığı 9. madde ile Boilvar-Railway Company Davası'nda verilen karar ve AİHM'nin Loizidou davasında verdiği karar arasındaki farklılık dikkat

çekmektedir. Kınanabilirlik kriteri bağlamında, etkin otoritesi bulunmayan devletin, DDSA'ların fiillerinden sorumlu olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Teamül hukukunun derlemesi niteliğindeki tasarıda DDSA'nın fiilinden devleti sorumlu kılan 9. maddenin aslında etkin otorite yokluğunda olması gereken hukuku yansıtmadığı ve teamül kuralına dayanmadığı tespitinde bulunulmuştur.

Dünya devletlerinin, ekonomik çıkarlarını korumak amaçlı kurdukları Uluslararası Para Fonu (IMF) alınması gereken insiyatifler hususunda yol gösterici olabilecek niteliktedir. Çünkü IMF'nin kurulma saiklerinden birisi; bir devletin ekonomik kriz ortamına girmesinin, o devletle ticari münasebetlerde bulunan diğer devletlerin de ekonomisini bozacak olması ve iktisat bilimi doktrininde mevcut sürüklenme hipotezi çerçevesinde bunun bir domino etkisi yaratacağı düşüncesidir. Kaldı ki bunun en önemli örneğini 1929 Buhranı oluşturmaktadır. Aynı mantık, etkili devlet yönetimi yetisini kaybeden devletin fiillerinin diğer devletleri de etkileyebilecek olması hususunda kendisini gösterebilir niteliktedir. Suriye'nin etkili devlet yönetimi yetisini kaybetmesi, DEAŞ ve YPG/PYD gibi terör örgütlerinin doğmasına yol açmıştır. Ve bu örgütlerin fiilleri neticesinde birçok insan ağır insan hakları ihlallerine maruz kalmıştır. DEAŞ, Irak Devletini ve Şam şehrini kendisine merkez edinerek yönetsel faaliyetlerde bulunmuş ve insan haklarını bölgesel düzeyde ihlal etmekle kalmayıp, ihlallerini küresel düzeyde de gerçekleştirmiştir. Bu ihlallerden en çok zarar gören devletlerden birisi de Suriye'nin sınır komşusu olan Türkiye olmuştur. Buradan hareket ile IMF gibi uluslararası bir organizasyon oluşturulursa, bu organizasyonun etkili devlet yönetimini kaybeden devletlere siyasi ve askeri olarak yardım etmesi sayesinde, ülkesinde etkili devlet yönetimi yetisini kaybeden devletlerin bu yetisini geri kazanmaları sağlanabilecektir. Bu sayede uluslararası menfaat de korunmuş olacaktır. Böylesi bir uluslararası mekanizma oluşturmak suretiyle insan hakları ihlallerini tespiti mümkün olacaktır. Uluslararası camiada kamuoyu oluşturma etkisi bakımından ihlallerin hukuki sorumlularını tespit etme, büyük bir amaca hizmet edecektir. Özellikle emperyalist ideadan kendisini soyutlayamamış güçlü devletlerin DDSA'larla işbirliği yaparak teröre destek faaliyetlerinin açığa çıkarılması, en azından uluslararası camiada farkındalık yaratacaktır. Ancak yine de emperyalist devletlerin faydasına olmayacak düzeyde bir koruma mekanizmasının yaratılması ve hassas dengenin oluşturulması da büyük önem arz edecektir.

Devlet dışı silahlı aktörlerin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi, özellikle Suriye'nin siyasi ve coğrafi konjonktüründe büyük bir güçlük arz etmektedir. Bununla beraber eğer insan hakları ihlallerinin sorumluları ortaya çıkarılmazsa uluslararası menfaat ihlal edilmiş olacaktır. DDSA'ların varlığını ve eylemlerini kınamanın tek başına yeterli bir tepki olmayacağından hareket ile uluslararası hukuk mekanizmaları işlevselleştirilip ortak bir tepki mekanizmasını yaratma hususunda kollektif inisiyatif alınması, insan hakları ihlallerinin engellenmesinde büyük öneme sahip olacaktır. Bu hususta DDSA'lara meşruiyet kazandırmayacak hassaslıkta, özellikle Suriye siyasi iç krizinde mevcut insanlık krizine çözüm bulmak için devletlerin sahip oldukları etkili diplomasi olanaklarını kullanmaları gerekmektedir. Böylece hem insan hakları ihlallerinin sorumluları açığa çıkmış olacak hem de DDSA'lar, insan haklarını ihlal etmeme noktasında belirli bir yükümlülüğe sokulabilecektir.

KAYNAKÇA

28 Eylül 2016 tarihli MGK Basın Bildirisi, para.5, <http://www.mgk.gov.tr/index.php/28-eyluel-2016-tarihli-toplantı> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

Academy in Brief No.7, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Human Rights Obligations of Armed Non-State Actors: An Exploration of the Practice of The UN Human Rights Council, Aralık 2016 https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/InBrief7_web.pdf (Erişim Tarihi: 26.01.2020).

ACER Yücel ve **KAYA** İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara 2019.

AKPINARLI Neyire: Fragility of the ‘Failed State’ Paradigm, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2010, s.7

ALGAN Bülent, **IŞIK** Salim: Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları Mevzuatı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

Amnesty International, Syria: US Ally’s Razing of Villages Amounts to War Crimes, October 13 2015 <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/10/syria-us-allys-razing-of-villages-amounts-to-war-crimes/> (Erişim Tarihi: 1.1.2020).

AZARKAN Ezeli: “Bireyin Uluslararası Cezai Sorumluluğu ve Miloseviç Davası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.3-4, Y.2003, ss.265-287.

BAL Ali: Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması, Dokul Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, 2006 <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/11843/189480.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 25.1.2020).

BBC News Türkçe, Özgür Suriye Ordusu Nedir: 2011’den 2018’e Örgütün Yaşadığı Dönüşüm, 30 Ocak 2018 <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-42862756> (Erişim Tarihi: 20.11.2019).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi 16 Ağustos 2012 Tarihli Raporu, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-50_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.01.2020).

CAN Mücella: “İnsan Hakları ve Demokrasi Arasındaki İlişkinin Felsefi Analizi” Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.23 S.4, Y.2019, ss.2155-2167.

CLAPHAM Andrew: The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement, February 2010, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/16583/files/SSRN-id1569636.pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2019).

ÇAĞLAR Turan, **AKSU** Fuat: “Suriye Krizinde Aktörler, Uyuşmayan Talepler ve Çatışan Çözümler”, International Journal of Social Inquiry, C.12, S.2, Y.2019, ss.507-544.

ÇEÇEN Anıl: “İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk”, Yaşar Hukuk Dergisi, C:8 Özel Sayı, 809-830.

D’ASPREMONT Jean, **NOLLKAEMPER** Andre’, **PLAKOKEFALOS** Ilias; **RYNGAERT** Cedric: “*Sharing Responsibility Between Non-State Actors and States in International Law: Introduction*”, Neth Int Law Rev (2015) 62:49–67, <https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-015-0015-0> (Erişim Tarihi: 19.11.2019).

DEREBOYLULAR Özde ve **ARMAN** Perçem: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye’ye Etkisi, TBB Dergisi Yıl: 2018, Sayı: 136, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-136-1777> (Erişim Tarihi: 29.10.2019).

Draft Articles On Responsibility Of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries, Yearbook Of The International Law Commission, 2001, Volume II, Part 2, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf (Erişim Tarihi: 11.11.2019).

ERKİNER Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, Oniki Levha Yayınları, Ankara 2010.

Hass and Priebke case in 1997, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/83344FFD0508802AC125765B004B9E54> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

HEHIR Aidan: *Humanitarian Intervention: An Introduction*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2010.

HOUGHTON N.D. “The Responsibility of the State for the Acts and Obligations of Local De Facto Governments and Revolutionists”, *Minnesota Law Review*, 1990, s.253, <https://core.ac.uk/download/pdf/217207587> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

Loizidou v. Turkey, Report of the Commission, adopted on 8 July 1993. <http://www.hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

LOWE Vaughan: *International Law*, Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Montevideo Convention, <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Monte-video%20Convention.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019).

ÖGÜT Selman: “Başarısız Devlet Kavramının İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S.3, Y.2013, s.163-177.

PROVOST Rene: *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Report of The Independent International Commission of Inquiry on The Syrian Arab Republic, August 2012. s.22-24, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-50_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.01.2020).

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General- Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, para.43, https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping. https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

RODENHAUSER Tilman: International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria, International Review of Law, 2015:2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2604522 (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

ROTBERG Robert I.: State Failure and State Weakness in a Time of Terror, World Peace Foundation Brookings Institution Press, Cambridge, Massachusetts, 2003.

Syria: US ally's razing of villages amounts to war crimes, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/10/syria-us-allys-razing-of-villages-amounts-to-war-crimes/>, October 2015, (Erişim Tarihi: 1.1.2020).

TAŞDEMİR Fatma: “Devlet Merkezli Uluslararası Hukuk Sistemi Ve Devlet Dışı Silahlı Aktörler”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:56, Mart 2017, ss.59-85.

Türkiye – Suriye Sınırında ABD-PYD İşbirliği, Eylül 2019 Siyaset Dergisi İnternet Yazısı. <https://siyasetdergisi.com.tr/turkiye-suriye-sinirinda-abd-pyd-isbirligi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2019).

YAŞAR Ali: İbni Haldun’a Göre Siyasi Otorite ve Liderlik, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.2. <http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/610.pdf> (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

Yenişafak, “Güç Kaybeden DEAŞ’dan Yeni Strateji”, <https://www.yenisafak.com/dunya/guc-kaybeden-daesden-yeni-strateji-2485257>, 22 Haziran 2016, (Erişim Tarihi: 1.12.2019).

YEŞİLTAŞ Murat ve **DURAN** Burhanettin: Ortadoğu'da Devlet dışı silahlı Aktörler, Seta Kitapları, İstanbul 2018.

ZAFER Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2019.

İş Kanunu Kapsamında Ücretlendirmede Ayrımcılığın Toplumsal Cinsiyet Bakış Açısı ile İncelenmesi

Dila Nur HALAÇOĞLU*

Makalenin Geliş Tarihi: 26.02.2021 **Kabul Tarihi:** 19.04.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.931406](https://doi.org/10.30915/abd.931406)

* Stj. Av. / Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalı öğrencisi. <https://orcid.org/0000-0003-1001-9373>

İŞ KANUNU KAPSAMINDA ÜCRETLENDİRMEDE AYRIMCILIĞIN TOPLUMSAL CİNSİYET BAKIŞ AÇISI İLE İNCELENMESİ

ÖZ

4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin eşit işlemede bulunmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit işlem borcunun içeriğini oluşturan ayrımcılık türlerinden birisi cinsiyet temelli ayrımcılıktır. Bu ayrımcılık temelini toplumsal önyargılarda bulur ve bu o yargıların geneline toplumsal cinsiyet denir. İşverenler, işe alımda, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde cinsiyet temelli ayrımcılık gerçekleştirebilirler. Ayrıca iş ilişkisinin devamı süresince gerçekleştirilen ayrımcılık, işçiler arasında ücretlendirmede ayrımcılık olarak görülebilir. Ancak tabii ki işverenler işçileri arasında ücretlendirme hususunda farklı uygulamalara gidebilir. Bunun şartı ise bu farklılaşmanın objektif sebeplere dayanıyor olmasıdır. Bu anlamda işveren kıdem, eğitim, verim gibi objektif kriterlerden hareket etmelidir. Aksi yönde uygulamalar, İş Kanunu madde 5 hükmünde yasaklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Eşit İşlem İlkesi

Ücretlendirme

Toplumsal Cinsiyet

Ayrımcılık

İşçi

AN EXAMINATION OF DISCRIMINATION IN REMUNERATION UNDER THE LABOR LAW FROM A GENDER PERSPECTIVE

ABSTRACT

Regulations regarding the equal treatment of the employer have been introduced in Labor Law No. 4857. One of the types of discrimination that constitutes the content of the principle of equal treatment is gender-based discrimination. This discrimination finds its basis in social prejudices, and these judgments are called the social construction of gender. Employers may discriminate on the basis of gender in recruitment, continuation and termination of employment. Discrimination during the continuity of the employment relationship can be seen as discrimination in wages among workers. Employers may apply different practices regarding remuneration among their employees. The condition for this is that this differentiation is based on objective reasons. The employer should act on objective criteria such as seniority, education and efficiency. Acts in the opposite direction are prohibited under the provisions of 5 of the Labor Law.

Keywords

Principle of equal treatment

Remuneration

Social construction of gender

Discrimination

Laborer

GİRİŞ

Toplumsal cinsiyetin ortaya çıkardığı kalıplar, kadınları ücretli emek piyasasında dezavantajlı konuma getirmektedir. Bu durum kadınların eğitimden uzak tutulması ile ev ve bakım işlerinin kadınların sorumluluğu olarak görülmesi aşamasında aile içinde başlayarak gerçekleşir. Sonrasında kadınlar, ücretli emek piyasasına atıldıklarında sanayi temelli patriarkal ilişkiler içinde çok yönlü ayrımcılıklara maruz kalırlar. Bu çok yönlülük kadınların cinsiyete dayalı iş bölümü sebebiyle belirli iş kollarında yoğunlaşması, cam tavan etkisi ve eşit değerde iş için cinsiyete dayalı ayrımcılık sebebiyle farklı ücretlendirme ile açıklanabilir. Ayrıca gerçekleştirilen doğrudan ve dolaylı ayrımcılıklar yalnız iş ilişkisi süresince değil, iş ilişkisi başlamadan ve iş ilişkisinin sona ermesinde de gerçekleştirilebilir. Bütün bunları, geleneksel rollerin kadınları “mahrem” saymasının kadınların iş hayatından ve eğitimden uzak kalması sonucunu doğurduğu ve yine geleneksel rollerin kadınları “duygusal, rasyonel olmayan” olarak belirlemesi sonucu kadınların iş hayatında yükselememesi, daha az ücret kazanması, belirli iş kollarına yoğunlaşması sonucunu doğurduğu şeklinde özetleyebiliriz.

Anayasa’da benimsenen eşitlik ilkesinin iş hukukundaki yansıması olarak eşit işlem ilkesi, kanuni düzenleme bağlamında birçok ayrımcılık unsurunu yasaklamıştır. Bunlardan birisi de cinsiyete dayalı ayrımcılıktır. Ayrıca uluslararası birçok belgede cinsiyete dayalı ayrımcılık konu edilerek modern liberal iş hayatında toplumsal cinsiyet rollerinin, mesleki yeterlilik ve emek gibi unsurların önüne geçmesine engel olmak tüm kadınlar için ortak bir gaye haline getirilmiştir.

İş hayatında cinsiyetçi uygulamalar ücretlendirme hususunda da gerçekleştirilebilir. Ücretlendirme için olması gereken, eşit değerde işe eşit ücrettir. “Değer” ile kast edilen aynılık değildir. Bu durum değer bağlamında bir iş değerlendirmesini gerektirir. Objektif olarak gerçekleştirilen değerlendirme sonunda işçiler arasında ücret farklılıkları bulunabilecekse de bu farklılığın sebebi cinsiyet olamayacaktır. Aksi halde cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle, “ayrımcılık tazminatı” gündeme gelebilecektir.

Bu çalışmada öncelikle toplumsal cinsiyet, cinsiyete dayalı iş bölümü ve cinsiyet ayrımcılığı kavramları tanımlanıp, iş hayatındaki etkileri açıklandıktan sonra cinsiyete dayalı ayrımcılığın ücretlendirme hususundaki etkileri, İş

Kanunu bağlamında incelenmeye çalışılmıştır. Ek olarak inceleme sırasında TÜİK verilerinden yararlanılmıştır.

I. CİNSİYET AYRIMCILIĞI VE AYRIMCILIĞIN KAYNAKLARI

A. CİNSİYET AYRIMCILIĞI NEDİR?

Cinsiyet temelli yani cinsiyet sebebiyle yapılan ayrımcılık, kadınların sırf kadın oldukları için dışlanmaları ve aşağı konumda görülmeleleridir. İş hukuku açısından ise işçinin cinsiyeti sebebiyle sunulan fırsatlardan yararlanamaması ve diğer işçilerle eşit muameleye tabi tutulmamasıdır. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde de cinsiyet ayrımcılığı şu şekilde tanımlanmıştır: “*Erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın, siyasal, ekonomik, kültürel, medeni veya bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlükleri kullanmalarını veya bunlardan yararlanmalarını zedelemek veya kaldırmak sonucu ya da amacıyla cinsiyet temeli üzerinde yapılan herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama.*”^[1] Dolayısıyla işgücü piyasasında işe alma, terfi ettirilme ücret hususunda erkek işçiler arasında verimlilik objektif bir unsur olarak dikkate alındığı halde bir kadın işçi söz konusu olduğu zaman cinsiyet, değerlendirme noktasında etkin bir faktör oluyorsa ve artık kadınlar cinsiyetleri sebebiyle, erkeklerden ayrı olarak objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmuyorlarsa, cinsiyet ayrımcılığı söz konusu olacaktır.^[2]

Cinsiyet ayrımcılığı doğrudan ve dolaylı (açık/örtülü) olarak gerçekleştirilebilir. Doğrudan ayrımcılık kavramı AB'nin 2006/54 ve 2000/78 sayılı direktiflerinde tanımlanmış bir kavramdır.^[3] Bu tanımlardan yola çıkarak doğrudan ya da açık cinsiyet ayrımcılığının, kişiye cinsiyeti sebebiyle kendisiyle aynı durumda olan diğer kişilere göre farklı (daha az uygun) muamelede

-
- [1] Onaran Yüksel, Melek, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları İstanbul 2000, s.15
- [2] Sayar Özkan, Gökçen / Özkan, Bülent, “Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S.1, 2010, s.92
- [3] Yuvalı, Ertuğrul, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitapevi, Ankara 2012, s.100

bulunulması ve benzer durumda gösterilenden daha az avantajlı şekilde davranılmasıdır.

“Kanımca doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kadına veya erkeğe iş duyurularında, iş görüşmelerinde, işe alımda, iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında, iş ilişkisi devam ederken ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde, sadece cinsiyetinden veya biyolojik cinsiyetine ilişkin özelliklerden (örneğin gebelik, doğum, emzirmeden) veya toplumsal cinsiyetinden (örneğin cinsiyet klişelerinden) ötürü, kural olarak benzer konumdaki diğer cinsiyet grubundan mevcut veya bazı durumlarda varsayımsal kişiye kıyasla mevzuatın öngördüğü haklı bir neden (istisna) olmadan keyfi olarak farklı olumsuz muamelede bulunulması olarak tanımlanabilir.”^[4]

İş ilanında yalnız erkeklerin başvurusunun istenmesi, hamilelik sebebiyle evli kadının işe alınmaması veya işten çıkarılması, eşit işe cinsiyet sebebiyle farklı ücret ödemek doğrudan cinsiyet ayrımcılığı örnekleridir.^[5]

Burada doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yapıldığına ilişkin bir kanaate ulaşmak için iki cinsiyet grubunun karşılaştırılması zorunlu değildir. Nitekim işe başvuran tek adayın kadın işçi olması ve bu işçinin cinsiyeti sebebiyle reddedilmesi halinde de farazi olarak işveren, erkek bir aday olması halinde, kadın işçiyi reddedeceği söylenebilir.^[6]

Cinsiyet temelli ücret adaletsizliği yani iş hayatında kadınlara yapılan doğrudan cinsiyet ayrımcılığı TÜİK’ in 2018 verilerine şu şekilde yansımıştır: cinsiyete dayalı ücret farkı toplamda ve tüm eğitim düzeylerinde erkek ücretinin lehine gerçekleşti. Cinsiyete dayalı ücret farkı toplamda %7,7 oldu. Bu fark, en fazla %28,8 ile meslek lisesi mezunu erkekler ve kadınlar arasında görülürken en az fark %14,3 ile lise mezunu erkekler ve kadınlar

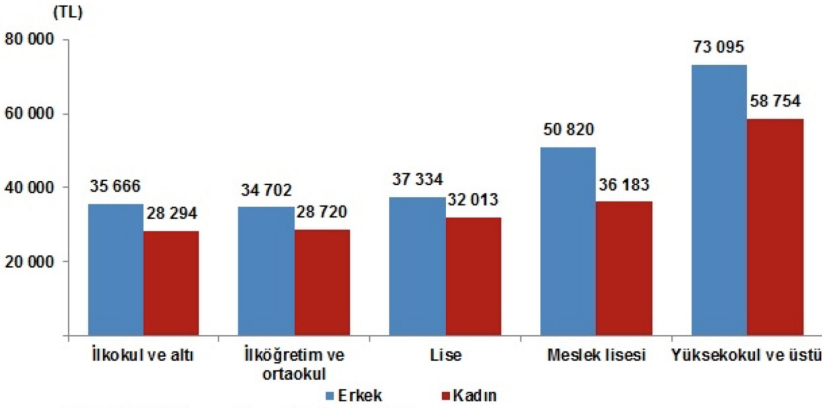
[4] Bakırcı, Kadriye, **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.40

[5] Dalkıranoğlu, Tülin / Çetinel, Fatma Gül, “Konaklama İşletmelerinde Kadın ve Erkek Yöneticilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Tutumlarının Karşılaştırılması”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.20, Nisan 2008, s.279.

[6] Onaran Yüksel, **a.g.e**, s.101.

arasında oldu. Sonuç olarak TÜİK' in verilerine göre kadınlar tüm eğitim düzeylerinde erkeklerden daha az ücret aldı.^[7]

Görülüyor ki iş hayatında eğitim düzeylerine bakılmaksızın ücret açısından kadınlara yönelik bir eşitsizlik bulunmaktadır.



Kaynak: TÜİK Kazanç Yapı Araştırması 2018^[8]

Cinsiyet ayrımcılığı, dolaylı olarak da gerçekleştirilebilir. AB'nin 2002/73 sayılı direktifinde (madde 2/2) dolaylı ayrımcılık tanımı şu şekilde yapılmıştır: “bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter ya da uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir.”^[9]

[7] <https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33732>

[8] <https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30580#:~:text=T%C3%BCrkiye%20%C4%B0statistik%20Kurumu%20Kazan%C3%A7%20Yap%C4%B1s%C4%B1%20Ara%C5%9Fr%C4%B1rmas%C4%B1%2C%202018&text=Kazan%C3%A7%20Yap%C4%B1s%C4%B1%20Ara%C5%9Fr%C4%B1rmas%C4%B1%20sonu%C3%A7lar%C4%B1na%20g%C3%B6re,208%20TL%20olarak%20tahmin%20edildi.>

[9] Ertürk, Şükran, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye İş Yayınları, Ankara 2008, s.106.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere dolaylı ayrımcılıkta, ayrımcılığa sebep olan uygulama görünüşte bir cinsiyet grubunun dışlanmasına ilişkin değildir. Ancak netice itibarıyla değerlendirildiğinde bir cinse ait bireyler büyük ölçüde dışlanmaktadır. Çünkü dolaylı ayrımcılık oluşturan uygulamada kişiler cinsiyetlerine özgü özellikler üzerinden dışlanmaktadır. İşveren, ayrımcı uygulamayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olabileceği gibi kasıt bulunmadan da dolaylı ayrımcılık gerçekleştirmiş olabilir. Bu anlamda kasıt burada bir unsur değildir.^[10] Fakat işverenin kriter yaratmada cinsiyet dışında başkaca bir haklı nedeni varsa artık dolaylı ayrımcılıktan bahsedilemeyecektir.^[11]

Dolaylı ayrımcılığı tespit etme bakımından istatistik biliminden sıkça yararlanır. Örneğin bir işyerinde işe alım için belirlenen kriterler, kadın adayları %50 oranında dezavantajlı konuma getirirken, erkekler için bu oran %3'te kalıyorsa, işe alımlarda dolaylı ayrımcılığın olduğu kabul edilecektir.^[12]

B. CİNSİYET AYRIMCILIĞININ KAYNAĞI OLARAK TOPLUMSAL CİNSİYET VE CİNSİYETE DAYALI İŞ BÖLÜMÜ

“Sex” ve “Gender” ya da “Biyolojik Cinsiyet” ve “Toplumsal Cinsiyet” ayrımı, patriarkal yapının cinsiyetlerin biyolojik temelini kültür ile birlikte dönüştürmesi sonucu ortaya çıkan iki kavramdır.^[13] Toplumsal cinsiyet adı altında inşa edilen “kadınlık” ve “erkeklik” rollerinin tarihi bir arka planı bulunmakla birlikte bugün halen kadınların istihdamına ve kadınların iş hayatlarındaki ilerleyişlerine etkisi bulunmaktadır. Çünkü toplumsal cinsiyetin ürettiği rollerde kadının “doğasından” hareket edilerek kadın, “duygusal” olarak nitelendirilirken erkeğin rasyonelliği ön plana çıkarılmıştır ve bunun sonucu olarak da kadının yeri özel alan/kamusal alan ikiliğinde

[10] Bakırcı, **a.g.e.**, s.47.

[11] Bakırcı, **a.g.e.**, s.42.

[12] Yuvalı, **a.g.e.**, s.104.

[13] Bora, Aksu, **Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası**, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.37. Esasen Simone de Beauvoir, kadın doğulmadığını kadın olduğunu ifade ederek toplumsal cinsiyetin üretilmiş olduğunu en kısa şekliyle anlatmıştır.

özel alan olarak belirlenmiştir.^[14] Burada kadınların bedenleri üzerinden tanımlanıp doğurganlığının ön plana çıkarılmasının ayrıca kadınların hane işlerinin yüklenicisi konumuna getirilmesinin büyük etkisi vardır. Şöyle ki toplumun kurgusunda emeği karşılığı ücret ödenen erkektir; kadın üretim ağlarının dışına itilmiştir ve aile sınırları içinde, mübadele değeri olmayan karşılıksız bir emek göstermeye başlamıştır.^[15]

Kadınların doğaya ait görülmesi erkeklerin ise bir “kültür varlığı”^[16] olarak kabul edilmesi cinsiyete dayalı iş bölümü kavramını oluşturmuştur. Biyolojik önyargıların tahakkümü sonucu ortaya çıkan bu iş bölümü, kadının ücretli emek piyasasından çekilmesini ve üretken işlerin erkeklere bırakılmasını öngören bir iş bölümüdür.^[17] Kısaca kadınlar bu iş bölümünde ekonomik ve sosyal yaşamdan dışlanmakta ya da ücretli emek piyasasına dahil olsa bile ikincil bir konuma yerleştirilerek erkeğin “üst” konumunu aşmayacak işlerde çalışmaktadırlar.^[18]

“Kadının “uysal”, “edilgen” ve “bağımlı” yapısı onun özel alana, çocuk bakımı ve yetiştiricilik rolüne itilmesine neden olmaktadır. Kadının “kadın alanı” olarak tanımlanan “hemşirelik”, “çocuk doktorluğu” ve “sekreterlik” gibi alanlarda çalışması da “uysal” ve “yetiştirici” doğalarına bağlandığı için daha kolay kabul görmektedir.”^[19]

Dolayısıyla kadınlara dayatılan cinsiyetçi iş bölümünün etkilerini iki şekilde ifade etmek mümkündür. Birincisi kadınların gösterdikleri “sevgi

[14] Günindi Ersöz, Aysel, “Özel Alan/Kamusal Alan Dikotomisi: Kadınlığın “Doğası” ve Kamusal Alandan Dışlanmışlığı”, **Sosyoloji Araştırmaları Dergisi**, C.18, S.1, 1 Nisan 2015, s.83-84.

[15] Sağlam, Muhammet Ali, “Feminist Kuram’da Kadının Politik Ekonomisi ve Dönüşümü”, **Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi**, S.46, 1Haziran 2020, s.406

[16] Arat, Necla, **Feminizmin ABC’si**, Say Yayınları, İstanbul 2017, s.24.

[17] Mies, Maria/ Bennholdt, Veronica/ Cladua Von Werlhof, **Son Sömürge: Kadınlar**, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s.104-105

[18] Tunç, Mehtap, “Kalkınmada Kadın Ayrımcılığı ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Rolü: Ülkelerarası Farklı Gelir Gruplarına Göre Yatay Kesit Analiz”, **Sosyoekonomi Dergisi**, C.26, S.38, 2018, s.227

[19] Günindi Ersöz, **a.g.m** s.82

emeği”nden kaynaklanır. Buna göre kadın, aile içinde yeniden üretim ve bakım faaliyetlerini sürdürür. Federici’nin ifade ettiği gibi Adem için Havva yaratılmışsa iş hayatının sahiplenicisi olan erkek için “ev kadını” yaratılmıştır. Ev işleri, kadının varlığı gibi doğallaştırılan ve cinsiyetçileştirilen bir alan olarak kundaktayken kadınların üzerine atılmaya başlanmıştır.^[20] Hatta bazı kız çocuklarının doğumuna bu alanın hane içindeki sahiplenicisi olmaları için memnuniyetle bakılmaktadır.

“Kadınlar, doğrudan toplumsallaşmış üretimden koparılıp eve kapatıldığı ölçüde, mahalle dışındaki tüm sosyal hayat olanaklarından mahrum bırakıldı ve bu nedenle toplumsal bilgi ve toplumsal eğitimden yoksun kaldılar.”^[21]

İkinci olarak kadın, ailenin içinde çıktığında ise sanayi temelli patriarkal ilişkilerle karşılaşmaktadır. Bu ilişkiler içinde kadınlara düşük ücret ve daha az ilerleme imkanı dayatılmıştır. Ek olarak kadınlar ücretli iş piyasasına dahil olsalar dahi onların hane içinde doğallaştırılarak üzerlerine yıkılan sorumlulukları devam edecektir.^[22] Söz konusu “ev işi” olarak nitelendirilen sorumlulukların devam etmesi şu sonuçları doğurmaktadır: kadınlar ücretli iş hayatına girmeyi çoğu zaman geçim sıkıntısı sebebiyle tercih etmektedirler ve kadınların hangi işte ne kadar süre ile çalışacağına bu sorumlulukları göz önüne alınarak karar verilmektedir. Çünkü toplum ve toplumun en küçük birimi olan aile nezdinde kadınların önceliği ev işi, çocuk bakımı, ailede bakıma muhtaç yaşlı varsa bu kişilerin bakımındır.^[23] Bu nedenle kadının kazancı zaruri değil ek bir gelir olarak değerlendirilmekte ve işçi çıkarma kararları genellikle kadınlar üzerinden hayata geçirilmektedir. Ayrıca kadınlardan ev içindeki işlerinden dolayı tek taraflı bir fedakarlıkta bulunmaları

[20] Federici, Silvia: **Sıfır Noktasında Devrim**, Otonom Yayıncılık, İstanbul 2014, s.33-34.

[21] Costa, Mariarosa, **Kadınlar ve Toplumun Altüst Edilmesi**, Otonom Yayıncılık, İstanbul 2015, s.27.

[22] **Hartman, Heidi**: “*Marksizmle Feminizmin Mutsuz Evliliği*”, (Hazırlayanlar: **Acar Savran, Gülnur/ Tura Demiryontan, Nesrin**: “Kadının Görünmeyen Emeği, İstanbul 2020) s.188.

[23] Özçatal, Elif Özlem, “Ataerkillik, Toplumsal Cinsiyet ve Kadının Çalışma Yaşamına Katılımı”, **Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2011, s.35.

istenmektedir. Bunun sonucu olarak da kadınlar kısmi süreli işlerde çalışmayı tercih ederek daha az ücret kazanmaktadırlar.^[24] Bunun yanında kadınların esnek çalışma modellerini tercih etmesi sonucu emeklilik yaşları ötelenmekte ve hak kayıpları meydana gelmektedir. Öte yandan esnek çalışma herkes için var olmasına rağmen toplumsal cinsiyetin kadınlar için öngördüğü çifte mesai sebebiyle bu çalışmaya daha çok kadınlar yönelmektedir.^[25] Bu “çifte mesai istatistiklere de yansımıştır. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü’nün “Türkiye’de Kadın İşgücü Profili ve İstatistiklerinin Analizi”nde kentte cinsiyetlere göre ev bakımıyla geçirilen zaman şu şekilde gösterilmiştir:^[26]



Şekil 3-7 Hanehalkı Tipi ve Cinsiyete Göre Hanelhaki ve Ev Bakımı (Saat) - Kent

Kaynak: Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Türkiye’de Kadın İşgücü Profili ve İstatistiklerinin Analizi^[27]

Buna göre hangi aile tipi olursa olsun, erkek ile kadının ev bakımına ayırdığı zaman arasında çok büyük fark mevcuttur.

[24] Yuvalı, a.g.e, s.100.

[25] Duransoy, Hülya Uzuner, “Kadın İstihdamına Yönelik Geleneksel Bakış Açısı”, **İşveren Dergisi**, C.57, S.2, Mart/Nisan 2019, s.20.

[26] <file:///C:/Users/HP/Desktop/turkiye-de-kadin-igucu-profil-ve-istatistiklerinin-analizi-nihai-rapor.pdf> (Erişim Tarihi: 28.01.2021).

[27] <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/ksgm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/turkiye-de-kadin-igucu-profil-ve-istatistiklerinin-analizi-nihai-rapor.pdf> (Erişim Tarihi: 28.01.2021).

TÜİK'in verileri de (2018) esasen kadınların işgücüne dahil olmamayı tercih etmelerinin nedeninin cinsiyet rolleri olduğunu doğrulamaktadır. Şöyle ki kadınların kendilerini ücretli iş piyasasından çekmesinin en büyük sebebinin %54'lük bir oranla ev işleri olduğu söz konusu verilerle kayıt altına alınmıştır.^[28]

KADINLARIN İŞGÜCÜNE DAHİL OLMAMA NEDENLERİ (%)	2002	2018
İş Aramayıp, Çalışmaya Hazır Olanlar	2.1	6.7
Mevsimsik çalışanlar	2.5	0.5
Ev işleriyle meşgul	70.0	54.8
Eğitim / Öğretim	7.2	11.5
Emekli	3.1	5.6
Çalışamaz halde	8.6	13.4
Diğer	6.5	7.5

Kaynak: TÜİK İşgücü İstatistikleri, (15+ yaş)^[29]

Dolayısıyla kadınların toplumsal cinsiyet rolleri, patriarkal ilişkiler ağında tekrar tekrar tanımlanıyor ve iş hayatlarının bir bölümünde karşılıklarına engel olarak çıkmaya devam ediyor. Şöyle ki toplumsal cinsiyet rolleri kadınların bazı alanlardan dışlanması için bir sebep olabiliyor.^[30]

Gülriiz Uygur, bu durumu “toplumsal cinsiyet adaletsizliği” olarak nitelmiştir ve bu durumun eşit haklar içeren hukuk normlarının getirilmesiyle çözümlenemeyecek bir sorun olduğunu belirtmiştir.^[31] Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin “bütün insanlar” için öngördüğü temel hak ve hürriyetler hiçbir toplumda kadınlar söz konusu olduğu zaman erkeklere nazaran etkin olmamıştır ve aynı ısrarla korunmamıştır. Şöyle ki kadınların

[28] <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/38419/02-03-2020-tr-de-kadin.pdf> (Erişim Tarihi: 28.01.2021).

[29] <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/19172/tr-de-kadin-eylul.pdf> (Erişim Tarihi: 29.01.2021).

[30] Günindi Ersöz, **a.g.m.**, s.89.

[31] Uygur, Gülriiz, “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 2015, s.130.

sadece insan olmakla elde ettiği hakları, toplumun kendi doğru kurgusunu (toplumsal cinsiyet algısı) “gerçek” olarak sunmasından dolayı gerçek anlamıyla tanınmamış, korunmamış ve geliştirilmemiştir.^[32]

Toplumsal cinsiyet, kadını güçsüz, duygusal, mahrem olarak belirleyerek erkeğin karşısında bir kategori durumuna getirmiştir. Bu kategorileşme sosyal hayatın içinde gerçekleştirilecek her eylemin artık kültürel bir onaydan geçmesine sebep olmaktadır. Erkek kategorisinin karşısında kadın kategorisi ve “erkek işi”nin karşısında “kadın işi” yer almaktadır. “Kadın işi” bakış açısı, kadınların küçük yaştan itibaren eğitimsiz ve yetenezsiz bırakılmalarına sebep olmaktadır. Çünkü pek tabii kadının varlığını ve değerini doğada bulan bir anlayışın kadın işi olarak öngördüğü işleri kültürel idrakın ötesine geçirmesi beklenemez.

“Kadınların bedensel yapısı ve kadın ve ana olarak işlevsel sorumlulukları gereği, bazı ağır ve tehlikeli işlerde ve sanayiye ait bazı işlerde gece çalışma yasaklarına ilişkin koruyucu hükümler kadınların bazı işlerde çalışmalarını yasakladığından bir anlamda çalışma özgürlüğünü sınırlar.”^[33]

Doktrinde Yıldız tarafından Anayasa'nın madde 50 hükmüne getirilen eleştiri esasen kadının ücretli iş piyasasındaki ikincil konumunun yasaların ruhuna dahi yansıdığını gözler önüne sermektedir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.” Yıldız, burada maddenin anlatım tarzının ve kadınların diğer sayılan dezavantajlılarla birlikte aynı ölçüde korunmaya ihtiyacı olduğunun belirtilmesinin, kadınlara yönelik genel geçer yargıları desteklediğini belirtmektedir.^[34]

Sonuç olarak açıklamaya çalıştığımız bu iki kavramın birbirini doğurduğu, desteklediği ve sürdürdüğü söylenebilir. Buna göre toplumdaki önyargılara dayanan kadın tiplmesi cinsiyetçi iş bölümünü doğurmakta ve cinsiyetçi

[32] Yuvalı, a.g.e, s.97.

[33] Onaran Yüksel, a.g.e, s.15.

[34] Yıldız, Gaye Burcu, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.95.

iş bölümü iş hayatında birçok farklı ayrışmayı doğurmaktadır. Şöyle ki kadınların sektörel anlamda belli başlı işlere yönelmesi yatay ayrışmaya; erkeklerle ortak iş kolunda bulunan kadınların yönetici kadrolarda yoğunlaşmaması ise dikey ayrışmaya sebep olmaktadır.^[35] Dikey ayrışmayı ifade etmek için “Cam Tavan” benzetmesi kullanılmaktadır. Burada cam metaforu aslında terfi hususunda kadınların önüne çıkan engellerin görünmezliğini yani objektif bir gerekçeye dayanmamasını ifade etmek için kullanılmıştır. Bu engeller, cinsiyete ilişkin önyargıların birer sonucudur.^[36] Yatay ayrışma TÜİK’in verilerine de yansımıştır. Buna göre kadınlar, 2018 verilerine göre %57’lik bir oranla en çok hizmet sektöründe istihdam edilirken, sanayi ve inşaat gibi toplumsal cinsiyet bağlamında “erkek işi” olarak nitelendirilen alanlarda %16 oranında istihdam edilmişlerdir.^[37]

İSTİHDAMIN SEKTÖREL DAĞILIMI (%)	2002	2018
Hizmetler	26.3	57.9
Tarım	60.0	26.1
Sanayi + İnşaat	13.7	16.0

Kaynak: TÜİK İşgücü İstatistikleri, (15+ yaş)

II. EŞİT İŞLEM İLKESİ VE ÜCRETLENDİRMEDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

A. EŞİT İŞLEM İLKESİ NEDİR?

Anayasa’nın madde 10 hükmünde düzenlenen eşitlik ilkesi şu şekildedir: “Herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” İş hukukunda söz konusu eşitlik ilkesi, “eşit işlem yapma borcu” adı altında ortaya çıkmıştır ve işveren ücret ile tüm çalışma koşullarında eşit davranma, objektif kriterlere

[35] Onaran Yüksel, a.g.e, s.16, Yuvalı, a.g.e, s.99-100.

[36] Harlander, S.K. (1996). “Breaking through the glassceiling: an industrial perspective”, Journal of Animal Science, 74(11), 2849-2854 s. 2849 (aktaran: **Utma, Seçil:** “Kadına Yönelik Cinsiyet Ayrımcılığı ve Cam Tavan Sendromu”, **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, C.11, S.1, 2019, s.50)

[37] <https://ailevecalisma.gov.tr/media/44013/02-03-2020-tr-de-kadin-donusturuldu.pdf> (Erişim Tarihi: 6.2.2021)

dayanmayan ayırım yapmama borcuna uygun davranması gerekmektedir.^[38] İlgili madde 5 hükmü şu şekildedir “*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekte yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekte yükümlü olur.*“

Birinci fıkra hükmünde ayrımcılığın tanımı verilmeden iş ilişkisinde ayrımcılık sebebi olabilecek bazı haller sayılarak bu hallere dayanılarak iş ilişkisi süresince ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Kanunun burada belirttiği kriterler örnekleyici olup, farklı nitelikleri baz alan ayrımcı uygulamalar sebebiyle eşit işlem ilkesinin ihlali mümkün olabilecektir.^[39] Cinsiyete dayalı ayırım da birinci fıkra hükmü ile yasaklanmış olan ayrımcılıklardandır. Ayrıca doğrudan ve dolaylı ayrımcılık şeklinde bir ayrıma gidilmeksizin ayrımcılığın genel anlamda yasaklanması yoluna gidilmiştir. Fakat cinsiyet ve gebeliğe ilişkin üçüncü fıkra hükmünde “...*cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz*” ifadesiyle doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ayırımına madde hükmünde yer verilmiştir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda İş Kanunu’nda yer almayan hem ayrımcılık kavramının tanımına yer verilmiştir hem de dolaylı ve doğrudan

[38] Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2019, s.446.

[39] Süzek, **a.g.e**, s.441.

ayrımcılığın tanımı yapılmıştır. Kanun, madde 2/1-(a) hükmünde ayrımcılığı “kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumu...” aynı maddenin d bendinde doğrudan ayrımcılığı “bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi...” şeklinde, dolaylı ayrımcılığı ise aynı maddenin e bendinden “bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanun’da sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını...” şeklinde tanımlamıştır. Ayrıca İş Kanunu’nda açıkça belirtilmemiş olsa da TİHEKK madde 4 hükmünde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık türleri kapsamında sayılmıştır.

Öğretide madde 5 düzenlemesi sadece “iş ilişkisi”ni kapsadığı için eleştirilmiştir. Buna göre hükmün üçüncü fıkrası, iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması ve sona ermesine ilişkindir; hükmün altıncı fıkrası ise iş ilişkisinin devamı sürecine ve sona ermesine ilişkindir. Ancak iş sözleşmesinin henüz kurulmadığı aşamada yönelik yani iş sözleşmesi görüşmelerinde, işe almada ve iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında yapılan cinsiyet ayrımcılığına ilişkin herhangi bir tazminat düzenlemesi bulunmamaktadır.^[40] Sadece İK madde 5/3’e işe alımlarda gebelik ve cinsiyet sebebiyle doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Ancak bu halde de söz konusu ayrımcılığın işverence yapılması halinde işverenin bu eylemi yaptırımdan yani İK madde 5/6’da yer alan tazminat düzenlemesinden yoksun bırakılmıştır.^[41]

TİHEKK ile İş Kanunu’nun eşit işlem borcunun kapsamına almadığı haller olan işe alım ve iş ilanları ayrımcılık yasağına tabi kılınmıştır ve ayrıca her ne kadar İş Kanunu bu hallerde gerçekleştirilen ayrımcılığı tazminat korumasına dahil etmese de TİHEKK’in ilgili hükmünde ayrımcılık hallerine

[40] Bakırcı, a.g.e, s.38.

[41] Erdoğan, Çağla, “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, içinde “Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları” ed. Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.438.

ilişkin başvuru yolu öngörülmüştür. TİHEKK madde 5’te ayrımcılık yasağına giren hizmetler belirtildikten sonra “istihdam ve serbest meslek” başlığı ile madde 6 hükmünde istihdam ve mesleğe kabulde ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: “(1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. (3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez. (4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz. (5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır. (6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.”^[42] Görüldüğü gibi burada da işe alımlarda gebelik, annelik ve cinsiyete dayalı ayırım yapılmaması vurgulanmıştır. Ayrıca söz konusu kanundaki ayrımcılık yasağının etki alanına İş Kanunu’nun kapsamına girmeyen iş ve iş görme sözleşmeleri de dahil edilmiştir. Böylece Deniz İş, Basın İş ve TBK kapsamında çalışanlar, TİHEKK ile korunacaktır.^[43]

Dolayısıyla TİHEKK ile İK’ nın sadece iş ilişkisi sürecinde cinsiyete dayalı keyfi eylemlerde bulunamama koruması genişletilerek iş ilişkisinin kurulmasından önce ve iş ilanlarında da cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TİHEKK madde 17’de ayrımcılık yasağının ihlali halinde bir başvuru yolu öngörülerek, yasağın ihlalinden dolayı zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişinin kuruma başvurabileceği belirtilmiştir.

[42] Senyen Kaplan, Emine Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, Gazi Kitapevi Yayınları, Ankara 2020, s.244, Erdoğan, **a.g.e.**, s.438-439.

[43] Erdoğan, **a.g.e.**, s.439.

İK kapsamında eşit işlem ilkesinin değerlendirmesinde aynı işi yapan ve aynı statüde bulunan işçiler dikkat alınır. Bu anlamda eşit davranma, ayrımcılık yasağı bu işçiler için gündeme gelecektir. Yargıtay bu hususla ilgili olarak yakın tarihli bir kararında şu ifadeyi kullanmıştır: “*Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.*”^[44]

İK Madde 5/3’de cinsiyete dayalı ayırım yasağı düzenlenirken “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça...” ifadesiyle bir istisna getirilmiştir. Dolayısıyla biyolojik nedenlerle ya da işin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bir ayırım yapılmışsa bu durumda haksız bir ayırım oluşturmayacaktır.^[45] Örneğin her yaştaki kadının yeraltında çalışması İK madde 74 ile yasaklandığında, yeraltında çalışma kapsamında olan bir iş için kadınların reddedilmesi ayrımcılık oluşturmaz.

İş Kanunu’nda yer alan eşit işlem ilkesi, nispi niteliktedir. Buna göre ayrımcılık yasağı aynı ya da benzer durumdaki işçiler arasında gündeme gelecektir. Buna göre objektif nedenlerle (uzmanlık, öğrenim, kıdem vb) işçiler arasında verim hususunda farklılık meydana gelmişse işveren farklı işlemlerde bulunabilecektir.^[46] Fakat işverene farklı davranma serbestisi tanıyan onun objektif nedenlerle hareket edecek olmasıdır. İşveren farklı davranma sebebi doğrudan ya da dolaylı bir cinsiyet ayrımcılığına dayanıyorsa artık kanuni bir farklı davranma hakkından bahsedilemez. Dolayısıyla burada kanun koyucunun hedeflediğinin mutlak bir ayrımcılık yasağı olmadığı içtihatlarda da hüküm altına alınmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin ilgili kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir “*İşverenin, işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca aykırılık da oluşturur. Ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin kiminle karşılaştırılacağıının belirlenmesi varılacak sonuç açısından büyük önem taşımaktadır. 4857 sayılı*

[44] Yarg. 9. HD, E. 2017/16279, K.2020/10415, T. 5.10.2020 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>) (Erişim Tarihi: 6.2.2021).

[45] Demircioğlu, Murat / Centel, Tankut / Kaplan, Hasan Ali, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s.119.

