

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY LAW STUDIES JOURNAL



Yıl 2022 Year 2022 • Sayı 2 Number 2 • e-ISSN: 2822-4809

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY LAW STUDIES JOURNAL

Yıl 2022 Year 2022 • Sayı 2 Number 2 • e-ISSN: 2822-4809

Sahibi | Owner

Prof. Dr. Mehmet Demir

Editör | Editor

Doç. Dr. Hakan Albayrak

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Esra Bulut

Arş. Gör. Yiğit Çelik

Arş. Gör. M. Zahid Doğanay

Arş. Gör. İdil Nur Gürbüz Gökberk

Arş. Gör. Tahsin Mavzer

Arş. Gör. Furkan Özdemir

Arş. Gör. Serhan Yıldırım

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Erman Ekingen (*İngilizce*)

Arş. Gör. Serhan Yıldırım (*Almanca*)

İletişim | Contact

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Balcalı Kampüsü, Sarıçam/ADANA

cuhad@cu.edu.tr

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/cuhad>

<https://hukuk.cu.edu.tr/cu/fakulte-dergisi>

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zeki OKUR (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. A. Aslı BİLGİN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ - İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeki OKUR - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Azime Aslı BİLGİN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nedim MERİÇ - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi M. Fatih CENGİL - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AMAÇ VE KAPSAM

Dergide hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki bilimsel çalışmalar, özellikle araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler yayımlanmaktadır. ÇÜHAD ile hukuk alanında ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yılda iki sayı (Haziran-Aralık) olmak üzere yalnızca elektronik ortamda yayımlanan hakemli bir dergidir. Bu dergi adı “ÇÜHAD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nde, Türkçe hazırlanmış hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki çalışmalara ek olarak, Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde (Almanca, İngilizce, Fransızca vb.) hazırlanmış bilimsel çalışmaların da yayımlanması mümkündür.

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makalenin Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği yazım kurallarına ve bu metinde yer verilen kurallara uygun hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması hâlinde Editörlük yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenerek gönderilmesini talep edebilir.
3. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakemlere gönderilecek, hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen raporlar çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Dergide, çeviri, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılacaktır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.
4. Yalnızca "Dergipark" sistemi üzerinden gönderilen makaleler değerlendirmeye esas alınacak olup, derginin iletişim adresinde yer alan e-posta adresine gönderilen makaleler dikkate alınmayacaktır.
5. Makale ve Kelime Sınırları: Gönderilen çalışmaların başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 300 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve en az üç en fazla on adet anahtar kelimenin Türkçe ve yabancı dilde eklenmesi gerekmektedir. Anahtar kelimelerin ilk harfleri büyük olmalıdır.
6. Başlık ve Yazar Adı: Makale başlığının Times New Roman yazı tipi 12 punto tüm harfler büyük, kalın ve ortalanmış şekilde yazılması gereklidir. Konu başlığının sağ altında yazarın adı ve soyadı yer almalıdır. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına, 12 punto, kalın, sağa yaslı olarak akademik unvanla beraber "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, sonuna * işareti konularak dipnotta sırasıyla yazarın akademik unvanı, çalıştığı kurum, e-posta adresi ve ORCID numarası belirtilmelidir. Örnek: Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yazar@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.
7. Sayfa Yapısı: Sayfa yapısı üstten, alttan ve yanlardan 2,5 cm olmalıdır.
8. Metin: Çalışmaların, esas metni en az 4.500 en fazla 15.000 kelimededen oluşmalıdır. Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazılarda Öz, Abstract, Giriş, Sonuç ve Kaynakça başlıkları Başlık 2 biçimine tanımlanmalıdır. Başlıkların numaralandırılması Romen rakamıyla I. ile başlamalıdır. Başlıkların tümünün ilk satırı 1,25 cm girintili olmalıdır.
9. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların yazarlarının soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
10. Çalışmanın ana metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların 0,75 cm asılı ve aralarında 3 nk boşluk olması gerekir.
11. Atıflar dipnotta gösterilmelidir. Dipnot ve kaynakça yer alan eserler "APA" atıf sistemi ile gösterilmelidir.
12. Yargı Kararlarına Atıf: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bu bölümde yer verilen şekilde düzenlenmelidir. Yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılırken Dergi tarafından özel bir usul öngörülmemekle birlikte, benimsenen usul yazının tamamında yeknesak olarak kullanılmalıdır.
Y. 17. HD, T. 08.09.2020, E. 2019/3192, K. 2020/4927: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
13. Dergimize gönderilen makaleler intihal programından geçirilmektedir. İntihal programı olarak Turnitin veya İThenticate isimli programlardan biri kullanılmaktadır. İntihal oranının %30'dan aşağı olması gerekmektedir.