[46] Süzek, **a.g.e.**, s.443.

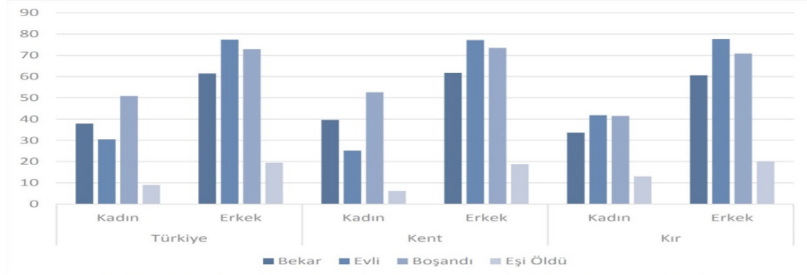
İş Kanunu'nun 5. Maddesindeki "farklı işlem yapılamaz" sözleri iki benzer durum arasındaki başkalağa işaret etmektedir."^[47]

Değerlendirmek gerekirse İş Kanunu'nda işin devamı sürecinde ve sona ermesi aşamasında cinsiyet temelli doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. İşe alımlarda ise yine cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı düzenlemesi yer almıştır. Kanunun işe alımlarda neden özellikle bu ayrımcılık sebebinin vurguladığı esasen toplumsal cinsiyet bağlamında açıklanabilir. Şöyle ki cinsiyeti üst başlık olarak nitelendirirsek, kadının medeni hali ve medeni haline bağlı olarak gebe kalma ihtimali ile kanunun çocuk sahibi kadınlara tanıdığı imkanlar, işverenler gözünde işçinin işe devamı ve işçinin verimliliği noktasında bir noksan olarak algılanıp, işe alımlarda kadınların dezavantajlı, işten çıkarmada ise tercihen ilk sırada olmasına yol açıyor. Çünkü yukarıda da açıklandığı üzere bakım işi ve ev işleri tamamen kadının sırtına yıkılmış durumda ve ev işleri ile ücretli iş birleşince iş verenler kadınların "iki efendiye iyi hizmet" edemeyecekleri değerlendirilmesinde bulunuyorlar.^[48] Ayrıca işe alımlarda cinsiyet temelli ayrımanın madde 5/6'da yer alan ayrımcılık tazminatından ayrık tutulması ise onun yasak olma anlamında etkinliğini zayıflatıyor.

[47] "Ayrımcı yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır; eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisel özelliklerini ortadan kaldırmadığından işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır. İşverenin, işyeri düzeyindeki tüm işlem ve uygulamaları eşit davranma borcuna tabidir. Ancak, kanunun kendisine tanıdığı kimi haklara ilişkin işlemlerinde, işletmenin riskini üzerinde taşımasının karşılığı olarak, işveren takdir hakkına sahip olup, buna göre hareket etmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemez. Eşit davranma borcu, işverenin, aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur. Dolayısı ile aynı işyerinde çalışmakla beraber işçi niteliği taşımayanlara karşı, yani işyerinde bulunmaları iş sözleşmesine dayanmayanlara karşı bir yükümlülük içermez. Esas itibarı ile işveren, henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5'inci madde iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır. Kısaca işverenin çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında özellikle ücret yönünden eşit davranma borcu bulunmamaktadır." Yarg. 9. HD, E. 2011/33127 K. 2013/25090 T. 7.10.2013 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>) (Erişim Tarihi: 6.2.2021).

[48] Hartman, **a.g.e.**, s.182.

Nitekim Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün “Türkiye’de Kadın İşgücü Profili ve İstatistiklerinin Analizi” ne baktığımızda 2013 yılında evli kadınların istihdam edilme oranlarının %30.5 ile bekar ve boşanmış kadınlardan sonra geldiği görülüyor. Erkeklerde ise Türkiye genelinde %77.3 ile en çok evli erkek istihdam ediliyor.^[49]



Şekil 1-9 Medeni Duruma Göre İşgücüne Katılım Oranı (%), 2013

Kaynak: Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Türkiye’de Kadın İşgücü Profili ve İstatistiklerinin Analizi^[50]

B. ÜCRETLENDİRMEDE CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK

a. Ücret Farklılığını Doğuran Sebepler

Ücretli iş gücü piyasasında kadın ve erkek işçiler arasında ücret eşitsizliğinin bulunmasının birçok farklı sebebi bulunur. İlk olarak kadınların düşük ücretli işlere yönelmeleri sebebiyle ücret adaletsizliği meydana gelebilir. Bu durumda “dağılım ayrımcılığı” ndan kaynaklanan ücret ayrımcılığı meydana gelir. İkinci olarak kadınlar aynı işi yaptıkları halde erkeklerden daha düşük ücret alabilirler. Bu halde ise “işten kaynaklanan ücret ayrımcılığı” meydana gelir. Son olarak “erkek işi” nitelendirmesine tabi olan ve haliyle erkek işçi sayısının fazla olduğu sektörlerde yer alan kadın işçilerin, işi

[49] <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/ksgm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/turkiye-de-kadin-iscucu-profil-ve-istatistiklerinin-analizi-nihai-rapor.pdf> (Erişim Tarihi: 6.2.2021)

[50] <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/ksgm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/turkiye-de-kadin-iscucu-profil-ve-istatistiklerinin-analizi-nihai-rapor.pdf> (Erişim Tarihi: 6.2.2021)

yapabilecek yeteneğe sahip olmasına rağmen erkek egemenliği sebebiyle kadınlar erkeklerden düşük ücretlendirilebilirler. Buna ise “değersel ayrımcılık” denilmektedir.^[51]

Geleneksel iş bölümü sonucunda mesleklerin de karakterize edilmesi sebebiyle, toplumsal önyargılar (kadınların iş gücüne katılımının geçici ve ikincil olduğu kanısı), kadın emeğinin belirli sektörlerde yoğunlaşmasına sebep oldu. Kadınların yoğunlaştığı bu alanlar daha çok yükselme imkanının olmadığı düşük ücretli alanlardır. Bu mesleki bölünmede ise yüksek vasıflı, idari pozisyonlar, erkek egemenliği altındadır. Diğer yandan kadınların eğitim düzeyinin erkeklere göre daha düşük olması ve buna bağlı olarak mesleki becerilerindeki zayıflık onları vasıfsız ve az ücretli işlere yönlendirdiği gibi erkeklerle aynı işte eşit verimle çalışsalar dahi eğitim farkı ücretlendirmede ayrımı haklı kılan objektif bir kriter olarak ortaya çıkar. Yine kadınların biyolojik farklılıkları iş hayatında bir dezavantaj ortaya çıkar. En başta bu farklılıklar mesleki bölünmeye zemin hazırlayan yegane unsurdur. İkinci olarak ise kadınların biyolojilerine dayanan aile içindeki rolleri onları sık sık ücretli çalışmaya ara vermeye zorlamaktadır. Bu durum da kadınların kıdem yönünden erkeklere göre geride kalmasına yol açarak yine ücretlendirmede haklı bir ayrımcılığa zemin hazırlamaktadır.^[52]

Kadın işçilerin ücretlendirilmesinde etkili olan faktörleri belirlemeye yönelik yapılan çalışmada, cinsiyet temelli haksız ayrımcılığa ilişkin bulgular şu şekilde ifade edilmiştir:

“Elde edilen bulgular sonucunda; kadın işçilerin ücretlerin belirlenmesinde halen cinsiyet faktörü gibi ayrımcı bir kriterin etkili olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra sadece cinsiyet faktörü değil; politik, dinsel, kültürel faktörler ve işverene yakınlık gibi ayrımcı kriterler de kadın ücretlerinin belirlenmesinde etkili olmaktadır. Tüm ayrımcı kriterler içerisinde en çok

[51] Trond, Petersen / Vemund, Snartland / Lars, Becken Eric / Modesta, Olsen Karen: ‘Within- Job Wage Discrimination and the Gender Wage Gap: The Case of Norway’, European Sociological Review, 13(2), September. (Akt: Sayar Özkan, Gökçen/ Özkan, Bülent: “Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C.24, S.1, 2010, s.95 (<https://www.calimatoplum.org/makale/kadin-calisanlara-yonelik-ucret-ayrimciligi-ve-kadin-ucretlerinin-belirleyicilerine-yonelik-bir-arastirma>) (Erişim Tarihi: 7.2.2021).

[52] Onaran Yüksel, **a.g.e.** s.188.

öne çıkan ise cinsiyet faktörüdür. Gerekli eğitime, kıdeme ve tecrübeye sahip bir kadın işçi karşısında; ayrımcı işveren öncelikle kadın işçiye cinsiyeti nedeniyle ayrımcılık yaparken bunu sırasıyla işverene yakınlık, kültürel, ekonomik, dinsel ve politik faktörler izlemektedir. Yani ayrımcı bir işverenin ilk beslendiği kaynak yine kadının “cinsiyeti” olmaktadır.”^[53]

Değerlendirme yapmak gerekirse toplumsal cinsiyet sebebiyle kadınlar iş hayatında hem haksız ayrımcılıklara maruz kalmaktadır hem de ücretlendirmede eşitsizliği haklı kılacak objektif kriterler yine cinsiyet rolleri üzerinden ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki kadınlar ücretli iş piyasasında verimli olmalarını sağlayacak eğitimlerden cinsiyet rolleri sebebiyle uzak tutulmaktadırlar; bu nedenle de işveren ücrette ayrımcılık yaptığında objektif kriterlerden hareket edildiği için haklı bir ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Aynı cinsiyet rolleri erkek işçi ile aynı işi yapmasına rağmen kadın işçinin yalnızca cinsiyeti sebebiyle erkek işçiden daha az ücret almasına da sebep olmaktadır. Bu nedenle toplumsal cinsiyetin kadınların ücretlendirilmesi hususunda hem haklı hem de haksız ayrımcılığı ortaya çıkardığı söylenebilir.

b. Eşit Değerde İşe Eşit Ücret İlkesi

Uluslararası hukukta da toplumsal cinsiyetin ortaya çıkardığı cinsiyet rolleri üzerinden yapılan ayrımcılık sebebiyle, kadın işçiye daha az ücret ödenmemesine yönelik önlemler alan birçok sözleşme bulunmaktadır. Bunların başında ise İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gelir. Bildirgenin madde 23/2 hükmü şu şekildedir: “Herkesin, hiçbir fark gözetmeksizin eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hakkı vardır.”^[54] Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1951 tarihli 100 Sayılı “Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Sözleşmesi” ücret bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamıştır ve madde 191/1’de ücret eşitliği ilkesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması veya zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işlerde kadın ve erkek işçiler için eşit olması anlamına gelir.”^[55] Roma anlaşmasında ifade edilen “eşit işe eşit

[53] Sayar Özkan, Gökçen/ Özkan, Bülent, “Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C.24, S.1, 2010, s.101.

[54] Ertürk, Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.105.

[55] Ertürk, **a.g.e.**, s.180.

ücret” ilkesi Avrupa Topluluğu’nun 75/117/EC sayılı direktifi ile değişerek “eşit değerde işe eşit ücret” ilkesi haline gelmiştir.^[56]

“Eşit işe eşit ücret” ilkesinin “eşit değerde işe eşit ücret” ilkesine dönüşmesi ile anlamında ne gibi değişiklikler meydana geldiği hususu şu şekilde ifade edilebilir: Eşit değerde iş kavramı, benzer iş kavramını genişletmiştir. Böylece eşit ücretlendirilmesi gereken işler salt aynı işler olmaktan çıkar ve eşit değerli işlerin ücretlendirilmesini gerektirir. Bu da esasen ücrette cinsiyet temelli ayrımcılığın engellenmesi için önemli bir gelişmedir. Örneklendirilecek olursa: bir fabrika içerisinde gerçekleştirilen işlemleri esas aldığımızda, toplumsal cinsiyet bakış açısı ile makine kullanımını gerektiren işleri gerçekleştirenlerin erkek, ambalajlama işlerini gerçekleştirenlerin ise kadın olması gerekir. Bu halde şayet eşit işe eşit ücret ilkesi ile hareket edecek olursak, söz konusu işlerin farklı ücretlendirilmesi gerekirken, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi işlerin ücretlendirmeden önce bir iş değerlendirmesi yapılmasını gerektirir. İş değerlendirmesinde amaçlanan işin gerektirdiği vasfı, çabayı, sorumluluğu ortaya koyarak işlerin gerektirdiği nispi değeri belirlemektir. Ancak değerlendirmede yararlanılacak olan kriterlerin objektif olması ve dolaylı ya da doğrudan ayrımcılığa zemin hazırlamaması gerekir. Şöyle ki ağırlıklı olarak erkek işçilere odaklanan kriterlerin belirlenmemesi gerekir. Şayet ücret grupları fiziksel gücü esas alarak oluşturulursa, ücrette cinsiyete dayalı bir ayrımın gerçekleştirilmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle değerlendirme kriterleri kadın işçilerin özelliklerini de kapsamalıdır.^[57] “*Dolayısıyla vasıflı olmakla ilişkilendirilen farklı muamelelere temkinle yaklaşılması gerekir.*”^[58]

İş değerlendirmesinde oluşturulacak kriterlerin, dolaylı ayrımcılık da oluşturmaması gerekir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, dolaylı ayrımcılık halinde kâğıt üzerinde görünürde bir ayrımcılık söz konusu olmasa da işverenin kararı uygulamaya döküldüğünde bir cinsiyet grubu büyük oranda etkilenmekte ve fırsatlardan mahrum bırakılmaktadır. Öğretide ücretlendirmede yapılan dolaylı ayrımcılığa doğum izinlerinin ve doğum sonrası ücretsiz izinlerin kullanılması üzerinden örnek verilmiştir. Buna göre işveren, işe devamsızlık süresi dört haftanın altında olan işçilere zam

[56] Ertürk, **a.g.e.**, s.180, Eyrenci, Öner / Taşkent Savaş / Ulucan Devrim, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s.120.

[57] Onaran Yüksel, **a.g.e.**, s.197, 198, 199.

[58] Erdoğan, **a.g.e.**, s.442.

yapma kararı alırsa, görünürde herhangi bir ayrımcılık olmadığı düşünülse de özellikle doğum izni kullanan kadınların bu zamandan mahrum kalacağı sonucuna ulaşmak mümkündür.^[59]

Her ne kadar değerlendirme noktasında belirlenecek olan kriterlerin, dolaylı ve doğrudan ayrımcılığa neden oluşturmaması gerektiğini ifade etsek de toplumsal cinsiyet bakış açısı ile ayrımcılığa sebep olmayan bir değerlendirme yapmanın zor olduğunu söyleyebiliriz. Bunun nedenini ise kadın emeğine ve istihdamına verilen değer ile açıklamak mümkündür. Değer kavramını ayrıntılandırmak gerekirse şunları söyleyebiliriz: kadın işçinin ücreti çoğunlukla “ek gelir” olmaktan öte gidemediği gibi kadının ücretlendirilmesi kadının şahsı ve kadın istihdamının artırılması kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla burada kadın istihdamının genel anlamda ülke ekonomisine ve hatta dünya ekonomisine katkıları göz ardı edilmektedir.^[60]

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının “*Ücrette Adalet Sağlanması*” başlıklı madde 55 hükmünde ücret, emeğin karşılığı olarak tanımlanmıştır. Böylece ücretlendirmede emeğin esas alınarak objektif olmayan kriterlerle hareket edilmemesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda Anayasa madde 10’da yer alan eşitlik ilkesinden de yola çıkarak, kimseye cinsiyeti sebebiyle az ücret ödenmemesinin, emeğin ücretin kriteri olduğunun anayasal bir ilke olduğu söylenebilir.

Eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi hukukumuzda 25.01.1950 tarihli ve 5518 sayılı İş Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile girmiştir. Sonradan ise İş Kanunu’nda yer almıştır.^[61] İş Kanunu’nun eşit işlem ilkesine ilişkin madde 5 hükmünde genel anlamda iş ilişkisinde eşitlik ilkesini düzenleyen birinci fıkra hükmü dışında, eşit değerde işe eşit ücret ilkesine madde 4 hükmünde “*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz*” denilmek suretiyle doğrudan yer verilmiştir. Beşinci fıkrada ise “*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel*

[59] Yıldız, a.g.e, s.224.

[60] Turgut, Ayşe Şeyma, “Türkiye’deki Gelir Eşitsizliğinin Toplumsal Cinsiyet, Kadın İstihdamı ve Kadın Yoksulluğu Açısından Değerlendirilmesi”, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C.2, S.28, 2019, s.319.

[61] Ertürk, a.g.e, s.181.

koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz” düzenlemesi getirilerek işçiler doğrudan işverenin cinsiyetçi uygulamalarına karşı korunmak istenmiştir. Böylece kadın işçilerin ücretlendirilmesinde doğum izninin veya süt izninin kullanılması kanun tarafından ücretlendirmede objektif bir kriter olmaktan çıkarılmıştır. Yine üçüncü fıkrada doğrudan cinsiyet ve gebelik halleri belirtilerek iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar bu iki halin dolaylı veya doğrudan ayrımcılık sebebi olamayacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise kısmi süreli çalışanlar, işverenin ayrımcı uygulamalarından korunmak istenmiştir. Esasen bu hükmün de kadın işçileri korumaya yönelik olduğu söylenebilir. Çünkü kısmi süreli çalışan işçilerin daha çok kadınlar olduğunu yukarıda da belirtmiştik.

Söz konusu bu düzenlemeler, iş verenin ücretlendirme hususunda ayırım yapmasına engel olmaz (nitekim yukarıda da belirtildiği üzere eşit işlem ilkesi mutlak eşitliği sağlamayı hedeflemez). Nihayetinde ücret belirlenmesi, işverenin yönetim yetkisi kapsamındadır ve ücretin arz- talep dengesi içinde ortaya çıktığı serbest piyasa koşullarında, mutlak bir ücret eşitliği kabul edilebilir bir uygulama ya da “ideal” değildir. Zaten söz konusu düzenlemeler ile hedeflenen, haksız ayrımcılığın engellenmesidir. Bu anlamda ücretlendirme hususunda ayrımcılık ile haksız ayrımcılık arasındaki çizgi objektivitedir.^[62] Yargıtay’ın ücrette objektifliğe ilişkin kararı şu şekildedir: “İşverenin ... işçileri arasında performans veya objektif bir değerlendirmeye bağlı zammın farklılığını gerektiren bir neden yok ise işveren aynı zammı eşit işlem borcu nedeni ile uygulamak zorundadır.”^[63] Bu bağlamda ücretlere yapılacak zam oranında işveren, ayrımcılık yapamaz. Zam oranlarının belirlenmesinde, haklı sebepler (kıdem, eğitim vb) gerekli kılıyorsa kadın işçi ile erkek işçi arasında farklı uygulamalarda bulunulabilir. Ancak haklı sebeplerin oluşturulmasında işveren keyfi davranamaz. Bu anlamda işverenin objektif kriterlerden hareket etmesi ve ücretlendirme hususunda oluşturduğu farklılığın izah edilebilir olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin belirleyicileri, haksız ayrımcı uygulamalara (dolaylı veya doğrudan ayrımcılık) dayanmaz ise elbette ücrette ayrıma gidilebilir.

[62] Nazlı, Seçkin, “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.74, 2006, s.577.

[63] Yarg. 9. HD, 2.11.2015, 17540/30641 (Süzek, **a.g.e.**, s.447).

SONUÇ

Kadın işçiler, iş hayatında ücretlendirme hususunda doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Üstelik sanılanın aksine söz konusu ayrımcılığı her eğitim düzeyinden ve her sektörden kadın işçiler yaşamaktadır. Kadın işçilerin ücretlendirme hususunda uğradıkları ayrımcılık, temelini toplumsal cinsiyet düzeyinde bulmaktadır. Bu şu demektir ki iş hayatında egemen olan algılar, geleneksel tablonun dışına çıkmadıkça kadınlar eşit değerde emeklerine eşit değerde ücret karşılığı bulamayacaklardır. Tabii ki ücretlendirmede yaratılan cinsiyet temelli ayrımcılığın çözümü olarak sunulacak ilk şey geleneksel rollerin aşılmasıdır. Fakat bu uzun, çetrefilli ve daha çok sosyoloji alanına dahil bir konudur. Bu nedenle kanaatimizce günümüz için işlerliği olan uygulamaların getirilmesi konu açısından daha giderici olacaktır.

Ücretlerin belirlenmesinde “eşit değerde işe eşit ücret” ilkesi aktif bir şekilde uygulanmalıdır. Bu nedenle Yargıtay’ın da esas aldığı “performans” kriteri etkin bir şekilde kullanılmalı, objektiviteden uzaklaşılmalıdır.

Geleneksel algının meslekleri karakterize etmesi sonucu, kadınların belirli sektörlerde yoğunlaşması da ücret adaletsizliğinin temelinde bulunmaktadır. Bu nedenle çalışma hayatında kadın ve erkek arasında dengeli bir yapı oluşturulması hedeflenmeli ve hatta bunun sağlanması için pozitif ayrımcılık yoluna gidilmelidir.^[64]

[64] Alparslan, Ali Murat/Çetinkaya Bozkurt, Özlem: “İşletmelerde Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın Çalışanların Sorumluluğu”, MAKÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.2, S.3, 2019, s.77.

KAYNAKÇA

Alparslan, Ali Murat/Çetinkaya Bozkurt, Özlem: “İşletmelerde Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın Çalışanların Sorumluluğu”, MAKÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.2, S.3, Yıl: 2015 (66-81).

Arat, Necla: “Feminizmin ABC’si”, 3. Baskı, İstanbul 2017.

Bakırcı, Kadriye: “Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler”, Ankara 2012.

Bora, Aksu: “Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emegi ve Kadın Öznelliğinin İnşası”, 8. Baskı, İstanbul 2018.

Costa, Mariarosa: Kadınlar ve Toplumun Altüst Edilmesi, İstanbul 2015.

Dalkıranoğlu, Tülin / Çetinel, Fatma Gül: “Konaklama İşletmelerinde Kadın ve Erkek Yöneticilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Tutumlarının Karşılaştırılması”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.20, Nisan 2008 (150-177).

Demircioğlu, Murat / Centel, Tankut / Kaplan, Hasan Ali: “İş Hukuku”, 20. Baskı, İstanbul 2019.

Duransoy, Hülya Uzuner: “Kadın İstihdamına Yönelik Geleneksel Bakış Açısı”, İşveren Dergisi, C.57, S.2, Mart/Nisan 2019, (19-24).

Erdoğan, Çağla: “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, içinde “Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları” ed. **Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire**, 2. Baskı, Ankara 2019.

Ertürk, Şükran: “İş İlişkisinde Temel Haklar”, Ankara 2002.

Ertürk, Şükran: “Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği”, Ankara 2008.

Eyrenci, Öner / Taşkent Savaş / Ulucan Devrim: “Bireysel İş Hukuku”, 10. Baskı, İstanbul 2020.

Federici, Silvia: “*Sıfır Noktasında Devrim*”, İstanbul 2014.

Günindi Ersöz, Aysel: “*Özel Alan/Kamusal Alan Dikotomisi: Kadınlığın “Doğası” Ve Kamusal Alandan Dışlanmışlığı*”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, C.18, S.1, 1 Nisan 2015 (80-102).

Hartman, Heidi: “*Marksizmle Feminizmin Mutsuz Evliliği*”, (Hazırlayanlar: **Acar Savran, Gülnur/ Tura Demiryontan, Nesrin:** “*Kadının Görünmeyen Emeği*, İstanbul 2020).

Harlander, S. K: “*Breaking through the glassceiling: an industrial perspective*”, *Journal of Animal Science*”, C.74, S.11 (2849-2854).

Mies, Maria/ Bennholdt, Veronica/ Cladua Von Werlhof: “*Son Sömürge: Kadınlar*”, 3. Baskı, İstanbul 2018.

Nazlı, Seçkin: “*İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.74, Yıl: 2006 (571 – 586).

Onaran Yüksel, Melek: “*Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*”, İstanbul 2000.

Özçatal, Elif Özlem: “*Ataerkillik, Toplumsal Cinsiyet ve Kadının Çalışma Yaşamına Katılımı*”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Yıl: 2011 (21-39).

Sağlam, Muhammet Ali: “*Feminist Kuram’da Kadının Politik Ekonomisi ve Dönüşümü*”, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, S.46, Yıl: 2020 (394-412).

Sayar Özkan, Gökçen / Özkan, Bülent: “*Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum Dergisi*”, S.1, Yıl: 2020.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay: “*Bireysel İş Hukuku*”, 11. Baskı, Ankara 2020.

Süzek, Sarper: “*İş Hukuku*”, 18. Baskı, İstanbul 2019.

Turgut, Ayşe Şeyma: “*Türkiye’deki Gelir Eşitsizliğinin Toplumsal Cinsiyet, Kanın İstihdamı ve Kadın Yoksulluğu Açısından Değerlendirilmesi*”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.2, S.28, Yıl: 2019 (315-329).

Tunç, Mehtap: “*Kalkınmada Kadın Ayrımcılığı ve Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Rolü: Ülkelerarası Farklı Gelir Gruplarına Göre Yatay Kesit Analiz*”, Sosyoekonomi Dergisi, C.26, S.38, Yıl: 2018 (221-251).

Trond, Petersen / Vemund, Snartland/ Lars, Becken Eric/ Modesta, Olsen Karen: ‘*Within- Job Wage Discrimination and the Gender Wage Gap: The Case of Norway*’, *European Sociological Review*, 13(2), September 1997.

Uygur, Gülriz: “*Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir*”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, Yıl: 2015 (121-132)

Yuvalı, Ertuğrul: “*İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*”, Ankara 2012.

Yıldız, Gaye Burcu: “*İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*”, Ankara 2008.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.calismatoplum.org/makale/kadin-calisanlara-yonelik-ucret-ayrimciligi-ve-kadin-ucretlerinin-belirleyicilerine-yonelik-bir-arastirma>

<https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30580#:~:text=T%C3%BCrkiye%20%C4%B0statistik%20Kurumu%2C%20Kazan%C3%A7%20Yap%C4%B1s%C4%B1%20Ar%C5%9Ft%C4%B1rmas%C4%B1%202018&text=Kazan%C3%A7%20Yap%C4%B1s%C4%B1%20Ar%C5%9Ft%C4%B1rmas%C4%B1%20sonu%C3%A7lar%C4%B1na%20g%C3%B6re,208%20TL%20olarak%20tahmin%20edildi>

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/ksgm/uploads/pages/dagitimda-olan-yayinlar/turkiye-de-kadin-igucu-profil-i-ve-istatistiklerinin-analizi-nihai-rapor.pdf>

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/19172/tr-de-kadin-eylul.pdf>

<https://www.kazanci.com.tr/>

Makaleler

Articles

Özel Yaşam Şiddeti ve Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddetle Mücadelede İstanbul Sözleşmesinin Önemi

Özge YÜCEL*

* Doç. Dr. / Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Giriş

Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddetle mücadele konusunda Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi yani kamuoyunda bilindiği şekliyle İstanbul Sözleşmesi bir başlangıç noktası değildir. İstanbul Sözleşmesi hükümleri hem yerel toplumların hem de uluslararası toplumun deneyimlerinin, birikiminin sonucudur. Öte yandan insan haklarına ilişkin hukuksal metinler kurgu ürünü değildir, yaşamsal gerçekliğin ve taleplerin dışavurumudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz–Türkiye davasında Türkiye'de ev içi şiddet karşısında mevcut genel ve adli pasifliğin ayrımcı nitelik taşıdığı yolundaki tespiti, yasal düzenlemelerin bulunmasının şiddetle mücadele için yeterli olmayıp bunların etkili uygulanması için gerekli siyasal iradenin olmayışının, kolluk ve yargı mensuplarının yaklaşım ve çalışma biçiminin yasal düzenlemeleri etkisiz kıldığına yönelik çıkarımı, bu kararın sadece Avrupa'da değil, tüm dünyada emsal karar niteliği kazanmasını sağlamıştır. Aslında hiç de münferit olmayan bu olguların ve ayrımcı adli pasifliğin yaşam hakkı, onur kırıcı ve kötü muamele yasağı ile bunlarla bağlantılı biçimde ayrımcılık yasağının ihlaline dayanak oluşturan biçimde karara bağlanması, konuyla ilgili teorik çalışmalar için olduğu kadar uluslararası insan hakları hukukunun gelişiminde de bir dönüm noktası oluşturmuştur.

İstanbul Sözleşmesi doğrudan doğruya insan haklarının korunmasına yönelik bir uluslararası sözleşme olduğu içindir ki bu sözleşme hükümlerini tanımamak, standartları düşürmek ve yükümlülükleri reddetmek mümkün değildir. İnsan hakları devletlerin takdirine bırakılmayacak kadar siyaset üstü ve uluslararası bir meseledir. Devletlerin kadınlara insan onuruna uygun şekilde eşit ve özgür biçimde yaşama hakkını teminat altına alma borcu vardır. Devletlerin sadece kadınlara da değil, toplumsal cinsiyet rolleri altında ezilen, cinsiyetçi yargılar ve baskılar nedeniyle kendini gerçekleştiremeyen erkeklere de cinsiyet rejiminin kalıplarına sığmayanlara da borcu vardır. Öte yandan İstanbul Sözleşmesi kişisimsel ayrımcılığı görmezden gelmeyerek kişisimsel ayrımcılıktan güç alan şiddetle karşı mücadelede hassas grupların ihtiyaçlarının farkında olmayı ve buna uygun önlemler almayı bir yükümlülük olarak yüklemektedir. Bu bakımdan devletin engelli kadınlara, göçmen kadınlara, evsiz kadınlara, işsiz kadınlara, gebe kadınlara, yaşlı kadınlara borcu vardır.

I. Sözleşmenin Tarihsel Gelişimi ve Uluslararası Teamül Hukuku İle İlişkisi

BM bünyesinde 1979 yılında imzalanan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin (CEDAW) uygulanmasını izlemek üzere kurulan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, 1989'da aldığı 12 No.lu Genel Tavsiye Kararı^[1], 1992'de aldığı 19 No.lu Genel Tavsiye Kararı, 2014'te BM Çocuk Hakları Komitesi ile birlikte ortak biçimde zararlı geleneksel uygulamalar hakkında aldığı 31 No.lu Genel Tavsiye Kararı^[2] ve 2017'de aldığı 35 No.lu Genel Tavsiye Kararı ile cinsiyete dayalı şiddetin ayrımcılık biçimi olduğunu belirterek bu şiddetle mücadele konusunda devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunduğunu açıkça ilan etmiştir.

BM bünyesinde 1989'dan bu yana kadına yönelik şiddetle ilgili olarak politika geliştirilmesi ve bu politikaların giderek yaygınlaşması, dünyanın farklı kıtalarında ve bölgelerinde kadına karşı şiddetin önlenmesi ve cezalandırılması konusunda devletler arasında çok taraflı insan hakları sözleşmelerinin imzalanması bu konunun artık bir insanlık meselesi olduğunu ortaya koymuştur. CEDAW olarak kısaltılan ayrımcılıkla mücadele için imzalanmış sözleşmenin metninde özel olarak şiddet geçmediği halde CEDAW Komitesinin bu konuda defalarca karar almasının, tavsiyelerde bulunmasının sebebi şiddetin CEDAW Sözleşmesinde sayılan temel hakların kullanılmasını engellemesi, etkisiz hale getirmesi, hatta anlamsız kılabilmesidir. Şiddetle mücadele edilmedikçe, şiddetin önüne geçilmedikçe ayrımcılığın ortadan kaldırılması, eşitliğin gerçek anlamda tesis edilmesi mümkün olmadığı gibi şiddetin sebebi de eşitsiz güç ilişkileridir, eşitliğin yaşama geçirilememiş olması, ayrımcılığın hem yasada hem yaşamda hüküm sürmesidir. Şiddetle

[1] The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Eighth Session (1989), General Recommendation No. 12: Violence against Women, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_E.pdf (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

[2] The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Fifty-ninth Session (2014), Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/78/PDF/N1462778.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

ayrımcılık arasında bulunan karşılıklı nedensellik bağı, şiddetin toplumsal cinsiyet eşitsizliğine ilişkin sebepleri üzerinde özel olarak durulmasını, politika geliştirilmesini gerektirmektedir.

İstanbul Sözleşmesi'nde belirtilen önleme, koruma, kovuşturma (cezalandırma) ve bütüncül politikalar izleme konusunda devletlere kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda yüklenen pozitif yükümlülükler, aslında ilk kez 1992 yılında alınan Kadınlara Yönelik Şiddete İlişkin 19 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda "due diligence" (gerekli özen gösterme yükümlülüğü) kavramı ile şöyle ifade edilmiştir^[3]: "*Uluslararası hukuk ve belirli insan hakları sözleşmeleri uyarınca Devletler, hak ihlallerini önlemek veya şiddet eylemlerini soruşturmak ve cezalandırmak için gerekli özeni göstermezlerse özel eylemlerden de sorumlu olur.*" Aynı tavsiye kararının devamında özel tavsiyeler başlığı altında şiddeti önlemek için yapılması gerekenler, risk altındaki kişilerin korunmasına ilişkin tedbirler, şiddet eylemlerinin yaptırımı kalmaması konusunda izlenmesi gereken politikalar ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. İstanbul Sözleşmesi hükümleriyle karşılaştırıldığında hemen hemen aynı tedbirlerden söz edildiği görülmektedir.

Birleşmiş Milletler tarafından 1993 yılında ilan edilen Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge'de şiddetin sebepleri, niteliği, tanımı ve izlenmesi gerekli politikalar konusunda öngörülen maddeler İstanbul Sözleşmesi açısından örnek oluşturmuştur.^[4] Kadına yönelik şiddet tanımının aynı şekilde İstanbul Sözleşmesine alınması bir rastlantı değildir.

2017 yılında alınmış olan Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda ise artık CEDAW Komitesi açıkça şiddetle mücadele konusunda 25 yıllık sürede geliştirilmiş olan uygulamaların, Komitenin 19 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda belirttiği ilkelerin, yani toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadelede devletlere düşen pozitif yükümlülüklerin uluslararası teamül hukuku kuralı haline geldiğini

[3] The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Eleventh Session (1992), General Recommendation No. 19: Violence against Women, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

[4] BM Genel Kurulu 48/104 sayılı 20 Aralık 1993 tarihli kararı, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/eliminationvaw.pdf> (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

şöyle belirtmektedir^[5]: “25 yılı aşkın süredir, taraf devletlerin uygulamaları, Komite'nin yorumunu teyit eder niteliktedir. Uygulamanın teamül hukukuna uygun olması gerekliliği (opinio juris) ve devletlerin uygulamaları, toplumsal cinsiyete dayalı kadınlara yönelik şiddetin yasaklanmasının uluslararası teamül hukuku ilkesine evrildiğini ortaya koymaktadır. 19 sayılı Genel Tavsiye, bu süreçte ana katalizator niteliğindedir.”

Uluslararası teamül (örf ve âdet) hukuku, uluslararası hukukta asli ve dolayısıyla bağlayıcı hukuk kaynağı niteliğindedir. Teamül kurallarına hukuk kuralı niteliğini kazandıran, bunların uygulanması veya benimsenmesi konusundaki kararlılık yanında bağlayıcı olduğu yolunda duyulan inançtır. Birleşmiş Milletler Komitesi açıkça bu ilkeleri uluslararası teamül hukuku kuralları olarak açıklayarak bunun tüm devletleri bağlayıcı olduğunu ilan etmiş durumdadır.

Aynı 35 No.lu Genel Tavsiye Kararı'nda bu konuda teamül hukukunun gelişim süreci açıklanırken 19 sayılı Genel Tavsiyenin kabul edildiği tarihten bu yana, pek çok taraf devletin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin farklı türlerini irdelemek için kendi hukuki tedbirlerini ve politikalarını geliştirdiği, taraf olmayan devletlerde ise kadına yönelik aile içi şiddete ilişkin iç mevzuatın kabul edilerek uygulandığı, BM İnsan Hakları Konseyi Evrensel Periyodik Gözden Geçirme süreci ile kadınların şiddetten korunmasını güçlendirmeye ilişkin çeşitli Genel Tavsiyenin kabul edildiği, BM İnsan Hakları Konseyi tarafından kabul edilmiş kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasına ilişkin anahtar nitelikli kararların onaylandığı belirtilmektedir. Öte yandan bu konuda bölgesel uluslararası sözleşmeler imzalandığına (1994 Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Inter-Amerikan Konvansiyonu- Belem do Para Konvansiyonu), 2003 Afrika'da Kadın Haklarına İlişkin İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartına Ek Protokol (Maputo Protokolü) ve 2011 Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde (İstanbul

[5] BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 sayılı Genel Tavsiye (19 sayılı Genel Tavsiye Güncellendi), CEDAW/C/GC/35, 14 Temmuz 2017, Çeviren Nazan Moroğlu, <https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW-General-Recommendation-35-%C3%A7eviri-Nazan-Moro%C4%9Flu.pdf> (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

Sözleşmesi) işaret edilmektedir. Ayrıca uluslararası teamül hukukunun oluşmasında tamamlayıcı rol oynayan uluslararası mahkemelerin kararlarının etkisine değinilmektedir. Bu kapsamda özellikle Opuz v. Türkiye (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uygulama No 33401/02, 9 Haziran 2009 tarihli Karar) ve Gonzalez v. Mexico (Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Kasım 2009 tarihli Karar) örnek verilmektedir.

AİHM tarafından Türkiye aleyhine açılan Opuz Davasında verilen kararın gerekçesinin 79. Paragrafında, Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörünün, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin İnsan Hakları Komisyonu'na sunduğu 20 Ocak 2006 tarihli üçüncü raporunda “Devletlere kadına yönelik şiddet eylemlerini önlemek ve bu eylemlere karşılık vermek için gereken özeni gösterme yükümlülüğü yükleyen” bir uluslararası teamül hukuku kuralı bulunduğu görüşünü dile getirdiği belirtilmektedir.^[6] Aynı kararın gerekçesinin 164. Paragrafında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS'yi yorumlarken ve devletin yükümlülüklerini belirlerken Avrupa devletlerindeki uygulamaları ve CEDAW gibi özel bir konudaki uluslararası belgelerden doğan her tür fikir birliğini ve ortak değerleri göz önüne alacağı, Belem do Para Sözleşmesi gibi sözleşmeler aracılığıyla uluslararası hukukta yaşanan kural ve prensip gelişmelere ilgi göstereceği belirtilmektedir. Böylece AİHM ile hiçbir ilgisi olmayan uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle somutlaştırılmış teamül hukuku ilkelerinin bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir.

II. Özel Yaşam Şiddeti ve Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddetin Özellikleri

Şiddetin amacı kime yönelirse yönelsin, güç, kontrol ve iktidar kurmaktır. İstanbul Sözleşmesi öngördüğü hükümleriyle bunu açık, görünür hale getirmiştir. Şiddet hangi araçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin fail, mağduru kontrolü altına almayı veya bu kontrolü sürdürmeyi, mağdur ve hatta dolaylı olarak tüm çevrede iktidar kurmayı hedefler. Fiziksel ve cinsel şiddet kadar psikolojik, sosyal (çevresinden uzaklaştırma) veya ekonomik şiddette de failin motivasyonu aynıdır, güç gösterisi aracılığıyla mağduru boyun eğmeye zorlamak, ikna etmek amaçlanır.

[6] European Court of Human Rights, Third Section, Case of Opuz v. Turkey, Application No. 33401/02, Judgment, 9 June 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945> (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

Şiddet toplumsal sebepleri olan ve toplumsal, hatta küresel bir salgındır. Şiddet öfke kontrolü veya kötü çocukluk dönemi gibi bireysel sebeplerden değil toplumsal sebeplerden güç ve destek alır. Bugün yalnızca kadına yönelik şiddetin değil, avukatlara, hekimlere ve diğer sağlık çalışanlarına, çocuklara, engellilere, sığınmacılara yönelen şiddetin de çok fazla yaygın ve ağır bir düzeye varması şiddetin bulaşıcı olduğunu ve toplumsal sebepleri olduğunu göstermektedir.

Şiddeti besleyen eşitsiz güç ilişkileri ve süregelen ayrımcılıktır. İstanbul Sözleşmesinin Giriş kısmında kadına yönelik şiddetin temel sebebi olarak tarihten gelen eşitsiz güç ilişkileri gösterilerek şöyle açıklamaktadır: “*Kadınlarla erkekler arasında de jure ve de facto eşitliğin gerçekleştirilmesinin kadına karşı şiddetin önlenmesinde temel bir unsur olduğunun bilincinde olarak*”. Şiddet ile ayrımcılık arasında nedensellik bağına kuran ilk metin İstanbul Sözleşmesi değildir. Pek çok uluslararası sözleşmede ve tavsiye kararlarında süren ayrımcılığın, eşitliğin hayata geçirilememesinin şiddetin önüne geçilememesine neden olduğu ifade edilmektedir. Yapılan bilimsel çalışmalar da bu nedensellik bağına doğrulamaktadır. İstanbul Sözleşmesinin Giriş kısmında bu husus şöyle açıklanmaktadır: “*Kadınların ve genç kızların erkeklerden daha fazla oranda toplumsal cinsiyete dayalı şiddet riskine maruz kaldıklarının ve erkeklerin de aile içi şiddetin mağdurları olabileceğinin bilincinde olarak*”.

Şiddet eşitsiz güç ilişkilerine dayandığı içindir ki şiddetle mücadele vicdanla, merhametle değil, eşitlikle, saygıyla, güç dengesiyle, mağduru güçlendiren, bağımsızlaştıran politikalarla olur. Muhtaç ve mecbur olduğu için bir arada yaşayan insanlar aile değildir, gerçek bir aile yaşamı saygı ve dayanışmaya dayanır. Muhtaçlığa, bağımlılığa devletin seyirci kalması şiddeti dolaylı olarak desteklemesi anlamına gelir. İstanbul Sözleşmesi bu nedenle şiddet mağdurlarının ekonomik, sosyal ve psikolojik olarak güçlendirilmesini, desteklenmesini sağlayacak sosyal politikalar izlenmesini öngörür.

Özel yaşam şiddeti politik olduğu kadar kamusal bir meseledir. İstanbul Sözleşmesinde ev içi şiddet olarak tanımlanan özel yaşam ilişkisi kurmuş olan kişiler arasında gerçekleşen şiddet eylemleri mekandan ve hısımlıktan, statüden bağımsız olduğu için kanaatimizce özel yaşam şiddeti olarak ifade edilmelidir. İstanbul Sözleşmesi özel yaşam ilişkileri kuran kişiler arasında işlenen şiddete özel önem atfetmektedir. Çünkü ister birlikte yaşasın ister ayrı yaşasın isterse daha önce birlikte yaşamış olsun, partnerler, eşler,

hısımlar, anne babalar, çocuklar arasında halen veya geçmişte mevcut olan özel yakınlığın üçüncü kişilere kıyasla kişiliğe müdahale etme konusunda neden olduğu cesaret, mekânsal veya zamansal sebeplerle neden olduğu korunmasızlık özel yaşam şiddetinin politik ve kamusal bir mesele olarak ciddiye alınmasını gerektirmektedir. Boşanmış eşler ya da ilişkiyi sonlandırmış partnerler arasında yaşanan şiddet eylemleri çoğunlukla erkekler tarafından kadınlara otoritenin devam ettirilmesi amacıyla yönelmektedir. Bu bakımdan özel yaşam şiddeti (ev içi /aile içi şiddet) toplumsal cinsiyet temelli şiddettir. Özel yaşam şiddeti sıklıkla cinsiyet kimliğine yüklenen roller ve değer yargılarına dayanmaktadır. Erkeklerin kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddet eylemlerine gerekçe olarak kullandıkları gelenekler kadınlar tarafından erkeklere yönelen şiddet eylemlerinde gerekçe oluşturmamaktadır.

Özel yaşam şiddetinin kamusal bir mesele olmasının temelinde bu tür şiddetin yaptırımsız kalmasının ve risk altındaki kişilerin korunmamasının benzer durumdaki kişiler için de bir tehdit oluşturması yatar, risk altındaki kişilerin güvensizlik içinde yaşaması şiddete boyun eğmesine, eşitsiz güç ilişkilerinin sürmesine yol açar.

III. Özel Yaşam Şiddeti ve Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddetle Mücadelenin İlkeleri

Özel yaşam şiddeti ve toplumsal cinsiyet temelli şiddet de çocuk istismarı veya sağlık çalışanlarına yönelik şiddet gibi pek çok farklı toplumsal sebebe dayanan, multidisipliner yaklaşımla mücadeleyi gerektiren, sağlıklı yaşamayı engelleyen bir olgudur. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre sağlık sadece hastalık ve sakatlığın olmaması değil, fiziksel, psikolojik ve sosyal olarak tam iyilik halidir. Kişilerin sağlık içinde yaşaması için bireysel olarak stresle baş edebilmesi yeterli olmayıp şiddetten uzak toplumsal bir çevrenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan şiddet öğrenilen ve kuşaklara aktarılan, salgın gibi yayılan bir davranış biçimi ve iktidar kurma yolu olduğu için şiddetin gerçekten önüne geçilmesi şiddetin sebeplerinin ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle İstanbul Sözleşmesi şiddetle mücadelede dört temel ilkeyi çerçeve olarak sunmaktadır.^[7] Söz konusu ilkeler önleme, koruma, kovuşturma (yaptırım) ve bütüncül politikalar izlemektir.

[7] Sağlıkta şiddetle mücadele konusunda Dünya Sağlık Örgütü'nün yayımlamış olduğu kılavuzda aynı ilkelere değinilmesi rastlantı değildir. Bkz. Framework Guidelines for Addressing Workplace Violence in the Health Sector, Joint Programme on

Şiddetin önlenmesi eşitsiz güç ilişkilerini değiştirmeyi gerekli kıldığından hem ayrımcı yasal düzenlemelerin değişmesi ve yasal düzenlemelerin yorumundaki ayrımcı ve cinsiyetçi uygulamaların değişmesi zorunludur hem de cinsiyetçi düzenlemeleri ve yorumları besleyen örf-âdet ve geleneklerin insan yaşamı üzerindeki etkisine engel olmak için eşitlikçi değerlere dayanan eğitimlerin her düzeyde yaygınlaştırılarak sürdürülmesi gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle **yaşamı, özgürlüğü, onuru ve emeği hedef alan, zararlı örf ve âdetlerin korunamayacağı vurgulanmalıdır.** Türk Medeni Kanunu gibi İş Kanunu, Türk Ceza Kanunu da devrimcidir, örf-âdetlere değil insan haklarına dayanır. Eğer hak temelli olmayan örf-âdetler hiçbir şekilde değiştirilmeseydi başlık parası meşru sayılacak, töre gerekçe gösterilerek işlenen kadın cinayetleri meşrulaştırılacak, kadınların boşanma hakkı olmayacak, görünmez kılınan ve artı değer yaratan kadın emeğinin mal rejimleriyle karşılığı sağlanmayacak, çocuk emeğinin sömürülmesinin önüne geçilemeyecek, evlenmenin asgari yaşı olmayacak ve bu nedenle daha ilkökul çağındaki çocukların cinsel sömürüsü devam ediyordu. İstanbul Sözleşmesi suçların kabul edilemez gerekçeleri arasında örf ve âdeti göstererek buna sığınarak cezadan kurtulmanın veya başka bir meşrulaştırmanın önüne geçilmesi gerektiğini belirtir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 24. maddesinin üçüncü fıkrası da çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her tür önlemin alınmasını öngörmektedir.

Şiddetle mücadele şiddet riskine maruz kalan kişilerin etkili biçimde korunmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda tüm insan hakları metinlerinde olduğu gibi ayrımcılık yasağı temel ilkedir. **Şiddetin mağduru kim olursa olsun koruyucu düzenlemelerden yararlanır.** İstanbul Sözleşmesi ayırım gözetmeksizin herkesin şiddete karşı korunmasını öngörmektedir. Cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim çeşitliliği yalnızca şiddet mağdurları arasında ayırım yapılmaması amacıyla ifade edilmektedir, başka bir anlamı yoktur. Ayrıca cinsiyet kimliğinin sözleşmede yazması bireysel ilişkileri değiştirmedeği gibi sözleşmede yazmaması da bu kimlikleri ortadan kaldırmaz. Şiddetin

Workplace Violence in the Health Sector, International Labour Office (ILO), International Council of Nurses (ICN), World Health Organization (WHO), and Public Services International (PSI), Geneva 2002, https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/interpersonal/en/WVguidelinesEN.pdf?ua=1&ua=1 (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

sürmesi, yaygınlaşması ve teşvik edilmesi şiddetin kuşaktan kuşağa aktarılmasına neden olur. Kadınların görünmez kılınması da cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim çeşitliliği olan kişilerin görünmez kılınması da şiddeti derinleştirmekten başka bir sonuç doğurmayacaktır. Üstelik cinsiyet kimliği veya cinsel yönelimi sebebiyle şiddet eylemlerinin toplumda ve yargı önünde çeşitli kılıflarla meşrulaştırmaya, mazur gösterilmeye çalışılması, şiddet mağdurlarının makbul ve makbul olmayan mağdur, şiddet eylemlerinin meşrulaştırılan ve meşru sayılmayan eylemler olarak ayrılmasına sebebiyet vermektedir. Meşrulaştırılmaya çalışılan şiddet, ayrımcılığı ve nefreti körükleyen ve nihayetinde makbul sayılan şiddet mağdurları dahil herkesi tehdit eden nitelik taşır.

Şiddet riski karşısında gerekli koruyucu önlemler almak somut şartların bilinmesini gerektirir. İstanbul Sözleşmesi, her başvuran için aynı tedbirin alınmasını değil, somut olayın şartlarının gerekli kıldığı tedbirlerin alınmasını öngörür, risk değerlendirmesi yapılması gerektiğini belirtir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümlerinde de İstanbul Sözleşmesi'nde olduğu gibi risk değerlendirmesi öngörüldüğü halde uygulamada mahkemeler tarafından bunun hiçbir şekilde yapılmadığı, kolluk görevlileri tarafından hazırlanan bir risk değerlendirme formunun ise formalite olarak kullanıldığı gözlemlenmiştir.^[8] Uygulamada hâkimlerin de kolluk görevlilerinin de şiddetle mücadeleyi ve potansiyel failer için önleyici tedbirleri, risk altındaki kişiler için koruyucu tedbirleri ciddiye almadığı, mücadeleyi benimsemeyip gereksiz bir iş yükü olarak gördüğü belirtilebilir.

Aile hâkimlerine yapılan her başvuruda başvuran hâkim veya uzman tarafından dinlenmeksizin uzaklaştırma ve diğer tedbirler şablon halinde karara çevrilmiş olup kararları hâkimlerin almayıp tümüyle bu işin yazı işleri müdürlerine bırakıldığı gözlemlenmiştir. 6284 sayılı yasada önleyici ve koruyucu tedbir alınması için delil veya belge aranmayacağına belirtilmesinin nedeni, mülga 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun döneminde uygulamacıların sıklıkla darp raporu arayarak şiddet tehlikesini yeterli görmemesi, fiziksel şiddet vuku bulduktan sonra koruma ihtiyacını

[8] Tedbirlerin alınması ve uygulanması konusunda yapılan araştırma için bkz. Özge Yücel, "Efficiency and Expediency of Preventive and Protective Measures against Domestic Violence Taken by the Family Courts in Ankara", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 31, Issue 3, December 2017, 311–327.

haklı görmesiydi. Uygulamadaki bu haksız ve kötü deneyimlerden ders alınarak şiddet tehlikesinin yeterli olmasının tedbir için yeterli olduğu açıkça yasada belirtilmiştir. Nasıl ki herhangi bir olayda tedbir isterken kişi ihtiyacının sebeplerini açıklarsa bu tedbirler için de bunların açıklanması gerekli olmalıydı. Fakat ne yazık ki uygulamada hiçbir şekilde nasıl bir yoğunlukta risk bulunduğu bakılmadan aynı içerikte, kapsamda, sürede tedbirler herkes için alınmış ve böylece koruma önlemleri etkisizleştirilmeye, değersizleştirmeye çalışılmıştır. Uygulamadaki bu deneyimler yasal düzenlemelerden çok şiddetle mücadeleye ilişkin politik iradenin etkili ve belirleyici olduğunu göstermiştir.

Ailenin korunması şiddeti önlemekle ve sosyal politikalarla mümkündür. Ailenin korunması için hasta çocukların tedavisinin ücretsiz sağlanması, barınacak yeri olmayan ailelere sosyal konutlar tahsis edilmesi, çocukların eğitiminin her yönüyle ücretsiz sağlanması, çocuk, hasta bezleri ve regl bezleri için vergi alınmaması, işsiz anne ve babalara iş sağlanması, meslek edindirilmesi, engellilerin ailelerine bağımsız, erişilebilir yaşam kurabilecekleri bir gelir sağlanması gereklidir. Şiddet gören kadınların, çocukların korku içinde yaşamaya zorlanması, boyun eğmeye itilmesi aileyi ayakta tutmaz, aileyi hapishaneye çevirir. Dolayısıyla **aileyi kanun veya sözleşme değil, şiddet yıkar.** Sosyal politika, sosyal devlet, failin evsiz, risk altındaki kişinin de korunmasız kalmasını önleyecek bir yoldur. Sosyal devlet 20. yüzyılda emekçilerin temel gereksinimlerinin karşılanması, eğitim ve sağlık hakkı gibi haklarda fırsat eşitliği için başvuru olan bir enstrüman, ilke iken 21. yüzyılda kadınların, çocukların şiddet ve istismara karşı korunması için de vazgeçilmez önemdedir. Mağdurlar için her yerde, her semtte sığınakların varlığına, cinsel şiddet kriz merkezlerinin kurulup işlemesine, kesintisiz olarak şiddet mağdurlarına ücretsiz danışmanlık, tıbbi, psikolojik ve hukuksal destek verecek merkezlere, barınacak yeri olmayanların kalabilecekleri sosyal konutlara, kadınlar için istihdam yaratmaya, çocuklar için ücretsiz kreşlere, okullara, bakıma ihtiyaç duyan engelliler, yaşlılar, çocuklar için ücretsiz bakımevlerine ihtiyaç vardır.

Sonuç

Şiddetle mücadele sadece şiddet eylemini cezalandırmakla mümkün değildir. Ölüm veya yaralama gerçekleştiğinde aslında ortada şiddetle mücadele konusunda bir başarısızlık vardır, bu nedenle açılan ceza davası ve sonunda verilen ceza şiddetin tekrarlanmasını da yayılmasını önlemez. Asıl olan şiddetin sebeplerinin ortadan kaldırılması, riskin ciddiye alınarak etkili koruma önlemlerinin alınıp uygulanması ve en önemlisi de mağdurlarının hem psikolojik hem sosyoekonomik yönden güçlendirilmesidir. Çünkü şiddet sadece fiziksel değildir, sonunda fiziksel şiddetin görüldüğü bağımlılık inşa etme sürecinde sistematik olarak psikolojik, cinsel, sosyal (çevresiyle bağını kesme) ve ekonomik şiddet eylemleri ile sıklıkla karşılaşılır. Üstelik mağdurların bu şiddet türlerini fark etmesi, tanınması ve karşı koyması toplumsal cinsiyet rolleri, gelenekler, işsizlik, gebelik, inanç gibi farklı sebeplerle çok daha güç olmaktadır. Bu nedenlerle sevgi ve saygıya dayanan sağlıklı aile ilişkileri için de güvenli toplumsal ilişkiler için de şiddet mağduru olan herkesin güçlendirilmesi, bağımlılıktan kurtulmasının önündeki engellerin kaldırılması zorunludur. Güvenli yaşam alanları oluşturmak için duygusal ilişkilerin hegemonyadan, iktidardan, bağımlılıktan kurtulması gerekmektedir.

İstanbul Sözleşmesi'nden hiçbir şekilde dönüş yoktur; çünkü Sözleşmede belirtilen ilke ve yükümlülüklerin tamamı uluslararası teamül hukukunun kendisidir. Nasıl ki insanlık dışı cezaları uygulamamak konusunda devletlerin sorumluluğu olduğunu ileri sürmek, o devlete hesap sormak için o devletin herhangi bir sözleşmeye taraf olması şart değilse; sığınakların açılması, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet riskine maruz kalan kişinin korunması, cinsel şiddet kriz merkezlerinin açılması, şiddetin önlenmesi için eşitsizlikle mücadele edilmesi, şiddetin yaptırımsız kalmaması konusunda devlete hesap sormak için de sözleşmeye resmen taraf olma şart değildir. Devletlerin İstanbul Sözleşmesine taraf olması yükümlülüğünü kabul etmesi anlamına gelir, ama devletler İstanbul Sözleşmesine taraf olsa da olmasa da bu yükümlülükler var olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

BM Genel Kurulu 48/104 sayılı 20 Aralık 1993 tarihli kararı, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/eliminationvaw.pdf> (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 sayılı Genel Tavsiye (19 sayılı Genel Tavsiye Güncellendi), CEDAW/C/GC/35, 14 Temmuz 2017, Çeviren Nazan Moroğlu, <https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW-General-Recommendation-35-%C3%A7eviri-Nazan-Moro%C4%9Flu.pdf> (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

European Court of Human Rights, Third Section, Case of Opuz v. Turkey, Application No. 33401/02, Judgment, 9 June 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945> (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

Framework Guidelines for Addressing Workplace Violence in the Health Sector, Joint Programme on Workplace Violence in the Health Sector, International Labour Office (ILO), International Council of Nurses (ICN), World Health Organization (WHO), and Public Services International (PSI), Geneva 2002, https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/interpersonal/en/WVguidelinesEN.pdf?ua=1&ua=1 (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Eighth Session (1989), General Recommendation No. 12: Violence against Women, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_E.pdf (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Fifty-ninth Session (2014), Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/ General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/78/PDF/N1462778.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Eleventh Session (1992), General Recommendation No. 19: Violence against Women, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf (Erişim Tarihi: 11.04.2021).

Yücel, Özge, “Efficiency and Expediency of Preventive and Protective Measures against Domestic Violence Taken by the Family Courts in Ankara”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 31, Issue 3, December 2017, 311–327

Zinaya Katılan Üçüncü Kişinin Ahlaka Aykırılıktan Sorumluluğu

Kumru KILIÇOğLU YILMAZ*

* Dr. Öğr. Ü. / Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim
Dalı <https://orcid.org/0000-0003-2235-4590>.

GİRİŞ

Zina kavramı, İslam Hukuku'ndan bu yana yasal olarak farklı şekillerde düzenlenmiştir. İslam Hukuku, zina için karı ve kocanın aralarında nikah kurulmadan birlikte olmalarını yeterli görür. Buna göre zinadan söz edebilmek için bu eyleme katılanların evli olmaları koşuluna yer verilmemiştir. Bekar kişilerin cinsel birliktelikleri de zina sayılmaktadır. Bunun dışında cinsel birliktelik düzeyine ulaşmamış olan bazı ilişkiler de zina sayılmaktadır.

Değişen düzenlemeler ile, bir dönem zina; Türk Ceza Kanunu kapsamında suç olarak düzenlenmiş, maddede inceleneceği üzere, zaman içerisinde kadın ve erkeğin zinası farklı yaptırımlara tabi tutulmuş olup; nihayet mevcut yasal düzenlemelere bakıldığında; zina suç olmaktan çıkarılmış, ancak bir boşanma sebebi olarak sayılmış; dolayısıyla boşanmanın fer'i nitelikteki sonuçları bakımından diğer boşanma sebeplerine göre daha ağır hukuk yaptırımlarına yol açan bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunların yanı sıra, zina, miras hukuku alanında da karşımıza mirasçılıktan çıkarılma sebeplerinden biri olarak çıkmaktadır. Bu yaptırım, yine aile hukukuyla bağlantılı olarak; aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi bağlamında uygulama alanı bulmaktadır.

Zinadan bahsedebilmek için, en az üç kişinin eylem içerisinde yer alması gerekir. Bunlardan biri evli kadın ya da erkek, diğeri zina yapan evli kadın ya da erkek, ve nihayet üçüncüsü zinaya katılan üçüncü kişidir.

Evli kişinin zinası bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkmakla birlikte; zina yapan eşin diğer eşe ödeyeceği tazminat miktarı, mal rejimlerinden doğan alacak hakkının azaltılması ya da kaldırılması gibi yaptırımlar elbette tartışmasıdır.

Ancak, acaba zinaya katılan üçüncü kişinin bu zina eylemi nedeniyle bir sorumluluğu var mıdır? Var ise, bu sorumluluğun dayanağı nedir?

Evli olduğunu bildiği halde bir kadın ya da erkekle cinsel tatmine varan bir cinsel birliktelik yaşayan kişiyi haksız fiilin faili olarak değerlendirmek, haksız fiilin koşulları karşısında mümkün değildir. Peki, bilerek ve isteyerek evli bir kimse ile ilişkiye giren kimsenin bu eylemi yaptırımsız mı kalacaktır?

İşte burada ahlaka aykırılık nedeniyle sorumluluk gündeme gelmektedir. Çalışmada, yargı kararlarıyla birlikte, üçüncü kişinin bu sorumluluğu ele alınacaktır.

1. Türk Hukukunda Zina Kavramı

1.1. Eski Türk Ceza Kanunu'nda Zina

Eski 765 sayılı TCK zınayı suç saymıştı. Bununla ilgili hükümler aşağıda yer almaktadır:

Madde 440: “Zina eden zevce hakkında üç aydan, otuz aya kadar hapis cezası tertip olunur. Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında dahi aynı ceza hüküm edilir”.

Madde 441: “Karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu hanede, yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikahsız kadın tutmakta olan koca hakkında üç aydan otuz aya kadar hapis cezası hüküm olunur.”

Madde 442: “Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerin işlendiği sırada karı ve koca birbirinden nikah baki olduğu halde hakimın hükmüyle ayrılmış veya biri diğerini terk etmiş ise, her birinin cezası üç ay kadar hapistir”.

Madde 443: “Geçen maddelerde yazılı olan cürümlerden dolayı takibat icrası karı kocadan biri tarafından şahsi dava ikamesine bağlıdır. Bu keyfiyet cürümde şerik olanlar için de şarttır”.

Madde 444: “Davadan vazgeçmek, hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunur. Karı kocadan birinin ölümü davayı ıskat eder”.

Eski 765 sayılı TCK'da sözü edilen maddelerde düzenlenmiş olan zina, kadın erkek eşitliğine aykırı düzenlemeler içermektedir. Bunları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Kadının herhangi bir zinası suç oluşturduğu halde, erkeğin zinasının suç oluşturabilmesi için ya karısı ile birlikte ikamet ettiği hanede herhangi bir zinası ya da başka hanede zina etmişse, bunun bir defa olmasının yetersiz olup, bu durumun “karı koca gibi yaşama” şeklinde devamlılık gösteren bir yaşantı şeklinde gerçekleşmesi gerekir.

Kadının zinasının suç sayılabilmesi için zina ettiği erkeğin evli ya da bekar olması önemli sayılmamıştır. Erkeğin zinasının suç sayılabilmesi için ise, bekar bir bayanla (nikahsız kadınla) zina etmesi gerekir. Erkeğin evli bir bayanla cinsel birlikteliği zina sayılmamıştır.

TCK md.441'in ikinci cümlesi “.....Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında dahi aynı ceza hüküm edilir” hükmünü içermekteydi. Buna göre kadının zina ettiği erkek de suçlu sayılmış, aynı madde hükmüne göre cezalandırılmıştı.

Halbuki aynı düzenleme erkeğin zinası ile ilgili 442. maddede mevcut değildi. Bunun sonucu olarak, erkekle zina eden kadının eylemi suç sayılmamış ve cezalandırılmamıştı.

Anayasa Mahkemesi 23 Eylül 1996'da TCK'nın 441. maddesini, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiş; ortaya çıkacak boşluğun kanun koyucu tarafından doldurulması için iptal kararının yayım tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir.

Ancak kanun koyucu bu boşluğu doldurmadığı için, erkeğin zinasına ilişkin 441. madde iptal edildiğinden, erkeğin zinası suç olmaktan çıkmış, kadının zinasına ilişkin 440. madde yürürlükte olduğundan, kadınlar için zina suç olmaya devam etmiş; nihai olarak 23.6.1998 tarihinde, Anayasa Mahkemesi 1998/3 E. , 1998/28 K. Sayılı kararı ile, 440. maddeyi de eşitlik ilkesi gereğince iptal etmiştir.

1.2. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zina

Yeni 5237 sayılı TCK zinayı suç olmaktan çıkarmıştır. Hem kadın hem erkek için, zina eylemi suç olmaktan çıkmış olup; buna göre zina yapan kişinin herhangi bir ceza hukuku yaptırımında tabi tutulamayacağı sonucu doğmuştur.

1.3. Türk Medeni Kanunu'nda Zina

TMK, zinayı üç ayrı hukuksal alanda özel hukuk yaptırımına tabi tutmuştur. Bunları aşağıda özetlemek mümkündür.

Boşanma Sebebi Olarak Zina:

Evlilikte eşlerin en önemli yükümlülüklerinden birisi “sadakat” yükümlülüğüdür. TMK md.185 f.I bunu şu şekilde hükme bağlamıştır:

“...Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”

Sadakat yükümlülüğünün başında eşlerin “cinsel sadakati” gelir. Bu yükümlülüğün ihlali, bir boşanma sebebi olarak zinanın düzenlenmesine neden olmuştur.

TMK md.161 eşlerden birinin zina etmesini mutlak boşanma sebebi saymıştır. Ancak eşin, zina eden eş aleyhine boşanma davası açabilmesi konusunda, eşin zina eylemini öğrenmesinden itibaren altı aylık ve her halde zina eyleminden üzerinden beş yıl geçmeden dava açması hükmü ile, bir hak düşürücü süre öngörmüştür. Bunun dışında diğer eşin, zina eden eşini affetmesi halinde boşanma davası açmaya hakkı olmayacağı kabul edilmiştir.

Madde zinanın boşanma sebebi olması konusunda karı koca ayrımı yapmamış, bunlardan birinin bir üçüncü kişi ile zina etmesini boşanma davası için yeterli görmüş, kendisiyle zina edilen üçüncü kişinin evli ya da bekar olmasına da önem vermemiştir.

Zina mutlak boşanma sebebi sayılmaktadır. Zira bunun kanıtlanması halinde, akıl hastalığı (TMK md.165) ve geçimsizlik (TMK md.166)'da olduğu gibi, bu olayın eşler arasında evlilik birliğini çekilmez hale getirmesi koşulu aranmayacak; hakim boşanma konusunda takdir yetkisini kullanamayacaktır. Zira zina eyleminin gerçekleşmesi sonucu, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesine dayanılarak, bu olaydan sonra eşlerin evlilik birliğini sürdürmesi kendilerinden beklenemeyeceğinden, artık bu durumun birliğe olan etkisi de araştırılmayacaktır.^[1]

Mal Rejimlerinde, Alacağın Azaltılması Ya Da Tamamen Reddedilmesi Sebebi Olarak Zina:

TMK, edinilmiş mallara katılma rejimi ile paylaşmalı mal rejiminde, zina edin eşin diğerinden olan alacak hakkının azaltılması ya da somut olayın niteliğine göre tamamen reddedilmesi sebebi olarak zinayı düzenlemiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili olarak bu husus TMK md.236/II'de hükme bağlanmıştır. Maddeye göre:

“Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.”

[1] Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.138.

Bu hüküm kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda yoktur. Bizde TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında kanuna eklenmiştir.

Madde edinilmiş mallara katılma rejiminin düzenlenmesi ile ilgili olup, hükümde sadece “artık değer” den söz edilmiş olduğundan katkı alacaklarını kapsamamaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili TMK md.236/ II'deki düzenleme “paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde” (TMK md.252) de tekrar edilmiştir. Buna karşılık mal ortaklığı rejiminde bu düzenlemeye yer verilmemiştir.

Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüğün İhlali Sebebi Olarak Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olan Zina:

Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan tarafından, kendisine yönelik kanunda iki bent halinde belirtilmiş olan eylemlerden biri nedeniyle, yaptığı bir vasiyet ile bu eylemlerde bulunan mirasçının mirasçılığını engellemesidir.^[2]

TMK md.510'da mirasçılıktan iki çıkarma sebebi öngörülmüştür. Bunlardan maddenin II. bendinde düzenlenen sebep şu şekildedir:

“Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerinin önemli ölçüde yerine getirilmemişse” mirasçılıktan çıkartılabilir.

Maddede sözü edilen “mirasbırakana karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin” başında yukarıda açıklamış olduğumuz gibi eşlerin “sadakat yükümlülüğü” gelir. Buna göre zina eden eş, diğer eş tarafından yapılan bir vasiyetname ile mirasçılıktan çıkarılabilir yani miras dışı bırakılabilir.

Burada akla, zina eden eş aleyhine zaten boşanma davası açılması suretiyle evliliğe son verilebileceği bu imkan varken, neden vasiyetname yapılmak suretiyle mirasçılıktan çıkarma yoluna gidilmesi gerektiği tereddüdü gelebilir. Buna gerek yoktur. Zira diğer eşin, zina eden eş aleyhine boşanma davası açmaması, buna rağmen evliliği sürdürmesi mümkündür. Bunu bir takım sosyal baskılar nedeniyle yapabileceği gibi, eşi zina yapan eş, duygusal olarak da boşanmak istemiyor olabilir. Evliliği sürdürmek isteyen eş, zina eden eş bir vasiyet yaparak mirasçılıktan çıkartabilir. Evliliği sürdürmeyip boşanma

[2] Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Genişletilmiş 7. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.169; Bilge Öztan, Miras Hukuku, 8. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.142.

davası açtığında da, dava devam ettiği sürece evlilik birliği devam ettiğinden, bu arada ölen eşe, zina eden eş mirasçı olabilecektir.^[3] Eş, boşanma davası devam ederken, bunu önlemek isterse, vasiyet yaparak zina eden eşin, boşanma davası devam ederken, ölen eşine mirasçı olması önlenmiş olur.

2. Zinanın Koşulları

Zina nedeniyle yukarıda açıklamış olduğumuz TMK hükümlerinin uygulanabilmesi için, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

2.1. Evli Olma

Zina, evli bir kişinin bekar ya da evli bir üçüncü kişi ile cinsel birliktelik yaşamasıdır. Bu anlamda olmak üzere, bekar kişiler arasındaki bu tür ilişkiler zina sayılamaz. Kanun koyucu zinayı, “*cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali*” olarak değerlendirmekte olup, bu yükümlülüğün sadece evli kişiler için söz konusu olması nedeniyle zinanın ancak evli kişiler için söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.

Zinanın varlığından söz edebilmek için evli olma koşulundan anlaşılması gereken, elbette resmi evliliklerdir. Zira, hukukta korunan evlilikler yalnızca resmi evlilikler olup, dini tören ile bir arada yaşayan kimselerin ilişkileri hukuk önünde korunmamakta; o kişiler “evliymiş gibi” birbirlerine eş olma sıfatından kaynaklı, mirasçı olma gibi sıfatlara da sahip değillerdir.

2.2. Bir Üçüncü Kişiyle Cinsel İlişki

2.2.1. Üçüncü Kişi

Zinadan söz edebilmemiz için, evli eşin bir üçüncü kişiyle olan cinsel ilişkide bulunması gerekir.

Üçüncü kişi farklı cinsten bir kişi olmalıdır. Bu anlamda olmak üzere evli erkeğin bir kadınla ya da evli kadının bir erkekle ilişkide bulunması gerekir. Evli bir kişinin aynı cinsten bir üçüncü kişiyle olan cinsel ilişkisi zina değil,

[3] TMK md.181/II, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, mirasçıların davaya devam ederek, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet veren olaylarda kusurlu olduğunu ispatlaması halinde, kusurlu olan eşin, eş sıfatıyla ölen eşin mirasçısı olamayacağını hükme bağlamıştır.

boşanma sebeplerinden “haysiyetsiz hayat sürme” (TMK md.163) olarak değerlendirilmektedir^[4].

Kanaatimce, evli kişinin farklı cinsten bir kişiyle birlikte olma zorunluluğu yoktur. Eylemin cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlali olarak değerlendirildiğine göre, zina yapan eşin hangi cinsten kişiyle birlikte olup, bu yükümlülüğü ihlal ettiğinin bir önemi yoktur. Yani; evli bir kadın, başka bir kadın ile “lezbiyen” bir ilişki yaşadığında da cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağı gibi; evli bir erkeğin başka bir erkek ile “gay” bir ilişki yaşaması da cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucu olarak “zina” eylemini oluşturacaktır. Özetle; “biseksüel” olarak nitelendirilen, hem erkek hem kadın ile ilişki yaşayan kimselerin, evlilik birliği devamı süresince, her cinsiyetten kişi ile yaşadıkları ilişki, sadakat yükümlülüğünün ihlali olacağı, dolayısıyla zina eylemini gerçekleştirdiklerini kabul etmek gerektiği kanaatindedim.

Evli bir kimsenin kendi cinsinde bir kimse ile ilişkiye girmesi “haysiyetsiz bir davranış” değildir; bu nedenle bu durumda “haysiyetsiz hayat sürme” nedeniyle boşanma davası açılması mümkün değildir. Kişinin cinsel yönelimi, kişiyi “haysiyetsiz” yapmaz; bu durum haysiyetsiz yaşam olarak değerlendirilemez.

Üçüncü kişi, evli ya da bekar olabilir. Evli olan üçüncü kişi, evli bir kişiyle cinsel ilişkide bulunduğunda iki zina olayı gerçekleşmiş olur. Buna karşılık evli olmayan bir üçüncü kişi, evli bir kişiyle cinsel ilişkide bulunursa evli kişi için zina, üçüncü kişi için zina eylemine katılma söz konusudur.

Üçüncü kişinin yaşı, ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önemli olmadığı gibi eyleminin bilinçli, bilerek ve isteyerek gerçekleşmesi de eşin eyleminin zina sayılması açısından önem taşımaz.

Bu anlamda olmak üzere evli eşin, bir üçüncü kişinin rızasına dayanmayan, tecavüz teşkil eden eylemleri de zina eylemini oluşturur. Bu durumda üçüncü kişinin zina eylemine katılmasında kusuru yoktur. Ancak, evli bir kimsenin isteği dışında bir ilişkiye zorlanması, tecavüze uğraması, ayırt etme gücünü kendi iradesi dışında kaybederek üçüncü bir kişiyle ilişkiye girmiş olması gibi hallerde, elbette ki, eşin zinasından bahsetmek mümkün değildir. Zira,

[4] Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. cilt, Yenilenmiş 16. baskı, Ankara 2014, s.246; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, c.III, Aile Hukuku, 5. baskı, İstanbul 2008, s.106.

zina eyleminin, zina yapan eş tarafından “bilerek, isteyerek, özgür irade” yapılmış olması gerekir. Bu konuya aşağıda ele alacağız.

2.2.2. Cinsel İlişki

Zina, evli bir kişinin bir üçüncü kişi ile cinsel ilişki düzeyine ulaşmış olan bir birlikteliktir. Bu düzeyde olmayan birliktelikler geçimsizlik sebebiyle boşanmaya sebebiyet verebilirler. Böyle bir durumda, geçimsizlik nedeni sadakatsizliğe dayandırılabilir. Sadakatsizliğin boyutu “cinsel tatmini” aşmayan bir sadakatsizlik ise, bu durum, sadakatsizlik nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılması davasına konu olabilir.

Cinsel ilişkinin ne boyutta ve şekilde olacağı kanunda belirtilmemiştir. Tam anlamıyla ve normal yolla, üreme organlarının birleşmesi şeklinde ilişkinin cinsel ilişki sayılacağını savunan bazı görüşlere karşılık^[5]; ilişkinin normal ya da anormal hangi şekilde olduğunun önemi olmaksızın kadın ve erkek arasındaki her türlü ilişkinin zina sayılacağını savunan görüşler^[6] de bulunmaktadır.

Kanaatimce, burada cinsel ilişki kavramı yerine “cinsel tatmin” kavramının kullanılması, ilişkinin zina sayılıp sayılmadığının tespiti hususunda kolaylık sağlayacaktır. Kadın ve erkek; ya da kanaatimce, aynı cinsten iki kişi arasında yaşanan, normal olmayan (organların birleşmesi) ve fakat herhangi bir şekilde cinsel tatmine ulaşan ilişkiler de zina sayılmalıdır.

[5] Bilge Öztan, Aile Hukuku, s.647; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, 2. bası, Ankara 2019, s.103; Oğuz Ersöz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, 1. bası, İstanbul 2008, s.73.

[6] Zeki Hafızoğulları, Zina Cürümler, İstanbul 1983, s.130; Gençcan, Boşanma Hukuku, s.146; İnci Biçkin, “Medeni Yasa’da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları”, İstanbul Barosu Dergisi, 2006-80 (5), S.1884.

3. Zina Nedeniyle Tazminat Sorumluluğu

3.1. Zina Edenin Diğer Eşe Karşı Tazminat Sorumluluğu

3.1.1. Sorumluluğun Hukuksal Niteliği

Zina, hukuksal niteliği itibarıyla, bir eşin diğerine karşı işlediği bir haksız fiildir. Bu anlamda olmak üzere, zina eden eşe karşı TBK md.49-76'da hükme bağlanmış olan haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanabilir. Bu hükümler eşlerin birbirlerine karşı işlediği haksız fiiller için de uygulama bulmasına rağmen, kanun koyucu TMK md.174'de boşanmanın sonuçları arasında tazminat sorumluluğunu özel olarak hükme bağlamıştır. "Maddi ve Manevi Tazminat" kenar başlığını taşıyan bu maddeye göre:

"Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir."

"Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir."

Kanun, boşanma yüzünden menfaatleri zedelenen kusursuz ya da daha az kusurlu olan eşe, kusurlu olan taraftan maddi; ayrıca bu yüzden kişilik hakkı saldırıya uğrayan eşin, diğerinden uygun bir miktarda manevi tazminat talep edebilme olanağını hükme bağlamıştır.

Burada söz konusu olan tazminat, boşanmaya bağlı, yani onun fer'i nitelikteki sonucudur. Bu nedenle, bu tür tazminat talepleri TMK md.178'de hükme bağlanmış olan "boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına" uğrar.

Gerek TMK md.174 gerek TMK md.178 boşanma nedeniyle tazminat taleplerinin hukuksal dayanağının haksız fiil oluşturması niteliğini değiştirmez. Bu iki madde boşanma nedeniyle tazminat taleplerini, TBK md.49-76'daki genel haksız fiil sorumluluğundan iki noktada ayırmaktadır.

Birincisi, tazminatın sebebi, boşanmadır. İkincisi ise, bu tür tazminat talepleri TBK md.72'deki zamanaşımı sürelerine tabi olmayıp, TMK md.178'deki özel zamanaşımı süresine tabidir.

TMK md.174'te yer alan tazminat, talep eden tarafın kusursuz ya da daha az kusurlu olması, buna karşılık davalının kusurlu olması genel haksız fiil

sorumluluğundaki kusurla ilgili koşuldan farklı değildir. Burada davacının daha az kusurlu olması da maddi tazminat talep edebilmesini sağlamaktadır. Bu durum genel haksız fiil sorumluluğunda tazminattan indirim sebebi olan TBK md.52'deki hükmünün amacı ile örtüşebilir.^[7]

3.1.2. Sorumluluğun Koşulları

Zina eden eşin tazminat sorumluluğu, hukuksal niteliği itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğu olduğuna göre, olayda haksız fiilin koşullarının gerçekleşmesi gerekir.

Eşin Zina Etmesi

Eşin zina etmesi, haksız fiilde “fiil” koşulunu ifade eder.

Zinanın ne olduğunu, hangi koşullarda zinadan söz edilebileceğini yukarıda açıklamış bulunmaktayız.

Hukuka Aykırılık

Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru, zina nedeniyle tazminat davasında “eşin sadakat yükümlülüğüne” ilişkin emredici hukuk kuralının ihlalidir. TMK md.185 f.1'de eşlerin “birbirine sadık kalmak” yükümlülüğünün ihlali, zinada fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır.

Zarar

Zina nedeniyle diğer eşin zararı, maddi veya manevi olabilir. Bu husus TMK md.174'de açıkça ifade edilmiş, sadece kusur konusunda iki tazminat türü konusunda küçük bir ayrımaya yer verilmiştir. Bunu aşağıda kusur konusunda ele alacağız.

İllyet Bağı

Zina nedeniyle tazminat, diğer eşin bu nedenle bir zarara uğraması halinde söz konusu olabilir. Buna göre, zararın sebebi, eşin zina etmesi olmalıdır.

[7] Detaylı bilgi için bknz: Berna Berfin Kaya: Medeni Hukukta Zina, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.

Kusur

Zinanın tazminata neden olabilmesi için, kusurlu olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, zina fiili, ancak kusur varsa söz konusu olabilir. Bu anlamda olmak üzere zina “eşin bilerek ve isteyerek cinsel ilişkiye girmesi” halinde söz konusu olabilir. Bu unsur “zina” ile “tecavüze uğrama” eylemlerini birbirinden ayırt etmeye yarar.

TMK md.174 f.I, maddi tazminat davasında, davacının “kusursuz veya daha az kusurlu olması” koşulundan söz etmiştir. Buna göre, boşanmada davacı olan eş de kusurlu, fakat davalıya nazaran kusuru daha az ise maddi tazminat talep edebilecektir. Davacı eş, diğer eşi zinaya teşvik etmiş, zina etmesine göz yummuş ise “kusursuz” sayılamaz. Bu durumda maddi tazminat talep edemez.

TMK md.174 f.II, manevi tazminat davasında ise maddi tazminattan farklı olarak “davacının kusursuz veya daha az kusurlu olması” koşulundan söz etmemiş, sadece davalının kusurlu olmasını yeterli görmüştür. Buna göre, manevi tazminat talep eden eş boşanmada kusurlu ise, ister daha az ister daha çok kusurlu olsun manevi tazminat talep edemeyecektir. Bu anlamda olmak üzere, eşinin zina etmesine teşvik eden, buna göz yuman eş ondan manevi tazminat talep edemeyecektir.

3.2. Üçüncü Kişinin Tazminat Sorumluluğu

3.2.1. Üçüncü Kişinin Sorumluluğunun Sebebi

Üçüncü kişinin zina nedeniyle sorumluluğu da hukuksal niteliği itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğudur. Bu nedenle sorumluluğunda TBK md.49-76 hükümleri üzerinde durmak gerekir.

Üçüncü kişi için, kendisiyle zina eylemini gerçekleştiren eşten farklı olarak TMK md.174 hükmünün uygulanması gündeme gelemez. Zira bu madde boşanmanın tarafları olan eşler ile ilgili sınırlı bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Madde üçüncü kişileri kapsamaz.

Üçüncü kişinin, eşe karşı tazminat sorumluluğu konusunda haksız fiilin “hukuka aykırılık ve ahlaka aykırılık” türlerini birbirinden ayırt ederek ele almak gerekir.

3.2.2. Üçüncü Kişi Hukuka Aykırılık Nedeniyle Haksız Fiilden Sorumlu Tutulabilir mi?

Konuyu öğretideki görüşler ile Yargıtay Kararları ayrımı yaparak ele almak gerekir.

Öğretide, evli kişi ile zinaya katılan üçüncü kişinin eyleminin eşler arasında geçerli olan sadakat yükümlülüğünü ihlal kapsamına giremeyeceğini bu nedenle eyleminde hukuka aykırılığa neden olamayacağı kabul edilmektedir^[8].

Buna karşılık, bazı yazarlar zina eden eş ile üçüncü kişinin birlikte gerçekleştirdikleri aldatma eyleminin, aldatılan eşin duygusal kişiliğini kalıcı ve ağır biçimde ihlal ettiğini, bu nedenle TBK md.49 anlamında haksız fiil sorumluluğuna yol açtığını savunmaktadırlar^[9].

Konuyu Yargıtay Kararları ile ele alacak olursak; kişilik hakkının ihlali nedeniyle tazminat davalarında uzman daire olan Yargıtay 4 . Hukuk Dairesi üçüncü kişinin zinadan sorumluluğunu haksız fiile dayandırmıştır.

Bu dairenin görüşüne göre, zinaya katılan üçüncü kişinin sorumluluğu, aldatılan eşin “*kişilik hakkı kavramında yer alan aile bütünlüğünün ihlali*” dayanmakta, üçüncü kişinin eyleminin haksız fiil niteliği taşıdığı^[10], bu sorumluluğun, aldatılan eşin evlilik hukukundan kaynaklanan sadakat yükümlülüğünün ihlali olduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, eşlerden birinin sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eyleminin haksız fiil niteliği taşıdığını, eyleme katılan

[8] Rona Serozan, “*Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğüne Aykırılıktan Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?*” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı, c.15, Sy.1, Ocak 2016, s.456; Bilge Öztan, “*Zina Fiiline İştirak Eden Eşin veya Üçüncü Kişinin Tazminatla Yükümlü Tutulup Tutulmayacağı Meselesi*”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, 17-20 Şubat 2016, c.2, Ankara 2017, s.768; Kaya, Yüksek Lisans Tezi, s.118 vd.

[9] Bilgehan Çetiner, “*Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?*”, Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan, C.1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı C.15, Sy.2, 2016, s.529.

[10] Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.03.2012 ve 2011/3504 E. 2012/5291 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

üçüncü kişinin de eşle birlikte ve müteselsilen sorumlu tutulması^[11] gerektiğini kabul etmiştir. Bu kararda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, üçüncü kişinin sorumluluğunu, eşin “sosyal kişilik değerleri”nin ihlal edilmesine dayandırmıştır. Bu anlamda olmak üzere kararda:

“Hemen belirtmekte yarar vardır ki; gerek Anayasamızda, gerek Medeni Kanunumuzda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil, toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir. Bu nedenledir ki, ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali, çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir. Böylesi öneme sahip aile kurumuna mensup erkekle, evli olduğunu bilerek kurulan duygusal ve cinsel ilişkinin, hatta ondan çocuk sahibi olmanın aile kurumuna ve onun mensubu olan kişilere vereceği zarar kaçınılmazdır ve davalının bunu öngörmemiş olması düşünülemez. Bu nedenledir ki, evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla da koruma altına alınmak istenmiştir. Bu tür eylemlerin, daha sonraki yasal düzenlemeler sırasında suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. Zira, bir eylemin ceza kanununa göre suç teşkil etmemesi ve müeyyidesinin düzenlenmemiş olması, borçlar hukuku hükümlerine göre ahlaka ya da hukuka aykırı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir. Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyile gayri resmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet

[11] Aldatan eş ile üçüncü kişinin müteselsil sorumlu oldukları yönünde benzer karar için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 09.05.2013 tarih ve 2013/1404 E. 2013/8415 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir” ifadelerine yer verilmiştir.^[12]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesini -açıkça belirtmemesine rağmen-, bu sorumluluğun kaynağını TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasına dayandırmıştır^[13]. Genel Kurul bu konudaki görüşünü, müteakip kararlarında da ısrarla sürdürmüştür.^[14]

Yargıtay 4 Hukuk Dairesi, sonradan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının sözü edilen kararında olduğu gibi, sadakat yükümlülüğünün ihlal eden eşin eylemine katılan üçüncü kişinin eyleminin, aldatılan eşin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı yönünde kararlar vermeye başlamıştır.^[15] Ancak, bu kararlar oyçokluğuyla alınmış olup, karara karşı görüş bildiren üyeler ise “*davaya konu eylemin bir tarafının da davacının eşi olmasına göre ortada yani davacı ile eyleme katılan eşi arasında bir aile bütünlüğünden*

[12] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.03.2010 tarih ve 2010/4-129 E. 2010/173 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

[13] Erdem, s.199.

[14] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.03.2017 tarih ve 2017/4-1482 E. 2017/556 K. sayılı karar.

Kararda yer alan gerekçelerde:

“Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bileerek davacının eşiyle gayri resmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir. Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır” ifadelerine yer verilmiştir (Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020)

[15] Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 28.06.2012 tarih ve 2012/8517 E. 2012/11335 K.; 16.01.2013 tarih ve 2011/14568 E. 2013/345 K. sayılı kararları, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

bahsedilemeyeceği gibi, davalıyı da aile bütünlüğüne (ortada aile bütünlüğü kalmadığından) eylemi ile saldırıda bulunduğu kabulünün mümkün olmamasına ve ayrıca aile bütünlüğüne saldırı ile ilgili yasalarımızda tazminatı gerektirir bir düzenleme bulunmamasına göre, davalı hakkında açılan davanın yasal dayanağı yoktur.” yönünde görüşler açıklamışlardır.

Zina eden eşin eylemine katılan üçüncü kişinin sorumluluğunun, aldatılan eşin buna rıza göstermiş olması halinde ortadan kalkıp kalkmayacağı konusunda, Yargıtay bu rızayı TBK md.52 hükmü kapsamında ele almıştır.

Bir olayda, eşinin uzun yıllardır üçüncü bir kişiyle evli gibi yaşadığını bilen aldatılan eşin, on dört yıl sonra üçüncü kişiye karşı açtığı manevi tazminat davasında, aldatıldığını iddia eden davacı eşin, TBK md. 52 gereğince, zararı doğuran eyleme rıza gösterdiğini, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabul eden Yargıtay, tazminat talebinin reddine karar vermiştir.^[16]

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, sonraki bazı içtihatlarında yukarıda sözünü ettiğimiz kararlarından sapma gösteren kararlar vermiştir.

Bu anlamda olmak üzere bir kararında, zira eylemine katılan üçüncü kişinin, manevi tazminat ödemekle sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Bunun gerekçesi olarak, şu cümlelere yer vermiştir.

“Davalının eyleminin manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğu söz edilemeyeceği gibi, Kanunda yükümlülüğünü ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Tüm bu nedenlerle, 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 49 (TBK md.58) maddesine göre davalının fiilinin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunun kabulü mümkün değildir.”^[17]

[16] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 26.06.2014 tarih ve 2013/16637 E. 2014/10698 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

[17] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 07.05.2015 tarih ve 2014/8569 E. 2015/5859 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020). Benzer yönde bir diğer karar için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 25.06.2015 tarih ve 2014/9122 E. 2015/8585 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yukarıdaki açıklamalarımızdan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararları arasında çelişkiler olduğu görülmektedir. Bu çelişkilerin ortadan kaldırılması amacıyla bir içtihadı birleştirme kararı ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, zina eden eşin eylemine katılan üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı manevi tazminat sorumluluğunun olmayacağına karar vermiştir.

Bu anlamda olmak üzere, TMK'nın 185. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün evlilik birliğinin tarafları için söz konusu olabilen nisbî bir hak olduğu, bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek mutlak hak niteliğinde olamayacağı, ayrıca TMK'nın 24 ve 25. maddeleri gereğince, evlilik birliğinin eşlerin kişilik hakkının bir parçası olmadığı, eşlerin birbirleri üzerinde de herhangi bir kişilik hakkının da bulunmadığı ifade edilmiştir.

Bu gerekçelerden hareketle, zina eden eşin eylemine katılan üçüncü kişinin eyleminde TBK md.49'daki haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsurunun bulunmayacağı; bu nedenle üçüncü kişinin eyleminin haksız fiil teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu husus kararda, "*üçüncü kişinin eyleminin herhangi bir koruma normunu ihlal ettiği söylenemeyeceğinden bu yönden hukuka aykırı kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır*" şeklinde ifade edilmiştir.

Genel Kurulda yapılan tartışmalarda, zina eden eşin eylemine katılan üçüncü kişinin eyleminin TBK md.49/II gereğince sorumluluğu gerektirip gerektirmeyeceği konusu üzerinde de durulmuş, üçüncü kişinin eyleminin bu madde gereğince ahlaka aykırı sayılabileceği, ancak bunun için aldatılan eşe kasten zarar verme unsurunun gerçekleşmesinin gerektiği belirtilmiştir.^[18]

3.2.3. Kişisel Görüş

Üçüncü kişinin hukuka aykırı bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilemez. Üçüncü kişinin hukuka aykırılık unsuruna dayanan haksız fiil sorumluluğu için de beş koşulun mevcudiyeti aranır.

Fiil unsuru vardır. Üçüncü kişi, evli kişiyle cinsel birliktelik yaşamıştır.

[18] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.07.2018 tarih ve 2017/5 E. 2018/7 K. sayılı kararı, 08.12.2018 tarih ve 30619 sayılı Resmî Gazete Resmî Gazete (www.resmigazete.gov.tr) (E.T.: 08.06.2020).

Hukuka aykırılık unsuru, üçüncü kişi için yoktur. Eşin zinasının hukuka aykırı sayılmasının ve haksız fiil teşkil etmesinin sebebi, TMK md.185'te yer alan "sadık kalmak" yükümlülüğüne dayanır. Üçüncü kişi, diğer eşe karşı sadakat yükümlülüğü altında değildir. Buna göre TMK'da üçüncü kişinin zina nedeniyle eylemini hukuka aykırı sayan bir düzenleme yoktur.

Eski 765 sayılı TCK'nın yukarıda naklettiğimiz 441. maddesine hükmüne göre:

"Zina eden zevce hakkında üç aydan, otuz aya kadar hapis cezası ter-tip olunur. Zevcenin bu fiiline şerik olan kimse hakkında dahi aynı ceza hüküm edilir".

Görüldüğü üzere, eski TCK döneminde, evli kadınla zina eden üçüncü kişinin (erkeğin) eylemi de suç sayılmış ve cezalandırılmıştı.

Yeni TCK, zinayı suç olmaktan çıkarmış ve bu hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla günümüzde zina eden eşle birlikte olan üçüncü kişinin bu eylemini hukuka aykırı sayan bir düzenleme yoktur.

Bunun sonucu olarak, üçüncü kişinin eyleminde haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru bulunmadığından tazminat sorumluluğu, bu nedenle gündeme gelemez.

Zarar unsuru açısından değerlendirme yapacak olursak; üçüncü kişinin eşle zinası diğer eşin zararına elbette yol açabilir. Ancak hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı için, bu zarar nedeniyle sorumluluğu gündeme gelemez.

Zina nedeniyle eşin uğradığı zarar ile zina arasında illiyet bağı vardır. Fakat hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı için bu zarardan sorumluluk doğurmamaktadır.