MAKALELER | ARTICLES

Araştırma Makalesi | Research Article

Alışveriş Merkezleri Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Uygulanacak Hükümler 1-20
Establishment of Shopping Centers Leasing Agreements and Applicable Provisions
Tayfun TÜRE

Araştırma Makalesi | Research Article

Yayın Etiği İhlallerinin Fikrî Mülkiyet Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi..... 21-57
Evaluation of Publication Ethics Violations in Context of Copyrights
Beşir ORAK

Araştırma Makalesi | Research Article

Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Haline Genel Bir Bakış..... 58-92
An Overview of Necessity in Turkish Criminal Law
Ersin ŞARE

Araştırma Makalesi | Research Article

Yargıtay Kararları Işığında Dijital Flört Şiddeti Teşkil Eden Yöntemlerden Doğan Ceza Sorumluluğu 93-143
Criminal Responsibility Arising from Methods that constitute Digital Dating Violence in the Light of Turkish Supreme Court Decisions
Arş. Gör. Dr. Mehmet Emre YILDIZ

Araştırma Makalesi | Research Article

Eski Orta - Asya Türk Devletlerinde Kağan Seçme Yöntemleri 144-163
The Methods of Choosing Khan in the Ancient Middle – Asian Turkish States
Dr. Öğr. Üyesi Aybars PAMİR

Çeviri | Translation

Antik Atina'da Hukuk ve Ekonomik Büyüme..... 164-184
Law and Economic Growth in Ancient Athens
Prof. Dr. Edward M. HARRIS
Çeviren: Arş. Gör. Eda YILDIZ & Arş. Gör. Atıl Buğra KARADAŞ

LİSANS ÖĞRENCİ MAKALELERİ |

UNDERGRADUATE STUDENT ARTICLES

Biyografi | Biography

Ord. Prof. Sadri Maksudî Arsal'ın Entelektüel Biyografisi 186-197
Intellectual Biography of Ord. Prof. Dr. Sadri Maksudî Arsal
Hakan Tunahan ÖNDER



EDİTÖRDEN

Değerli okuyucular,

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nin ikinci sayısı ile 2022 yılını tamamlıyoruz. Dergimizle bu yıl içerisinde hukuk alanında bir yayıncılığa başladık. Alanımıza önemli katkıların sunulmasında bir aracı olarak gördüğümüz bu yayının başarısı için özverili bir çalışma yürütülmektedir. Her sayıda edindiğimiz tecrübelerle daha kaliteli bir yayıncılık gerçekleştireceğimize olan inancımız tamdır. Çıktığımız bu yolda çalışmalarıyla dergimize katkı yapacak olan araştırmacılara kapımız sonuna kadar açıktır. Bu vesileyle dergimizin ilk iki sayısında çalışmalarıyla katkı sunan tüm araştırmacılara teşekkürü bir borç biliriz.

İkinci sayımızda beş adet araştırma makalesi ile bir adet çeviri metni yer almaktadır. Hukuk Fakültesi öğrencilerinin de alanlarında bir şeyler üretmeye duyduğu heyecanı sevinçle karşılıyoruz. Bu düşünceyle ikinci sayımızda bir adet hakemsiz öğrenci makalesine de yer vererek, öğrencilerin duyduğu üretme heyecanına ortak olmaya çalıştık. Dergimiz bakımından öğrencilere hukuk alanında okuma, araştırma ve bunlardan bir şeyler üretme konusunda teşvik edici olabilmenin önemi büyüktür.

2022 yılında başladığımız bu serüvene duyduğumuz heyecanın 2023 yılında da artarak devam etmesini umuyor ve yeni sayılarımızla sizlerle buluşmayı temenni ediyoruz.