Üçüncü kişinin kusuru, birlikte olduğu eşin evli olduğunu bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi şeklinde karşımıza çıkabilir. Üçüncü kişi, birlikte olduğu eşin evli olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda olsa bile, hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı için doğan zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Üçüncü kişinin, birlikte olduğu eşin evli olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması, ancak aşağıda ele alacağımız ahlaka aykırılık nedeniyle sorumlu tutulması sonucunu doğurabilir.

Bu açıklamaların ardından; şunu söyleyebiliriz: Üçüncü kişinin eyleminin ahlaka aykırı haksız fiil teşkil etmesi mümkündür.

Bilindiği üzere TBK md.49/II, haksız fiilin “ahlaka aykırılık” türünü de düzenlemiştir. Bu maddeye göre:

“Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Yukarıda haksız fiil sorumluluğu için beş koşulun nelerden oluştuğunu ifade ettik. TBK md.49 bu beş koşuldan “hukuka aykırılık” ve “kusur” konusunda ayrılmış, ahlaka aykırılığın da doğan zarardan sorumluluğa yol açabileceğini kabul etmiştir.

Buna göre; haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru aranmayıp, failin eylemi “ahlaka aykırı” ise, ve ayrıca hukuka aykırılığa dayanan haksız fiil sorumluluğu için failin herhangi bir kusuru yeterli iken failin kusuru “kast” türünde ise, yine tazminat sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmiştir.^[19]

O halde, Yargıtay’ın yukarıda sözünü ettiğimiz 06.07.2018 tarihli 2017/05 E., 2018/7 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında da isabetle ortaya konulduğu üzere, zina eden eşle birlikte olan üçüncü kişinin bu eylemini kasten işlemesi ve bunun ahlaka aykırı sayılması halinde tazminat sorumluluğu doğabilecektir.

Hukuka aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu için aranan beş koşuldan fiil, zarar, illiyet bağı unsurları, burada da aranacaktır. Yukarıda bu konuda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Sorumluluk için bu üç koşul yanında şu iki özel koşulun gerçekleşmesi gerekir: Ahlaka aykırılık ve kasten işleme.

Evli bir kişi ile cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin bu eylemi, ahlaka aykırı sayılmalıdır.

Kanun koyucu hukuk kuralları ile düzenlenmeyen bazı kuralları, toplumun ahlak ve değer yargılarına bırakmıştır. TBK md.27 (ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması), TBK md.49 f.II (ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar verme); TBK md.81 (ahlaka aykırı amaç için alınanların sebepsiz zenginleşme davasına konu olamaması) gibi...

[19] Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. bası Ankara 2018, s.376.

Bütün bu hallerde kişinin eyleminin “ahlaka aykırı” sayılması gerekir. Ahlaka aykırılık toplumdaki topluma, zamandan zamana, kişiden kişiye değişebilir.

Konumuzla ilgili önemli sorun “evli bir kişiyle cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin eyleminin” ahlaka aykırı sayılıp sayılmamasıdır.

Türk Toplumunun mevcut değer yargıları, evlilik kurumunu kutsal görmekte, evli kişiyle cinsel birlikteliği reddetmektedir. Bu nedenle, üçüncü kişinin evli kişiyle cinsel birlikteliği ahlaka aykırı olarak değerlendirilmelidir.

Hukuka aykırılığa dayanan haksız fiil için failin herhangi bir kusuru yeterlidir. Bu anlamda olmak üzere, fail kasten hareket etmiş olabileceği gibi, gerekli dikkat ve özeni göstermemiş de olabilir.

Halbuki ahlaka aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için, failin herhangi bir kusuru değil, kastının bulunması gerekir. TBK md.49/II “ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren” den söz etmiştir. Failin evli olduğunu bildiği bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi, diğer eşe “kasten zarar verme” unsurunu oluşturur. Ahlaka aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğu ile hukuka aykırılığa dayanan haksız fiil sorumluluğu arasındaki fark, birincisinde “zararın kasten verilmesi”, ikincisinde ise “zararın herhangi bir kusurla verilmesi” dir.

Evli kişiyle cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin, kastı, onun evli olduğunu bildiği halde, bilerek ve isteyerek onunla birlikte olmasıdır. Buraya kuşkusuz evli olduğunu bilmediği halde somut olayda bilmesi gerekiyorsa yine kast unsurunun varlığı kabul edilmelidir. Bu anlamda olmak üzere, kucağında çocuk ile gelen, hamile olduğu açık olan, parmağında yüzük bulunan, kocası tarafından darp edildiği için sığınma evinde yaşadığı bilinen bir kadınla; ya da devam eden bir boşanma davasının tarafı olduğunu bildiği ya da eşine nafaka ödemekte olduğunu bildiği bir erkek ya da kadınla birlikte olan üçüncü kişide kast unsuru mevcuttur.

SONUÇ

Zina, Türk toplumunda hukuki yönden kabul göremeyen ki bu nedenle özel hukuk yaptırımını olan; aynı zamanda elbette ki ahlaki yönden de kabul görmeyen bir eylemdir. Zina yapan eşin sorumluluğu TMK’da boşanma ve miras konularında ele alınmakla birlikte, mevcut TCK’da zinanın bir yaptırımını bulunmamaktadır. Zinaya katılan üçüncü kişinin sorumluluğu nedir, sorusundan önce, zinaya katılan üçüncü kişi kim olabilir sorusu cevaplanmalıdır.

Doktrinde farklı görüşlere çalışmada yer verilmiş olup; zinaya katılan kişinin zina yapan eş ile farklı cinsiyetten olması gerektiğini savunan görüşlere karşılık, bu üçüncü kişinin zina yapan eş ile aynı cinsiyette olmasını da mümkün olabileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Katıldığımız görüş; zinada bir cinsel tatmin arandığına göre; cinsel birlikteliğin kim ile yaşandığının bir önemi olmadığı, eşcinsel birlikteliklerin de evli bir kişi ile yaşanması halinde zinanın söz konusu olabileceği yönündedir.

Zina yapan eşin sorumluluğunu belirlemek kolaydır. Kanunda var olan açık düzenlemeler ile bu sorumluluk ve dolayısıyla oluşan zararın giderilmesi konusunda bir tereddüt yaşanmaz. Ancak, zinaya katılan üçüncü kişinin sorumluluğu nasıl gündeme gelebilir? Bu üçüncü kişinin eylemi kanunda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle yaptırıma tabi olmayacak mıdır? Eşinin zinasını öğrenen evli kişi, manevi zararının giderilmesini kimden isteyecektir?

Zinaya katılan üçüncü kişinin hukuka aykırı bir davranışı yoktur. Zira; zina nedeniyle var olan yaptırımlar, mirasçılık ve boşanma ve fer’ilerinde karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında, özel bir düzenleme olmaması nedeniyle, zinaya katılan üçüncü kişinin hukuka aykırı bir davranışı söz konusu değildir. Ancak eylemde, ahlaka aykırılık söz konusudur.

Bu noktada, acaba üçüncü kişiyi ahlaka aykırılıktan sorumlu tutabilmemiz için, zina yaptığı kişinin evli olduğunu bilmesi ya da bilmemesi önem taşır mı? Bu soruyu cevaplamak için ahlaka aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğunda aranan, “kast” unsurunu somut olaya uygulamak gerekir. Kast unsurunu, zina eylemine uygulamak için, üçüncü kişinin, zina yaptığı kişinin evli olduğunu bile bile bu eyleme katılması şartı gerekir. Üçüncü kişinin hukuka aykırılığa dayanan haksız fiil sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Zira, hukuka aykırılığa dayanan haksız fiilde, kusur unsuru aranmaktadır. Halbuki ahlaka aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğunda, kusur değil, kast unsuru yeterlidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Akıntürk Turgut-Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, 2. cilt, Yenilenmiş 16. bası, Ankara 2014.

Dural – Ögüz – Gümüş, Türk Özel Hukuku, C.III Aile Hukuku 5. bası, İstanbul 2008.

Ersöz Oğuz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, 1. bası, İstanbul 2018.

Gençcan Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 8. bası, Ankara 2019.

Hafizoğulları Zeki, Zina Cürümleri. İstanbul 1983.

Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. bası Ankara 2018.

Kılıçoğlu Ahmet M., Miras Hukuku, Genişletilmiş 7. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Öztan Bilge, Miras Hukuku, 8. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 6. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

MAKALELER

Biçkin İrem, “*Medeni Yasa’da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları*”, İstanbul Barosu Dergisi, 2006-80 (5), Sayfa aralığı: 1875-1903.

Çetiner Bilgehan, “*Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?*”, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, C.1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı c.15, s.2, 2016.

Öztan Bilge, “*Zina Fiiline İştirak Eden Eşin veya Üçüncü Kişinin Tazminatla Yükümlü Tutulup Tutulmayacağı Meselesi*”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, 17-20 Şubat 2016, c.2, Ankara 2017.

Serozan Rona, “*Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğüne Aykırılıktan Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı, c.15, S.1, Ocak 2016.

MAHKEME KARARLARI

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 06.07.2018 tarih ve 2017/5 E. 2018/7 K. sayılı kararı, 08.12.2018 tarih ve 30619 sayılı Resmî Gazete Resmî Gazete (www.resmigazete.gov.tr) (E.T.: 08.06.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 26.06.2014 tarih ve 2013/16637 E. 2014/10698 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 07.05.2015 tarih ve 2014/8569 E. 2015/5859 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 25.06.2015 tarih ve 2014/9122 E. 2015/8585 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.03.2010 tarih ve 2010/4-129 E. 2010/173 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 29.03.2017 tarih ve 2017/4-1482 E. 2017/556 K. sayılı karar, (Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 28.06.2012 tarih ve 2012/8517 E. 2012/11335 K.; 16.01.2013 tarih ve 2011/14568 E. 2013/345 K. sayılı kararları, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 29.03.2012 ve 2011/3504 E. 2012/5291 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 09.05.2013 tarih ve 2013/1404 E. 2013/8415 K. sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon (www.kazanci.com) (E. T.: 08.06.2020).

DiĞER KAYNAKLAR

Kaya Berna Berfin, “*Medeni Hukukta Zina*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

Görme Engelli Kişinin Bir Hukuki İşlemi Yaparken Attığı İmzanın Geçerliliği ve İspatı Sorunu

Osman **SEZER***

* Avukat, Ankara Barosu.

1. GİRİŞ

Görme engeli olan kişiler de günlük ekonomik etkinlikleri nedeniyle yaşamlarında normal kişiler gibi pek çok hukuki işlem yapmaktadır.

Ne var ki, hukukçular arasında bir işlemi yapan görme engelli bireyin irade açıklamasının tamamlanmasını sağlayan attığı imzanın geçerlilik ve ispatı noktasında ciddi bazı tereddütler yaşandığı da bir gerçektir.

Bu çalışmada öncelikle konunun daha iyi anlaşılması bakımından genel olarak hukuki işlem kavramı üzerinde kısaca durulduktan sonra, görme engelli kişilerin imzalarının geçerli olup olmadığı, geçerli değilse geçerli olması için hangi hukuki başka işlemlere ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bu alanda var olan normatif düzenlemeler ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda gerekli değerlendirmeler yapılacaktır.

2. HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

Hukuki işlem kavramı, bir yahut birden çok kişinin, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olguyu ifade etmektedir.

Hukuki işlemler, çeşitli özellikleri esas alınarak gruplandırıldığında, “*kişi sayısı bakımından*”, “*ivazlı olup olmamaları bakımından*” ve “*malvarlığına etkileri bakımından*” sınıflandırılmaktadır. Kişi sayısı bakımından hukuki işlemler “*tek taraflı hukuki işlemler*” ve “*birden fazla taraflı hukuki işlemler (sözleşmeler)*” olmak üzere iki sınıfa ayrılabilir.

a. Tek Taraflı Hukuki İşlemler

Bu tür işlemlerde hukuki işlemin yalnızca tek tarafı olup, karşı tarafın kabulü gerekmez. Bir diğer ifade ile bu tür işlemler, tek bir tarafın iradesi ile meydana gelir. Bu işlemleri şu şekilde saymak mümkündür:

- | | | |
|--------------------|-------------------|------------|
| 1) Alım Hakkı | 5) Temsilci Atama | 9) Fesih |
| 2) Geri Alım Hakkı | 6) Nişanı Bozma | 10) Azil |
| 3) Önalım Hakkı | 7) Takas | 11) İstifa |
| 4) Vasiyetname | 8) Dönme | |

b. Birden Fazla Taraflı Hukuki İşlemler

Birden fazla tarafın söz konusu olduğu hukuki işlemler, diğer bir ifade ile sözleşmeler; bir hukuki sonuç oluşturmak amacıyla, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmalarıyla ortaya çıkan hukuki işlemlerdir. İçerik itibarıyla “*tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” ve “*iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” olmak üzere ikiye ayrılır.

(1) Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin iki tarafı olması ve sözleşmenin hukuki sonuç doğurması adına karşı tarafın kabulü gerekse de, taraflardan yalnızca biri borç altına girmektedir. Örnek olarak *Bağışlama* ve *Kefalet Sözleşmeleri* verilebilir.

(2) İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Tarafların her birinin borç altına girdiği hukuki işlemlerdir. Niteliği itibarıyla “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” ve “*eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*” olmak üzere ikiye ayrılır.

(a) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Bu sözleşmelerde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, edimler aynı anda ifa edilir. Örnek olarak; *Satış Sözleşmesi*, *Kira Sözleşmesi*, *Trampa Sözleşmesi*, *Eser Sözleşmesi* ve *Hizmet Sözleşmesi* verilebilir.

(b) Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Bu tür işlemlerde, Taraflardan biri edimini önce, diğeri daha sonra yerine getirmektedir. Bu tür işlemlere örnek olarak; *Ödünç Sözleşmesi*, *Vedia Sözleşmesi* ve *Vekâlet Sözleşmesi* gösterilebilir.

c. İvazlı Olup Olmamaları Bakımından Hukuki İşlemler

İvaz, hukuki işlemde karşı taraf açısından kazanç niteliğindedir. Hukuki işlemler, “*ivazlı hukuki işlemler*” ve “*ivazsız hukuki işlemler*” olmak üzere iki sınıfa ayrılabilir.

(1) İvazlı İşlemler

Sözleşme karşılığında iki tarafın da ediminin söz konusu olduğu, diğer bir ifade ile karşı tarafın bir ivaz yerine getirdiği hukuki işlemlerdir. Bu işlemlere örnek olarak; *Satış Sözleşmesi*, *Kira Sözleşmesi*, *Hizmet Sözleşmesi*, *Trampa Sözleşmesi*, *Finansal Kiralama Sözleşmesi* verilebilir.

(2) İvazsız İşlemler

Bu tür işlemler, sözleşme karşılığında karşı tarafın bir ivaz yüklenmediği, diğer bir ifade ile taraflardan birinin yerine getirmesi gereken bir ediminin bulunmadığı hukuki işlemlerdir. Bu işlemlere örnek olarak; *Bağış*, *Kefalet*, *Vekâlet* ve *Saklama* verilebilir.

ç. Malvarlığına Etkileri Bakımından Hukuki İşlemler

Bu işlemler, malvarlığına yaptıkları azaltan etkileri yönünden “*taahhüt (borçlanma) işlemleri*” ve “*tasarruf işlemleri*” olmak üzere ikiye ayrılır.

(1) Taahhüt (Borçlanma) İşlemleri

Sözleşmenin yapıldığı anda malvarlığının pasifinde bir artış meydana getiren hukuki işlemlerdir. Borçlar hukukunda düzenlenen işlemler, genellikle taahhüt işlemi niteliğindedir.

(2) Tasarruf İşlemleri

Sözleşmenin yapıldığı anda malvarlığının aktifinde azalma meydana getiren hukuki işlemlerdir. Örnek olarak; *Alacağın Devri Sözleşmeleri* ve *İbra Sözleşmeleri* verilebilir.

İşte bütün bu sözleşmelerin kurulması sırasında sözleşmeyi tamamlayan en önemli unsur imza olduğundan, yazımızda imza üzerinde de bazı tespit ve açıklamaların yapılması gerektiği düşünülmektedir.

3. TÜRK HUKUKUNDA İMZA

İmza, yazılı olan metnin, dolduran kişi tarafından bilinip kabul edilmesi, onaylanması sonuçlarını doğuran ve sahibini alacak, borç ya da taahhüt altına sokan ayırt edici bir işaret olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sahibini kuşkuya yer bırakmayacak bir biçimde belirleyen ve bir belgeyi onaylama iradesini kesin olarak belirten ayırt edici ve kişisel el yazması her

tür işaret imza biçiminde nitelendirilmektedir. Bu niteliği ile de imza hukuki alanda büyük önem ve değer taşımaktadır.

İmzanın genellikle, iki çeşidi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kısmen okunabilen el yazısı ile oluşturulan diğeri ise şekilsel yani okunamayan ve işaretlerden meydana gelen imzadır. Yazı imzalar; tüm isim ve soyadı, ilk isim ve diğer isimlerin baş harflerinden veya baş harflerden ve soy isimden oluşabilir. Baş harfler, birbirine veya soy isme bağlanmış veya bağlanmamış ya da hepsi çeşitli karışımlardan meydana gelmiş olabilir.

İmzalar birbirinden farklılık arz etmekte ve kişiler, imzada hiç bir zaman aynı hareketi ve işareti benzer şekilde yapmamaktadır. Bu özellik nedeniyle imzalar, tümüyle aynı şekilde tekrarlanabilir olmayabilmektedir. Buna doğal çeşitlilik denilmektedir. Bu nedenle de iki imzanın üst üste çakışacak biçimde birbirinin aynı olması mümkün olmadığından, bu şekilde atılan imzalar uzmanlarca taklit belirtisi sayılmaktadır. Kaldı ki; imzanın yazıldığı yere, kullanılan yazı vasıtalarına (kalem, kâğıt vs.), atıldığı şartlara ve hatta sahibinin ruhi ya da fiziki durumuna, kullanılan ele göre değişmesi kaçınılmazdır.

Uzmanlara göre, el yazısı ne kadar değişirse değişsin bir takım harflerin şekil ve biçimlendirilişi (konstrüksiyon), tamamen kişiye özgüdür. Bu nedenle de el yazısı harflerinin (veya büyük harf) kullanılmasıyla atılan yazı imzalarda kişinin bu harf karakteristiğinden yola çıkarak ve hatta karşılaştırma için sadece imza örneği değil yazı örnekleri de kullanılarak sonuca varılmaktadır.

Zamanla meydana gelen harf ekleme veya harflerin şekil veya karakteristiğinin şeklinde görülmektedir. Bu nedenle örnek imzaların şüpheli imza ile mümkün olduğu kadar yakın tarihte atılmış olması şarttır. Buradaki zaman aralığı azami beş yıldır. Beş yıldan daha eski imza örneklerinin mukayeseye esas alınması doğru değildir.

Uzmanlarca kabul edildiğine göre, ancak bu şekilde yapılan karşılaştırma ve incelemeler, bilimsel ve uluslararası standartlara uygundur.

Her şeyden önce belirtilmelidir ki imza, borçlar hukukunda sözleşmelerle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme, iki tarafın hukukî sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile meydana gelen bir hukuki işlemdir.^[1]

[1] Bkz. Adli Bilimler Laboratuvarı-Hukukumuzda İmza İncelemesi adlı yazı

Az yukarıda da belirtildiği üzere, el yazısı ile atılacak imzanın ne şekilde olacağı konusunda ayrı bir şekil şartı bulunmamaktadır. Kişi kendisine özgü, belirli karakterleri içeren semboller belirterek imza atabileceği gibi ad ve soyadını yazmak suretiyle de imzasını atabilir.^{[2],[3]}

4. İMZA KONUSUNDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

a. Soyadı Kanunu'na Göre

Bu konudaki ilk düzenleme 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 2. Maddesinde göze çarpmaktadır. Söz konusu düzenleme; *“Söyleyişte, yazıшта, imzada öz ad önde, soyadı sonda kullanılır.”* hükmündedir.

Aynı şekilde Soyadı Nizamnamesi'nin 2. maddesinde de; *“Söyleyişte, yazıшта, imzada öz ad önde, soyadı sonda olmak üzere bütün harfleri söyleyerek veya yazılarak kullanılabileceği gibi söyleyişte ve yazıшта özadsız yalnız soyadını kullanmak ve imzada öz adın ilk harfini, özadı iki tane ise her ikisinin ilk harflerini veya birinin ilk harfleri ile ötekinin tümünü ve soyadın tümünü yazmak caizdir”* biçiminde bir kurala yer verildiği görülmektedir.

İmza konusundaki düzenlemelerden birisi de, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 14. Maddesindeki düzenleme ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 15. Maddesindeki düzenlemedir. Mamafih, 818 sayılı BK.nun 14. Maddesi;

“İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır. Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.

Bir alet vasıtasıyla vazolunan imza, ancak örf ve adetçe kabul olunan hallerde ve hususiyle çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lazım geldiği takdirde, kafi addolunur.” şeklinde bir düzenleme içermekte;

6098 sayılı TBK.nun 15. Maddesi ise önceki Kanun'un 14. Maddesine paralel bir düzenleme ile;

“İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.

[2] Yrgt.12.HD., 8.11.1999, 13769/1390

[3] Baki KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** (C:II), 6. Baskı, Demir Yayıncılık, Ankara, 2001, s.2080 (Dpn:26a)

İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.” biçiminde bir düzenlemeye yer vermektedir.

Anılan her iki Kanun maddesine göre elektronik yolla atılan imza da, elle atılan yazılı imzanın hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Keza İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması da, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılmaktadır. (TBK-15)

Baştan beri yapılan bu açıklamalardan sonra, var olan tereddütlerin giderilmesi açısından görme engelli kişilerin imzalarının geçerlilik ve ispatı hususundaki değerlendirmelerimizin sunulması kapsamında aşağıdaki tespit ve belirlemelerin yapılmasını gerekli ve zorunlu görmekteyiz.

Ancak hemen belirtelim ki imzanın insanların gündelik yaşamında da son derece büyük önemi bulunduğu bir gerçektir. Zira mahkemede usul işlemleri açısından da imza zorunlu bir unsurdur. Örneğin, dava dilekçesinin imzalanması (HMK-119), ön inceleme duruşmasında tutulan ön inceleme tutanağına imza atılması (HMK-140) gerekliliği bunlardan bazılarıdır.

b. Türk Borçlar Kanunu Bakımından

(1) 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu'na Göre

Görme engelli kişilerin imzalarına yönelik yasal düzenlemelere geçmeden önce şu husus özellikle belirtmek gerekir ki, Borçlar hukuku bakımından şeklin istisna olduğu, kural olanın sözleşme özgürlüğü kapsamında şekil serbestisi olduğudur.

İstisnai olarak öngörülen şekil ise bir geçerlilik koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlanmasının; irade sahi-binin bunu açıklamadan önce düşünmesini sağlaması, iradelere açıklık ve kesinlik getirmesi, sonraki bir uyuşmazlıkta ispat ve yorum kolaylığı sağ-laması gibi yararları yanında, zaman ve masraf kaybına yol açması, gizliliğin ortadan kalkması ve alışveriş yaşamının gerektirdiği hızı ayak uyduramama gibi sakıncaları olduğu da bir gerçektir.^[4]

[4] Sema TAŞPINAR AYVAZ, “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, **AUHFD**, S: 61 (1) (2012) s.321-349

Bu genel açıklamalardan sonra konumuza dönersek, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 14/III. Maddesinde;

“Amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez” biçiminde bir kurala yer verilmiş idi.

Doktrinde hükmün yürürlükte olduğu dönemde görme engellilerin imza atıp atamamasına göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre, görme engellinin okuma yazma bilmesi ve imza atabilmesi halinde attığı imzanın usulüne göre onaylanması veya metnin içeriğini bildiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Buna karşılık imza atamayan görme engellilerin işlem yapmaları halinde ise imzalarıyla ilgili olarak aşağıda belirtilecek olan BK. Md. 15 hükmünün uygulanacağı yani imza yerine usulüne uygun bir biçimde onaylanmış bir işaret, mühür veya parmak izi kullanılacağı kabul edilmekteydi.^[5]

Ayrıca aşağıda da açıklanacağı üzere, mevcut ve yeni düzenlemelerde bütün görme engellilerin serbestçe işlem yapması halinde uyumsuzluk çıktığında görme engelli için imzada tanık isteyip istemediği konusunun ispatı gerekmekte; görme engelli böyle bir imza atmadığını ispat etmek zorunda bırakılmış olmaktadır. Diğer yandan, Kanun'da yapılan en son değişiklikle 6098 sayılı TBK.nun 15. Maddesinde görme engellinin isteğine bağlı olarak yaptığı hukuki işlemler sırasında tanık talep edebileceği, aksi halde imzalarının el yazısı ile atılmasının yeterli olduğu hüküm altına alınmaktadır. Öte yandan, imza atamayanlar bakımından, kanun koyucunun yalnızca tanıkla yetinmediği, aksine bir işaret, parmak izi veya mührün onayını şart kıldığı görülmektedir. Bu itibarla, hem mülga BK. hem de TBK. açısından imza atabilen görme engellilerle imza atamayanların farklı konumlarda değerlendirilmesinin isabetli olacağı kanısındayız. Doktrinde KILIÇOĞLU imza atabilen görme engellilerin BK Md. 14; diğerlerinin ise BK. Md. 15'e tâbi olduğunu ifade etmektedir.^[6]

EREN, imza atamayanlar içerisinde açıkça görme engellilerden söz etmekle birlikte, BK. Md. 14 hükmünün okuma yazma bilen amalar için

[5] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349- Sema TAŞPINAR AYVAZ sy.330

[6] Ahmet M.KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.183. vd.

olduğunu belirtip, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 15. Maddesinin ise okuma yazma bilmeyenleri kapsadığını ifade etmekle aynı sonuca varmaktadır.^{[7]-[8]}

Gelgelelim, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 14/III. Maddesindeki düzenleme, engelli kişiler ile ilgili yapılan düzenlemeleri içeren 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 32. Maddesi ile 01.07.2005 yılında kaldırılmıştır. Aynı düzenleme ile Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesi de değiştirilmiş ve ilgilinin işitme, görme ve konuşma özürülü olması halinde, ilgilinin isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda işlem yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Noterlik Kanunu ile ilgili bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde imza atabilen görme engellinin tanık huzurunda işlem yapmayı talep etmemesi halinde serbestçe işlem yapıp imza atabileceği ortaya çıkmaktadır. Bu da aslında görme engelli kişilerin Kanun tarafından korumalarının kaldırıldığı, korumanın ilgilinin kendi isteğine bırakıldığını göstermektedir.^[9] Zaten okuma yazma bilen, imza atabilen bir görme engellinin kanun tarafından ayrıca korunmasını gerektiren bir durum olmadığı açıktır.

Zira gerek 818 sayılı BK.nun 14/III. Maddesinde yapılan düzenleme, gerekse de, az sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesindeki düzenleme görme engelli kişinin işlem yaparken tanıksız işlem yapabilmesi olanağını ortadan kaldırmış değildir. Sadece yapılan iş, bir işlemi yaptığı esnada görme engelli kişinin tanık bulundurup bulundurulmamasının görme engelli kişinin tercihine bırakılmasıdır. Yani burada Kanun koyucu, işlemin yapılması esnasında doğabilecek aleyhe sonuçların sorumluluğunu görme engelli kişiye bırakmaktadır. Bu da akli melekeleri yerinde olan bir kimsenin orta zekâlı bir kişi gibi davranıp kendisine gelebilecek tehlikeyi önceden sezerek gerekli tedbirleri alması gerektiği sonucuna bizi götürmektedir ki, bunun menfaatler dengesine uygun olacağı düşünülmektedir.

[7] Fikret EREN, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 250, 252),

[8] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m.

[9] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349-Sema TAŞPINAR AYVAZ sy.331

Ayrıca mevcut düzenlemede görme engelliyle sözleşme yapan tarafın, daha sonra ortaya çıkacak uyumsuzlukta onun metnin içeriğini bildiğini ispat etme yüküyle karşı karşıya bırakılması söz konusu olmayacaktır ki, bu yaklaşım, görme engelli kişilerin dürüstlük kurallarına aykırı kasıtlı davranışlarını bertaraf etmesi açısından son derece isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

(2) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 15/III. Maddesindeki Yeni Düzenleme

6098 Sayılı TBK.nun 15/III. Maddesinde görme engelli kişilerin attıkları imzalarının onları bağlayıp bağlamayacağına ilişkin düzenleme süreç içerisinde önemli farklılıklar göstermiştir.

Zira 6098 sayılı TBK.nun görme engellilerle ilgili koyduğu kural, henüz yürürlüğe girmeden değişikliğe uğramıştır. Mamafih, 6098 sayılı TBK.nun “İMZA” başlığını taşıyan ilk düzenlemesi olan 15/III. Maddesi;

“Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz.” biçiminde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme ile TBK.nun 15/III. Maddesindeki bu kural, 2005 yılında yapılan değişiklikten önceki hale dönmüş ise de, daha sonra 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 213. Maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 15. Maddesindeki düzenlemenin 5378 sayılı Kanun'un 50. Maddesi ile yapılan değişiklik ile paralellik gösterdiği dikkati çekmektedir. Buna göre;

“Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.”

Belirtelim ki, sözü edilen bu yeni düzenleme ile 5378 sayılı Kanun'un 50. Maddesinde yapılan düzenleme arasındaki tek fark, görme engelinin talebinde 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 73. maddesinde görme engelli kişinin tercih etmesi durumunda iki tanığın hazır bulundurulması gerekirken, TBK.nun 15/III. Maddesindeki düzenlemede yalnızca “tanık”tan söz edilmesidir. Yani, artık bir tek tanık ile de görme engelli kişi hukuki işlem yapabilecektir. Bu mevcut yeni düzenleme ile görme engellilerin nasıl imza atacakları, onların kendi irade ve tercihlerine bırakılmıştır. Bu düzenleme,

yukarıda sözü edilen mevcut Borçlar Kanunu ve Noterlik Kanunu hükümlerine paralel ve isabetli bir yaklaşımdır. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi burada söz konusu olan kişiler okuma yazma bilen ve imza atabilen görme engellilerdir. Kanun koyucu kural olarak görme engelli kişilerin tek başlarına imzalarıyla bağlayıcı işlem yapabileceklerini ancak talepleri halinde tanık bulundurabileceklerine yönelik bir düzenleme yapmıştır. Bu durumda daha sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkta, önceki düzenlemenin aksine, görme engelli taraf, imza sırasında tanık istediğini, tanık huzurunda olmaksızın atılan imzanın kendisini bağlamayacağını ispat etmek zorunda olacaktır.^[10]

KILIÇOĞLU'na göre, maddede sözü edilen şahit görme engelinin imza atmasına ilişkin olacaktır. Yoksa dinlenecek olan şahit görme engelinin yaptığı yazılı sözleşme metnine ilişkin olmayacaktır. Yine KILIÇOĞLU'na göre, Noterlik Kanunu'ndaki bu düzenleme BK. Md. 15 f.III hükmüne göre görme engelliler için daha güvenli ve koruyucudur.^[11]

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, bir görme engelli kişi, sözleşmenin düzenlenmesi sırasında tanıksız sözleşme yapmayı kabul etmiş ise, bu sözleşme onu bağlayacaktır. Bu durumda artık onun sözleşmenin içeriğini bilmediği iddiasının dinlenmesi mümkün olmayacaktır. Şayet, görme engelli kişi yaptığı ve imza altına aldığı sözleşmeyi anlayamayacak ve algılayamayacak ise, bu durumda 4721 sayılı TMK.nun 408. Maddesi gereğince kendisine vasi atanmasını talep etme hakkına sahiptir. Yine bir sözleşmenin içeriğinde hataya düşürüldüğünü ya da kendisine bu sözleşmenin hile ile imzalatıldığını ileri sürer ise bu halde 6098 sayılı Kanun'un irade bozuklukları hallerini düzenleyen 30 ila 40. Maddeleri arasında var olan kurallardan yararlanarak imzaladığı sözleşmeyi feshedebilecektir.

Okuma yazma bilmeyen görme engelliler ise “*imza atamayanlar*” kategorisinde değerlendirilip aşağıda belirtilen düzenlemeye tâbi tutulacaktır.

(3) İmza Atamayanlar

Mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 15. Maddesindeki imza makamına kaim olacak işaretlerden söz edilirken imza atamayanlar kastedilmektedir. Anılan düzenlemeye göre, “*imza vazına muktedir olamayan*

[10] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349- Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy. 332

[11] Ahmet M.KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 170–183. vd.

bir şahıs, imza yerine el ile yapılmış bir alamet vasetmeğe yahut resmi bir şehadetname kullanmaya mezundur.” Sözü edilen kural, imza atmaya muktedir olmamanın hangi nedenlere dayandığını açıkça kurala bağlamamıştır. örneğin fiziksel engeli nedeniyle imza atamayanın yanında okuma yazma bilmeyen kişilerin de buraya dâhil edilip edilmeyeceği Kuralın içeriğinden anlaşılmamaktadır. Okuma yazma bilmeyen kişiler ile yine okuma yazma bilmediği için imza atamayan görme engelli kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerin İçeriğini bildiklerinin ispat edilmesine gerek olmaksızın, kendilerini borç altına sokan hukukî işlemler karşısında korumasız bırakılmaları sonucunu doğuracağı için, bu fıkranın Tasarı metninden çıkarılması uygun görülmemiştir^[12]

Söz konusu kuralda “*muktedir*” olamamaktan söz edildiğine göre, öncelikle objektif ve fiziksel nedenlerle imza atamamanın, imzayı atacak organdan yoksun olmanın bu kapsamda değerlendirilmesi gerekeceği kabul edilmelidir. Bu anlamda kişinin elinin, parmaklarının, kolunun veya imza atmaya sağlayacak bir organının bulunmaması örnek olarak verilebilir.^[13]

Bu noktada değerlendirilmesi gereken ikinci grup, okuma yazma bilmeyenlerin durumudur. Doktrinde tereddütsüz biçimde okuma yazma bilmeyenlerin BK. Md. 15 (TBK. Md. 16) kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de maddede açıkça sayılmamış olmasına rağmen, okuma yazma bilmeyenlerin buraya dâhil edilmesi gerektiğinden kuşku duyulmamalıdır. Çünkü imza, bir kişinin kendi aleyhine bir taahhüdü üstlendiğini yazılı olarak kayıt altına almasıdır. Bir kişinin söz konusu yazılı metni, üstlendiği yükümlülüğü anlayabilmesi, yazılı metni okuyabilmesine bağlıdır. Yoksa herhangi bir sembol, karalama, işaret veya yalnızca ismini yazabilecek kadar bilgi sahibi olması yeterli değildir. Bu bakımdan okuma yazma bilmeyenlerin el yazısı ile imza atabilmeleri mümkün olmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bir diğer grup ise, okuma yazma bilmeyen imza atamayan görme engellilerdir. Okuma yazma bilmeyenler hakkında

[12] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m.

[13] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.333

yapılan açıklama görme engelli imza atamayanlar için de elbette evleviyetle geçerli olmak gerekir. ^{[14]_[15]}

(4) İmza Atamayanların Kullanacakları Araçlar

(a) Mülga 818 sayılı Borçlar Kanun'undaki Düzenleme

İmza atamayanları tespit ettikten sonra bu kimselerin imza yerine kullanacakları araçlara değinmek gerekir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 15. Maddesi, imza atamayanların imza yerine usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış işaret veya resmî bir şahadet kullanmasını öngörmektedir. ^[16]

İmza yerine herhangi bir işaret veya araç tek başına yeterli olmayıp, bunun mutlaka “usulüne uygun bir şekilde onanması” gerekir. Onay zorunluluğunu ortadan kaldıran durum ise, resmi bir belgelemenin (Mülga 818 sayılı BK.nun 15. Maddesindeki ifade ile şahadetin mevcudiyetidir ^[17].

Kılıçoğlu, imzanın mutlaka el ile atılmasının gerekmediği, ayak veya ağız ile de imza atılabileceğini belirtmektedir. ^[18] Gerçekten imza, borç altına giren kişinin bir işaretinin kanıtı olduğundan tek elini veya ağzını, ayağını kullanan kişinin attığı imza da geçerli olmalıdır. ^{[19]_[20]_[21]_[22]}

Anılan düzenlemede, yalnızca el ile yapılmış işaret veya resmî bir şahadet kullanılmasından söz edilmekle birlikte mülga HUMK. ve HMK.nun bu yöndeki hükümleri ile ilgili açıklamalara da yardımcı olması bakımından bazı kavramlar üzerinde durmanın yerinde olacağı düşünülmektedir.

[14] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m.

[15] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.183. vd.

[16] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.333

[17] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.333

[18] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.183. vd.

[19] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.183. vd.

[20] Fikret EREN, a.g.e., s.250.

[21] Safa REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, BETA Yayınları, İstanbul, 2010, s.88.

[22] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m.

818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 15. Maddesindeki düzenlemeye göre, imza yerine kaim olan araçların el ile yapılmış işaret, alet yardımıyla imza, parmak izi ve mühür olduğu görülmektedir. Şimdi bunların üzerinde kısaca durmak gerekirse:

(b) El İle Yapılmış İşaret

Gerek 818 sayılı mülga “BORÇLAR KANUNU”nun 15. Maddesinde, gerekse de, 6098 sayılı “TÜRK BORÇLAR KANUNU”nun 16. Maddesinde yer verilen temel araç, el ile yapılmış işarettir. Burada önem taşıyan husus, imza atamayan kişinin kullanacağı işaretin yine o kişiden sadır olması, bizzat el ürünü olmasıdır İşaret, elle yapılmış bir çizgi, geometrik bir şekil veya yazı şeklinde kullanılmayan bir harf veya rakam vb. olabilecektir.^[23] Paraf veya yazı işaretlerinin işaret olarak kabul edilmeyeceği belirgindir.

El işareti, imza yerine geçen bir şekil olduğu için bunun aynen imza gibi el ile gerçekleştirilmesi, böylece beyan sahibinin kişisel özelliğini taşıması gerekir. Beyan sahibi, bir el işaretini sürekli olarak kullanabileceği gibi her sözleşme yaparken başka bir işaret de kullanabilir.^[24]

(c) Parmak İzi

Parmak izi de el ile yapılmış işaret gibi kişiden çıkan çizimdir. Parmak izi kişinin doğal işareti, el ile yapılmış işaret ise kişinin bir madde üzerine çizdiği ya da resmettiği bir işarettir. Aslında parmak izi, bir el işareti olmadığı halde bu çerçevede değerlendirilmektedir Gerçekten de ilgisine aidiyeti konusunda en az tartışma olabilecek araç, parmak izidir.^[25]

(ç) Mühür

Mühür, üçüncü bir kişi tarafından ilgilinin ad ve soyadının katı bir cisim üzerine kazınmasıdır. Mühür, kişinin karakterini ve çizimini aksettirmez. Mühür, alet yardımıyla atılan imzadan ayırt edilmelidir. Alet yardımıyla atılan imzada, imza atanın kendi eliyle atılmış imzası sert bir cisim üzerine

[23] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.334

[24] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m.

[25] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.334

kazınmaktadır. Oysa mühürde imza edenin el yazısıyla atılmış imzası yoktur.^{[26]_[27]}

Kuru, parmak izini en çok kullanılan el işareti olarak belirtmekte ve konuya ilişkin örnekleri parmak izi üzerinden vermektedir.^[28] Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da parmak izi, el işareti olarak kabul edilmektedir.^{[29]_[30]_[31]_[32]}

Mühür kullanan kişi imza atamadığından, bu kişinin adı soyadı başkasının el yazısıyla kazınmış durumdadır. Mühür, parmak izi ve el ile yapılmış işaretten de farklıdır. Çünkü mühür kişinin kendisinin değil bir başkasının çizimidir. Mühür bir başkası tarafından resmedilmiş ya da çizilmiş bir işarettir.

Mührün, Ortaçağ Avrupa'sında olduğu gibi Osmanlı döneminde de çokça kullanıldığı dikkati çekmektedir. Zira okuma yazma bilenlerin sayısının azlığı, Mühür, bugünkü imzanın işlevini yerine getirdiğinden; gerek Mecelle gerekse Usulü Muhakematı Hukukiye Muvakkat Kanunu tarafından dikkate alınmış ise de, Mecelle'de “*yalnız hat ve hatem ile amel olunmaz*” denilmek suretiyle mühürlü senetlere kesin delil gücü verilmediği görülmektedir. Kanun'da açıkça mühürden söz edilmediği halde hukuki işlemlerde mühür kullanılıp kullanılamayacağı doktrinde uzun tartışmalara neden olmuştur.^[33]

Belirtilmelidir ki, öğretide kişilerin mühür ile senet düzenleyip düzenleyememesinden çok; mührün, BK. Md. 14 ve TBK. Md. 16'da söz edilen “*alet vasıtasıyla imza*” sayılıp sayılmayacağı üzerinde durulmuş; Mülga HUMK. Md. 297'nin BK. Md. 14'ü kaldırdığı görüşü ileri sürülmüştür.

[26] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.183. vd.

[27] Fikret EREN, a.g.e., s.250.

[28] Kuru, Usul, C. II, s. 2123

[29] HGK.nun 19.6.1963 tarihli ve 3/35-30 sayılı kararında bu husus hakkında; “*Usulün 297'nci maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen el ile yapılmış işaretler arasında parmak izinin dahi girmekte olması karşısında sözü geçen madde hükmünün parmak izlerine uygulanamayacağı yollu görüş usule aykırıdır*” şeklinde ifade yer almaktadır.

[30] Baki KURU, a.g.e., s.2123.

[31] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.183. vd.

[32] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m.

[33] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.335

Buna karşılık bazı yazarlar ise, Mülga 1086 sayılı HUMK.’nun 297. Maddesinin Mülga 818 sayılı BK.’nun 14. Maddesindeki kuralı kaldırmadığı görüşünde oldukları dikkati çekmektedir. Yargıtay kararlarında ise, mührün “*el ile yapılmış işaret*” olduğu kabul edilmektedir.^{[34]_[35]_[36]}

Bugün doktrinde her iki Borçlar Kanun’unda da mühür bulunmadığı halde kullanılabilmesine dayanak olarak diğer kanunlara başvurulduğu ve mührün kullanım koşullarının usul kanunlarına göre tespit edildiği görülmektedir.^[37]

(d) Alet Yardımıyla İmza

Gerek 818 sayılı Mülga BK.’nun 14/II gerekse de 6098 sayılı TBK.’nun 16/II maddesinde, herhangi bir alet ile imza atan imza sahibinin kendisinin attığı imzanın sert bir cisim üzerine kazınıp, her seferinde tek tek imza atmak yerine bu aletle, mekanik olarak imza atmasına, yalnızca örf ve âdetin izin verdiği ve seri halde kıymetli evrakın çıkarıldığı hallerde söz konusu olabileceği kurala bağlanmıştır.

Alet yardımıyla imza atılmasında özellik taşıyan husus, imza atan kişinin imza atabildiği veya imza atmasına engel bir durumu olmadığı halde, kendisinden çok sayıda belgeyi tek tek imzalamasının beklenememesi, ona bu vesileyle bir kolaylık tanınmış olmasıdır.^[38]

(e) Resmi Şahadetname

İmza atamayanlar bakımından 818 sayılı Mülga BK.’nun 15/I. Maddesinde imza yerine el ile yapılmış işaret yanında resmi şahadetin de kabul edildiği görülmekte ise de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanun’unda şahadetnameye

[34] Yrgt.ın 12.11.1930 tarihli ve E., 1930/29, K. 1930/30 sayılı kararı; “*İmza vaz’ına muktedir olmayan veya bilmeyen eşhas tarafından verilen senedata mevzu mühürler, kanunun sarahatı veçhile ihtiyar heyeti ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmedikçe mezkur senedatın medarı hüküm olamayacağı sekiz reyî muhalife karşı otuz altı reyîle ve mevcudun üçte ikisinin ittifakı ile takarrür etmiştir*” hükmündedir.

[35] Fikret EREN, a.g.e., s.251-252.

[36] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.335-336.

[37] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.335

[38] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.336

yer verilmemiştir. Burada amaç, imza atamayan kimsenin resmi bir memura bir sözleşme düzenlemek için başvurduğunu, bu memura sözlü olarak bildirdiği hususların senette yer aldığını ve bunun kendi iradesine uyduğunu beyan etmesi, memurun da bu beyanı metnin altına yazarak imza ve tasdik etmesi şeklinde gerçekleşmekte idi.^[39]

Öğretide şahadetnameyi düzenleyecek makam konusunda fikir birliği olmadığı halde, Yargıtay uygulamaları, resmi şahadetnamenin HUMK. Md. 297 ile kaldırıldığı yönünde idi. Yargıtay'ın çıkış noktası, resmi şahadetnamenin mülga 1086 sayılı HUMK.'da öngörülen usul ile ilga edilmiş olduğu idi. Yalnız öğretide genellikle, bu makamın noter olduğu, Türk Hukukunda noterlerin asli görevinin, resmi olarak yapımları emredilen ve mercileri belirtilmemiş bütün hukuki işlemleri yapmak ve belgelere resmîyet kazandırmak olduğundan (NK. Md. 60/2,4) bu konuda noterlerin yetkili olduğu ileri sürülmekte idi.^[40]

Öte yandan, TAŞPINAR AYVAZ ise “BK.’nun 15/1 maddesinde imza atamayanlar için iki olasılığı öngörüldüğünü düşünmektedir. Bunlardan birincisi, el ile yapılmış bir işaretin usulüne uygun bir şekilde onaylanması, diğeri ise resmi bir şahadet kullanılmasıdır.”^[41]

Kaldı ki, 1512 sayılı Kanun’un 73 ve 75. maddeleri, imza atamayanlarla ilgili nasıl işlem yapılacağına ilişkin özel hükümler içermektedir.

Şahadetnameye ilişkin düzenleme, *Mülga 818 sayılı BK.nun 15. maddesinde yer almasına karşın, günümüzde onay mührü kullanmak mümkün değildir. Mühürle yapılacak işlem ancak HMK.’nun 206. maddesindeki şartlarla noterce resen düzenlenecek belge ile yapılabilecektir. Gerek 1086 sayılı Mülga HUMK.’nun 297. Maddesinin, gerekse de halen yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK.’nun sözü edilen kuralının sonradan yürürlüğe*

[39] AUHFD, 61 (1) 2012:321-349, Sema TAŞPINAR AYVAZ Sy.335

[40] Fikret EREN, a.g.e., s.251-252.

[41] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.337.

girdiği gözetildiğinde bu sonuca ulaşılabileceği kanaatindeyiz.^{[42]_[43]_[44]_[45]}
Kanımızca şahadetnamenin yeniden 6098 sayılı TBK.'da benimsenmesi ve özellikle okuma yazma bilmeyen görme engelliler bakımından uygulanmasında yarar vardır. Zira, her hukuki işlem sırasında tanık bulundurma mecburiyeti bu kişiler yönünden oldukça külfetlidir.

(f) İmza Yerine Geçen Araçların Kullanım Şekli

818 sayılı Mülga BK Md. 15'te söz edilen işaretlerin veya parmak izinin usulüne uygun biçimde onaylanması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak başta onay merciinin neresi olduğu olmak üzere yapılan tartışmaların değerlendirilebilmesi için BK, HUMK ve NK hükümlerinin birlikte incelenmesi gerekir. Bu durumda onay merciinin genellikle noterler olduğunu söylemek sanırım yanlış olmayacaktır.

(g) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme

6098 sayılı TBK.'nun 16. Maddesinde, imza yerine geçen işaretler başlığı altında "*imza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler*" Biçiminde bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Yeni düzenlemede öncekinden farklı olarak resmi şahadetnamenin yani resmi belgeleme veya onaylamanın kaldırıldığını, parmak izinin ve mühür kullanımının açıkça sayıldığını tespit etmek gerekir.

Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde, yapılan değişikliğin amacının mülga 1086 sayılı HUMK.'nun 297. maddesine uyumlu bir düzenleme gerçekleştirmek olduğu ifade edilmektedir.

Bu bölüme son vermeden önce yine konu ile ilintili olduğunu düşündüğümüz 818 sayılı Mülga BK.'nun 483. ve devamı maddelerinde düzenlenen kefalet akdinin yazılı yapılması ile yetinilmiş iken, halen yürürlükte bulunan 6098 sayılı "TÜRK BORÇLAR KANUNU" nun 583. ve devamı

[42] Yrgt.4.HD. 03.06.1969 tarihli ve 959 sayılı kararı.

[43] Baki KURU, a.g.e., s.2122.

[44] Fikret EREN, a.g.e., s.250.

[45] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.341.

maddelerinde, özellikle de 6098 sayılı TBK.’nun “kefaletin şekli” başlıklı 583. Maddesinde kefalet akdinin yapılması sırasında kefalet akdinin yazılı yapılması yanında, kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihinin belirtilmedikçe geçerli olmayacağı, kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulmasının da aynı şekil koşullarına bağlı olduğu, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacağı biçiminde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu düzenleme ile kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin, ve müteselsil kefalet söz konusu ise müteselsil kefilliğin de kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla belirtilmesi gerektiği hüküm altına alınmış; bu haliyle kanun koyucu mülga BK.’nun 483. Maddesinden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hiç kuşku yok ki, Kanun’daki bu yeni düzenlemenin, özellikle bankaların kredi sözleşmelerindeki kefaletle ilişkin suiistimalleri ortadan kaldırmış olması karşısında düzenlemenin kural olarak yararlı bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Ne var ki, okuma yazma bildiği ve imza atabildiği halde Kanundaki bu düzenlemeye göre kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve söz konusu ise müteselsil kefaletin el yazısıyla yazılması gerektiği yönündeki bu düzenleme ile okuma yazma bilse ve imza atabilse bile bir görme engelli kişinin kefil olabilme imkanı ortadan kaldırılmıştır.

Her şeyden önce bu düzenleme, görme engelli kişinin borçlanma ehliyetini, sözleşme yapma özgürlüğünü bertaraf etmesi nedeniyle sakıncalı olması yanında, Türkiye’nin imza koyup 5825 sayılı Kanun ile yürürlüğe koyduğu ve Anayasa’mızın 90. Maddesi gereğince uygulama kabiliyeti olan, Anayasa’mızın söz konusu düzenlemesi ile Kanun niteliği kazanan “BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ KİŞİLERİN HAKLARI SÖZLEŞMESİ”nin “Yasa Önünde Eşit “Tanınma” başlıklı 12. Maddesinin özellikle 4 ve 5. Fıkralarına açıkça aykırıdır.

c. Türk Ticaret Kanunu Bakımından

(1) 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre

Türk Ticaret Kanunu'nun poliçedeki imzalara ilişkin 668. maddesinin üçüncü fıkrasında aynen “*Âmâların el yazısı ile imzalarının usulen tasdik edilmiş olması lazımdır.*” hükmüne yer verilmiştir. Kanun maddesinin bu düzenlemesi karşısında görme engelli kişilerin tanzim ettikleri kambiyo senetlerinin veya kambiyo senedi üzerindeki diğer tüm taahhütlerinin (ciro veya aval gibi) geçerli olması için bizzat el yazısı ile imza atmaları ve bu imzaların noter tarafından tasdik edilmesi gerekiyordu.^[46]

5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 50. maddesinin (b) bendi Türk Ticaret Kanunu'nun 668. Maddesinin üçüncü fıkrasını da yürürlükten kaldırmıştır. Böylece imza atabilen ve okuma yazma bilen görme engelli kişilerin tercihlerine göre tanık bulundurmadan kambiyo senedi düzenleyebilmelerine olanak tanınmıştır. Bu düzenleme gereğince, 6762 sayılı TTK.nun 690/1. Maddesindeki atıf uyarınca bu kuralın bonolar bakımından uygulanması şart olduğu gibi; TTK. Md. 730/b. 19'daki atıf uyarınca çekler bakımından da uygulanması şart idi.^[47]

Öte yandan, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de konu ile ilgili vermiş bulunduğu 2013/3973E., 2013/12509K. sayılı ve 02.04.2013 tarihli bir kararında özetle, senet tanziminde, 5378 Sayılı Yasa hükümleri uyarınca, görme özür-lümler yönünden, görenlerden farklı herhangi bir şekil şartı kalmadığına hükmetmiştir. Yine Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2008/8941E., 2008/14229K sayılı kararı da aynı anlayış ve yaklaşım içermektedir.

(2) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre

Halen yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK.nun poliçe düzenlenmesine ilişkin “*İmzalar*” başlıklı 756. Maddesinde mülga ticaret Kanun'unun 5378 sayılı Kanun'un 50. Maddesi ile yürürlükten kaldırılan üçüncü fıkrası dışında aynı paralelde bir düzenleme yapıldığı göze çarpmaktadır. Söz konusu bu düzenleme;

[46] Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2005, Sy.75-76

[47] Fırat ÖZTAN, Kıymetli Evrak Hukuku (Güncelleştirilmiş 10. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.75-76.

“(1) *Polİçe üzerindeki beyanların el ile imza edilmesi gerekir.*

(2) *El ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetname kullanılamaz.”* hükmündedir.

Aynı Kanun’un bonolara ilişkin “*Uygulanacak Hükümler*” başlıklı 778/1-i Maddesinde ise bonolardaki imzalara ilişkin bu Kanun’un 756. Maddesinin uygulanacağını açıkça kurala bağlamıştır. Keza anılan Kanun’un 818/1-r Maddesi ise, bu Kanun’un “*İmzalar*” başlıklı 756. Maddesinin çeklerde de uygulanacağını öngörmektedir.

6102 sayılı TTK.nun yukarıda sözü edilen Md. 756/2. hükmüne göre; poliçenin düzenlenmesi sırasında el ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetname kullanılamayacağı açıkça kurala bağlandığından, bir poliçe ancak, okuma yazma bilen ve imza atabilen görme engelli kişiler tarafından düzenlenebilecektir. İmza atamayan ve okuma yazma bilmeyen görme engelli kişilerin bu açık düzenleme karşısında poliçe ya da bono düzenlemesi mümkün değildir.

Öte yandan, 6102 sayılı TTK.nun poliçelerdeki imzayı düzenleyen 756. Maddesinde görme engelli kişiler ile ilgili herhangi bir kurala yer verilmediğinden, mülga TTK.nun 668. Maddesinin 5378 sayılı Kanun’un 50. Maddesindeki değişiklikten sonra uygulanan halindeki düzenlemede olduğu gibi, 6102 sayılı TTK.nun 756. Maddesine göre de, okuma yazma bilen ve imza atabilen görme engelli kişilerin poliçe düzenleyebilecekleri konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Bu hususta 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1. Maddesinin ikinci fıkrası yollamasıyla 6098 sayılı TBK.nun 15/3. Maddesinin uygulanması gerekeceği açıktır. Yani, görme engelli kişi bir kambiyo senedini düzenlerken tanık buldurmak suretiyle işlem yapmak isterse, tanık huzurunda kambiyo senedini düzenleyebilecek; tanık istemediği takdirde şahitsiz olarak kambiyo senedi düzenleyebilecektir. Bu hususta tercih tamamen görme engelli kişiye aittir. Dolayısıyla Borçlar Kanunu’ndaki açıklamalar çerçevesinde, görme engelli bir kişi, tanık buldurmaksızın düzenlediği kambiyo senedinin mali ve hukuki sonuçlarının sorumluluğuna katlanmak zorundadır.

Nitekim, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi vermiş bulunduğu 2013/18733 E., 2014/2856 K.; 2014/2705 E., 2014/5489 K.; 2016/402 E., 2016/7335 K.;

2017/4744 E., 2019/2605 K. sayılı kararlarında bir görme engelli kişinin poliçe bono ya da çek düzenlerken 6098 sayılı TBK.nun 15/3. Maddesindeki usule göre işlem yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla, az yukarıda Borçlar Kanunu'nun 15 ve 16. Maddelerine ilişkin yapılan açıklamalar bu bölüm için de geçerliliğini korumaktadır.

ç. 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'na Göre

(1) İmza Atabilen Görme Engelli Kişiler Bakımından

5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 23. Maddesi, Noterlik Kanunu'nun, noterlik işlemlerinde uyulması gerekli genel hükümleri arasında yer alan 73. Maddesini de değişikliğe uğratmıştır. Hüküm değişikliğe uğramadan önce; *“Noter, ilgilinin sağır veya kör yahut dilsiz olduğunu anlarsa, işlem iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin dilsiz ve yazı ile anlaşmasının imkânsız olması halinde yeminli tercüman bulundurulur.”* şeklinde kaleme alınmıştı.^[48]

Anılan kuralın 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 23. Maddesi ile değişiklik yapılan hali ise *“Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürlü olduğunu anlarsa, işlemler özörlünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma özörlü olması ve yazı ile anlaşma imkânının da bulunmaması halinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur.”* şeklindedir.

Görüldüğü üzere Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesinin eski metni, ilgili kişinin engelli olması halinde ona işlemin iki tanık huzurunda yapılması hususunda herhangi bir seçim hakkı tanımamış; ilgili kişinin görme engelli olması halinde onun rızası olmasa dahi işlemin iki tanık huzurunda yapılmasını zorunlu kılmış iken, 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 23. Maddesi ile değişik Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesi, ilgili kişinin engelli olması halinde, işlemin iki tanığın huzurunda yapılmasını engelli kişinin isteğine ve tercihine bırakmıştır.^[49] Yukarıda Borçlar Kanunu ile ilgili bölümde de açıkladığımız gibi, artık Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesinde yapılan

[48] İlhan Helvacı-“Özürlüler Hakkında Kanun'un Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu Bakımından getirdiği değişiklikler üzerine Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları Hakkında Bazı Saptamalar”, Sy.1873

[49] İlhan Helvacı-“Özürlüler Hakkında Kanun'un Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu Bakımından getirdiği değişiklikler üzerine (Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları Hakkında Bazı Saptamalar, Sy.1873)

değişiklik ile bir noterlik işleminde tanık bulundurmak istemeyen görme engelli kişinin yaptığı işlemde dolayı doğacak hukuki sonuca katlanması söz konusu olacaktır. Burada artık hiç kimsenin görme engelli bir kişiyi koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Noterin işlem yapılması sırasındaki yegâne sorumluluğu, ona işlemin başında tanık isteyip istemediğini sormaktan ibarettir.

Öte yandan, Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesinin eski metnine göre, ilgili kişinin konuşma özürülü olması ve kendisiyle yazıyla anlaşma olanağının bulunmaması halinde, yeminli bir tercümanın bulundurulması zorunlu ve yeterli iken, 5378 sayılı Kanun'un 23. Maddesi ile değişik Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesinin şimdiki metninde, özürülü kişinin işitme veya konuşma özürülü olması ve kendisiyle yazı ile anlaşmanın mümkün olmaması halinde, yeminli tercümanın yanı sıra ayrıca iki tanığın bulundurulması zorunluluğu getirilmiştir.

HELVACI'ya göre, bu son değişikliği kanunun amacı ile bağdaştırmak mümkün görünmemektedir. Zira Kanun'un temel amacı özürülülerin yaşamlarında karşı karşıya kaldığı güçlükleri ortadan kaldırmak ve onların toplumsal yaşama katılabilmelerini kolaylaştırmaktır. Hükmün eski metninde yeminli bir tercümanın bulundurulmasının yeterli olacağı kabul edilmişken, yeni metinde yeminli tercümanın yanı sıra ayrıca iki de tanığın bulundurulmasının zorunlu kılınmış olması bu amaçla pek bağdaşır gibi görünmemektedir.^[50]

Biz de, bu gerekçeye tamamen katılmaktayız. Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesini değiştiren 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun gerekçesi şöyledir: “23.- Madde ile, görme özürülülerle, işitme ve konuşma özürülülerin noterlik işlemlerinde, isteğe bağlı olarak iki tanığa gerek kalmadan işlem yaptırabilmeleri öngörülmektedir.” Bu gerekçeden hareketle, Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesinin son halinin amaçsal yorumundan; Kanun'un görme engelli kişilerin bir noterlik işlemi yaptığı sırada istekleri halinde tanıksız işlem yapabilmelerinin sağlanması olduğu; bu arada noterlik işleminin onaylama

[50] İlhan HELVACI, “Özürülüler Hakkında Kanun'un Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve Noterlik Kanunu Bakımından Getirdiği Değişiklikler Üzerine-Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları Hakkında Bazı Saptamalar”, C:2, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.1865.

ya da, düzenleme biçiminde olmasının sonucu değiştirmeyeceği sonucuna kolayca varılabilmektedir.

Nitekim 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun dokuzuncu kısmının üst başlığı "*Noterlik İşlemlerinin Şekli*" olup, bu başlığın birinci bölümü ise "*Noterlik İşlemlerinde Uyulması Gerekli Genel Hükümler*" biçiminde kaleme alınmıştır. Kanun koyucu, bu başlık altında düzenlediği maddeler ile noterlik işlemlerinde uyulacak usul ve esasları kurala bağlamaktadır. Dolayısıyla, noter tarafından yapılan Hem düzenleyici işlemler; hem de, onaylama biçimindeki işlemlerin bu kapsamda ele alınması gerekmektedir.

Mamafih, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de, vermiş bulunduğu 2014/2696 E., 2014/21378K. sayılı Kararı'nda yukarıda ortaya koyduğumuz anlayış ve yaklaşımı sergilemiştir. Yüksek Daire bu kararında, bir noterlik işleminin yapılması sırasında görme engelli kişiye tanık isteyip istemediğinin sorulması; ondan sonra işleme devam edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Az yukarıda yazımızın "*Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme*" başlığı altında sözünü ettiğimiz Yargıtay 12 ve 19. Hukuk Dairesi kararlarında da noterlik işlemlerinde aynı anlayış ve yaklaşımın sergilendiği görülmektedir.

(2) İmza Atamayan Görme Engelli Kişiler Bakımından

Noterlik Kanunu'nun 75. Maddesinin ikinci fıkrasında, Engelliler Kanunu'nun 24. Maddesi ile Noterlik Kanunu'nun noterlik işlemlerinde uyulması gerekli genel hükümleri arasında yer alan 75. Maddesi de değişikliğe uğratılmıştır.

Hüküm değişikliğe uğramadan önce; "*İlgililerle tanık, tercüman ve bilirkişi imza atamadıkları ve imza yerine geçen bir el işareti kullanmadıkları takdirde, varsa mühür, yoksa sol elin başparmağı, bu da yoksa diğer parmaklarından biri bastırılır ve hangi parmağın bastırıldığı yazılır.*"

Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgisi ister veya noter, işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usul dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilir-kişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur." şeklinde kaleme alınmıştır.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 5378 sayılı Kanun'un 24. Maddesi ile değiştirilen 75. Maddesinin ikinci fıkrasının yeni hali ise "*Bir noterlik*

işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme engelliler hariç olmak üzere noter, işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usûl dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması hâlinde parmağın da bastırılması zorunludur.” hükmünü haizdir.

Noterlik Kanun’unun 75. Maddesindeki bu değişikliğe göre, imza atabilen görme engelli kişinin yukarıda da açıklandığı gibi isteğine göre tanıksız işlem yapabileceğine yukarıda ayrıntılı olarak değinilmişti. İmza atamayan görme engellilerin ise aynı Kanun’un 75. Maddesine göre yapacakları işlem ile ilgili ayrıntılı olarak düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Anılan kuralın gerekçesinde; “24. Madde ile, imza atabilen görme özür-lülerin noterlik işlemlerinde mühür kullanması ve parmağının bastırılması zorunluluğunun kaldırılması öngörülmektedir.” denilmektedir.

Bu noktada tekrar tekrar belirtelim ki, imza atamayan deyiminden kastedilen husus, objektif ve fiziksel nedenlerle imza atamamak, imzayı atacak organdan yoksun olmaktır. Bu anlamda kişinin elinin, parmaklarının, kolunun veya imza atmayı sağlayacak bir organının bulunmaması örnek olarak verilebilir. Okuma yazma bilmeyenler hakkında yapılan açıklama görme engelli imza atamayanlar için de elbette evleviyetle geçerli olmak gerekir.^{[51] [52]} Bu durum karşısında 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 87. Maddesinde sözü edilen “*ilgilinin okuma ve yazma imkânına sahip olması*” deyiminden imza atabilen ve okuma yazma bilen görme engellilerin kastedilmediği; okuma yazma bilmeyen ve imza atamayan görme engelli kişilerin kastedildiğinde herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Aksi halde, yukarıda sözü edilen düzenlemelerin uygulama kabiliyetinden söz etme olanağı kalmayacaktır.

Bu durumda yine de, 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 87. Maddesine konulacak; “*İlgili okuma ve yazma imkânına sahip değilse, hazır bulun-durulacak iki tanık huzurunda maksadını notere beyan eder. Noter, bu*

[51] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.333.

[52] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.183. vd.

beyanı yazdıktan sonra tutanak okunur. Ancak, işlemin tanık huzurunda yapılmasını emreden diğer kanunların hükümleri saklıdır.

Şu kadar ki, yukarıdaki fıkra da belirtilen noterlik işlemlerinin düzenlenmesi sırasında okuma yazma bilen görme engelliler için bu Kanun'un 73. Maddesinde öngörülen usul ve esaslara göre işlem yapılır.” şeklindeki ek bir ibare ile noterlerin sorumlulukları noktasındaki duraksamalar da ortadan kalkacağından, uygulamadaki sorunların büyük ölçüde aşılmasını mümkün olacaktır.

d. 2644 Sayılı Tapu Kanunu'na Göre

2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun tapu senetlerinin düzenlenmesine dair usul ve esasları belirleyen 26. Maddesinde görme engelli kişilerin tapu senedinin düzenlenmesi sırasında tanık bulundurup bulundurmaya dair herhangi bir kural bulunmamaktadır. Ancak, anılan Kanun'un 26. Maddesinin beşinci fıkrasının dördüncü tümcesinde, tapu işlemi yapan tarafların kimliğinde şüpheye düşülmesi halinde işlemlerin tanık huzurunda yapılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bakanlar Kurulu'nun 22.07.2013 tarihli ve 2013/5150 sayılı kararıyla 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Tapu Sicili Tüzüğü'nün “*Tanık bulundurulması gereken hâller*” başlıklı 24/2. Maddesinde; “*İstem sahibinin, işitme, konuşma veya görme engelli olması hâlinde, işlemler isteğe bağlı olarak iki tanık huzurunda yapılır. Engellinin tanık istememesi hâlinde, bu husus istem belgesinde veya resmî senette belirtilir...*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Anılan Tüzük'ün 24/2. Maddesinde de, 6098 sayılı TBK.nun 15/3. Maddesi ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 73. Maddesinde olduğu gibi, bir tapu işleminin yapılması sırasında da görme engelli kişinin tercihine göre tanık bulundurulabileceği; görme engelli kişinin tapu işlemlerinin yapılması sırasında tanık istememesi halinde tanıksız işlem yapılacağı kurala bağlanmıştır. Ancak, okuma yazma bilmeyen ve imza atamayan görme engelli kişilerin tapu işlemlerini aynı tüzüğün 25. Maddesine göre yapmaları gerekecektir. Yani imza atamayan ve okuma yazma bilmeyen görme engelli kişi tapu işlemleri sırasında tanık bulunduracaktır. Tüzüğün anılan hükmünde “*tanıklar*” deyimini kullanıldığından kanımızca, tapu işlemleri sırasında tanık sayısının en az iki adet olması gerekmektedir.

e. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre

Türk Medeni Kanunu'nun özellikle vasiyetname ve miras sözleşmelerinin düzenlenmesi işlemleri yönünden görme engelli kişilerin tanık bulundurup bulundurmaması hususu önem taşımaktadır.

(1) Resmi Vasiyetname Düzenlenmesi Bakımından

Ölmeden önce bir kimse resmi vasiyetname düzenleyerek, mallarının bir kısmını ya da, tamamını, ölümünden sonra 3. bir kişiye, herhangi bir mirasçısına veyahut mirasçılarının bir kısmına bırakabilmektedir.

Ne var ki, resmi vasiyetnamenin Kanun'un öngördüğü şekilde yapılması lazımdır. Bu şekle uyulmadan düzenlenen resmi vasiyetnamenin geçerliliğinden söz edilemez. İşte 4721 sayılı TMK.nun 532 ve devamı maddelerinde resmi bir vasiyetnamenin düzenlenmesine dair usul ve esaslar kurala bağlanmaktadır. Mamafih, 4721 sayılı TMK.nun 532. Maddesi;

“Resmî vasiyetname, iki tanığın katılmasıyla resmî memur tarafından düzenlenir. Resmî memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir.” hükmündedir.

Aynı Kanun'un 533. Maddesi ise;

“Miras bırakan, arzularını resmî memura bildirir. Bunun üzerine memur, vasiyetnameyi yazar veya yazdırır ve okuması için miras bırakana verir.

Vasiyetname, miras bırakan tarafından okunup imzalanır.

Memur, vasiyetnameyi tarih koyarak imzalar.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine 4721 sayılı TMK.nun 534. Maddesi;

“Vasiyetnameye tarih ve imza konulduktan hemen sonra miras bırakan, vasiyetnameyi okuduğunu, bunun son arzularını içerdiğini memurun huzurunda iki tanığa beyan eder.

Tanıklar, bu beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve miras bırakanı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar.

Vasiyetname içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir.” biçiminde bir düzenleme içermektedir.

Burada iki tanık bulunmasının nedeni, tanıkların miras bırakanın yaptığı vasiyete ilişkin beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve miras bırakanı tasarrufa ehil gördüklerini onaylamalarıdır. Miras bırakanın resmi vasiyetname işlemi yaparken tanık bulundurma zorunluluğu 4721 sayılı TMK.nun yukarıdaki düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Buradaki tanık bulundurma zorunluluğunun getirilmesinde kanun koyucunun amacı, kişinin görme engeli bulunmasından değil, Kanun'un resmi vasiyetnamenin miras bırakanın son arzusunun bildirmesi sırasında iradesinin düzenleyeceği resmi vasiyetnameye tam olarak yansımaları sağlamaktır. Dolayısıyla da, bir görme engelli kişi de, resmi vasiyetname düzenlerken iki tanık bulundurmak zorundadır. Şayet miras bırakan düzenleyeceği vasiyetnameyi imzalayamaz, okuyamaz ya da okuma imkanı bulamaz ise, 4721 sayılı TMK.nun 535. Maddesi gereğince, memur vasiyetnameyi iki tanığın önünde ona okuyacak ve bunun üzerine miras bırakan vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ederek imzalayacaktır. Bu durumda tanıklar, hem miras bırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini; hem vasiyetnamenin kendi önlerinde memur tarafından miras bırakana okunduğunu ve onun vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalayacaklardır. Bu işlemler, görme engelli ya da normal kişiler açısından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin gerçekleşen işlemlerdir. Burada kanun koyucunun amacı, hem miras bırakanı ve hem de onun mirasçılarını korumaktır.

(2) El Yazılı Vasiyetname Düzenlenmesi Bakımından

4721 sayılı TMK.nun 538. Maddesinin birinci fıkrası; el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yılın, ayın ve günün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olmasını zorunlu kıldığından, bir görme engellinin el yazılı vasiyetname düzenlemesine yasal imkan olmadığı kanaatindeyiz. Veleve ki, bir görme engelli kişinin el yazısı ile vasiyetname düzenleme yeteneği olsun.

Bir görme engelli kişinin Braille Yazı ile okuma yazma bilmesi veyahut bilgisayar kullanması mümkün olsa bile, Kanun el yazılı vasiyetnamenin el yazısı ile yazılıp imzalanması şartını vasiyetnamenin geçerlilik şartı olarak kabul ettiğinden, Latin Harfleri ile el yazısı yazamayan bir görme engelli kişinin el yazılı vasiyetname düzenlemesi mümkün olamayacaktır.

(3) 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 539. Maddesinde Düzenlenen Sözlü Vasiyetnamenin Bazı Geçerlilik Koşulları Bulunması Bakımından

Miras bırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilecektir.

Bunun için, miras bırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler. Bu vasiyetname bakımından da tanıkların işlevi, miras bırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hâkime beyan etmeleri noktasında önem taşımaktadır. Kanımızca Kanun'un sözlü vasiyetname için öngördüğü koşulların gerçekleşmesi halinde, bir görme engelli kişinin sözlü vasiyetname düzenlemesi mümkündür.

(4) Miras Sözleşmesi Bakımından

4721 Sayılı TMK.nun 545. Maddesi miras sözleşmesinin resmi vasiyetname hükümlerine göre düzenleneceğini açıkça kurala bağladığından, miras sözleşmesinin düzenlenmesi sırasında resmi vasiyetname için yapılan açıklamaların miras sözleşmesi yönünden de geçerli olacağı konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Zira mirastan feragat sözleşmesi için de yukarıda yapılan açıklamalar geçerliliğini koruyacaktır.

f. 1086 Sayılı Mülga HUMK ile 6100 Sayılı HMK'daki Düzenlemelere Göre

(1) 1086 sayılı HUMK'nun 297. Maddesindeki İmza Atamayanlarla İlgili Düzenleme Bakımından

1086 sayılı Mülga HUMK'nun 297. maddesi;

“Mühür veya bir alet vasıtasıyla vazolunan imza veya cüzdan ile muamele icrasını itiyat etmiş olan müesseselerde muamelenin iptidasında tayin olunup bir sureti hesap defterine veya cüzdana mevzu bulunan mühür veya imza ile yapılacak muamele muteberdir. Bundan başka imza vazına muktedir olamayan veya yazı bilmeyen şahsın heyeti ihtiyariye ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret veya mühür istimal etmesi caizdir” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu konuda dikkate alınacak ilk husus, Mülga 818 sayılı BK ve mülga HUMK ilişkisi olup, bu iki Kanun hükümlerinin birbirini değiştirip değiştirmedeği tartışmasıdır. Mülga Borçlar Kanunu, imza atamayanların usulen onaylanmış bir el işareti kullanmasına imkân tanımış iken, 1086 sayılı Kanun'un 297. Maddesinde imza atamayanların el ile yapılmış işaret kullanmalarında onay mercii olarak ihtiyar heyeti ve yaşadığı yerden olmak üzere iki kişinin tanıklığı koşulunun arandığı dikkati çekmektedir.^[53]

Mülga 818 sayılı BK.nun 15. Maddesinde onay mercisinin belirtilmemiş olması nedeniyle yalnızca HUMK Md. 297'deki ihtiyar heyeti ve iki tanığın bu görevi yerine getirdiği düşünülebilirse de, bu noktada sorulabilecek diğer bir sorunun, bu görevin münhasıran bu kişilere mi ait olduğu sorusudur.^[54] KILIÇOĞLU'na göre, Mülga 818 sayılı BK.nun 14/I Maddesinde imza yerine geçecek el işaretini onaylayacak merci belirtilmemiş olmasına rağmen hem HUMK Md. 297 ve hem de 1512 sayılı Noterlik Kanunu hükümleri uygulanacaktır. KURU da, hiçbir tereddüde yer vermeksizin noterlerin de bu yetkiye sahip olduğunu; ancak, onaylamanın HUMK Md. 297'ye değil, Noterlik Kanunu'nun 75 ve 93. maddelerine göre yapılması gerektiği kanısındadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Noterlik Kanunu'nun 60/4. Maddesinde; "...*kâğıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti... onaylamak*" biçiminde noterlere verilmiş açık bir yetki kuralı bulunmaktadır. Ayrıca HUMK'nun 297. Maddesindeki kural senetlere ve ispata ilişkin bir kural olup, maddede yer alan "*caizdir*" ibaresi mutlak, emredici ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 14/I. Maddesindeki kuralı kaldıran buyurucu bir kural değildir.^[55]

(2) Onaylamanın Niteliği ve Senede Kazandırdığı Özellik Bakımından

Mülga HUMK'nun 297. Maddesinde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi imza yerine geçecek işaretlerin açıkça "*tasdik*"inden söz edildiği; öğreti ve yargı kararlarında, söz konusu kurallardaki onay koşulunun geçerlilik değil, ispat şekli olduğunun tereddütsüz kabul edildiği

[53] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.e., s.337 vd.

[54] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.e., s.337 vd.

[55] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.e., s.338 vd.

söylenbilir.^[56] Gerçekten de öğretilerde imza atamayan bir kimsenin bir senette kullandığı işaret HUMK Md. 297'ye uygun bir şekilde onaylanmamış ve senet aleyhine olan tarafça da reddedilmiş ise, işaret, mühür veya parmak izinin o kişiye aidiyeti konusunda bir inceleme yapılamayacağı;^{[57] [58] [59]} Yargıtay kararlarında da benimsenmiştir.

“HUMK'nun 297. Maddesinin, mühürlü, parmak izli ve işaretli belgelerin düzenleme şekil ve şartları konusunda öngördüğü kural bir geçerlilik şekli olmayıp, ispat şekline ilişkindir.

Bu itibarla, anılan maddede öngörülen bu düzenleme şekli ancak ve sadece mührün, parmak izinin ya da özel işaretin inkâr edilmesi halinde söz konusudur. Bu bakımdan parmak izinin ikrar edilmesi halinde parmak izli belge 1086 sayılı HUMK.nun 297. Maddesi doğrultusunda onanmamış olsa dahi geçerlidir”^{[60]_[61]_[62]} şeklinde ifade edilmektedir.

Buna rağmen uyumsuzluk konusu hukuki işlemin diğer kesin delillerle ispatı mümkündür. Ancak usulüne uygun biçimde onaylanmamış senetlerin yazılı delil başlangıcı da teşkil etmeyeceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.^[63]

Usulüne uygun bir şekilde onaylanmamış bir belgedeki mühür, işaret veya parmak izinin borçlu tarafından kabul edilmesi halinde belgenin geçerli olacağı; bu belgeden yararlanan lehinde kesin delil teşkil edeceği açıktır. Usulüne uygun bir şekilde onaylanan bu senetlerin usul hukuku bakımından adi senet mi yoksa resmi senet mi sayılması gerektiği konusu da tartışmalıdır. Öğretilerde KURU, bu senetlerin resmi senet olduğu görüşündedir. Keza

[56] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.e., s.340 vd.

[57] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.187 vd.

[58] Baki KURU, a.g.e., s.2147, 2157-2158.

[59] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.e., s.340 vd.

[60] Yrgt. 4.HD, 30.05.1978, 9842/7238,

[61] Baki KURU, a.g.e., s.2139-2140.

[62] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.339.

[63] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.e., s.340 vd.

1086 sayılı Mülga HUMK.'nun 295. Maddesi; yetkili memurların usulüne uygun olarak düzenledikleri veya onayladıkları belgelerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacağını; ancak, bu senetlerin geçerliliği konusunda bir şüpheye düşülmesi halinde mahkemece bu belgeleri düzenleyen kişi ya da kuruluşlardan izahat istenebileceğini açıkça kurala bağlamıştır. HUMK Md. 297'de yer alan ihtiyar heyeti de bu kapsamda sayıldığına göre, bu senetlerin resmi senet niteliğinde olduğu belirgindir. Konu ile ilgili Yargıtay kararlarında ve öğretide;

Usul Hukukunda senedin bir ispat vasıtası olduğu; ancak senedin kesin delil sayılabilmesi için, borç altına giren kimse tarafından imza atılmış olmasının gerekeceği; kural bu olmakla beraber, imza atmaya muktedir olmayan bir kimsenin, imza yerine parmak izi kullanabileceği; fakat, senetteki parmak izinin borçluya aidiyeti ve bizzat borçlu tarafından basıldığıнын köy ve mahalle ihtiyar heyetince ve o yerde tanınmış iki tanık tarafından onaylanması gerektiği; bu madde hükmünün parmak izinin borçlu tarafından kabul (ikrar) edilmesi halinde senedin geçerli sayılacağı ve kesin delil teşkil edeceği; çünkü, böyle bir halde senet içeriğinin borçlu tarafından kabul edilmiş ve benimsenmiş olduğunun kabulü gerekeceği benimsenmekte; buna karşılık senetteki parmak izinin inkârı halinde onama işleminin yasanın önerdiği şekilde yapılmış olmasının gerekeceği; aksi halde, bu senedin hiçbir ispat değerinin olmayacağı ve usulen geçerli kabul edilemeyeceği, yok sayılacağı ileri sürülmektedir. Bu durumda imza incelemesi yapılmasına da gerek yoktur. Aksi görüşün kabulü, yasanın amacına da aykırı düşecektir. Çünkü Usulün 297. Maddesinde öngörülen şeklin amacı, senet içeriğinin borçlu tarafından bilinmesini sağlamaktır. Yasa koyucu bu yolla okuma yazma bilmeyen bir kimsenin içeriğini bilmediği bir belge ile borç altına sokulması tehlikesinden korunmasını sağlamak istemiştir. Bu durumda mahkemelerin, inkâr edilen parmak izi konusunda bilirkişi incelemesi yaptırmasının ve senede bu yolla belgeye geçerlilik tanınmasının

ve değer vermesinin yukarıda anılan ilkelere ve yasa koyucunun amacına aykırı olduğu belirtilmektedir. [64]_[65]_[66]_[67]

(3) 1086 Sayılı Mülga HUMK'nun 297. Maddesi Uyarınca İmza Atamayanların Başvurabilecekleri Araçlar Yönünden

BK Md. 15'de imza atamayanların imza yerine kullanacakları el işaretinin onaylanması veya resmi bir şahadetnameye başvurabilecekleri düzenlendiği halde HUMK Md. 297'de el işareti ve mühürden söz edilmiş; HUMK Md. 297'de "*Mühür veya bir alet vasıtasıyla vazolunan imza veya cüzdan ile muamele icrasını itiyat etmiş olan müesseselerde muamelenin iptidasında tayin olunup bir sureti hesap defterine veya cüzdana mevzu bulunan mühür veya imza ile yapılacak muamele muteberdir*" hükmü ise BK Md. 14 doğrultusunda yorumlanmalı ve her durumda değil, ancak örf ve âdete göre ve özellikle çok sayıda tedavüle çıkarılan senetler için kabul edilmesi gerektiği; aksi halde, imzanın el ile atılmasının kural olmaktan çıkacağı; bunun ise ne BK ne de HUMK tarafından istenen bir sonuç olmadığı; çünkü gerek işlemin geçerliliği gerekse ispatı konularında asıl olan imzanın gerçek sahibine aidiyetinin tespiti olduğu; kanun koyucunun aslında imza atabildiği halde kişilerin mühür veya alet kullanarak işlem yapmalarına izin verdiğinin kabul edilemeyeceği; HUMK Md. 297'de söz edilen "*Cüzdan ile muamele icrasını itiyat etmiş olan müesseselerde*" ifadesinin BK.'nda yer alan örf ve adetin bir örneği olduğu; bunun dışında imza atabilen kişilerin mühür veya alet kullanmasının mümkün olmaması gerektiği görüşündedir. Yazara göre yine, BK md. 14, II'de, aslında imza atabilen kişilere istinaden alet yardımıyla imza atmasına izin verilmiştir. Dolayısıyla HUMK md. 297'de izin verilen alet de bu şekilde yorumlanmalıdır.^[68]

[64] Yrgt. 14.HD, 01.05.1989, 766/2978,

[65] Baki KURU, a.g.e., s.2143-2144.

[66] Baki KURU, a.g.e., s.2147.

[67] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.340.

[68] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.341.

(3) 6100 Sayılı HMK'nun 206. Maddesindeki Düzenleme Yönünden

HMK.nun 206. maddesi;

“(1) İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır.

(2) İmza atamayan kimselerin, cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür, kazanmış imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya bağlı değildir.

(3) Yukarıda belirtilen hükümler dairesinde noterlerce düzenlenecek olan senetler için ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmaz.” Biçiminde bir düzenlemeye yer vermektedir. Kanun koyucu madde gerekçesinde, 1086 sayılı Kanun'daki muadil hükümden hem sistematik hem de içerik olarak farklı düzenleme getirildiğini, bu hükmün imza atamayanların senet düzenlerken durumunu belirleyen genel bir madde olduğunu belirtmiştir.

(a) Kapsam

HUMK Md. 297'de imza atamayanlar yanında yazı bilmeyenler açıkça zikredildiği halde HMK Md. 206'da yalnızca imza atamayanlar deyiminin kullanıldığı görülmektedir. Ancak, bu bir eksiklik olmadığı gibi, Kanun koyucunun öncekinden farklı düzenlemek istediği bir husus olarak da kabul edilemez. O nedenle bir kimse ister objektif nedenlerle bir organdan yoksun olsun; isterse, okuma yazma bilmeyen birisi olduğu için imza atamasın; söz konusu düzenleme kapsamına dâhildir. Kaldı ki, Kanunun okuma yazma bilmeyen birisini, borç altına girmek gibi önemli bir durumda korumayacağı düşünülemez.^[69] Nitekim, Sema TAŞPINAR AYVAZ da bu görüştedir.

(b) El Yazısı İmza Yerine Kullanılacak Araçlar

6100 sayılı HMK.'nun 206. Maddesinde, HUMK.'nun 297. Maddesindeki düzenlemenin aksine parmak izinin açıkça belirtildiği görülmektedir. Çünkü parmak izi el ile yapılmış bir işaret değildir. Buna karşılık, yeni

[69] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.342.

düzenlemede, el ile yapılmış işaretin çıkarıldığı, onun yerine alet kullanmaktan söz edildiği görülmektedir.

El ile yapılmış işaret ve kazınmış imzanın ise maddenin ikinci fıkrasında cüzdanla iş yapmayı alışkanlık edinmiş kuruluşlar için getirildiği dikkati çekmektedir. Oysa hem mülga BK Md. 14/II ve hem de yeni TBK Md. 15/II ile bu şekilde açık bir değerlendirme yapılmamakla birlikte TBK, Noterlik Kanunu ve HMK hükümlerinin birlikte ele alınmasıyla aynı sonuca varıldığı görülmektedir.^[70] TBK.'nun 15/II. maddesinde; *İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılmasının, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılacağı kabul edilmiştir.*^[71]

HUMK.'nun 297 maddesinde, alet yardımıyla imzanın yalnızca cüzdanla iş yapmayı alışkanlık haline getirmiş yerler için veya örf ve adet gereği kullanılan, çok sayıda belgenin düzenleneceği hallerde söz konusu olduğu görülmekte iken, TBK Md. 16'da imza yerine geçecek işaretler arasında alet değil, el ile yapılmış işaretin dikkate alınmasının öngörüldüğü açıktır.

Belirtilmelidir ki, parmak izi ve el ile yapılmış işaret kişiden çıkan çizimlerdir. Parmak izi kişinin doğal işareti, el ile yapılmış işaret ise kişinin bir madde üzerine çizdiği ya da resmettiği bir işaret olması nedeniyle birbirinden farklıdır. Öte yandan TBK Md. 16 ve Mülga BK Md. 15'te yer alan ve esas itibarıyla imza atabildiği halde çok sayıda imza atılmasını gerektiren durumlarda el ile imza atmaktan kaçınma olanağı veren ve HUMK.nun 297. Maddesinde bulunan hükme HMK Md. 206'da yer verilmemiştir. HMK Md. 206/2'de benzer bir düzenleme olduğu düşünülse de, fıkra açıkça "*imza atamayanlar*" şeklinde başladığı için, imza atanlar kapsam dışında kalmıştır. Bu durumda imza atabilen ve okuma yazma bilen görme engelli kişiler ile ilgili noterler birliğinin iddiasının aksine 6100 sayılı HMK.nun 206. Maddesindeki düzenleme kapsamına dahil edilebilmesine olanak yoktur.

[70] Bu konuda bkz. Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Muhammed ÖZEKES, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medeni Usûl Hukuku (10.Bs.), Ankara, 2011, s.475.

[71] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.342.

(c) İmza Yerine Geçen Araçlarla Yapılan Senetlerin Noterler Tarafından Düzenleme Biçiminde Gerçekleştirilmesi Gereği

HMK.nun 206. Maddesinde yapılan en önemli değişiklik, ihtiyar heyeti ve iki tanığın senedi onaylaması usulünün kaldırılıp bu yetkinin noterlere verilmesidir. Bu itibarla, imza atamayan kişiler o arada imza atamayan okuma yazma bilmeyen görme engelli kişiler bakımından noterde işlem yapılmasının güvenceli olacağı söylenebilir. Sema TAŞPINAR AYVAZ, önceki düzenlemeden ayrılan mevcut düzenlemenin hem sistematik hem de içerik olarak aynı olmadığı; kanun koyucunun kavramsal tercih değişikliğini gerekçelendirmediği; yalnızca *Birinci fıkrada, imza atamayan veya imza atmaya muktedir olmayan kimselerin, mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle işlem yapabileceklerinin kabul edildiği* görüşündedir.^[72]

Önemle belirtmek gerekir ki, gerek mülga BK ve 6098 sayılı TBK, gerekse 1086 sayılı mülga HUMK Md. 297'nin imza atamayanlar bakımından öngördüğü düzenleme, bu kişilerin imza yerine kullanacakları araçların “onaylanma” sıdır. Bu düzenleme ile hiçbir biçimde işlemlerin içeriğine yönelik bir koruma öngörülmemiştir. Esasen böyle bir koruma da gerekli ve doğru değildir. Çünkü amaç, borç altına giren kişinin bu yönde iradesini doğru bir biçimde beyan etmesine aracılık etmek, senedin içeriğini bilmesini sağlamak ve olası kötüye kullanmaların önüne geçmektir. Nitekim kanun koyucu da gerekçesinde bunu açıkça vurgulamaktadır. Kaldı ki, noterler ister onaylama isterse düzenleme biçiminde işlem yapsınlar, noterler Noterlik Kanunu'nun 53 ve 69. Maddelerindeki emredici hükümlere uymak zorundadırlar. Bu nedenledir ki, işaret veya araçların onaylanmasının yeterli bir güvence sağladığı açıktır.

6100 sayılı HMK.nun 206. Maddesinin gerekçesinde;

“1086 sayılı Kanundaki ihtiyar heyeti ve iki tanık huzurunda işlemin yapılması usulü kaldırılmıştır. İmza atamayanların, hukukî işlemlerinin sonuçları konusunda aydınlatılmalarını ve bu şekilde işlemlerini daha güvenli bir şekilde yapmalarını sağlamak amacıyla, belgenin, noterde düzenleme biçiminde oluşturulması kabul edilmiştir. Özellikle, noterlerin hukukçu olmaları sebebiyle, hukukî işlem yapma konusundaki bilgi ve tecrübeleri ile imza atamayan kimseleri de gereği gibi bilgilendirmeleri sonucu hukukî işlemler daha güvenli bir şekilde yapılmış olacaktır.

[72] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.343.

Noterlerin, hemen hemen ülkenin her yerinde bulunduğu ve onlara ulaşmanın bugün çok kolaylaştığı düşünüldüğünde, işlem yapacak kimse-ler bakımından, bu yeni düzenleme, ayrıca bir zorluk yaratmayacaktır” denilmektedir.

Öte yandan, 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 53. Maddesi;

“Noterler kanunların emredici hükümlerine aykırı hususlarda işlem yapamazlar. Bu hüküm, imza onaylaması yapılan işlemlerin münderecatı hakkında da uygulanır” biçiminde bir düzenleme içermektedir.

Sema TAŞPINAR AYVAZ’a göre, HMK.nın imza yerine geçecek araç-ların onaylanmasından vazgeçerek imza atamayanların senetlerinin resen düzenleneceğini öngörmesi yukarıda da belirtildiği gibi amacı aşan bir sonuç yaratmıştır. İlgili mevzuata bakıldığında noterlerin bu senetleri düzenler-ken kural olarak yine tanıklara başvurması gerektiği görülmektedir. Buna göre örneğin, Noterlik Kanunu Md. 87’ye göre, *“İlgili okuma ve yazma imkânına sahip değilse, hazır bulundurulacak iki tanık huzurunda maksadını notere”* beyan etmek zorundadır. Bu durumda 1512 sayılı “NOTERLİK KANUNU” nun 73. Maddesinin noterlerce yapılan düzenleme şeklindeki işlemlerde uygulanıp uygulanmayacağı tereddüt yarattığı gibi 73. Madde-nin uygulanmasında özellikle *şahitle işlem yapmak istemeyen görme engelli kişilerin* tercihleri adeta ortadan kalkmakta; böylelikle Noterlik Kanu-nu’ndaki iki kural arasında önemli bir çelişki söz konusu olmakta; bu şekilde noterde düzenleme biçiminde işlem yapmak isteyen görme engelli kişilerin büyük bir mağduriyetle karşılaşması söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce yazımızın 4/ç bölümünde de belirtildiği üzere, Noterlik Kanunu’nun 73. Maddesinin son halinin amaçsal yorumundan; Kanun’un görme engelli kişilerin bir noterlik işlemi yaptığı sırada istekleri halinde tanıksız işlem yapabilmelerinin sağlanması olduğu; bu arada noterlik işleminin onaylama ya da, düzenleme biçiminde olmasının sonucu değiştirmeyeceği sonucuna kolayca varılabilmektedir.

Burada ayrıca HMK. Md. 206/2’nin de yorumlanması gerekir. Çünkü örneğin bankalar gibi cüzdandan işlem yapmayı alışkanlık haline getirmiş kuruluşlarda yapılacak işlemlerde kullanılacak mühür, kazanmış imza veya parmak izinin sadece *“onay”*lanması yeterli görülmüştür. Aslında düzenleme olması gerekeni yansıtmaktadır. Ancak kanun koyucunun bu işlemlerde

yalnızca “onay”la yetinmesi, diğerlerini resen düzenlemeye tâbi tutması bir çelişkidir.^[73]

(ç) Düzenleme Biçiminde Yapılan Senetlerin Niteliği

Yukarıda da belirtildiği gibi mevcut Kanun uygulamasında HUMK. Md. 297’nin öngördüğü onay şekli geçerlilik değil, ispat koşuludur. Kanımızca HMK. Md. 206 bakımından da aynı sonuca varmak gerekir. Nitekim maddede geçen “*imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi*” ifadesi, usul hukuku bakımından senedin geçerli bir şekilde mevcudiyetinin koşullarını ortaya koymaktadır. Buna göre, Kanun’un öngördüğü şekle uygun yapılmayan senet geçerli olmayacaktır. Ancak, kesin delille ispat ilkesi nedeniyle bir başka kesin delille bu husus ispat edilebilecektir. Burada önemli olan husus, HMK’nun ispat hukuku bakımından geçerli bir senedin koşullarını düzenlediğinin unutulmamasıdır.

O nedenle burada sözleşmeler bakımından hiçbir biçimde geçerlilik koşulundan söz edilemeyecektir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, ispat hukukunun taşıdığı özellikler nedeniyle uygulamada adeta böyle bir zorunluluk doğmuş olacaktır.

Öğretide haklı olarak sözleşmelerin geçerlilik koşullarını Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin öngördüğü ve bu nedenle TBK. Md. 16 hükmüne üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmiştir.^[74] Ancak burada sözleşmenin geçerliliği konusunda Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili kuralının uygulanması gerekirken, hukuki işlemin ispatı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tâbi olacaktır.^[75]

Sema TAŞPINAR AYVAZ; hukuki işlemin ispatı ile hukuki işlemin geçerliliği ve şekli arasındaki ilişkinin de göz ardı edilemeyeceği, bu anlamda imza atamayanların sözleşme yapabilmesi konusunda HMK’nun sözleşme özgürlüğünü şekil bakımından sınırlandırılıp sınırlandırmadığının değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yazar: “*BK, bu durumda olan kişilerin yapacakları sözleşmelerin hiçbir durumda resmi şekle bağlı tutulmasından*

[73] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.345.

[74] Ahmet M. KILIÇOĞLU, a.g.e., s.187 vd.

[75] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.345.

söz etmemekte; ancak imzalarının yerine geçecek mühür veya parmak izini 'onay'a bağlamaktadır. HMK düzenlemesi ile imza atamayanlar bakımından mülga BK ve TBK'da yalnızca yazılı şekil öngörülen kefalet, taksitle satım, yayın sözleşmesi, başkasının fiilini taahhüt, alacağın temliki gibi pek çok sözleşmenin, ispat koşulunu sağlayabilmek için resmi şekilde yapılması zorunlu hale gelmiştir. Teorik açıdan şekil serbestisi olmasına rağmen pratik olarak imza atamayanların ve özelde görme engelli olup da okuma yazma bilmeyen ve imza atamayan görme engelli kişilerin tüm bu sözleşmeleri, içinde barındırdığı hukuki işlemlerin ispatını sağlamak açısından noterde düzenleme biçiminde yapmaları gerekecektir.”^[76]

Yine yazara göre; “Getirilen bu ispat şekliyle ilgili bazı sorunlar daha çıkabilecektir.

Bunlardan birisi, gerçekte imza atabildiği halde noterde bu işlemi yaptırmak isteyenlerin olması halinde ne olacağı; ikincisi ise çok yüksek meblağlı sözleşmelerde herhangi bir harç, vergi vb. ödemediği noterde bu işlemlerin yaptırılması olasılığıdır.” yine yazar aynı konu hakkında;

“İlk olarak, HMK md. 206 kapsamına yalnızca imza atamayanlar girer. Bunlar, imza atamayan görme engelliler, okuma yazma bilmeyenler ve objektif nedenlerle fiziksel olarak imza atamayanlardır...”^[77] tespitini yapmaktadır.

HUMK Md. 297 uygulamasında da Yargıtay, okuma yazma bilenlerin veya imza atabilenlerin parmak izi, mühür veya işaret kullanamayacaklarını, kullansalar bile geçerli olmadığına hükmetmekteydi. Noter, HMK Md. 206/3 hükmünü uygulayabilmek için ilgilinin Kanun'da belirtilen imza atamayanlardan olup olmadığını re'sen inceleyecek; Noterlik Kanunu'nun 75 ve 84. Maddelerindeki kurallara göre işlem tesis edecek ve buna göre harç ve vergiden muaf bırakarak işlem yapacaktır. İlgili noter, işlem yapan kişinin madde kapsamına girmediği hallerde, ilgililere durumu belirtip talepleri doğrultusunda ve ücretini tahsil ederek işlem yapacaktır.

Noterin aslında madde kapsamına girmediği halde resen senet düzenlemesi onun görevlerindedir. Nitekim, TAŞPINAR, *HUMK Md. 297 uygulamasında bu durumun karşılaşılan geçersizlik yaptırımını doğurmayacağı,*

[76] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.346.

[77] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.346-347.

Çünkü burada noterin resen senet düzenlediği, ve bu hususun noterin zaten görevleri arasında olduğu, ancak noterin koşullarını taşımadığı halde bir kimsenin vergi ve harç muafiyetinden yararlanmasına neden olmasıyla devletin uğradığı kayıptan dolayı Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesine göre hukuki sorumluluğunun doğabileceğini ileri sürmektedir.

Notere bu madde kapsamında senet düzenleme görevi verilmekle birlikte, pek çok durumda noter yalnızca senet düzenlemekle yetinmeyecektir. Çünkü senede konu olan taahhüt veya yükümlülük çoğu kez sözleşme içerisinde yer alacaktır.

Çok yüksek meblağlı sözleşmelerde herhangi bir harç, vergi vb. ödemeden noterde düzenleme biçiminde işlem yaptırılabilir mi? Noter, yalnızca senet düzenleyeceğini sözleşmeye aynı hükmü uygulayamayacağını belirtebilir mi?

Sema TAŞPINAR AYVAZ konu hakkında; “*HMK md. 206/3, yalnızca imza atamayanlar için senet düzenleme konusunda bir muafiyet getirmiştir. O nedenle noter, sözleşmenin senet niteliği taşıyan işlemi ve ilgilisi lehine bu hükmü uygulamalıdır. Aksi halde imza atamayan biriyle sözleşmeler akdedilip bu tür yükümlülüklerden kurtulmak mümkün olabilecektir.*” biçiminde ^[78] düşüncesini ifade etmektedir.

Kanımızca, 6100 sayılı HMK.nun 206. Maddesi düzenlenirken, “*imza atabilen görme engelliler hariç*” ibaresi konulmak suretiyle uygulamada görme engelli kişilerin bir hukuki işlem yaparken attığı imza ile ilgili yaşadığı sorunların giderilmesi mümkün olacaktır.

Öte yandan, 22.07.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun'un 21. Maddesi ile 6100 sayılı HMK.'nun 206. maddesinin kenar başlığındaki “*imza*” ibaresi “*Okuma ve yazma bilmediği için imza*” şeklinde değiştirilmiş; aynı Kanun maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen ikinci fıkra ile;

Okuma ve yazma bildiği halde imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından onaylanması veya düzenlenmesi koşuluna bağlanmıştır.

Getirilen bu düzenleme ile okuma yazma bildiği halde imza atamayan kişilerden kastın ne olduğu belirgin değildir. Bundan başka, sözü edilen

[78] Sema TAŞPINAR AYVAZ, a.g.m., s.347.

düzenlemede 6100 sayılı HMK.nun 206. Maddesinin üçüncü fıkrasına “noterlerce” ibaresinden sonra gelmek üzere “onaylanacak veya...” ibaresi eklenmiştir. Sözü edilen kuralın gerekçesinde;

Maddeyle, Kanununun 206. Maddesinde değişiklik yapıldığı; değişiklikle, imza atamayanların yapacağı hukuki işlemlere ilişkin senetlerin ne şekilde tanzim edileceği hususunun yeniden düzenlendiği; imza atamayanların, okuma ve yazma bilenler ve bilmeyenler olarak iki grupta mütalaa edilerek bunların, mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesinin, okuma ve yazma bilmeyenler bakımından noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması; okuma ve yazma bilenler bakımından ise noterler tarafından onaylanması şartına bağlandığı belirtilmektedir. Kanımızca yapılan bu değişiklik, uygulamada var olan uyumsuzlukları daha da karmaşık hale getirmiştir. Zira okuma yazma bilip de imza atamayanların kimler olduğu belirginleştirilmediğinden, en azından madde gerekçesinde bu konuda somut ifadelerin yer alması uygun olurdu. Bu durumda okuma yazma bilen görme engelli kişiler bu guruba mı dâhil edilmek istenmektedir? Bu hususun netliğe kavuşturulması gerekmektedir. Bize göre bu düzenlemeye; “okuma yazma bilen ve imza atabilen görme engelli kişiler hariç” ibaresi eklenmeli; bu sayede uygulamada ortaya çıkacak sorunların ve kargaşanın önüne geçilmelidir.

5. SONUÇ

Gerek yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 15/III. Maddesi; gerek mülga BK.nun 14/III. Maddesi; gerek, Noterlik Kanunu'nun 73/I. ve 75/II. Maddeleri; gerekse de, mülga 6762 sayılı TTK.nun 668. ve 6102 sayılı TTK.nun 756. Maddeleri ve ek olarak Tapu Sicili Tüzüğü'nün 24/2. Maddelerinde görme engelli kişilerin hukuki işlem yaptığı sırada tanık bulundurup bulundurmayaacağı onların tercihlerine bırakılmış; yapılan hukuki işlemler sırasında tanık bulundurulmadan işlem yapılması halinde doğacak olumsuzluk nedeniyle sorumluluğu hukuki işlemi yapan görme engelli kişiye yüklemiştir; kanaatimizce bu yöndeki düzenlemeler menfaatler dengesine uygun düşmüştür.

Kaldı ki, teknolojik gelişmelerin baş döndürücü hızla geliştiği günümüzde görme engelli kişilerin bilgisayar kullanmalarının önündeki engellerin bir bir ortadan kalkmasıyla, bu kişilerin bilgisayar teknolojisinden en üst derecede yararlandıkları nazara alınarak, sözleşmeye konu edecekleri metinlerin elektronik ortamda onların okuyabilecekleri şekilde oluşturularak, söz konusu metinlerin bu kişiler tarafından da rahatlıkla okunmalarının sağlanmasının olanaklı olduğu, bu sayede var olan duraksamaların tamamen ortadan kalkacağı, zaten bunun 1982 tarihli "TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI"nın 90. Maddesinde belirlenen usul ve esaslara göre yürürlüğe koyduğu ve aynı düzenlemenin anılan hükmü gereğince kanun niteliği kazanan Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin "*Yasa Önünde Eşit Tanınma*" başlıklı 12. Maddesine de uygun düşeceği, bu tedbirlerin alınmamasının anılan Sözleşme'nin 2. Maddesinde kurala bağlanan makul düzenlemelerin yapılmamasının engelliliğe dayalı ayrımcılık sayılacağı düzenlemesi gereğince de zorunlu olduğu unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

İnternet Siteleri

<https://adlibilimlerlaboratuvari.com/hukukumuzda-imza-incelemesi/>

Kitaplar

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

HELVACI, İlhan “**Özürlüler Hakkında Kanun’un Borçlar Kanunu, Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun ve Noterlik Kanunu Bakımından Getirdiği Değişiklikler Üzerine-Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları Hakkında Bazı Saptamalar**”, C:2, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü (C:II)**, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, Ankara, 2001.

ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku (Güncelleştirilmiş 10. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, BETA Yayınları, İstanbul, 2010.

Dergiler

AYVAZ, Sema Taşpınar, “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, **AUHFD**, S: 61/1 (2012) s.321-349.

Yargı Kararları

HGK.nun 19.6.1963 tarihli ve 3/35-30 sayılı kararı.

YRGT.4.HD.nin 03.06.1969 tarihli ve 959 sayılı kararı.

Görme Engelli Kişinin Bir Hukuki İşlemi Yaparken
Attığı İmzanın Geçerliliği ve İspatı Sorunu

YRGT.12.HD.nin 8.11.1999 tarihli ve 13769/1390 sayılı kararı.

YRGT. 12.11.1930 tarihli ve E., 1930/29, K. 1930/30 sayılı kararı.

YİD Sözleşmelerinde Covid-19 Salgını Mücbir Sebepinin Kullanılmamasından Doğın Sorumluluklar

Bülent Hayri **ACAR***

* Av. Dr. / Ankara Barosu.

GİRİŞ

Son yıllarda Yap-İşlet-Devret yöntemiyle yapılan köprü, tünel ve otoyol projeleri, özellikle araç geçiş garanti sayıları ve gerçekleşen araç geçiş sayıları üzerinden ödemelerden dolayı geniş tartışmalara neden olmaktadır. Bu projeler için garanti kapsamındaki ödemelerin, projenin yatırım ve yapım maliyetleriyle karşılaştırılmayacak tutarlarda fazla olduğu ileri sürülerek, yüklenicilere kaynak aktarması yapıldığı iddialarında bulunulmaktadır.

Kamuoyunda, basında ve siyasette, YİD modeliyle yaptırılan Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Osmangazi Köprüsü ve Avrasya Tüneli gibi projeler, özellikle “araç geçiş garantisi sayısı” üzerinden yoğun şekilde eleştirilmektedir. Yaşanılan ekonomik krizin derinleşmesi, eleştirilerin şiddetini artırmıştır. Geçen yıllarda araç garantisi verilen araç geçiş sayısının çok altında kalmış ve yüklenicilere ödemeler yapılmıştır. Bu projelerin sözleşme ve uygulamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve veriler, ticari sır oldukları ileri sürülerek açıklanmamaktadır. Bu nedenle, projelerle ilgili incelemeye esas olabilecek bilgiler, basın haber yazıları ile milletvekillerinin soru önergeleri ve yanıtlarından elde edilebilmektedir. Doğal olarak bu durum, incelemenin sağlıklı ve kaliteli olmasını olumsuz etkilemektedir. Buna karşın, işin önemi nedeniyle mevcut bilgi ve veriler üzerinden konunun ele alınması gereklidir.

Yürütme ve genel idare, Covid 19 küresel salgını nedeniyle önlemler almak zorunda kalmış, kısıtlamalar ve yasaklar getirmiştir. Bu önlemlerden belirli yaş gruplarının sokağa çıkma sürelerinin kısıtlanması ve belirli günlerde sokağa çıkma yasağı uygulaması, projelere konu araç geçiş sayısını önemli sayılarda olumsuz etkilemiştir. Özellikle ikinci önlemin sözleşmelere ve uygulamalarına etkisi ve sonuçları değerlendirilecektir. Bu bağlamda, Covid 19 salgınının mücbir sebep oluşturduğunda görüş birliği mevcuttur. Projelerin kamu tarafını oluşturan idare ise, sözleşmeleri uygulamaya devam etmektedir. Bu durum, Covid-19 salgınının mücbir sebep olarak, bu YİD sözleşmelerine uygulanması konusunu gündeme getirmiştir.

İncelemede belirtilen YİD sözleşmelerinde küresel salgının mücbir sebep olarak uygulanıp uygulanmayacağı ve sonuçları üzerinde durulacaktır. Bu sözleşmelerde bu salgının mücbir sebep olarak uygulanması gereği sıkça belirtilmektedir. Buna karşılık, idarenin bu mücbir sebebi uygulamayışından dolayı, yetkili ve görevlilerin sorumlulukları konusu gündeme

getirilmemektedir. İşin asıl tartışılması gereken kısmı budur. İncelemede yetkililerin olası sorumlulukları ve bununla ilgili yaptırımlar değerlendirilecektir.

1. YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) SÖZLEŞMELERİNDE COVID-19 SALGINININ MÜCBİR SEBEP OLUŞTURMASI VE HUKUKSAL SONUÇLARI

A) YİD Sözleşmelerinde Covid 19 Salgınının Mücbir Sebep Oluşturması

Yap işlet devret modeli, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. 3996 sayılı Kanun, yap işlet devret modelini tanımlamıştır^[1]. YİD projeleri, ihale aşamasından sonra, projenin yapımı ve işletilmesini alan sermaye şirketi veya yabancı şirket ile yapılacak uygulama sözleşmesine göre tamamlanır ve uygulamaya geçilir^[2]. Bu sözleşmeler, kamu ihale sözleşmeleri gibi ikincil kurallarla tip sözleşme olarak belirlenmiştir.

Kanuna göre, “Bu Kanunun 2 nci maddesinde öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar; bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesine uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelere yer verilmek suretiyle Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulur” (3996/4-1). Uygulama sözleşmeleriyle ilgili usul ve esaslar, YİD modelinin uygulanmasıyla ilgili ikincil kurallardır.

[1] Bu tanıma göre, “Bu Kanunda geçen; Yap İşlet Devret Modeli: İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini, ifade eder” (3996 s. K. 3-a).

[2] Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görevleri arasında, “Kamu kurum ve/veya tüzel kişiler tarafından tamamlanan veya devam edenler de dahil olmak üzere (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen ulaştırma altyapılarının inşaatı ve işletmesinin sağlanması amacıyla Kamu-Özel İşbirliği (KOİ) modelleri geliştirerek esaslarını belirlemek, proje bazında gerekli görüldüğü hallerde özel sektör gerçek ve tüzel kişilerle müzakerelerde bulunmak, katkı payları belirlemek, taahhüt vermek ve almak, kiraya vermek ve işletmek, işlettirmek, garantiler almak ve vermek, özel sektörün katılımını sağlamak, ortaklık tesis etmek” de bulunmaktadır (1 nolu CBK 485/1-ç).

3996 sayılı Kanununun 4/I. hükmü gereğince, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulanma Usul ve Esaslara Ait Karar (Karar) yürürlüğe konulmuştur^[3]. Kanun, uygulama sözleşmelerinin kapsam, unsur ve koşullarını düzenlememiş^[4], ikincil kurallara bırakmıştır. Bu usul ve esaslara ait Karar'ın Üçüncü Bölümü'nde Uygulama Sözleşmesinin Kapsamı ve Kapsama İlişkin Esaslar gösterilmiştir.

Uygulama sözleşmesinde yer alması gereken koşullardan birisi de mücbir sebeplerdir (Karar 18/2-o). **“Mücbir sebep halleri ve bu hallerde uygulanacak hükümler uygulama sözleşmesinde açıkça belirtilir”** (Karar 26).

“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak **sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir**” (3996/5). Uygulama sözleşmesi, sözleşmenin tarafı idarenin bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu Bakanın onayı alınarak, sermaye şirketi veya yabancı şirketle imzalanır (3996/4-III). Bakan onayı, idarenin sözleşmeyi imzalamasına yetki vermektedir ve sözleşmenin geçerlik koşuludur. Onay yetkisi, kişi-organ olarak Bakana verilmiştir. Bakan onay yetkisini devredemez ve bu yetki diğer bakanlık yetkililerince kullanılamaz.

Uygulama sözleşmesinin unsuru ve koşulu olarak mücbir sebep, 3996 sayılı Kanun ve özel hukukla ilgili genel hükümlerde tanımlanmamıştır. Öğreti ve yargısal görüşte^[5] mücbir sebeple ilgili tanımlar yapılmıştır. Mücbir

[3] RG 11.06.2011- 27961 Mükerrer.

[4] Bazı özel yasalarda mücbir sebepler açık olarak gösterilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhaleleri Kanununun 10. maddesinde mücbir sebeplere, 10/I-c'de “Genel salgın hastalık” mücbir sebebine yer verilmiştir. 213 sayılı VUK 13/2'ye göre, “Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler” mücbir sebep kabul edilmiştir. 6491 sayılı Türk Petrol Kanununun 16. maddesine göre, “Doğal afetler veya savaş hali, petrol işlemine etkileri oranında petrol sahibinin hak ve sorumluluklarını eşit sürede etkiler”. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 518 sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile, COVID-19 salgını mücbir sebep olarak kabul etmiştir. Buna karşılık, dış bir ülkedeki Demiryolları ile Taşımaya İlişkin Kanunun 57. maddesi olumsuz bir tanımda bulunmaktadır. Bu kanun mücbir sebep sayılmayacak olayları sınırlı vermektedir (VON TUHR, Von Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt 1-2, (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s.589).

[5] VON TUHR'a göre, Alman Temyiz Mahkemesi (Cilt 101–1921), mücbir sebebin doğru ve mükemmel bir tanımını yapmıştır. Bu tanıma göre mücbir sebep, işletme

sebepler taraflarca sınırlı olarak da saptanabilir^[6]. Genel tartışmalara girmeden mücbir sebepte bulunması zorunlu unsurlara değinilecek ve Yargıtay'ın bir kararına örnek olarak yer verilecektir^[7]. Bu zorunlu unsurlar, tarafların dışında meydana gelen olağandışı olgular olması, öngörülemez ve kaçınılmaz bulunmasıdır.

YHGK'nun mücbir sebeple örnek alınabilecek bir kararına göre, “Bu noktada “mücbir sebep” kavramı üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır. **Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır.** Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır. Yukarıdaki açıklamadan anlaşılacağı gibi mücbir sebebin bir takım unsurları vardır.

Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi beşeri bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş

sahibinin çoklukla meydana gelen olaylardan olmayan ve dışardan gelen ve işletmeye etki eden ve büyük bir özen ve dikkat ile bütün işletmeyi ve ekonomik varlığını tehlikeye koymaksızın ortadan kaldıramayan ve önceden öngörülemeyen olağanüstü bir olaydır (VON TUHR, s.589).

[6] Bir karara göre, olaya konu sözleşmede süre uzatım nedenleri sınırlı olarak saptanmıştır. Mücbir sebeplerin sınırlandırılması ve bunlar dışındaki olayların mücbir sebep niteliğinde olsalar bile belirli sözleşme için mücbir sebep sayılmaması, kamu düzenine ve emredici hükümlere aykırı olmadıkça, 818 sayılı BK 19. maddesine göre geçerlidir. Mahkemenin bu durumu gözetmeksizin, davacının iş için gerekli makinaları sağlayamayışının mücbir sebep sayılması yasaya aykırıdır (Y.4.HD 12.12.1957, 7133-7373, KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Davaları, İstanbul 1979, s.1456).

[7] “Davacıların iddia ettikleri maddi hata ve mücbir sebebin tanımlanmasını yapmak gerekirse, Maddi Hata: Maddi ve hukuki bir olayın olup olmadığında veya şart ve vasıflarında yanılmadır. Mücbir Sebep: Önceden gözönüne alınmasına ve bunun sonucu ortadan kaldırılmasına imkan bulunmayan ve harici bir etkenden ileri gelen bir olaydır. Bu olay tabii bir kuvvetten (fırtına, zelzele, su basması gibi) yahut üçüncü kişinin eyleminden (haksız fiillerde olduğu gibi) yahut resmi bir yasaklamadan (memnuiyetten) ileri gelebilir” (YHGK 07.12.1966, 2/844-8313, KARAHASAN, 19179, s.1499).

olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmazlık bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulamazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülmezliktir^[8].

Belirtilen Karar'da mücbir sebebin sözleşmede unsur olarak yer alması ile birlikte uygulanmasına da yer verilmiştir. "Uygulama sözleşmesinde belirtilen süreden önce, mücbir sebep veya idarenin sözleşmeyi tek taraflı feshetmesi sebebiyle tesisin veya görevli şirket hisselerinin devir olunmasına ilişkin hususlara söz konusu sözleşmede yer verilir" (Karar 30). Görüldüğü üzere idare, mücbir sebeplerden birisinin veya bir kaçının birlikte meydana gelmesinde, mücbir sebeple lehine doğan hakları kullanmakla görevlidir. Bu yazının temel konusu, yetkililerin bu görevin gereğini yerine getirmeyişinde sorumlulukları ve yaptırımıyla ilgilidir.

Covid-19 salgını, tüm dünyayı ve insanlığı etkileyen bulaşıcı bir hastalıktır. Herkeşçe bilinen olayların ispatına gerek bulunmamaktadır (HMK 187/2). Bu bağlamda, 7226 sayılı Kanununun 41. maddesinde "yeni koronavirüs (COVID-19) kaynaklı zorlayıcı sebep" denilmektedir^[9]. Dolayısıyla, bu yasayla Covid 19 salgınının mücbir sebep olduğu kabul edilmiş ve tartışmaları sona erdirmiştir^[10].

YİD sözleşmelerinde mücbir sebep maddesinin bulunması zorunludur (Karar 26). Bu sözleşmelerde, açıkça salgın hastalığın mücbir sebep sayılmayacağı hükmüne yer verilmedikçe Covid-19 salgını, YİD sözleşmeleri için de mücbir sebep oluşturacaktır^[11]. Genelde Covid-19 salgınının mücbir

[8] YHGK 27.06.2018, 2017/90–2018/1259, www.lexpera.com.tr. erişim 18.01.2021

[9] 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 26.03.2020–31080 Mükerrer). Ayrıca, 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile kamu ihale sözleşmelerinde, Covid-19 salgını mücbir sebep olarak kabul edilmiştir (RG 02.04.2020–31087).

[10] YÜCEL, Özge: Covid-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri, Terazi HD Cilt 15 Sayı 166 Haziran 2020, s.1189-1202).

[11] Bu noktada, COVID 19'un yol açtığı mücbir sebebin kaynağının genellikle hukuki bir olay şeklinde kendini gösterdiğini belirtmek gerekir" (AKINCI, Şahin: Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuki Sözleşmelerine Etkisi, İ.Tic.Ü. Sos. Bil.D. Covid-19 Hukuk Özel Sayısı Yıl: 19 Sayı:38 Yaz 2020/2 (Covid 19 Özel Ek), s.65.

sebepe oluşturmasında bir çekişme ve sorun bulunmamaktadır^[12]. Sorun, bu sözleşmelerde Covid 19 salgınının mücbir sebep olarak ileri sürülüp sürülmemesiyle ilgilidir^[13].

B) İdarenin ve Yetkililerin YİD Sözleşmelerinde ve Uygulanmasında Kamusal Yararı Koruma Görevleri

YİD projeleri, yasada tanımlandığı üzere ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren önemli projelerdir. Bu projelerin temel amacı, belirtilen nitelikteki projeleri kamu ve özel sermaye ile gerçekleştirmektir. Devletin ve kamu kurum ve kuruluşlarının tüm diğer yatırım ve projeler için geçerli olan **Anayasadaki temel ilkeler, YİD yatırım ve projeleri için de geçerlidir**. Bu nedenle, YİD projelerinde de kamu yararı ve korunması asıldır. Bu projelerin yetkilileri için, yatırımın her aşamasında kamu yararının korunması, görevlerinin gereğidir.

Öncelikle idarenin belirtilen görevinin yasal dayanaklarına değinilecektir. Anayasanın planlamayla ilgili hükmünde, yatırımlarda toplumsal yararlar

[12] Aynı görüşte OĞUZ, Arzu: Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi, Terazi HD Cilt: 15 Sayı: 166 Haziran 2020, s.1275-1285, Erişim Tarihi: 01.02.2021; ÖZDEMİR, Gencer: COVID-19 (Koronavirüs) Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Terazi HD Cilt: 15 Sayı: 166 Haziran 2020, s.1154-1175, erişim 03.02.2021.; ÖZÇELİK, Barış: Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, [www.lexpera](http://www.lexpera.com), erişim 05.02.2021. “Covid-19 salgını doğurduğu sonuçlar itibarıyla kanaatimizce bu üç unsuru da barındırdığı için mücbir sebep olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de pandemi boyutuna ulaşmış bu bulaşıcı hastalık ve meydana getirdiği neticeler (sokağa çıkma yasağı, karantina uygulaması, seyahat özgürlüğünün kısıtlanması, iç ve dış uçuşların iptal edilmesi, birçok işyerinin iş yapamaz hale gelmesi, toplu organizasyonların iptali vs) dikkate alındığında bu durumun mücbir sebep oluşturduğu söylenebilecektir. Hiç kimseden vuku bulan bu olaya karşı koyması beklenemeyeceği gibi olayın meydana getirdiği sonuçların öngörülebilirliğinden söz edilemez” (YILDIRIM, Abdülkerim: Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi, Terazi HD Cilt 15 Sayı 165 Mayıs 2020, s.986-995).

[13] Hemen belirtelim ki, yukarıda belirtilen Karar'daki açık hükümler nedeniyle, tartışmalı köprü ve tünel gibi YİD sözleşmelerinde mücbir sebeplere yer verilmediği iddiasının geçerli olma olasılığı düşüktür. Uygulama sözleşmesinin, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmasından dolayı iddianın bir önemi de bulunmamaktadır. Çünkü yargısal görüşe göre, uygulama sözleşmesinde yer verilme de, Covid-19 küresel salgını nedeniyle mücbir sebep uygulaması yapılabilecektir.

ve gereklerin gözetileceği belirtilmiştir. “Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; **yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir**” (AY 166/II).

YİD projeleri ve uygulamalarında, Anayasanın 166/II hükmü gereğince, (a) toplumsal yararları ve gerekleri, (b) kaynakların verimli bir şekilde kullanılmasının sağlanması zorunludur. İdarenin bu konuda takdir hakkı yoktur, (a) ve (b)’deki şekilde uygulama görevi vardır. Bir tür KOİ modeli^[14] olarak nitelenen YİD sözleşmelerinde, kamu yararı ile projeye ilgili hedeflere ulaşılmasının denetlenmesi ile projenin riskinin kamudan özele kaydırılması özellikleri, bu projelerde açıklanan görevin gereği ile ilgilidir^[15].

Son dönem YİD projelerinden Osmangazi Köprüsü ve Yavuz Sultan Selim Köprüsü ile Avrasya Tüneli projeleriyle ilgili garanti kapsamındaki ödemeler ve tartışmalar, aynı zamanda hukukun konusudur. Dolayısıyla, bu projelerin yetkili ve görevlilerinin, Covid 19 salgınına ilişkin sokağa çıkma yasağı uygulamasında, genelde toplumun yararları ve gerekleri ile kaynakların verimli kullanılması genel görevleri, özelde uygulama sözleşmesi kapsamında yapmaları gereken işlemler olup olmadığı ve varsa yapılmakta olan uygulamanın bu işlemlere uygun düşüp düşmediği saptanmalıdır.

İnceleme konusu YİD projeleriyle ilgili olarak verilen bir soru önergesine idarenin yanıtı, iddia ve eleştiriler yanında belirtilen saptamayla ilgili açık ve somut veriler sağlamaktadır. İlgili yazıda yer verilen Karayolları Genel Müdürlüğü (idare) yanıtına göre, “Covid-19 dolayısıyla, ödemelerin ertelenmesi ya da yapılmamasına dair başvuru olmadığı, YİD uygulama sözleşmeleri uyarınca, şirket kusuru dışındaki nedenle garanti edilen taşıt

[14] Kamu-Özel İşbirliği modeli (Public Private Partnerships–PPP’s) ülkemizde uygulanmaktadır. Genelde KOİ modeliyle ilgili çerçeve bir kanun çıkarılmış değildir. İlk somut örnek sağlık sektörüyle ilgilidir. 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile sağlık sektöründeki projelerin yapılması düzenlenmiştir.

[15] BOZ, Selman Sacit: Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli, İnönü Ü. HFD C.4 Sayı 2 2013, s. 286, www.dergipark.org.tr erişim 24.01.2021.

sayısına ulaşamaması halinde ortaya çıkacak gelir farkının bütçeden ödeneceği belirtiliyor^[16] denilmiştir^[17].

Yukarıda belirtildiği üzere tartışmalı YİD sözleşmelerine mücbir sebep unsurunun konulması, yetkili ve görevlileri için 3996 sayılı Kanun ve bu Kanunla ilgili Karar’la verilen görevlerin gereğidir^[18]. Bu görevin gereğine ilişkin hükümler, yetkililere uygulama sözleşmesine mücbir sebep koyma emri vermekte, aksine işlem yapmayı yasaklamaktadır^[19]. Bunun içindir ki, idarenin, belirtilen sokağa çıkma yasağı uygulaması sonucunda, YİD sözleşmelerine göre karşı tarafa (görevli şirket veya yabancı şirket) karşı kullanabileceği sözleşmesel hakkı / hakları olup olmadığının tespiti ve sonucuna göre hareket edilmesi zorunludur.

[16] TOKER, Çiğdem: Mücbir Sebep ve Büyüyen Zarar, 04.05.2020, Sözcü. İdarenin yanıtındaki ödemelerin ertelenmesi veya yapılmamasına ilişkin başvuru yapılması gereğine ilişkin iddia, aşağıda inceleneceği üzere idare yetkililerinin sorumluluklarına ilişkin görevin gereğinin yerine getirilmediğine ilişkin ikrarları niteliğindedir.

[17] Diğer bir soru önergesinde ise, idareye KOİ sözleşmeleri yönünden aynı nitelikteki belirtilen görevleri ve yerine getirilip getirilmediği açık ve çarpıcı bir biçimde sorulmuştur. Milletvekili Aytun Çıray’ın Maliye Bakanına soru önergesi: “5. Ancak bir “mücbir sebep” hukuk adını alan her yasa ve mevzuatla belirtilen sağlam bir hukuki hak olduğuna göre, Covid 19 salgınının ortaya çıkardığı ekonomik zorunluluk şartlarında KOİ sözleşmelerinde yer alan, Türk Milletine vurulmuş ekonomik pranga mahiyetindeki hükümlerin değiştirilmesi için neden ilgili mahkemelere ve Tahkim Kurullarına başvurulmamaktadır? Bunun sebepleri, söz konusu surette Türk Milleti’nin temel iktisadi haklarının bu sözleşmelerde bizzat kamu tarafından çiğnendiğinin açığa çıkması ve bu doğrultuda Türkiye Cumhuriyeti’nin ve Türk Milleti’nin yüksek iktisadi çıkarları aleyhine kapitülasyon içeriğinin kazandırılmasına taammüden ve kasten göz yumulduğunun ifşa olunacak olması mıdır? / 6. Sözleşmelerde başka mücbir sebep olabilecek deprem gibi doğal afetlere karşı sigorta var mıdır? Varsa bu sigorta hangi bedel üzerinden yapılmıştır?” (05.05.20202, www.yenicaggazetesi.com.tr erişim 18.01.2021).

[18] “Çoğu sözleşmede, salgın hastalığın bu madde kapsamında yazılmadığı göze çarpmaktadır. Ancak, mücbir sebep ile ilgili sayılan olayların tahdidi nitelikte olmadığını örnekleme niteliğinde olduğunu ve salgının mücbir sebep ile ilgili genel tanımın içerisinde yer alacağını kabul etmek gerekmektedir” (OGUZ, s. 1275-1285).

[19] Aşağıda irdeleneceği üzere bu emre aykırı davranış, yetkililer için görevin gereğine aykırı davranma olur ve diğer unsurlarla birlikte görevin gereğini kötüye kullanma suçunu oluşturur.

İdare, Anayasa 166/II, 3996 sayılı Kanuna ilişkin anılan Karar'ın ilgili hükümlerini göz önüne alarak, YİD sözleşmeleri hükümlerini uygulayacaktır. Bu demektir ki, idare, bu hükümlerdeki mücbir sebepleri uygulama sözleşmesine koyacak ve mücbir sebeple ilgili haklarını zamanında eksiksiz, tam ve gereği gibi kullanacaktır. Bir kez daha vurgulayalım; idarenin bu konuda takdir hakkı yoktur, kamusal yararın ve toplum yararları ve gereklerinin korunması için bu hükümleri uygulama görevi vardır. Dolayısıyla, idare, bu görevi kapsamında küresel salgın mücbir sebebinden -uygulama sözleşmesinde yer alsın veya almasın- doğan haklarını kullanacaktır. Uygulama sözleşmesinde hükümler varsa bunlar uygulanacaktır. Aksi takdirde, genel hükümler olarak, özellikle -diğerleri ile birlikte- BK 136, 137 ve 138. maddelerin uygulanması gündeme gelecektir.

C) İdarenin YİD Sözleşmelerinde Covid 19 Mücbir Sebebinden Doğan Haklarının Belirlenmesi

YİD sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmeleridir (3996 s. k. 5). Buna göre, bu sözleşmelerle ilgili uyumsuzluklara, uygulama sözleşmesi, 3996 sayılı Kanun ve ilgili Karar ve bunlarda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır. **Mücbir sebep, sorumlulukta nedensellik bağının kesilmesi, sözleşmede borçlunun edimini yerine getirme borçtan kurtulması nedenidir.** Yazının konusu kapsamında ifa engellerine ve bunların tamamına değil, Covid 19 önlemi olarak sokağa çıkma yasağından dolayı, sonradan ortaya çıkan geçici hukuki ifa imkansızlığı ile sınırlı değinilecektir^[20].

İmkansızlık, BK 136. maddede düzenlenmiştir. “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, borç sona erer” (BK 136). Tartışmalı YİD sözleşmeleriyle ilgili iddialar ve eleştirilere yukarıda yer verilmiştir. Küresel salgının, YİD sözleşmeleri için sebep oluşturduğu açıklanmıştır. Öncelikle, idarenin, küresel salgından dolayı genel sokağa çıkma yasağı uygulamasında, bu mücbir sebebe ilişkin yasağa bağlı olarak, garanti verilen günlük araç geçiş sayısı ödemeleri yapmama hakkına sahip olup olmayacağının belirlenmesi gerekir. İdare, belirtilen mücbir sebepten dolayı yapılan idari yasak uygulamasından dolayı sözleşmesel bir hakkın uygulanmasına sahip olacaksa, görevin gereği olarak bu hakkını kullanacaktır.

[20] Öğretide Covid 19 salgınının iş hukuku ve sözleşmelere etkileriyle ilgili görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerde ifa engelleriyle ilgili genel açıklamalar yapılarak, genel bilgiler inceleme konularına uygulanmıştır.

Somut örnekte sözleşmede sonraki hukuki imkansızlık^[21] ortaya çıkmıştır^[22]. İdarenin YİD sözleşmelerindeki edimini yerine getirmesi, yetkili organ kararıyla yasaklanmış değildir^[23]. Sonraki imkansızlık, geçici veya sürekli olabilir. Devlet, Covid-19 salgını önlemlerinden birisi olarak genel sokağa çıkma yasağı uygulamıştır. Bu yasak günleri sınırlıdır. Yasak günlerinde iki köprü ve tünelden araç geçişlerinin, verilen garanti sayısı yönünden sayısal bir önemi bulunmamaktadır.

Devlet tarafından uygulanan **sokağa çıkma yasağı, bu yasak günlerinde araç geçiş sayısını kısmi imkansızlaştırmıştır**^[24]. Yasak, araç geçişi yapılamayışının sebebidir^[25]. İdare ve yetkililerin bu imkansızlaştırmada kusurları söz konusu değildir. “İmkansızlık ifayı imkansız hale getirdiği

[21] “Bir borcun ifası doğrudan doğruya, bir hukuk kuralıyla yasaklanmış ya da borçlu böyle bir kuralın uygulanması yüzünden ifa iktidarını kaybetmiş bulunursa, hukuki imkansızlıktan söz açılır” (TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku, Altıncı Bası, 1988, s. 1212).

[22] Bir görüşe göre, geçici imkansızlıkta, bu süre içinde yerine getirilmesi imkansız olan edimin sonradan ifasının mümkün olmasında, imkansızlık değil borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır. Borçlu, edimini yerine getiremediğinde, borçlu temerrüdüne düşer. Ancak, geçici imkansızlıktan dolayı borçlu, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından kurtulur. Bkz. ÖZÇELİK, www.lexpera. Aynı görüşte EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 503. Buna karşı göre göre, “Borçlu, “kusuru ile temerrüde düşmediği zaman kusursuz temerrüdün sonuçları ortaya çıkar”. “Borçlu, salgın hastalık sebebiyle temerrüde düşmüşse bunda kusuru yok demektir. Çünkü temerrüde bir mücbir sebep dolayısıyla düşmüştür” (AKINCI, 72, 76).

[23] “Şu var ki yasaklar ile imkansızlık bazı noktalarda kesişmektedir. Seyahat yasağı seyahat sözleşmesi için, hem emredici kanun hükümlerine aykırılık hem (hukuksal) imkansızlık sebebi oluştururken sokağa çıkması veya şehir / ülke dışına çıkması yasaklanmış bir kişinin iş görme edimini üstlenmesi halinde konusu yasaklanmış değildir ancak borcun ifası yasaklar sebebiyle yerine getirilemeyeceği için hukuksal imkansızlık vardır” (YÜCEL, s. 1189-1202).

[24] Örneğin, “COVID-19 salgını nedeniyle AVM’lerin ve sair işyerlerinin, gerek devlet kurumlarının kararıyla gerek özel sektörün aldığı kararlarla kapatılması, mücbir sebep teşkil edebilir” (ÖZDEMİR, s. 1154-1175).

[25] “Şu halde mücbir sebep teşkil eden olay salgın hastalığın görülmesi değil, alınan tedbir ile (hukuki imkansızlık) edimin ifa edilemez hale gelmesidir” (AKINCI, s. 71).

nispette hüküm ifade eder”^[26]. **İdare, bu kısmi imkansızlığa konu sürelerde araç geçiş sayısı oranında, geciktirici^[27] ve olumsuz^[28] şarta bağlı garanti ödemesi yükümünden kurtulacaktır^[29]**. Devletin küresel salgından dolayı uyguladığı sokağa çıkma yasağı, araç geçişi yapılamayışının nedeni olarak, idarenin garanti verilen ve gerçekleşecek araç ödeme sayılarına göre ödeme yükümünü doğrudan doğruya olumsuz etkilemektedir. İdare, bu yasak nedeniyle garanti edilen günlük araç sayısı ödemesini tam yapmak zorunda kalmaktadır. **İdarenin bu ödemesi ile idari yasak uygulaması arasında nedensellik bağı bulunmaktadır**. Gerçekten, sokağa çıkma yasağı uygulanmasaydı, garanti araç geçiş sayısı tam ödemesinin yapılması söz konusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, idare, bu yasak nedeniyle belirtilen tam garanti ödemesini yapmama olanağını tümüyle kaybetmektedir, yani imkansızlaşmaktadır^[30]. Bu imkansızlık, idare için geçici ifa imkansızlığıdır. Alacaklı, bu imkansızlık süresinde edimlerin yerine getirilmesini isteyemez. “Mücbir

[26] OSER, H. / SCHÖNENBERGER, W. : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (Çev. Ferid Ayiter), Ankara 1950, s. 845.

[27] “İşlemin hüküm ifade etmesi veya bir borcun doğumu şarta bağlanmışsa geciktirici (taliki) şarttır” (OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Bası, İstanbul 2009, s. 875).

[28] “Hukuk işlemin hüküm doğurması veya hükümden düşmesi; gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olgunun gerçekleşmesine bağlıysa müsbet (olumlu) şart, öngörülen olgunun gerçekleşmemesine bağlıysa menfi (olumsuz) şart vardır” (OĞUZMAN / ÖZ, s. 879).

[29] “Kiralanan yer, deprem nedeniyle oturulamayacak hale gelmiş ve bu nedenle davacı kurum tarafından boşaltılmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmeye göre yıllık kira parası peşin olarak ödenmektedir. Deprem nedeniyle binanın oturulmaz hale gelmesi kiralananı ve dolayısıyla kira konusunu ortadan kaldırdığından sözleşmeyi sona erdirir. O halde davacı kurumun kira döneminin sonuna kadar kira parasını isteme hakkı düşer ve oturmadığı bölüme ilişkin kira parasını sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri almak hakkını haizdir. Bu yön gözetilerek isteğin hüküm altına alınması gerekirken tabii afetten ötürü kiralayana bir kusur atfedilemeyeceğinden söz edilerek dava reddedilemez” (Y.4.HD 08.01.1973, 4474-156, KARAHASAN, 1979, s. 1148-1149).

[30] Yargıtay, yoğun kar yağışı, sis ve düşük görüş nedeniyle uçağın kalkmamasını mücbir sebep saymış, bu mücbir sebepten dolayı kalkmayan uçak bilet ücretlerinin

sebeup, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır”^[31]. Dolayısıyla **idare, belirtilen imkansızlıkla bu idari yasağın uygulandığı / uygulanacağı sürelerde, YİD sözleşmelerindeki belirtilen garanti ödemelerini yapmaktan kurtulur**^[32].

İdare, Covid-19 mücbir sebebinden dolayı garanti edilen günlük araç geçiş sayısı ödemesini yapmamaya ilişkin sözleşmesel hakka sahiptir. **Yetkililerin, bu sözleşmesel hakkı kullanmaları, açıklanan görevlerinin gereği kullanmaları zorunludur ve bu konuda takdir hakları yoktur**^[33]. Yetkililere bu yetkileri kamu yararına kullanılması için verilmiştir. Bu yetkinin kullanılmamasında, görevli şirket veya yabancı şirketin menfaatine (özel menfaate)^[34] ve hukuka aykırı davranma söz konusudur.

YİD sözleşmeleri, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren, uzun süreli, büyük tutarlı krediler gerektiren, kendine özgü özellikleri ve

istenemeyeceğine karar vermiştir (Y.11.HD 12.11.2019, 2018/5703-2019/7107, www.karararama.yargitay.gov.tr).

[31] ŞİRİN, Memduh Cemil: Yargı Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Sona Ermesi Halleri, Haziran 2019, s.113, www.acikerisim.ybu.edu.tr.

[32] “BK. 117 maddesi hükmünce borçluya isnad olunamayan nedenler yüzünden borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur. Olayımızda da, idari işletmenin elektriği kesme eylemi (belediye encümeninin idari yasadan aldığı yetkiye dayanarak verdiği) idari kararın uygulanmasından doğduğuna ve davalı müessese bu idari kararı yerine getirmekle yükümlü bulunduğuna göre, adı geçen davalıya yöneltilen davanın hukuki imkansızlık nedeniyle reddine karar vermek gerekirdi” (Y.4.HD 18.11.1981, 1981/10792-12389).

[33] Örneğin kira sözleşmesinde, kiracı, belli koşullara uyarak, küresel salgından doğan haklarını kullanabilecektir. “COVID-19’un mücbir sebep niteliğinde olup mücbir sebep halinde, kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda bulundurmadığı kabul edilerek, TBK m. 136/2 gereğince kiracının kira ödeme borcundan kurtulduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durumda TBK m. 136/3 gereğince, ifa imkansızlığının kiraya verene gecikmesinin bildirilmesi ve zararın artmaması için gerekli önlemlerin alınması gerekir. Aksi takdirde kiracı, bundan doğan zarardan sorumlu olacaktır (ÖZDEMİR, s. 1154-1175). Ancak, kiracı küresel salgından doğan haklarını kullanmakta takdir hakkına sahip iken, YİD sözleşmelerinde yetkili için hakkın kullanılması görevinin gereği zorunludur.

[34] OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Görevi kötüye Kullanma Suçu, TBBD sayı 82 2006 s. 9, www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr erişim 02.02.2021.

unsurları olan bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşmelerle ilgili uyumsuzlukların çözümünde, sözleşmenin bu niteliği ve özelliğine uygun çözümler geliştirilmelidir^[35].

Bu bağlamda, görüşüme göre, YİD sözleşmelerine en yakın sayılabilecek kamu ihaleleri sözleşmelerine ilişkin hüküm ve uygulamalardan yararlanılmalıdır^[36]. Bunun içindir ki, somut örnekte adaletli ve hakkaniyete uygun çözüm, idarenin belirtilen sokağa çıkma yasağı uygulamasından dolayı bu sürelerde^[37], Covid 19 mücbir sebebiyle sözü edilen garanti kapsamında herhangi bir ödeme yapmamasıdır. Buna karşılık, bu yasağın uygulandığı süreler, sözleşme süresine eklenmeli^[38] ve süre uzatılmalıdır^[39]. Uzatılan

[35] İmkansızlık, “borçluyu borcundan kurtarmak veya (hal icapları borçlunun borçtan tamamen kurtulmasını muhik göstermiyorsa) mesuliyetini azaltmak ve hal icaplarının fevkalade ağırlaşmasından doğan zararı taraflar arasında munsifane taksim etmek neticesini tevhit eder” (VON TUHR, s. 562).

[36] Kamu ihale sözleşmesinde, Covid-19 önlemleri ifanın gecikmesine neden olursa, süre uzatımı verilmesi gerekir. Bkz. ÖZÇELİK, lexpera.

[37] “Korona virüs salgının mevcut sözleşmelere hukuki etkisi, dünyanın mevcut ülkelerinde ispatına gerek olmayan, bilinen ve görünen küresel salgın hastalık vakıası olduğu sabittir. Görüşüme göre, sözleşme taraflarından biri ve ikisinin hiç “resmi yerel mahkemelere” veya sözleşme hükümlerinde öngörülmüş olan “Kurumsal Tahkim” veya “Adhoc tahkim” yoluna başvurmadan, borçlarını ve yükümlülüklerinin ifasını virüsün devamı süresince ertelemeleri hukuki açıdan gereklidir” (KAPLAN, İbrahim: Yap-İşlet-Devret İfa Engelleri, 05.05.2020, www.turhhukukkurumu.org.tr).

[38] “Geçici ifa imkansızlığı hakkında TBK’da açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Böyle bir durumda borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacağı ileri sürülebilir olsa da, mücbir sebep halinde borca aykırılık türlerinden biri olan borçlu temerrüdü hükümleri yerine bu süre boyunca borcun askıya alınması menfaatler dengesi açısından daha isabetlidir. Bu sebeple kanaatimizce borçlunun sorunlu olmadığı sonraki geçici imkansızlık durumunda, özellikle hayatı durma noktasına getiren bu salgın döneminde, imkansızlık hali ortadan kalkıncaya kadar tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı borçlar tarafların borcun ifasını talep etme hakkı ertelenir. Diğer bir ifadeyle, geçici ifa imkansızlığı, ifa sürecini durdurur / dondurur” (YILDIRIM, 986-995).

[39] “Sözleşmesine göre endüstri yatırımını ve tesisini kendi portföyünden ve yabancı kredi temin ederek yap işlet devret finans modeli kapsamında gerçekleştiren yatırımı için yaptığı masrafları ve harcamaları, müşterek iş ortaklığı niteliğindeki yükleniciler, sadece tesisi kullananlardan alınan kullanım bedeli ve geçiş ücretini,

süre içinde iki köprü ve tünelden geçecek araç sayısı ile garanti edilen günlük araç geçiş sayısı karşılaştırılarak, sonucuna göre ödeme yapılmalı veya yapılmamalıdır.

D) YİD Sözleşmelerinde Covid-19 Salgınından Doğabilecek Anlaşmazlıkta Tahkim Sorunu

3996 sayılı Kanunda tahkimle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu Kanunla ilgili anılan Karar'da tahkim düzenlenmiştir. Karar'ın İhtilafların halli başlıklı 32. maddesine göre, “(1) Uygulama sözleşmesi ve görevli şirketin kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı diğer sözleşmelerin uygulanması sırasında doğabilecek hukuki ihtilaflar Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olup, ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti Mahkemeleri geçerlidir. / (2) Ancak, taraflar uygulama sözleşmesinde tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ihtilafın esasına Türk maddi hukuk kuralları uygulanır”.

Bu bağlamda, -ticari sır kapsamında olduğu gerekçesiyle kamuoyunun bilgisine açılmayan- bu YİD sözleşmelerinde, milletlerarası tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümünün kabul edildiği ileri sürülmektedir^[40]. Konuyla ilgili iddialardan birisi, idarenin milletlerarası tahkime gitmek istemeyişinden dolayı, belirtilen köprüler ve tünelle ilgili söz konusu ödemelerin yapılmasına devam edilmesidir^[41]. Yukarıda Karar'da tahkime hangi koşulla gidileceği açıklanmıştır. Bu iddianın ileri sürülmesinin diğer bir nedeni, proje kredilerinin yabancı kurumlardan sağlanmasıdır. Konuyla ilgili Kanun, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunudur.

Korona Virüsünün etkisi devamı süresince, alamayacaklardır. Zira kullanma ve geçiş yoktur. Bu durumda devletin yolcu veya araba Geçiş garantisi taahhüdünün de hukuki temeli bulunmayacaktır. Devletçe garanti edilen kullanım ve araç geçiş sayısına göre belirlenen ödemelerin de yapılmaması gerekecektir. / Bu sözleşmelerin süreleri, küresel salgın Çin virüsünün etki süresi boyunca uzatılmalı ve tarafların hakları ve borçları ertelenmelidir” (KAPLAN, Yap-İşlet-Devret İfa Engelleri).

[40] TÜRKMEN, Nedim: Müteahhitlere Fahiş Geçiş Ücretleri.. Araç Garantisinin Yolu Londra'ya Düştü, 04.05.2020, Sözcü.

[41] YİD sözleşmeleriyle ilgili milletlerarası tahkim, iki olasılığa göre ele alınabilir. İlki idarenin iradesiyle milletlerarası tahkimde yabancı hukukun uygulanmasını seçebilmesidir. İkincisi idarenin anılan Karar'ın 32/2 maddesiyle bağlı olup olmadığıdır.

4686 sayılı Kanuna göre, “Bu Kanun yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirtildiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” (4686 s. K. 1/II). Kanundaki yabancılik unsuru tanımına göre, “Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır... 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması” (4686 s. K. 2/I-3). “Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre uygun olduğu takdirde geçerlidir” (4686 s. K. 4/III).

3996 sayılı Kanun ve bu Kanunla ilgili Karar hükümleri, tahkim ve koşulları yönünden idare ve yetkililerini bağlayıcıdır. Karar’ın 32/2. maddesi gereğince taraflar milletlerarası tahkimde, anlaşmazlığa Türk maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Buna karşılık, milletlerarası tahkimde anlaşmazlığa hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, idare Covid 19 salgını mücbir sebebinden doğan sözleşmesel haklarını kullanmak zorundadır.

Tartışmalı YİD sözleşmelerinde, uyuşmazlığın çözümünde yabancı hukuk olarak İngiliz Hukuku’nun kabul edildiği iddiaları basında yer almaktadır. Covid-19 salgınının, mücbir sebep olma ve sözleşmelere etkileri yönünden, Türk Hukuku ile İngiliz Hukuku arasında büyük farklar bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öğretiye göre, İngiliz Hukukunda geçerli olan Frustration kuramında mücbir sebebin, unsurları ve elverişsizlik olarak ifade edilen imkansızlık şeklindeki etki ve sonuçları, yukarıdaki Yargıtay kararındaki görüşten çok farklı değildir. İngiliz mahkemelerinin, mücbir sebepten imkansızlığı ve sonuçlarını oldukça dar yorumladığı belirtilmiştir^[42]. Bu durum, uluslararası ticaret hukukuna ilişkin anlaşmalarda da benzer niteliktedir.

[42] KÖSOĞLU, Mehmet: Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü / Hardship Klotları, İstanbul 2010, s. 13-16, www.nek.istanbul.edu.tr.

2. YETKİLİLERİN COVID-19 SALGINI MÜBCİR SEBEBİNİ YİD SÖZLEŞMELERİNDE UYGULAMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUKLARI

A) Yetkililerin YİD Sözleşmeleri ve Uygulanmasında Görevlerinin Gereğine Aykırı Davranmalarından Doğan Cezasal Sorumlulukları

Kamu görevlisi, görevini, görevini düzenleyen kurallara göre yerine getirir. “Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevli kılındığı yükümlülüklerine uygun hareket etmek zorundadır”^[43]. Kamu görevlisinin görevinin gereği kuralları, bu görevini kamu yararına ve hizmetin gereklerine göre yerine getirmesiyle^[44] ilgili hukuk kuralları ve genel davranış normlarıdır. Buna göre, görevin yerine getirilmesiyle ilgili olmayan kurallar, görevin gereğiyle ilgili değildirler. Görevle ilgili yasa, yönetmelik ve diğer kurallar, kamu görevlisi için görevin gereğini oluşturur. “**Kamu görevlisinin, kanun, tüzük, yönetmelik veya genelge ile muayyen olan görevini, belli, muayyen olandan farklı yerine getirmesi, kısacası yapmaması gerekeni yapması, görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir**”^[45].

[43] 5237 sayılı TCK Madde 257 Gereğesi.

[44] “Bu ifadelerden ve dosyanın incelenmesinden anlaşıldığı üzere Bakanın Yüksek Denizcilik Okulu mezunu ...’i; 5. Bölge gibi işleri yoğun ve özelliği bulunan bir göreve getirmesi, belli bir kadro oluşturmak için, kamu yararı ve hizmet gereklerini bir tarafa iterek, belli yerlere yakını olan belli kişileri getirmek hususundaki kastını göstermektedir. Bakanın, Bakanlığa bağlı kuruluşlarda çalışacak kişileri atamak hususunda takdir hakkı bulunmakta ise de, mutlak ve sınırsız olmayan bu hakkın kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak, ancak tahsil, hizmet süresi, deneyim ve idarecilik yeteneği bakımından aynı düzeyde olan kişilerin iş başına getirilmesi sırasında kullanılması gerekir. Yoksa, objektif olarak hizmetin gerektirdiği koşulları taşımayan kişilerin atanması, takdir hakkına dayandırılmaz. Sanığın, kamu yararı ve hizmet gerekleri gibi, haklı bir nedene bağlanamayan yukarıda anılan keyfi eylemleri ile TCK’nun 240/1. maddesine aykırı davranışta bulunarak görevini kötüye kullandığı sabit olmuştur” (Yüce Divan 12.04.1983, 1982/1-1983/2, s. 46, www.anayasa.gov.tr).

[45] HAFIZOĞULLARI, Zeki / EŞİTLİ, Ezgi Aygün: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karar Suçlar, Ankara 2014, s. 112.

Görüşüme göre, Kamu–Özel İşbirliği yönteme göre YİD projelerinde^[46] kamu tarafı yetkililerinin sorumluluğunun genel normu, Anayasa'nın 166/II madde hükmüdür^[47] ve bu hükmün temel ilke ve unsurları uygulanacaktır. Bu hüküm gereğince, YİD yatırım, proje ve sözleşmeleri ile uygulanmasında, milli tasarrufa aykırı ve toplumun yararları ve gereklerine aykırı eylem ve işlemde bulunulamaz. Özelde YİD sözleşmeleri ve uygulanmasında, 3996 sayılı Kanun ve bu Kanunla ilgili usul ve esasları gösteren Karar hükümleri uygulanacaktır. Tüm bu hükümler, YİD sözleşmeleri ve uygulanmasında, yetkili ve görevliler için görevlerinin gereğini oluşturan hükümlerdir. Yetkililer için YİD projelerinde uygulama sözleşmelerine salgın mücbir sebebinin konulması, bu yetkililerin görevlerinin kurallarıyla ilgilidir. Dolayısıyla, yetkililerin, bu projelerde mücbir sebep ve uygulanmasıyla ilgili kuraları uygulamamaları veya gereği gibi ve zamanında uygulamamaları, bu görevlerinin gereğini aykırı davranma olur.

Yetkililer, YİD sözleşmelerinin yapılması ve uygulanmasında toplumun yararları ve gereklerine ve milli tasarrufa aykırı işlemde bulunamazlar. Yetkililer, bu sözleşmelerde yetkilerini toplumun yararları ve gerekleri için kullanacaklar, görevli şirket veya yabancı şirket lehine, yani özel yarar için kullanmayacaklardır^[48]. Yetkililerin bu görevlerinin gereğine

[46] Genellikle Kamu–Özel İşbirliği yönteme göre YİD projelerinin yapılması ve işletilmesiyle ilgili dayanak olarak, Anayasanın 47, 125 ve 155. maddeleri gösterilmektedir. Bu hükümler, bu projelerin kamu tarafı yetkililerinin sorumluluğuna ilişkin değildir. Bu hükümlerin ortak özelliği, YİD projelerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçekleştirilmesi, milletlerarası tahkime başvurulması ve Danıştay'ın denetimine bağlı olmamasıdır. Özellikle tartışmalı projeler yönünden Anayasanın 47/son hükmü önemlidir. “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” (AY 47/son).

[47] Sistematik yorumda bunu doğrulamaktadır. Bu hüküm, Anayasanın Mali ve Ekonomik hükümler başlıklı Dördüncü Kısım'ın Ekonomik Hükümler başlıklı İkinci Bölüm'ünde yer almaktadır.

[48] OKUYUCU ERGÜN, s. 8. Örneğin bakanın denetim ve gözetim yetkisini özel yarar lehine kullanmaması gerekir. Bir olayda SSK'na ait iki hastane inşaatına ait hakediş tutarları, merkez elemanlarınca önemli tutarlarda düşürülmüştür. Bunun üzerine, işin yüklenicisi bakana başvurmuş, ilgili tanık ifadesinde bakanın hakedişlerin düzeltilmesini istediğini belirtmiştir. Bundan sonra, kurumda yeniden toplantı yapılarak, hakedişler yeniden ilk tutarlara yakın şekilde artırılmıştır. Yüce Divan,

aykırı davranışları, aşağıda belirtileceği üzere, bir başka suçun konusu olmadıkça, görevi kötüye kullanma suçunun görevin gereğine aykırılık unsurunu oluşturur (TCK 257/1). Yukarıda belirtilen iddialara göre, Osmangazi Köprüsü ve Yavuz Sultan Selim Köprüsü ile Avrasya Tüneli projelerinin uygulama sözleşmelerine mücbir sebep konulmamış veya konulan salgın mücbir sebebi olarak Covid-19 salgını için uygulanmamıştır. İddiaların geçerliliği olasılığında, her iki durumda da yetkili ve görevliler için sonuç değişmemekte ve açıklanan görevlerinin gereğine aykırılık oluşmaktadır.

Kanunda görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru, görevin gereklerine aykırı davranmak + kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olunması unsurlarından en az birinin bulunması ile oluşur. Mağduriyet veya kamu zararı veya haksız kazanç, yetkililerin görevlerinin gereğine aykırı davranmalarının sonucu olarak oluşmalıdır. Diğer bir söylemle, görevin gereğine aykırı davranma (sebeup) ile oluşacak diğer unsurlar (sonuç) arasında nedensellik bağı bulunmalıdır^[49].

Tartışmalı YİD sözleşmeleri ve uygulamalarında, yetkililerin açıklanan görevlerinin gereklerine aykırı davranmaları sonucunda, kamu zararının oluştuğu açıktır. Kamunun zararı, YİD sözleşmelerinin tarafı idarenin zararı değildir; ondan daha geniş bir kavramdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yerleşik görüşüyle kamu zararını, soyut, varsayıma dayalı bir zarar değil ekonomik bir zarar kabul etmektedir. “Kamu, failin, nezdinde kamusal faaliyetin yürütülmesine sürekli, süreli, veya geçici olarak katıldığı kamu idaresidir”^[50]. “**Kamu zararı kavramı**, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası’nın 71. maddesinde de; **mevzuata aykırı karar, işlem veya ihmal sonucunda kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanmaktadır**”^[51].

bakanın eylemini bu tutarların yükseltilmesi için kesin talimat olarak nitelendirmiştir. Yüce Divan, “Yasaların kendisine yüklediği görev açısından Bakanlığının denetimi ve gözetimi altında bulunan SSK’nın yararlarını gözetmekle görevli” bakanın yüklenicinin yanında yer aldığını ve olayları yüklenici lehine etkilediği sonucuna varmıştır (Yüce Divan 13.04.1982, 1981/1-1982/2 s.292-293 www.anayasa.gov.tr).

[49] OKUYUCU ERGÜN, s. 12.

[50] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 113.

[51] “Bu durumda kamu zararının bulunup bulunmadığı, somut olayda hakim tarafından iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya

Yürütme, yukarıda belirtilen Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Covid-19 salgınının kamu ihale sözleşmelerinde yüklenici için mücbir sebep olarak saptanan koşullarla uygulanacağını kararlaştırmıştır. Buna karşılık, **Kamu Özel İşbirliği yöntemiyle sağlık ve ulaştırma alanlarında YİD ve türevi sözleşmelerde, Covid-19 salgını mücbir sebep olarak uygulanmamıştır.** Yetkililer, Covid-19 salgını mücbir sebebinin sözleşmeye koymamış veya bu mücbir sebebi uygulamamışlarsa, görevlerinin gereklerine aykırı davranmışlardır. Bu görevin gereğine aykırı davranış sonucunda, sokağa çıkma yasağı günlerinde bu mücbir sebepten doğan geçici ifa imkansızlığı nedeniyle, araç geçiş sayısı garantisine ilişkin ödeme yapılması yükümünün yerine getirilmemesi hakkı elde edilmiştir. Buna karşılık, yetkililerin bu haklarını kullanmamaları kamu zararına neden olmuştur.

Bir haber yazısına göre, haber tarihinde bu yasak uygulaması, tartışılan köprüler ve tünelin bulunduğu ilde kırk günü bulmuştur. Bu sürede bu köprüler ve tünelden araç geçilemeyeşine bağlı olarak, garanti edilen araç sayısı geçişi sağlanamamıştır. Buna karşın, garanti edilen araç sayısına ilişkin ödemelerde^[52] bulunulmuştur. Kırk günlük sürede toplam ödemenin 84 milyon 903 bin ABD Doları olduğu açıklanmıştır^[53]. Buna göre, günlük

aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alındığında, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak kamu zararının bulunup bulunmadığı bu şekilde belirlenirken; norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayım da hareket edilmemelidir” (YCGK 17.04.2007, 2007/4-88-94, kazanci.com.tr/günlük/cgk-2007-4-88.html erişim 22.01.2021)

[52] 3996 sayılı Kanun Madde 8/III-IV: Görevli şirkete üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından talep garantisi verilebilir .. / Yatırım bedelinin idare veya hizmetten yararlananlarca ödenmesinin mümkün olduğu Yap-İşlet-Devret projelerinde, sözleşme tarafı merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, işletme süresi içinde taahhüt ettikleri garanti kapsamında doğabilecek ödeme yükümlülükleri bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlamalara tabi olmadan idare bütçesinden ödenir”.

[53] “Coronavirüs salgını nedeniyle uygulanan sokağa çıkma yasakları, yap-işlet-devret (YİD) modeliyle yapılan tünel ve köprüleri işleten şirketlere yaradı, Osmangazi ve Yavuz Sultan Selim Köprüsü ile Avrasya Tüneli’nden geçmesi gereken araçlar

sokağa çıkma yasağına düşen ödeme tutarı yaklaşık (89.903.000 / 40 =) 2.247.575 ABD Dolarıdır.

Yargıtay, TCK 257/1'deki suçta haksız kazancı, "görev gereklerine aykırı davranılmak suretiyle kişilere haksız yarar sağlanmasıdır. Yürürlükteki mevzuata göre bir husustan yararlanmaya hakkı olmadığı halde yararlandırılması suretiyle kişinin sağladığı kazanç" olarak tanımlamıştır^[54]. "Kişilere haksız bir kazanç sağlamak, kişilere hukuka aykırı olarak para kazandırmaktır. Kuşkusuz, bu da, tersinden zarardır"^[55]. Haksızlık, görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda kazancın / yararın hukuka aykırı olmasından ileri gelir^[56]. Somut örnekte ise, yetkililerin tartışılan YİD sözleşmelerinde belirtilen görevlerine aykırı davranışlarıyla, Covid-19 salgını mücbir sebepten doğan haklarını kullanmayarak yaptıkları ödemeler tutarı kamu zararı oluştururken, aynı tutarda görevli şirkete veya yabancı şirkete haksız kazanç sağlanmıştır^[57].

bugüne kadar 40 gün süreyle uygulanan sokağa çıkma yasağı nedeniyle geçemedi. Toplam günün faturası da Hazine'ye 89 milyon 903 bin dolar (yaklaşık 673 milyon TL) olarak yansıdı. / CHP Zonguldak Milletvekili ve TBMM KİT Komisyonu Üyesi Deniz Yavuzylmaz SÖZCÜ'ye yaptığı açıklamada, "Sözleşmelere mücbir sebep maddesi konulmadığı için 40 gün süreyle boş kalan geçiş garantili tünel ve köprülerin parası vatandaşın cebinden çıktı. 2 köprü ve tünel için 40 günde 9 milyon 761 bin araç garantisi vardı. Hiçbiri geçmediği için fatura Hazine'ye, dolayısıyla da vatandaşın sırtına bindi" dedi. / Salgın dolayısıyla ilk kısıtlamalar 11 Nisan itibarıyla 30 büyükşehirde ve Zonguldak'ta sokağa çıkma yasağı ilan edilerek başladı. İzleyen 40 gün köprülerden araç geçmediği için yük Hazine'ye bindi" (Başak Kaya'nın haber yazısı, 13.01.2021, Sözcü).

[54] Y.4.CD 26.06.2007, 13076-1959, YCGK 17.04.2007, 2007/4-88-94, kazanci.com.tr/günlük/cgk-2007-4-88.html erişim 22.01.2021.

[55] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 113.

[56] OKUYUCU ERGÜN, s. 14.

[57] "Özet: Kaçak ve ruhsatsız binaların 3194 sayılı Kanun'un 30. maddesi gereğince yıkımına karar verilmiş olmasına rağmen yıkım kararının gereğini yerine getirmeyerek kamunun zararına ve kişilere haksız menfaat sağlanmasına neden olduğu Olay Yeri Tespit Tutanağı, bilirkişi ve ön inceleme raporları, tanık beyanları ile tüm dosya kapsamında anlatıldığı ve zincirleme şekilde görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir"

Sonuç olarak, yetkililer, somut örnek YİD sözleşmelerinin uygulanmasıyla ilgili belirtilen sözleşmesel haklarını kullanmayarak görevin gereğine aykırı davranmışlardır. Bu görevin gereğine aykırı davranma sonucunda, sokağa çıkma yasağı günlerinde yapılan garanti ödemelerinden dolayı idare için kamu zararına ve görevli şirkete veya yabancı şirkete haksız kazanca neden olunmuştur. Dolayısıyla, **yetkililerin, bu YİD sözleşmelerinde Covid-19 salgını mücbir sebebinden doğan haklarını kullanmayarak, kamu zararına ve haksız kazanca neden olarak, görevin gereğini kötüye kullanma suçunu (TCK 257/1) işledikleri değerlendirilmektedir.**

B) İdari Denetimin Savsanması Nedeniyle YİD Sözleşmelerinde Covid 19 Salgını Mücbir Sebebinin Uygulanmamasından Doğan Ceza Sorumluluğu

Köprü ve tünel gibi YİD yatırım ve projelerin gerçekleştirilmesi ve işletilmesiyle ilgili bakanlık, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığıdır. Bu YİD projeleri uygulama sözleşmelerinin kamu tarafı, Karayolları Genel Müdürlüğüdür (idare). Bakanlık ile idare arasındaki ilişki, idari vesayet ilişkisidir^[58]. YİD sözleşmeleriyle ilgili olarak Bakanlık ile idare arasında, (a) Bakanın bu sözleşmelerin imzalanması için onay vermesi, (b) genel denetim ilişkisi bulunmaktadır. Bu (a) ve (b) ilişkilerini düzenleyen kurallar, bakanlık yetkilileri için idari vesayet görevlerinin gereklerine ilişkin kurallardır. Bakanlık yetkilileri, bu görevlerini bu kurallarına uygun yerine getireceklerdir.

Yukarıda belirtildiği üzere, YİD sözleşmeleri idarenin bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu Bakanın onayı alınmak suretiyle imzalanacaktır (3996 s. K. 4/ III). Bakan onayı olmadan YİD sözleşmesinin imzalanması olanağı bulunmamaktadır. Bu onay, idareye bu sözleşmeleri yapma izninin verilmesidir. Bunun içindir ki, idarenin bakan onayı alınmadan sözleşmeleri imzalayabilmesi yetkisi yoktur. Ulaştırma ve Altyapı Bakanı, bu onay yetkisini kullanırken, YİD sözleşmelerinin Anayasaya, 3996 sayılı Kanuna ve bu Kanunla ilgili anılan Karar'a uygun işlemde bulunacaktır. Bu hükümler, bakan için YİD

(Y.15.CD 25.12.2016, 2013/1653–2016/2048, Görevi Kötüye Kullanma Emsal Kararları, k.31, mevzuatinyeri.com, erişim 22.01.2021.

[58] Genel olarak idari vesayet, Anayasanın 127. maddesindeki idari bütünlüğün sağlanması için merkezi yönetime, yerinde yönetim kurumları üzerinde sağlanan denetim yetkisi olarak tanımlanabilir. İdari vesayet yetkisi, onama, izin verme, denetim ve yasada belirtilen diğer şekillerde kullanılmaktadır.

sözleşmelerini onaylama yetkisini kullanma görevinin gereğini düzenleyen kurallardır^[59].

Bakanın YİD sözleşmelerine onay vermesinde, görevin gereğine ilişkin belirtilen hükümlere uygun davranması gerekir. Bakanın bu kurallara aykırı davranması, YİD sözleşmelerine onay verme görevinin gereğini getirmeye aykırı davranma oluşturur. Bu görevin gereğine aykırı davranma sonucunda kişilerin mağduriyeti veya kamu zararı veya haksız kazanç sağlanması unsurları da gerçekleşirse, Bakan için görevin gereğini kötüye kullanma suçu (TCK 257/1) oluşur^[60]. Bu nedenle **bakan, tartışmalı köprüler ve tünel gibi YİD sözleşmelerini onaylarken, salgın mücbir sebebinin sözleşmeye konulup konulmadığını veya mücbir sebeplerin sınırlı değil örnekleme şeklinde olup olmadığını denetlemek, konulmamışsa onay vermemek ve mücbir sebebin sözleşmeye konulmasını sağlamak için sözleşmeyi idareye geri çevirmelidir**. Çünkü Bakan, Anayasanın 166/II hükmü ile 3996 sayılı Kanun ve anılan Karar'ın 26. maddesi gereğince, mücbir sebep unsuruna yer verilen YİD sözleşmelerine onay verme yetkisini kullanmalıdır.

Genelde **Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir** (1 nolu CBK 503/1). “Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımını amacıyla, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel faaliyetlerine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla

[59] Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görevlerinden birisi, “Kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle verilen diğer görevleri yapmak”tır (1 nolu CBK 474/1-h).

[60] “Bu düzenlemelerden Bayındırlık ve İskan Bakanının, emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu olduğu, bakanlık merkez, taşra ve yut dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarının faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplamakla denetlemekle yetkili ve görevli olduğu anlaşılmaktadır” “Ancak, Bakanın cezai sorumluluğu için isnat edilen eylemin Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmesi ve sanığın bu eylemlere katılmış olması şarttır. Bir başka ifade ile Bakanın genel müdürlük görevlilerinin yaptığı tüm işlemlerden dolayı cezai yönden sorumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. .. yukarıda belirtilen genel sorumluluğun yanında Bakanın vermiş olduğu ihale Olur'larından dolayı doğrudan sorumluluğu bulunmaktadır” (Yüce Divan 05.10.2007, 2004/4-2007/2 s.94, 96 www.anayasa.gov.tr).

işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumludur” (1 nolu CBK 503/2)^[61].

Ulaştırma ve Altyapı Bakanı, yukarıdaki görevinin gereği olarak bakanlığa bağlı kuruluşun YİD sözleşmelerinin uygulanmasını denetlemekle görevlidir^[62]. YİD projelerinin sözleşmeleri ve uygulamaları genel eleştiri konusudur. Covid 19 küresel salgını, tüm dünya ekonomisiyle birlikte ülke ekonomisini de olumsuz etkilemiştir. YİD projeleri sözleşmelerinin uygulanmasında, Covid 19 salgınının bir etkisi görülmemiş, verilen araç garanti sayısı ödemeleri, belirtilen sokağa çıkma yasağına karşın yapılmıştır.

Ulaştırma ve Altyapı Bakanı, yukarıdaki denetleme görevi gereğince veya ihbar ve şikayet yolu ile bilgi edindiği tartışılan YİD sözleşmelerinin uygulamalarını denetlemek, bu sözleşme kurallarına uyulmasını sağlamak ve bununla ilgili önlemleri almak, kuralları uygulamayanlar hakkında işlem başlatmakla görevlidir^[63]. Özellikle basında yer alan haberler ihbar kabul

[61] Yüce Divan, bir bakanın “SSK fonlarını ilgili mevzuata, Yıllık Finansman–Yatırım programlarına ve Bakanlar Kurulu ile Yönetim Kurulu Kararlarına aykırı olarak belirli bankalara yatırılması suretiyle görevini kötüye kullandığı” sonucuna varmıştır (Yüce Divan 13.04.1982, 1981/1-1982/2 s.394 www.anayasa.gov.tr).

[62] “Bayındırlık ve İskan Bakanı, Karayolları Genel Müdürlüğünün ihale işlemlerinden doğrudan sorumlu olmamakla birlikte, yukarıda belirtilen düzenlemelere göre Bakan, bakanlığının bağlı kuruluşu olan Karayolları Genel Müdürlüğünün faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir” (Yüce Divan 26.05.2006, 2004/5-2006/2 s.90 www.anayasa.gov.tr).

[63] “Sanık Bakan, .. Başbakanlık Genelgesi ile kendisine bağlanan T. Halk Bankası’nı 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun’un 21/3. maddesi gereği, en üst amir olmak sıfatıyla faaliyet ve işlemlerinden sorumlu ve hesaplarını denetlemek ve aynı zamanda KİT olması nedeniyle 233 sayılı KHK’nin yönetim ve denetim hükümleri gereği anılan Bankanın kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygunluğunu gözetlemek ve ayrıca aynı Yasa’nın 40/2. maddesi gereğince de teftiş ve tahkike tabi tutmakla görevlidir. Bu görev alanına sahip Bakan’a incelemeler ve soruşturmalar hakkında izin verip vermeme konusunda yasayla takdir yetkisinin tanındığı tartışmasızdır. Takdir yetkisi, kamu yararı ile sınırlı ve amacına hizmet edecek biçimde görev gereklerine uygun kullanılmalı, yargı denetimini işlevsiz hale getirmemeli, yetkinin bu sınırlar çerçevesinde içinin doldurabilmesi ve hakkın suiistimal edilmemesi için önlem, tespit, teftiş, yeniden değerlendirme, belge ve bilgi isteme hakkı doğal olarak kullanılabilir. Bu amaçla olayları araştırma ve ön incelemenin istenilmesi Bakan’a tanınan yetkinin en doğal sonucudur. .. Her

edilerek gerekli inceleme ve denetlemenin yaptırılması, bakan için belirtilen denetleme görevinin gereğidir^[64]. Aksi takdirde, **bakanın belirtilen denetleme görevini ihmal ederek, Covid 19 mücbir sebebinin uygulanmamasını önlemeyerek, belirtilen yasağa karşın yapılan ödemelerden oluşan kamu zararı ve haksız kazanç nedeniyle, görevin gereğini ihmal suçundan sorumluluğu doğacaktır** (TCK 257/2).

Son olarak, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yürütmeden tek başına yetkili ve sorumludur. “Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir” (AY 104/I-2). “Cumhurbaşkanı, ... Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eder” (AY 104/II). “Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir” (AY 104/VIII). Yeni sistemde Cumhurbaşkanı bakanların amiridir ve bakanlar emri altındadır. Dolayısıyla, bakanların ve bakanlıkların hiyerarşik denetimini sağlamakla görevlidir^[65]. Bu bağlamda, yukarıda Ulaştırma Ve Altyapı Bakanının YİD sözleşmelerinin uygulanmasından doğan cezasal sorumluluğu için yapılan açıklamalar, Cumhurbaşkanının hiyerarşik denetim görevi için de geçerlidir (AY 105)^[66].

şeyden önce, başta Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve iç mevzuat gereği, hakkında soruşturma izni istenen kişilerin bu iddia ile ilgili savunmalarının ve diğer kanıtların ortaya konulmasına fırsat verilerek takdir yetkisinin buna göre belirlenmesi hukuksal bir zorunluluktur” (Yüce Divan 31.03.2006, 2004/1-2006/1 www.anayasa.gov.tr).

[64] “Karayolları Genel Müdürlüğünün yapmış olduğu ihalelerle ilgili ihbar ve şikayetlerin gereğini yapmamak, Bakanın denetim görevi kapsamında sorumluluğunu gerektiren bir husustur” (Yüce Divan 05.10.2007, 2004/4-2007/2 s.96 www.anayasa.gov.tr).

[65] “Cumhurbaşkanı–Bakan ilişkisinin hukuki niteliğinin bir sonucu olarak Cumhurbaşkanı Bakan’ın işlemleri üzerinde onaylama–onaylamama, reddetme, değiştirme ya da kaldırma gibi yetkilere sahip olabilecektir. Bu yetkiler, hiyerarşik yetkisinin beraberinde getirdiği olağan ve genel yetkililerdir. Bu yetkilerin ayrıca herhangi bir norm aracılığıyla verilmesine gerek de yoktur. Hiyerarşik üst konumundaki Cumhurbaşkanı, Bakanın işlemleri üzerinde sahip olduğu bu yetkiyi kendiliğinden kullanabileceği gib, şikayet ya da başvurusunu üzerine de kullanabilecektir” (ÇAKIR, Hüseyin Melih: Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı–Bakan İlişkisi, s. 52, www.academia.edu/3863403.., erişim 12.02.2021).

[66] Parlamenter hükümet sisteminde Başbakanın yetki, görev ve sorumluluğunun yerini, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının yetki, görev ve sorumluluğu almıştır. Anayasanın 105. maddesinde yapılan değişiklikle, Başbakan da olduğu gibi, Cumhurbaşkanı için de tam ceza sorumluluğu getirilmiştir. Buna göre,

C) Yetkililerin YİD Sözleşmelerinde Covid 19 Salgını Mücbir Sebebinin Uygulanmamasından Doğan Hukuksal Sorumlulukları

Kamu görevlisinin görevi sırasında iki türlü zarara neden olması söz konusudur. İlki görevlilerin görevleri sırasındaki kusurlu eylem ve işlemlerinden kişilerin zarara uğratılmasıdır. Kişilerin uğradıkları zararlardan sorumluluk, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde^[67] düzenlenmiştir. Bu sorumluluk, hizmet kusuru ve kişisel kusura dayanan sorumluluk olarak ayrılmaktadır. İkincisi ise, görevlilerin görevlerindeki kusurlarıyla idareye verdikleri zarardan doğan sorumluluktur.

Kamu görevlisinin idareye karşı sorumluluğu, 657 sayılı Kanunun Kişisel sorumluluk ve zarar başlıklı 12. maddesindeki koşullara bağlıdır. “Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak

Başbakanın cezasal sorumluluğuna ilişkin kurallar ve uygulama, Cumhurbaşkanının cezasal sorumluluğu için uygulanabilecek ve yol gösterici olacaktır. Yüce Divan'ın bir kararında Başbakanın cezasal sorumluluğu ele alınmıştır. “Başbakan; Bakanlar Kurulunun Başkanı, bakanlıkların ve Başbakanlık Teşkilatının en üst amiridir. Bu nedenle Başbakan'a, Başbakanlık Teşkilatı ve doğrudan kendisine bağlı birimlerce hazırlanan işlemleri tetkik etmek, emir ve direktif vermek, işlemlerin tamamlanmasından sonra da bu işlemler üzerinde değişiklik ve düzeltmeler yapmak ya da söz konusu işlemleri iptal etmek; bakanlık işlemleri yönünden ise bakandan işlemi geri almasını, değiştirmesini veya kaldırmasını istemek gibi yetkilerin mevzuatla tanındığı anlaşılmaktadır. Bakanlar da, bakanlık örgütünün en üst amiri olduğundan, Bakanlık teşkilatı üzerinde hiyerarşik bir yetkiye sahiptirler. Bu durumda Bakanların tasarlanan işlemleri teşkil etme, emir ve direktif verme, işlemlerin tamamlanmasında sonra da bu işlemler üzerinde değişiklik ve düzeltme yapma ya da söz konusu işlemleri iptal etme yetkisi bulunmaktadır. Bu belirlemelere göre Başbakan ve Bakanların yukarıda gösterilen görev ve yetkileri incelendiğinde; Hazine Müsteşarlığının, TMSF'nun işlemlerini denetleme yetkisine sahip olduğu açık olduğuna göre, TMSF tarafından yapılan Türkbank ihalesinden sanıkların sorumlu oldukları anlaşılmaktadır” (Yüce Divan 23.06.2006, 2004/2-2006/3 s.313 www.anayasa.gov.tr).

[67] 657 sayılı Kanun Madde 13/I: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”.

için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. / **Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.** / Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır” (657 s. K. 12/I-III).

657 sayılı Kanun’un 12. maddesinde idarenin zararı, 13. maddesinde kişilerin uğradıkları zararlar söz konusudur. Kamu zararı, yukarıdaki YCGK kararında 5018 sayılı Kanunun 71. maddesindeki tanım esas alınarak açıklanmıştır. Bu hükme göre, “Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem ve ihmal sonucunda kamu kaynağından artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır”^[68]. 657 sayılı Kanun’un 12. maddesindeki “genel hükümler”, Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleridir^[69]. İdarenin kamu görevlisine açtığı

[68] “Kamu personelinin İdareye karşı oluşacak doğrudan mali sorumluluğu 657 sayılı Kanun’dan önceki dönemde dahi tartışma götürmeyen ve üzerindeki fikirlerin ittifak içinde olduğu bir konudur. Anayasa’da hüküm altına alınmamış bu durum, kanun ve yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun’un 12 nci maddesi memurlar açısından İdare’ye karşı doğacak sorumluluğu düzenlemektedir. 657 md. 12 hakkında doktrinde yapılan yorum, bu maddenin içtihatla halihazırda uygulanmakta olan çözüm yolunun kanunlaştırılmasından ibare olduğudur. Madde, devlet memurlarının durumuna ilişkin olarak özel bir çözüm yolu getirmemekte, gerek ilk fıkrası gerek üçüncü fıkrası Duran’ın tabiriyle “malumun ilamı” olmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında “...” denilmektedir. Bu fıkra, devlet memurları açısından İdare’ye karşı oluşacak mali sorumlulukların temelini oluşturmakta, memura görevleri ve kamu mallarıyla ilgili bir özen yükümü getirmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında “...” denilmekte ve zararın ödettilmesinde bu konudaki “genel hükümlerin” uygulanacağı ifade edilmektedir” (ARTANTAŞ, Çağdaş: Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Hacettepe HFD 7 (1) 2017, s. 372, www.dergipark.org.tr erişim 23.01.2021).

[69] ONAR’a göre, memur hizmetin dışına çıkmak, kendine veya üçüncü kişiye menfaat sağlamak veya idareye zarar verme gibi bir niyetle ve bundan başka bir nedenle açıklanamayacak ağır kusurla idareye zarar verirse, kişisel kusurla haksız fiilden sorumlu olur. Aynı şekilde işlenen fiil hizmetin niteliğine yabancı ise, kişisel kusurlu olarak idareye karşı sorumluluk doğar (ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, İstanbul, s. 1205). Kanunun gerekçesinde, 12. maddeyle yürürlükteki düzenlemede önemli değişikliğe gidildiği, Fransa’dan farklı olarak idare hukuka göre değil, özel hükümlerin uygulanacağı ve adli yargının görevli olacağı kabul edilmiştir. İdare, memurun görevinden dolayı kendisine verdiği zararlarda, memura karşı resen tazmin yetkisine sahip değildir. İdare, rıza ile tazmin edemediği zararlar için, genel mahkemelerde haksız fiile dayalı dava açmak zorundadır. Kanunlarda, belirtilen genel

davalar, adli yargıda görülmektedir. Uygulanacak genel hüküm, Borçlar Kanununun 49. maddesidir. “Kusurlu veya hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” (BK 49/I)^[70].

Yetkililerin, YİD sözleşmelerinde mücbir sebep konulmaması veya Covid 19 salgını mücbir sebebinin bilerek ve isteyerek veya ihmalle ^[71] uygulanmayışından doğan idare zararı, kamu zararıdır. Yetkililerin, bu eylemleriyle idareye verdikleri zararlardan, 657 sayılı Kanunun 12. maddesi gereğince genel hükümlere göre sorumlu olacakları değerlendirilmektedir. Genel hükümler, Borçlar Kanununun 49. madde ve izleyen maddeleridir. Hukuka aykırılık, kişinin mal ve kişi varlıklarını koruma amacı taşıyan kurallar ve genel davranış normlarına aykırı davranmaktır^[72]. “Kusur,

hükümler dışında sorumluluk halleri varsa, bu özel hükümler uygulanacaktır (ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İstanbul, s. 1209-1210).

[70] “Kamu personeline rücu’un şartlarını da açıklamak lazım gelir. Bu şartların tespiti için memurun “kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği ile” İdare’yi zarara uğratmış olmasını aramaktadır. Borçlar Kanunu’nun 49 ncu maddesinde ise zararın “kusura ve hukuka aykırı bir fiille” olmuş olması aranmaktadır. İki ifade birbirini karşılıyor gibi görünse de Borçlar Kanunu’nun ifadesi daha doğrudur. Nitekim “kusur” kavramı, kasıt, ihmal ve tedbirsizliği de kapsamaktadır” (ARTANTAŞ, s. 374).

[71] “Yapılan soruşturmada, davalı görevlinin eylemi sonucunda davacı idarenin malvarlığında zararın gerçekleştiği açıkça tespit edilmiş ve bilirkişi raporu da bu yönü belirtmiştir. Ancak bir kimsenin görevli bulunduğu idareye karşı görevini yerine getirmede gerekli özeni göstermediği, sonunda kasıt ve yararlanması bulunmaması görev sebebiyle tazmin yükümlülüğünden kurtulacağı konusunda bir yasa kuralı yoktur. Orman işletmelerinin ticari isterlere göre işletileceği yasa ve tüzüklerinde gösterilmiştir. İşletmelerin bütün görevlileri bu itibarla tedbirli bir tacir gibi davranma zorunluğundadırlar. Bu zorunluğa aykırı davranış sonunda kasıtları olmasa bile verdikleri zararı tazmin etmek yükümlülüğündedirler. Esasen Borçlar Yasasının 41 inci maddesinde tazmin için kasıtlı koşulu aranmamış, savsama, olayda olduğu gibi dikkatsiz ve basiresiz davranış tazmin yükümlülüğü için yeterli görülmüştür. O halde mahkemenin yetersiz raporu esas tutarak davayı red etmesi bozmayı gerektirmiştir” (Y.3.HD 26.08.1970, 4536-3438, KARAHASAN, 1979, s. 92).

[72] “Haksız fiil hukuku bakımından hukuka aykırılık “kişinin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali”dir. .. Buna karşılık, mutlak haklar dışında kalan diğer menfaatlerin ihlalinin hukuka aykırı kabul edilebilmesi, objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun varlığına ve bu norm ile

hukuka aykırı sonucu istemek (kasıt) veya bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamaktır”^[73].

Yetkililerin sorumluluğuna konu YİD sözleşmesi ve uygulanmasında hukuka aykırılık, 657 sayılı Kanunun 12 ve Anayasanın 166/II hükümleri, 3996 sayılı Kanun ve bu Kanunla ilgili Karar kurallarına aykırı davranıştır. Bu hukuka aykırılık, TCK 257/1 ve 257/2’deki suçların görevin gereklerine aykırı davranma unsurunu oluşturur. Yetkililerin bu sorumluluktaki kusurları, hukuka aykırı sonucu isteyerek zarar konusu ödemeleri yapmak veya bu zararın oluşmaması için yapmaları gerekenleri ihmal etmeleridir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle YİD sözleşmelerinde mücbir sebebe yer verilmemesi veya Covid 19 salgını mücbir sebebinin belirtilen genel sokağa çıkma yasağına karşı uygulanmamasıyla görevli şirkete garanti edilen araç sayısı ödemeleriyle oluşan zarar, yetkililerin kusurlu ve hukuka aykırı davranışlarıyla oluşur. Dolayısıyla, yetkililer, belirtilen kusurlu ve hukuka aykırı davranışlarıyla haber yazısında belirtilen 89.903.000 ABD Doları ödemeyle oluşan kamu zararından idareye karşı hukuksal sorumluluk altındadırlar. Bu hukuksal sorumluluk, birden çok yetkilinin ortaklaşa veya çeşitli sebeplerle eylemleriyle oluşursa, yetkililerin zararın tazmininden dayanışmalı olarak sorumludur (BK 61).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1960 tarihli bir kararına göre, şartname gereğince işin idarenin kontrol mühendisinin gözetimi ve denetimi altında yaptırılması, yükleniciyi işi yapım kuralları ve tekniğine uygun yapma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. İşin denetimiyle ilgili mühendis ve denetimle ilgili kamu görevlilerinin gözetim ve denetim görevlerini savsalmalarından dolayı idarenin uğrayacağı zarardan 818 sayılı BK 41’e göre sorumludurlar. Buna karşılık, yüklenici de yapımdaki kusurdan doğan zarardan sorumludur. Burada hakların yarışması söz konusudur. Buna

ihlal edilen menfaat arasında ayrıca hukuka aykırılık doğmuş bulunmasına bağlıdır” (YİBBGK 26.07.2018, 2017/5-2018/8, lexpera.com.tr erişim 24.01.2021).

[73] “Kast, kusurun en ağır derecesidir. Failin hukuka aykırı sonucun bilincinde olduğu ve bu sonucu istediğini ifade eder. İhmal, hukuka aykırı soruncu arzu etmemesine rağmen bu sonucu meydana gelmesi için kendisini yeter derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemektedir” (YİBBGK 26.07.2018, 2017/5-2018/8).

göre, yüklenicinin yapım sözleşmesinden dolayı zararı tazmin etmesi, kamu görevlilerinin sorumluluğunu kaldırmamaktadır. Ancak, kamu görevlileri, yükleniciyle aralarındaki dayanışmalı (müteselsil) sorumluluk ilişkisi gereğince yüklenicinin ödediği tutar kadar ise, bu tutar kadar tazmin borcundan kurtulacaklardır^[74].

İdarenin işlemlerini hiyerarşik amir veya idari vesayet gereğince **denetlemekle görevliler, Covid 19 mücbir sebebinin YİD sözleşmelerine konulmasını veya uygulanmasını denetleyerek uygulanmasını sağlamakla yükümlüdürler.** Örneğin Ulaştırma ve Altyapı Bakanı, 3996 sayılı Kanununun 4/III hükmü gereğince, YİD sözleşmesinin imzalanmasına onay vermeden önce sözleşmeyi incelemeli, mücbir sebep unsurunun yer alıp almadığını denetlemeli, yer almaktaysa onaylamalı, aksi takdirde bu hükmün konulması için sözleşmeyi geri çevirmeli ve idareye göndermelidir. Aksi takdirde bakan, bu mücbir sebebin konulmayışından dolayı idarenin uğrayacağı zararlardan sorumludur.

Aynı şekilde, **YİD sözleşmelerinin uygulanmasının genel denetlemesiyle yükümlü olanlar, genel sokağa çıkma yasağının uygulandığı günler için Covid-19 mücbir sebebinden doğan garanti ödemelerinin**

[74] Bu nedenle, delil tespitine ilişkin raporlar ve yükleniciye açılan davada sorumlu tutulduğu zararın ve tazminatın miktarı tespit edilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir (Y.4.HD 11.01.1960, 949-215, KARAHASAN, 1979, s. 993-994). Diğer bir karara göre, davacı idare, yol inşaatı işinin yüklenici (A)'ya ihale edildiğini ve usulsüz fazla ödemede bulunulduğunu, bu usulsüz ödemeye davalılar İl Bayındırlık müdürü, mühendis ve sürveyan yetkililerin işin denetimi ve gözetimini savsmalarının neden olduğu iddiasıyla, usulsüz ödemenin tazmini için davalı yetkililere dava açmıştır. Mahkeme, ödemenin yükleniciye yapıldığı, davalılara dava açma zamanının gelmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, idarenin usulsüz ödemenin tazmini için, dilerse sözleşmeye dayanarak dava dışı yükleniciye, dilerse BK 41 ve diğer hükümlerine göre davalı yetkililere dava açmasının engelleyen bir yasa hükmünün bulunmadığını belirtmiştir. Diğer yandan, usulsüz ödemeye yüklenici ile davalıların birlikte neden olmalarında da, BK 50 ve 142. maddeleri gereğince dayanışmalı sorumlulukları nedeniyle, sorumlulara birlikte veya istediği davalıya dava açabilecektir. İdarenin zararı fazla ödeme yapıldığı tarihte gerçekleşmiştir. Bu nedenle, davaya devam edilip, gerçekleşecek zararın davalılardan tazmini yerine, bilirkişilerin hukuk konudaki görüşlerine dayanarak yüklenicinin dava edilmesinden söz edilerek davanın reddi bozmayı gerektirmiştir (Y.4.HD 09.10.1978, 12499-11119, KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, s. 208-209).

yapılmamasını, resen veya ihbar, şikayet veya benzeri yollarla bilgi edinmesi üzerine denetlemek ve sağlamak, aksi davranışta bulunanlar hakkında yasal işlemleri başlatmakla görevlidirler. Bu görevlilerin, belirtilen görevlerini yapmamaları durumunda, bu görevliler de açıklanan kamu zararına katkı payları oranında sorumludurlar. Bu kapsamda, **açıklanan kamu zararının tazmini için gerekli hukuk davalarının zamanaşımı süresinde açılmasını sağlamayarak, zararın zamanaşımına neden olanlar da bu kamu zararından hukuken sorumludur.** Bu denetleme görevinde olanlar arasında idarenin bağlı olduğu Bakan bulunmaktadır.

Bu bağlamda, tartışmalı köprüler ve tünel gibi YİD sözleşmelerinde ele alınması gereken bir konu, garanti edilen araç geçiş sayısının tespitinde kusurlu hareket edilip edilmediği ile ilgilidir. Bu tespit, kusurlu bir şekilde yapılmışsa, bu kamu zararına neden olacaktır. Haber yazıları ve resmi açıklamalar, köprüler ile tünelde olağan dönemlerde de garanti edilen araç geçiş sayısının sağlanamadığını göstermektedir. Bu durumda oluşabilecek zarar, olması gereken araç sayısı ile hatalı tespit edilen araç sayısı arasındaki araç sayısı için verilen garanti ödemeleri tutarı farkıdır. Bu konuyla bağlantılı diğer bir iddia, sözleşme bedelinin TL değil yabancı para birimi ile belirlenmesi veya TL olan bedelin sonradan yabancı para olarak değiştirilmesinden zarar doğmasıdır^[75]. Bu konu da incelenmelidir.

Son olarak, Covid 19 salgını, genelde köprüler ve tünel gibi YİD projeleri ile sağlıkla ilgili KOİ projelerine konu garanti edilen sayıların gerçekleşmesini önemli ölçüde engellemekte, sayılarda dikkate değer düşmelere neden olmaktadır. Bu durumun aşırı ifa güçlüğü içinde değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla, ifa güçlüğünden doğan hakların kullanılması gereği de incelenmelidir.

[75] “Üstelik tarifeler hem döviz kuru artışı hem de yabancı bir ülkenin enflasyonuna göre endeksteki artıştan doğrudan etkilenecek” (TOKER, Çiğdem: Geçiş Ücretleri, 20.01.2021, Sözcü).

SONUÇ

YİD projeleri, kanunla düzenlenmiş özel yatırım projeleridir. İdarenin bu yatırım ve yapım modelini seçmesi, takdir yetkisi ve yerindeliği ile ilgilidir. Bu projelerin kamu tarafını oluşturan idareler, projelerin sözleşmeleri ve uygulanmasında, ilgili hukuk kurallarına uyacaklardır. Bu kurallar içinde, sözleşmelere mücbir sebep unsurunun konulması ve uygulanmasına ilişkin kurallar da yer alacaktır. İdare, bu projelerde sözleşmelerden doğan haklarını, Anayasadaki “yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır” emredici hükmüne (AY 166/II) uygun şekilde kullanmakla görevlidir. İdarenin, bu Anayasa hükmü karşısında takdir hakkı yoktur, salt uygulama görevi vardır.

Covid 19 küresel salgını, mücbir sebeptir ve YİD sözleşmelerinde uygulanması gerekir. İncelemenin konusu yürütmenin küresel salgınla mücadelede aldığı önlemlerden olan belirli günlerde sokağa çıkma yasağı uygulamasının, bu sözleşmelere etki ve sonuçlarıdır. Bu uygulama ile bu yasak günlerinde araçlar trafiğe çıkarılmamaktadır. Bu nedenle, belirtilen YİD projelerine konu araç geçiş sayısı yok denecek kadar azalmaktadır. Buna karşılık, idareler, küresel salgın mücbir sebebinin uygulamamakta, garanti edilen günlük araç geçiş sayısı ödemelerini tam olarak yapmaya devam etmektedirler.

Belirtilen sokağa çıkma yasağından dolayı araç geçiş yapılamayışı, Covid 19 mücbir sebebine bağlı uygulama sonucudur ve YİD sözleşmeleri için sonradan ortaya çıkan geçici imkansızlık yaratmaktadır. Geçici imkansızlık, geçici sürelerde borçtan kurtulmayı sağlar. Bu nedenle idarenin, tartışmalı projelerde belirtilen nedenle garanti edilen ödemeyi yapmaktan kurtulması söz konusudur. İdare, Anayasa ve ilgili kurallardaki toplumun yararları ve gereklerine uygun davranma görevi kapsamında, mücbir sebepten doğan sözleşme haklarını kullanmakla görevlidir. İdarenin, bu haklarını kullanmaması belirtilen görevin gereğine aykırı davranma oluşturur.

Görevin gereğine aykırı davranma, görevle ilgili hukuk kurallarına aykırı davranmadır. İdare yetkilileri için görevin gereğine aykırı davranma, iki ayrı sorumluluğunun konusudur. İlki cezasal sorumluluktur. Yetkililerin, bu tartışmalı projelerde belirtilen küresel salgın mücbir sebebinden doğan sözleşme haklarını kullanması, yetkililer için görevin gereğine aykırı davranmadır. Yetkililerin sözleşme haklarını kullanmamaları ve sokağa çıkma yasağı uygulamaları günlerinde garanti ödemelerine devam etmeleri, kamunun

zararına ve karşılığına ilgili şirketin haksız kazancına neden olur. Bunun sonucunda, yetkililer için YİD sözleşmelerinde belirtilen hakların kullanıl-maması belirtilen iki unsurun gerçekleşmesine bağlı olarak, görevin gereğini kötüye kullanma suçunu (TCK 257/1) oluşturur.

Yetkililer, tartışmalı projelerin sözleşmelerinde görevin gereğine aykırı davranmaları ile idareye verdikleri zarardan dolayı, 657 sayılı Kanunun 12. maddesi gereğince genel hükümlere göre sorumludurlar. Bu genel hükümler haksız eylemle ilgili hükümlerdir. Sözleşme haklarının kullanıl-maması hukuka aykırılık, bu hukuka aykırı sonucu bilerek tam ödemeye devam edilmesi kusur unsurlarını oluşturur. Bu nedenle, yetkililer idare zararını tazminle yükümlüdürler.

Diğer yandan, idarenin bağlı olduğu bakan ve yetkilileri, idari vesayet veya idari hiyerarşi gereğince, idarenin YİD sözleşmeleri ve uygulamalarını, denetlemek ve gözetmekle görevlidirler. Bakan, idarenin ve yetkililerin katılmadığı eylem ve işlemlerinden doğrudan sorumlu değilse de, (a) bizzat katıldığı işlemlerden, (b) bu sözleşmelerle ilgili şikayet, ihbar, basın haberleri ve diğer yollarla bilgi edindiği konularda gerekli denetim ve gözetim görevini savsamasından dolayı sorumludur. Bakan; (a)'daki görevine aykırı davranışından doğan zarar veya haksız kazançtan TCK 257/1'deki suçtan, (b)'deki görevine aykırı davranışından doğan zarar veya haksız kazançtan TCK 257/2'deki suçtan sorumludur. Yüce Divan kararları bu konuda yol göstericidir.

İdarenin eylem ve işlemlerini denetlemekle yetkili olanlar ile idarenin yetkilileri, YİD sözleşmelerinde belirtilen mücbir sebepten doğan hakları kullanmayarak, kamunun zararına olanlar hakkında gerekli inceleme, soruşturma ve davaların açılmasını savsaklayarak, idarenin zararına neden olurlarsa, bu eylem ve işlemlerinden dolayı hem cezasal hem hukuksal olarak sorumludur. Bu sorumluluk, zarara doğrudan neden olanlardan ayrıdır ve bunlar arasında dayanışmalı sorumluluk söz konusudur.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin: Covid-19'un Borç İlişkilerine Ve Bazı Borçlar Hukuki Sözleşmelerine Etkisi, İ.Tic.Ü. Sos.Bil.D. Covid 19 Hukuk Özel Sayısı Yıl: 19 Sayı:38 Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek).

ARTANTAŞ, Çağdaş: Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Hacettepe HFD 7 (1) 2017, s. 372, www.dergipark.org.tr.

BOZ, Selman Sacit: Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli, İnönü Ü. HFD C.4 Sayı 2 2013, www.dergipark.org.tr.

ÇAKIR, Hüseyin Melih: Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı–Bakan İlişkisi, www.academia.edu/3863403.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, 4. Bası, İstanbul 1994.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / EŞİTLİ, Ezgi Aygün: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine Ve İşleyişine Karar Suçlar, Ankara 2014.

KAPLAN, İbrahim: Yap-İşlet-Devret İfa Engelleri, 05.05.2020, www.turhhukukkurumu.org.tr.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Davaları, İstanbul 1979.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981.

KÖSOĞLU, Mehmet: Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü / Hardship Klotları, İstanbul 2010, s. 13-16, www.nek.istanbul.edu.tr.

OĞUZ, Arzu: Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi, Terazi HD Cilt 15 Sayı: 166, Haziran 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Bası, İstanbul 2009.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Görevi kötüye Kullanma Suçu, TBBD sayı: 82 2006, www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, İstanbul.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İstanbul.

OSER, H. / SCHÖNENBERGER, W. : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (Çev. Ferid Ayiter), Ankara 1950.

ÖZÇELİK, Barış: Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, www.lexpera.

ÖZDEMİR, Gencer: COVID-19 (Koronavirüs) Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Terazi HD Cilt: 15, Sayı: 166, Haziran 2020.

ŞİRİN, Memduh Cemil: Yargı Kararlarına Göre İdari Sözleşmelerin Sona Ermesi Halleri, Haziran 2019, www.acikerisim.ybu.edu.tr.

TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku, Altıncı Bası, 1988.

TOKER, Çiğdem: Mücbir Sebep ve Büyüyen Zarar, 04.05.2020, Sözcü.

TOKER, Çiğdem: Geçiş Ücretleri, 20.01.2021, Sözcü.

TÜRKMEN, Nedim: Müteahhitlere Fahiş Geçiş Ücretleri.. Araç Garantisinin Yolu Londra'ya Düştü, 04.05.2020, Sözcü.

VON TUHR, Von Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.

YILDIRIM, Abdülkerim: Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi, Terazi HD Cilt: 15, Sayı: 165, Mayıs 2020.

YÜCEL, Özge: Covid-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri, Terazi HD Cilt 15 Sayı 166 Haziran 2020.

“Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilir” Kuralı Üzerine...

İbrahim Ö. **KABOĞLU***

* Prof. Dr. / Anayasa Hukukçusu.

2007’de Anayasa’da yapılan değişiklik, Cumhurbaşkanı’nın TBMM yerine doğrudan genel oyla seçileceğini öngördükten sonra, “*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralını getirdi (md.101/2)^[1].

Cumhurbaşkanı’nın genel oyla seçilmesini öngören madde 101, ilk kez Ağustos 2014 seçimlerinde, ikinci olarak Haziran 2018’de uygulandı.

6771 sayılı yasa ile 21.01.2017’de gerçekleştirilen ve 16 Nisan halkoylaması ile kabul edilen Anayasa değişikliği sırasında madde 101’de yeniden değişiklik yapıldığı halde, 2007’de konulan ve alıntılanan 2. fıkra hükmüne dokunulmadı.

Haziran 2023 Cumhurbaşkanlığı seçimleri veya seçimlerin daha önceki bir tarihte yenilenmesi varsayımı üzerine tartışmalarda, “doğal aday” olarak sürülen veya muhtemel adaylar üzerine dillendirilen görüşlerin madde 101 karşısındaki hukuki anlamı nedir?

Burada yanıtı aranan soru şudur: Ağustos 2014’te 24 Haziran 2018 seçimlerinde olmak üzere iki kez Cumhurbaşkanı (CB) seçilen ve halen görev başında bulunan kişi^[2], genel oyla 3. Kez yapılacak olan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde 3. Kez aday olabilir mi?

Anayasa madde 101’in aktarılan hükmü tartışmaya açık olmadığına göre, böyle bir soru yerinde mi ve bunun hukuki bir değeri var mı? Bu soruya iki açıdan yanıt aranabilir:

- **Hukuki yanıt** olarak birincisi, Anayasa düzenlemesinden kaynaklanıyor: “*Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde Cumhurbaşkanı bir kez daha aday olabilir*” (md.116)^[3].

Buna göre, bu anayasal düzenleme gereğince, Haziran 2023’ten önce seçimlerin yenilenmesine eğer TBMM karar verir ise, 2014’te ve 2018’de

[1] Anayasa madde 101/2; Değ.: 31.5.2007-5678/4 md.

[2] Ağustos 2014’te Cumhurbaşkanı seçilen Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, Haziran 2018 seçimlerinde 2. Kez aday olarak yeniden Cumhurbaşkanı seçildi.

[3] Bu hüküm, 2017 değişikliğinde kabul edildi. Bkz.: Any., md.116, Değ.: 16/4/2017-6771/11 md..

seçilen ve halen görev başında bulunan Cumhurbaşkanı, bir kez daha yani üçüncü kez aday olabilir.

- **Siyasal nitelikte** olan ikinci yanıt ise, 2017 Anayasa değişikliğine yüklenen siyasal anlamdan kaynaklanıyor. Bu görüş, şu varsayımdan hareket ediyor: 2017 Anayasa değişikliği, parlamenter rejim yerine Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi (CBHS) öngördüğüne göre bu değişiklik sonrasında yapılan 24 Haziran 2018 seçimleri, görevde olan Cumhurbaşkanının seçilme sayısı ve görev süresini yeniden başlatmıştır.

Bu durumda konu, hukuki durum ve siyasal açıdan nasıl değerlendirilebilir?

I. ANAYASAL VE HUKUKİ DURUM

7 Kasım 1982 tarihinde halkoyu ile kabul edilen 2709 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, 1987-2017 arası 19 kez değişiklik geçirdiği halde yürürlükte dir. Bunun Anayasa hukuku açısından anlamı şudur: **Anayasa'da değişiklikler yapıldı; ama Anayasa değiştirilmediği için**, 1982 Anayasası yerini bir başka anayasaya bırakmadı^[4].

1982 Anayasası değişiklikleri, izlenen usul ve içerik bakımından iki grupta toplanabilir:

- **1987-2004:** Siyasal uzlaşma sağlanarak TBMM'de kabul edilen ve onaylanan değişiklikler^[5].
- **2007-2017:** TBMM'de siyasal partiler arasında uzlaşma yerine halkoylaması yoluyla ve çatışmacı bir yaklaşımla gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri^[6].

[4] Tarihimizde beş kez, yeni Anayasa yürürlüğe kondu ve yürürlükteki Anayasa yenilendi: 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982. Bu itibarla 1982 Anayasası, yerine yeni bir anayasa yürürlüğe konuncaya kadar yürürlükte kalacaktır.

[5] İktidarın sınırlama ve özgürlükleri pekiştirme yönünde yapılan değişiklikler, 1982 Anayasası'nın 'daha çok iktidar, daha az özgürlük' şeklinde yapılan nitelemesinden uzaklaşma anlamını taşımaktadır.

[6] İktidar ve iktidarın kişiselleşmesi ekseninde yer alan değişiklikler, 2017 değişikliği ile, hükümetin lağvedilmesi ve kurul halinde (toplu) işleyen siyasal karar düzeneklerinin kaldırılmak suretiyle, Devleti temsil ve hükümete ilişkin bütün yetkilerin tek kişide toplanması ile sonuçlanmış bulunuyor.

Cumhurbaşkanı seçimi ve yeniden adaylık konusu, ikinci yelpazede yer alan değişikliklerle gündeme gelmiş bulunuyor. Anayasal durum kısaca şudur:

1. Cumhurbaşkanı Seçimi ve İstisnası

Anayasal düzlemde Cumhurbaşkanı'nın görev dönemleri açısından belirsizlik bulunmamakla birlikte, anayasal bilgi kirliliğinin önüne geçmek açısından, konuyu açıklığa kavuşturmakta yarar var.

1982: “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde, ... yedi yıllık bir süre için seçilir” (md.101/1).

“Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez” (fıkra 3).

2007: “Cumhurbaşkanı, ... doğrudan halk tarafından seçilir” (md.101/1).

“Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” (fıkra 2).

2017: Cumhurbaşkanı ve TBMM seçimleri, TBMM veya Cumhurbaşkanı tarafından yenilenebilir. TBMM tarafından, ancak “üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile karar verilebilir” (md. 116).

“Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir” (md.116/3).

Bu düzenlemelerde anayasal ve/ya hukuki sorun, “en fazla iki defa seçilebilir” kuralına, TBMM tarafından yenilenmesi kaydıyla getirilen bir istisna olup bu, tartıştığımız sorunun dışında yer almaktadır^[7].

Hemen belirtelim ki, böyle bir istisna Anayasa'da kişi için öngörülmemiş olmadığı gibi konuyla ilgili her hangi bir geçici madde de öngörülmemiştir. Seçimlerle ilgili olarak öngörülen geçici maddeye de herhangi bir ayrıksı ekleme yapılmamıştır. Dahası, madde gerekçelerinde veya genel gerekçede konuyla ilgili bir kayıt da düşülmüş değildir^[8].

[7] Bununla birlikte, eğer 2017 Anayasa değişikliği, bir biçimde Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulsa idi, bu fıkra da, “Anayasaya aykırı anayasa değişikliği” başlığı altında gerçekleştirilebilirdi.

[8] “Geçiş maddesi” olarak yazılan konuyla ilgili hüküm şudur: “GEÇİCİ MADDE 21 – A) Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27’nci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi 3/11/2019 tarihinde birlikte yapılır. Seçimin

Öte yandan, 24 Haziran 2018’de yapılan erken seçimlerde 6771 sayılı Kanun^[9], üç maddesi dışında henüz yürürlüğe girmiş olmadığı için, 24 Haziran Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri, yürürlükteki anayasal düzenin bağlayıcı özelliği (normativite) üzerinde herhangi bir sonuç veya etki yaratmamıştır^[10].

2. Yasal Düzenleme: Sürenin Hesaplanması ve Yasa ile Öngörülen İstisnası

6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi kanununda 2018’de 7140 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik, Anayasa’nın anılan hükmünü tekrar ediyor:

“Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. Ancak Cumhurbaşkanı’nın ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi hâlinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.” (Değişik: 25/4/2018-7140/3 md.)^[11].

Bu madde 6. fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde görev süresine ilişkin olarak Anayasa’da yer almayan bir tanım yapıyor:

(6) Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması ve Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimine bir yıldan fazla süre kalması hâlinde, Cumhurbaşkanı seçimi, makamın boşaldığı günden sonra gelen kırkbeş gün içindeki son Pazar günü yapılır. Bu şekilde seçilen Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi seçim tarihine kadar görevine devam eder.

yapılacağı tarihe kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ve Cumhurbaşkanının görevi devam eder. Meclisin seçim kararını alması halinde 27 nci yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır”.

[9] TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN (Kanun No. 6771; Kabul Tarihi:21/01/2017).

[10] Geçiş hükümlerini, madde 18’de; b) 75, 77, 101 ve 102 nci maddelerinde yapılan değişiklikler, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte, (...) yürürlüğe girer” biçiminde oldukça ayrıntılı bir düzenlemeye bağladığı halde, görevdeki Cumhurbaşkanı konusunda doğrudan ve dolaylı olarak herhangi bir kayıt düşmemiş olması, anayasal devamlılık ilkesinde Cumhurbaşkanının seçilme sayısı bakımından herhangi bir değişiklik olmadığını teyit etmektedir. Aslında “en fazla iki defa” kuralı Anayasa madde 101/2 var olduğu sürece, bir istisnai kayıt konulması da ihtimal dahilinde olamazdı.

[11] Görüldüğü üzere, tıpkı Anayasa gibi 6271 sayılı yasa ayrı bir düzenleme öngörmüyor.

Kalan süreyi tamamlayan Cumhurbaşkanı açısından bu süre dönemden sayılmaz.”

Görüldüğü üzere, 2017 Anayasa değişikliğinden sonra 7140 sayılı yasa ile yapılan düzenleme de Cumhurbaşkanı'nın görev sürelerini pekiştirmiş bulunuyor. Tıpkı, 2017'de Anayasa'ya konmuş olan 3. Döneme ilişkin “**kayıtlı istisna**” gibi yasa ile öngörülen “**kalan süreyi tamamlama**” istisnası, anayasal açıdan tartışılabilir; ne var ki konumuz bakımından görüşümüzü pekiştirici bir etkiye sahiptir. Çünkü Anayasa ve yasa ile konulan bu ikili ayrık düzenlemeye karşın görev başındaki Cumhurbaşkanı'nın görev süresine ilişkin olarak geçici madde ekleme yoluyla da olsa her hangi bir ayrık düzenleme öngörülmesi değildir.

3. Seçimlerin Yenilenmesi ve Anayasal Kuralların Sürekliliği

Bu durum karşısında, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir kuralı, ikinci görev döneminde olan Cumhurbaşkanı için geçerli olacaktır.

Görevdeki Cumhurbaşkanı, Ağustos 2014 ve Haziran 2018'de “**iki defa**” seçildi.

Buna karşılık, eğer seçimlerin yenilenmesine Cumhurbaşkanı karar verir ise, ikinci görev döneminde olan Cumhurbaşkanı, üçüncü kez aday olamayacaktır.

Bu kural, zamanında yapılacak seçimler için de geçerlidir: Haliyle aynı kişi, Anayasa'nın açık ve herhangi bir ayrık düzenleme içermeyen bağlayıcı hükmü gereği, Haziran 2023 seçimlerinde aday olamayacaktır.

Özetle, 2. Dönem görevini yerine getirmekte olan Cumhurbaşkanı, yeniden aday olmasına ilişkin **tek ayrık durum, Meclis'in yenileme kararıdır**: “*Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.*”

Karar yeter sayısı, TBMM üye tamsayısının 3/5 çoğunluğu olduğuna göre, yenileme kararı için, 360 vekilin oyu gereklidir.

Durum hukuken bu denli açık olduğuna göre, görevdeki Cumhurbaşkanı'nın görev dönem sayısı ile ilgili tereddüt veya tartışma nereden kaynaklanıyor?

Bunun için kullanılan başlıca gerekçe, *2017 Anayasa değişikliğidir*. Bu görüş şöyle özetlenebilir: *2017 Anayasa değişikliği, parlamenter rejimi kaldırarak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" (CBHS) öngördüğüne göre, parlamenter rejim döneminde seçilen Cumhurbaşkanı'nın görev dönemi, CBHS döneminde yapılan seçimde hesaba katılmaz.*

Bu görüş, anayasal hükümlerin üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile bu normativate durumunun herhangi bir kesintiye uğramamış olması ve sürekliliği karşısında ne ölçüde geçerlidir? Yanıt için şu üç saptama yapılabilir:

Bir kez, 2007 Anayasa değişikliği ile getirilen ve “**Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir**” (md.101/2) şeklindeki “kişi temelli düzenleme” yi yansıtan ve “en fazla” sıfatı ile, ayrı bir düzenleme ve uygulamaya olanak tanımayan hükme, ne 2017 Anayasa değişikliği, ne de 2018 yasa değişikliği herhangi bir biçimde kayıt düştü. Dolayısıyla, bu açık normatif durum karşısında, hükümet sisteminin değişmiş olması, ad olarak aynı makam için ve sayım yoluyla belirlenen seçim sayısı kuralını değiştirmez^[12].

Sonra, anayasal düzenin ve Devlet (hukuk) ile özdeşleşen Cumhuriyet'in sürekliliği geçerlidir. **Türkiye Cumhuriyeti ve Hukuk Devleti, hiçbir biçimde kesintiye uğramadı. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralı** (md.11) hep yürürlükte oldu. Sözün özü, anayasal durum açıktır ve ikinci dönemde görevde bulunan Cumhurbaşkanı, hukuken 3. kez aday olamaz.

Nihayet, yürürlükte olan Anayasa, 7 Kasım 1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıdır. 2017'de **Anayasa değiştirilmedi veya yenilenmedi; sadece “Anayasa'da değişiklik” yapıldı.**

Sonuç olarak; Anayasa'nın üstün ve bağlayıcı bu hükümleri karşısında, herhangi bir anayasal normatif değer taşımadığı gibi anayasal dayanağı bulunmayan bir kavram olarak Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi (CBHS),

[12] Öte yandan, 2017 değişikliğinin, seçimlerin öne alınması ve yenileme kararının TBMM tarafından verilmesi durumunda, görevdeki Cumhurbaşkanı'na tanınan 3. Kez aday olma olanağını tanıyan ayrı bir düzenlemenin, “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmüne aykırı olduğu da öne sürülebilir. Çünkü “en fazla” kaydı, Cumhurbaşkanlığı süresine değil, seçilme sayısına ilişkindir.

olsa olsa siyasal açıdan değerlendirilebilecek bir kavram olup, yürürlükteki amir anayasal hükümleri değiştirici bir etkiye sahip değildir.

II. SİYASAL VE DEMOKRATİK AÇIDAN

Hukuken ve anayasal olarak açık olan durum, siyaset ve demokrasi açısından nasıl değerlendirilebilir?

Bu soruya yanıt, haliyle ‘Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ (CBHS) bağlamında aranmalıdır.

Çünkü, görevdeki Cumhurbaşkanı’nın yeniden aday olabileceği görüşünü öne sürenler, bu görüşlerini Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kavramı ile meşrulaştırma ve haklılaştırma çabası içindeler; oysa CBHS, siyasal bir adlandırma olup, belirtildiği üzere Anayasa’da öngörülmediği gibi siyasal veya anayasal gerçeklikle de örtüşmemektedir. Bu örtüşmememe durumu, böyle bir sistemin karşılaştırmalı anayasa hukuku veya siyaset bilimi terminolojisine yabancı olmasından kaynaklanmıyor; anayasal düzenlemenin yanlış nitelenmesinden ileri geliyor:

“*Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*” (md.104/1).

Bu madde ile Devlet yönetimi (siyaset üstü ve tarafsız Cumhurbaşkanı) ile yürütme (siyasal karar mekanizması ve aktif günlük işler) birleştirilerek, demokratik hukuk devletinin doğuşu ile örtüşen tarihsel süreçte ortaya çıkan kurumlar ve kurallar ilga edildiğinden, 2017 değişikliğinin yarattığı anayasal konfigürasyon (yapılandırma), Anayasa hukukunun teknik deyimleriyle ne Cumhurbaşkanlığı makamı ne de Hükümet öngörmektedir^[13].

[13] Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi (CBHS), kavram olarak, “Hükümet”in resmen kaldırılmasının ardından, 7142 sayılı Kanun gerekçesinde kullanıldı. 1 no’lu CBK düzenlemesinden sonra, Bakanların Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması, “kabine” olarak nitelendi. “**Kabine**” ise, günümüzde, genel siyaseti belirleme sorumluluğunu başbakan ile paylaşan ve tam bir dayanışma içinde olan ekibi ifade eder. Anayasa madde 104/2’nin tanımladığı yürütme, **hükümet** tanımı ile de örtüşmemektedir. “Eşgüdüm içerisinde bulunan kurumlar bütünü” şeklinde tanımlanan **sistem** ve 6771 sayılı Kanun düzenlemesi arasında bir ilişki yoktur. Aslında 2017 Anayasa konfigürasyonunun özü, kurumlar eşgüdümünü değil, bütün kurumları bir kişinin güdümüne koyma gerçeğini yansıtıyor. Anayasal düzlemde hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin ikinci plana atılması da, güdümlü yapıyı pekiştiriyor. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İ. Kaboğlu, *Yasama Yetkisi*

III. DEĞERLENDİRME: DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNE GİDEN YOL, ANAYASA'YA SAYGIDAN GEÇER

Hukuk ve politika ayırımının farkındalığı ile yapılacak bir tartışmanın, şu veya bu biçimde erken seçim kararının alınması durumunda, Yüksek Seçim Kurulu'nun Anayasa dışı bir karara sürüklenmemesi için, sürecin, şimdiden doğru anayasal bilgi ile pekiştirilmesinde yarar var.

2017 Anayasa değişikliği, demokratik hukuk devletinin asgari gerekleri olarak, görev + yetki + sorumluluk ilkeleri, hesap verebilir hükümet veya denge ve denetim düzenekleri bakımından Anayasa madde 2 ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, “değişmez anayasal hükümler bloku” içinde yer alan madde 2 ve “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü”nü düzenleyen madde 11 yürürlüktedir. Bu nedenle, 2017 değişikliği anayasal düzeni, çoğulcu siyasal rejimin temel gerekleri ile bağdaşmayan maddeler içerse de^[14], bunları Anayasa'nın amir hükümleri ışığında yorumlamak, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığının temel bir gereğidir.

Bu tartışmayı, görev başındaki Cumhurbaşkanı kişiliğinden bağımsız olarak, anayasal devlet olmanın asgari gerekleri açısından yapmak^[15], demokratik hukuk devleti ereğinde, araç ve amaç arasındaki tutarlılığın bir gereğidir.

Devredilemez (27. Yasama Dönemi Uygulaması: Temmuz 2018-Aralık 2019), CHP yay., Mart 2020, s.36-38.

[14] Bağdaşmazlık, özellikle anayasal denge ve denetim düzeneklerinin asgari gereklerini yansıtmaması, hesap verebilir bir yürütme öngörmemesi ve yönetimde görev + yetki + sorumluluk ilkesini gereklerini ihmal etmesi yönlenlerinden ele alınmalıdır.

[15] Bu nedenle, “doğal lider” nitelemesi, bir siyasal slogan olarak kullanılabilir; ancak, Anayasa'nın amir hükümlerine saygı göstermek, Anayasa madde 11'in gereğidir.

DÜZELTME GEREKÇESİ:

Bu makale, 01.05.2014 tarihinde yayımlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2014/3 sayısında hakemsiz makale olarak yer almasına rağmen, 03.01.2018 tarihinde DergiPark sistemine hatayla hakemli makale olarak yüklendiği tespit edilmiştir. Akademik atıflarda sorun yaratmaması amacıyla **HAKEMSİZ MAKALE OLARAK DÜZELTİLMİŞTİR.**

Uluslararası Karayolu Taşıma Hukuku Uygulamaları ve İktisadi Etkileri

Hakan **BEZGİNLI***

* Avukat, Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyesi.
TOBB Ulaştırma ve Lojistik Sektörü Uluslararası Karayolu Taşımalarından Sorumlu Bşk. Yrd.

ULUSLARARASI TAŞIMACILIK SEKTÖRÜ VE İŞ HUKUKU UYGULAMALARI

Uluslararası taşımacılık sektörü kamusal anlamda ülkemizin menfaatlerine ve dış ticaretine yönelik hizmet veren en önemli sektörlerden biridir.

Uluslararası taşımacılık sektörü ülkemizin dış ticaretine yönelik ithalat-ihracat ve uluslararası taşımacılık üçlü saç ayağının atar damarıdır. En temel direğidir.

Bu anlamda; lojistik sektörü son yıllarda ülkemizde ve dünya ölçeğinde en yüksek katma değer yaratan bir sektördür.

ULUSLARARASI TAŞIMACILIK SEKTÖRÜNDE SÜRÜCÜLERİN İSTİHDAMI VE AÇILAN DAVALARIN SONUÇLARI

Ülkemizin 2023 yılına yönelik 500 milyar dolarlık ihracat hedefinin gerçekleştirilmesinde kilit rol oynayacak olan ve yan sektörleri ile birlikte 400 bin kişiye istihdam sağlayarak ülkemiz ihracatının %40 taşıyan sektörümüze zarar veren ve özellikle çalışma barışını zedeleyen davalar ülkemiz hedeflerini açıkça sekteye uğratmaktadır.

Özellikle son yıllarda uluslararası karayolu taşımacılığı sektöründe çalışan sürücüler tarafından geçmiş dönemlerde ve halen çalıştıkları firmalara karşı açtıkları tazminat ve tespit davaları sektörde faaliyet gösteren uluslararası taşımacılık firmalarının çok yüksek miktarlarda haksız ödemeler yapmalarına ve büyük ölçüde mağduriyetlerine sebebiyet vermektedir.

Netice olarak uluslararası taşımacılık sektöründe istihdam edilen sürücüler tarafından açılan davalar sonucunda bir anlamda büyük ölçüde kamusal kayıplar doğmakta ülkemizin dış ticareti ve ihracatı menfi yönde etkilenmektedir.

2023 yılı ülke hedeflerimizin gerçekleştirilmesi, 500 milyar dolarlık ihracat hedefimizin gerçekleşmesi imkansız hale gelmektedir.

ULUSLARARASI TAŞIMACILIK SEKTÖRÜNDE YAŞANMAKTA OLAN BU BÜYÜK SORUNLAR VE SONUÇLARI

1. Uluslararası taşımacılık sektöründe yeni yatırımlar yapılmamaktadır. Böylece mali anlamda vergisel yönden kamusal gelirler düşmektedir.
2. Yeni istihdam ve katma değer yaratılması imkânı ortadan kalkmakta, aksine istihdam artışında önemli ölçüde azalma eğilimi doğmaktadır.
3. Uluslararası taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren önemli ölçüde saygın ve köklü firma son yıllarda sektörden çekilme, yurtdışına yönelme veya başka sektörlerde yatırım yapma, bu anlamda faaliyetlerine son verme seçeneğini tercih etmektedirler.
4. Uluslararası taşımacılık firmalarının bir kısmı yatırımlarını yurtdışında realize etmekte Gürcistan, Azerbaycan, Rusya, Bulgaristan, Makedonya gibi ülkelerde faaliyet gösterme alternatifini tercih etmektedirler.
5. Ülkemizin dış ticaretinde ihtiyaç olan uluslararası taşımacılık hizmetine yönelik navlun ödemeleri anlamında dövizimiz yurtdışına gitmekte ve ülkemiz büyük bir döviz kaybına uğramaktadır.
6. Son olarak yaşanan bu büyük sorunlar uluslararası taşımacılık sektörüne yatırım yapılması anlamında bir zaafiyet doğmasına sebebiyet vermekte olup ülkemizin bu ihtiyaçlarını yabancı kaynaklardan karşılaması ve yabancı araçların yüksek tutarlarda oluşan navlun talepleri direk olarak ülkemizin dış ticarete ve ihracatta uluslararası rekabet imkanlarını olumsuz yönde etkilemekte, ihracatımızda belirlenen hedeflere ulaşamaması neticesini doğurmaktadır.

Uluslararası taşımacılık sektörünün ülkemiz 2023 yılı ihracat hedeflerinin gerçekleştirilebilmesi açısından bir an önce geçmişten gelen sorunları arkada bırakması ve yüzünü geleceğe çevirmesi gerekmektedir.

HUKUKİ VE MADDİ GERÇEKLER

Uluslararası taşımacılık sektörünün karşılaştığı en önemli sorun olarak sürücü davaları, sektörün önünde çözülmesi gereken büyük bir sorun olarak yer almaktadır.

Uluslararası taşımacılık sektörüne yönelik olarak açılan sürücü davalarında en önemli sorunlardan biri sürücülerin kazançlarına yönelik ücretin belirlenmesi şekli ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uluslararası taşımacılık sektöründe istihdam edilen sürücülerin kıdem tazminatına esas ücretlerinin belirlenmesinde yerleşik uygulamalarda sürücülerin sefere gittiklerinde aldıkları yolluklar (harcırah) ücrete dahil edilmektedir.

Uluslararası taşımacılık sektöründe istihdam edilen sürücülerin sefere gittiklerinde aldıkları yolluklar genel anlamda kesinlikle sürücülerin ücret anlamında geliri değildir.

Sürücülere ödenen yolluklar

1. Firmadan firmaya ve gidilen ülkeye göre değişkenlik göstermektedir.
2. Sürücüler sefere gittiği takdirde yolluk almakta sefere gitmedikleri süre içerisinde ise herhangi bir şekilde kendilerine bordrolarında belirlenen maaşları haricinde bir ödeme yapılmamaktadır.
3. Yolluklar ücret gibi belli miktarda, düzenli ve belirli süre içerisinde yapılan ödemeler değildir.

Uluslararası taşımacılık sektöründe istihdam edilen sürücüler maaş olarak bordrolarda yazılan miktarda ücret almaktadırlar.

Yapılan yargılamalarda kıdem/ihbar tazminatı hesaplanmasında bordrolarda gösterilen ve sürücülerin imzasını taşıyan ücretin dikkate alınması gerekirken sürücülerin iddiaları kapsamında aldıkları yollukların kıdem tazminatının hesaplanmasında ücrete dahil edilmesi ile birlikte sektör gerçeklerine uymayan şekilde tazminatlara karar verilmektedir.

Örneğin; sürücülerin ayda 1,5 sefer yurtdışına sefer yapması halinde çoğu zaman iddia ettikleri gibi sefer başı 400 Euro hesabıyla aylık 600 Euro yolluk aldığının kabul edilmesi halinde bugün ki kurlar anlamında $600 \times 3,00 = 1800$ TL tutarında bir meblağ ücrete dahil edilmektedir.

Sürücünün bodrosunda yazılı olan maaşına bu tutar ilave edildiğinde tutar meblağ yaklaşık 3000 TL civarında bir rakama ulaşmaktadır.

30 Sene civarında sektörde çalışan bir sürücünün kıdem tazminatı 100 bin TL civarında bir tutarı içermektedir.

Halbuki kamu hizmetinde çalışan 1. Sınıfa ayrılmış bir devlet memurunun veya bir yüksek yargı mensubunun devletin en üst düzeyinde yaptığı hayati görevler ve verdiği hizmetler karşılığında aldığı ödeme kesinlikle bu tutarlara çıkamamaktadır.

Kaldı ki kamu görevlilerine yapılan toplu ödemede yurtiçi ve yurtdışı harcırah ödemeleri görevleri sürekli harcırah almayı mümkün kılsa bile ödemelerine dahil edilmemekte ve dikkate alınmamaktadır.

Uluslararası taşımacılık alanında faaliyet gösteren firmalar çağın gereklerine uygun en ileri teknoloji ile üretilmiş araçlara büyük yatırımlar yapmakta ve bu araçları sürücülerine teslim etmektedir. Bu araçlar sürücülerin her türlü ihtiyaçlarını, konforlarını sağlamaya yönelik olarak üretilmiştir. Firmalarımız sürücülerin tüm ihtiyaçlarını karşılamakta, yollarda rahat seyir etmeleri için, konaklamaları için ve işlemlerini yapabilmeleri için her türlü maddi ve fiziki imkanı sağlamaktadırlar.

Tüm bunların yanında sürücülere sadece sefere gittiklerinde harcamalarını karşılamak için yolluk adı altında ödemeler yapılmaktadır.

Sürücülerimize işe-ibade karşılığı yapılan bu yolluk ödemeleri sefer esnasında masrafları karşılamaları içindir.

Ancak, bu yolluk ödemeleri neticede uluslararası taşımacılık firmalarının karşısına bambaşka bir gerekçe ile çıkartılmakta “ücret” olarak değerlendirilmekte ve büyük bir bedel ödemelerine sebebiyet verilmektedir.

KANUN ANLAMINDA YOLLUK, ÜCRET, KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI

1. Yolluk: 6245 sayılı Harcırah Kanununun tanımlar başlıklı 3. Maddesinin a bendinde harcırah bu kanuna göre “ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı, yer değiştirme masrafından birini veya birkaçını veya tamamını ifade eden bir kavram olarak tanımlanmıştır.
2. Ücret iş kanunu madde 32 – genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.

3. Kıdem tazminatına esas ücret;

Asıl ücret, işçiye sağlanan diğer menfaatlerden oluşur. Asıl ücret; iş kanununun 32. Maddesinde belirtilen ücrettir.

İşçiye sağlanan diğer menfaatler; işçiye asıl ücretin dışında, toplu iş sözleşmeleri veya kanunlarla sağlanan ayni ve nakdi haklardan, devamlılık arz eden ve ödenmesi bir şarta bağlı olmayan ödemelerdir.

Bunlar; gıda, mesken, sağlık, yakacak, aydınlatma, vasıf zammı, yıpranma sorumluluk tazminatı, çocuk, yemek, eğitim ve yiyecek yardımı ve bu mahiyetteki yıllık ikramiyeler vb. oluşur.

Bununla birlikte, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacak ödemeler sırasıyla, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, bayram harçlığı, genel tatil ücreti, seyahat primleri, devamlılık göstermeyen primler, fazla çalışma ücreti, yolluk vb. ödemelerdir.

Belirtilen kanuni açıklamalara ek olarak;

1. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 03.03.2004 tarih 2004/9-86 esas no ve 2004/124 sayılı kararında kıdem tazminatının hesabında devamlılık arz eden ve sosyal yardım vasfı taşıyan ödemelerin dikkate alınacağı arizi nitelikte ücret eklerinin (fazla mesai, mamul yardımı, tahsil yardımı, işyerinde giyinmek ve kullanılmak üzere verilen iş eşyaları, primler, ücretli izin parası, çalışılan hafta tatili ücreti, yolluk, otel, ev giderleri olarak ödenen paralar ile gezici görev ödencesi, belirli sürelerde verilen özendirme ikramiyesi, avans ödemesi gibi ödemelerin geniş anlamda ücret kavramına dahil olmadıkları için kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.)
2. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 10.12.2009 tarihli yazısında kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 32. Maddenin 1. Fıkrasında yazılı olan ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan devamlılık arz eden ikramiyeler yakacak ve aile yardımı gibi menfaatlerin göz önünde tutulacağı belirtilmiştir.

Buna göre kıdem tazminatına esas ücretin hesabında;

1475 Sayılı İş Kanununun 14. Maddesine göre işçinin son brüt ücreti ile ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi

mümkün akdi ve kanundan doğan, devamlılık arz eden, sosyal yardım vasfı taşıyan ödemelerin dikkate alınması, iş veya toplu iş sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması halinde ise arızı nitelikteki ücret eklerinin dikkate alınmaması gerektiği görüşüne varılmıştır.

3. Gelir vergisi kanununun 24. Maddesi uyarınca;

Konaklama ve yiyecek cinsindeki seyahat harcamalarının aynı ücret düzeyindeki devlet memurlarına ödenen meblağ kadar olan kısmının herhangi bir masraf belgesi ibrasına gerek olmaksızın şirketlerce doğrudan gider yazılmasının gereği olarak uluslararası taşımacılık şirketleri yapılacak seferlerin muhtemel süresi gidilen ülkedeki harcamaların ortalama fiyatlarını dikkate alarak sefere çıkması halinde belirledikleri değişik meblağları sürücülerine yolluk olarak ödemektedirler.

Sürücülere ödenen bu bedellerin ise sefer süresince kullanılması ve harcanması şekli sürücülerin kişisel inisiyatifine bağlıdır.

4. Sayıştay Hukuk Genel Kurulu 08.12.1975 tarihli kararında Harcırah Kanuna göre işçi olarak istihdam edilen personele yapılan ödemelerin kıdem tazminatı hesabında işçi ücretine dahil edilmeyeceğini hükme bağlamıştır.

5. 29.07.2003 tarihli ve 4958 sayılı kanunla değişik 5506 sayılı kanunun 36. Maddesinde “yolluklar sigorta priminin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde nazara alınmaz.” İbaresini yer almaktadır.

Tüm bu yasal düzenlemelere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına ve yukarıda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri hilafına, uluslararası taşımacılık sektöründe istihdam edilen sürücülerin açtığı davalarda yollukların (harcırahların) ücrete dahil edilmesi, uluslararası taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren firmaların büyük mağduriyetler yaşamalarına sebebiyet vermektedir.

Uygulamada ise tüm haklarını alan ve çoğu zaman ibra veren sürücüler dahi, ibra tarihinden itibaren 4-5 yıllık süreler ve hatta 9 yılı aşkın süreler geçtikten sonra geçmişte çalıştıkları bütün uluslararası taşımacılık firmalarına karşı görüş aldıkları avukatlara vekalet vererek dava açmaktadırlar ve bu davalarda irade fesadı anlamında Borçlar Kanunu hükümleri paralelindeki

hak düşürücü bir yıllık süreler göz önüne alınılmadan düzenlenen bilirkşi raporları neticesinde tazminat almaya hak kazanmaktadırlar.

Bu durum hukuki ve ayrıca vicdani olarak da çözümlenmesi gereken bir büyük sorun olarak karşımızda durmaktadır.

SONUÇ OLARAK

Sürücülere sefer öncesi yapılan bu ödemeler; hiçbir şekilde bir prim veya bir ikramiye değildir.

Amaç, mevzuatta ön görüldüğü üzere sürücülerin yiyecek, içecek, konaklama, haberleşme gibi kişisel ihtiyaçlarını karşılayabilmelerini sağlamaktır. Kullanımına ilişkin tasarruf tamamen sürücülere aittir.

Sürücülere yapılan yolluk ödemeleri kabul gördüğü üzere kesinlikle ücret değildir. Sürücülere ancak sefere çıkmaları halinde ülkeden ülkeye ve firmadan firmaya değişen miktarlarda verilmektedir. Düzenli olmayan, süreklilik arz etmeyen, değişken ve arızı ödemelerdir.

Tüm bu yasal düzenlemeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri birlikte değerlendirildiğinde;

Hukuki anlamda ve ayrıca yasal olarak yollukların, ücretin bir parçası olarak kıdem tazminatı hesabında ücrete dahil edilmesi maddi gerçek ile hiçbir şekilde örtüşmemektedir.

Bizler uluslararası taşımacılık sektörü olarak kamu, yargı ve çalışanlarımızla barış içinde çalışmak ve yaşamak arzusundayız. Kanunlara ve yargı kararlarına her zaman saygılı olduk ve olacağız.

Yüce yargımız tarafından kıdem tazminatının hesaplanmasında yollukların ücrete dahil edilmesi ile ilgili kararlarının bu çalıştay ve gerekçelerimiz anlamında değerlendireleceğine gönülden inanıyoruz.

Çalıştayımızın ülkemiz ve sektörümüz açısından hayırlı sonuçlara vesile olmasını temenni ediyoruz.