Çukurova Üniversitesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi Editörü

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK



ALIŞVERİŞ MERKEZLERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI VE UYGULANACAK HÜKÜMLER •

Establishment Of Shopping Centers Leasing Agreements And Applicable Provisions

Tayfun TÜRE*

ÖZ

Alışveriş merkezlerinde faaliyet göstermek isteyen işletmeler, alışveriş merkezleri ile kira sözleşmesi akdeder. Alışveriş merkezi ile perakende işletmeler arasındaki kira sözleşmeleri diğer kira sözleşmeleri gibi kurulur. Fakat alışveriş merkezleri büyük yatırım ile kurulan kendilerine has özellikleri olan işletmelerdir. Dolayısıyla, burada kurulacak kira sözleşmelerinin, bu sözleşmeler her ne kadar Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olsa bile, kendine has özellikleri vardır. Alışveriş merkezleri ile kurulan kira sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tespiti bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önemlidir. Alışveriş merkezleri ile kurulan kira sözleşmelerinde, kira bedeli açısından da bazı farklılık söz konusudur. Buna göre, kira bedelinin konut ve çatılı işyeri kiralarından farklı yönlerinin de belirlenmesi gerekir. Son olarak makalemizde, alışveriş merkezlerinde ortak giderlerin neler olduğu belirlenecek, alışveriş merkezi ile perakende işletme arasında kurulan kira sözleşmesine uygulanacak hükümler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Alışveriş merkezi, Kira, AVM kirası, İşletme kirası.

• **Gönderi:** 06.06.2022 - **Kabul:** 03.08.2022 | **Received:** 06.06.2022 - **Accepted:** 03.08.2022.

* LLM, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye
✉ tayfunoztas@gmail.com • ORCID 0000-0003-1431-2374.

Atıf Şekli / Cite As: TÜRE, Tayfun (2022). Alışveriş Merkezleri Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Uygulanacak Hükümler. ÇÜHAD, (2), 1-20.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Businesses that want to operate in shopping centers conclude a lease agreement with shopping centers. Rental agreements between the shopping mall and retail businesses are established like other rental agreements. However, shopping malls are businesses with their own unique features, which were established with large investments. Therefore, the lease agreements to be established here have their own characteristics, even if these agreements are subject to the provisions of the Turkish Code of Obligations. The determination of the legal nature of the lease agreements established with shopping malls is important in terms of determining the provisions to be applied to these agreements. There are some differences in terms of rental price in the lease agreements established with shopping malls. Accordingly, different aspects of the rental price from residential and roofed workplace rents should also be determined. Finally, in our article, the common expenses in shopping centers will be determined, and the provisions to be applied to the lease agreement between the shopping center and the retail business will be examined.

Keywords: Shopping mall, Rent, Shopping mall rental, Operating lease.

I. ALIŞVERİŞ MERKEZİ KİRALARININ KURULMASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Alışveriş merkezlerinde işyeri sahibi ile kiracı arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi uyuşmazlığa uygulanacak hükümler açısından önem arz etmektedir. Alışveriş merkezleri hakkında, 6585 sayılı Perakende Satışın Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹ ile Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelikte², hüküm bulmak mümkündür. Perakende Satışın Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 3 hükmünde alışveriş merkezleri; *“Bir yapı veya alan bütünlüğü olan, içinde büyük mağaza ve/veya beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı diğer işyerleri bulunan, merkezî bir yönetime ve ortak kullanım alanları ile yönetmelikle belirlenen diğer niteliklere sahip işletme”* şeklinde ifade edilmektedir. Bu ifadeyle paralel şekilde, Alışveriş Merkezleri Hakkında yönetmelik m. 4’te³; alışveriş merkezlerine yönelik olarak, bir alan ve yapı

¹ 29.01.2015 tarihli ve 29521 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

² 26.02.2016 tarihli ve 29636 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³ Anılan madde hükmü; *“(1) Alışveriş merkezinin; a) Bir yapıya veya alan bütünlüğü içinde yapılar topluluğuna, b) En az beş bin metrekare satış alanına, c) İçinde en az biri büyük mağaza niteliğini taşımak şartıyla beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı en az on işyerine ya da büyük mağaza niteliği taşıyan işyeri bulunmasa dahi beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı en az otuz*

bütünlüğüne sahip, en az beş bin metre kare satış alanı olan, içinde beslenme, eğlenme en az bir büyük mağaza olmak şartıyla en az on, ya da büyük işyeri olmaması halinde otuz işyeri bulunan merkezi yönetime sahip yapılar topluluğu olduğu ifade edilmiştir.

Alışveriş merkezlerinin böyle detaylı düzenlenmesinin sebebi; alışveriş merkezlerinin, büyük yatırım gerektiren işletmeler olmasıdır. Alışveriş merkezlerinin bu denli büyük olması neticesinde, alışveriş merkezi maliki ya da malikleri alışveriş merkezinin yönetimini, profesyonel yöneticilere bırakmaktadır ve alışveriş merkezleri bu yönetim tarafından idare edilmektedir⁴.

Alışveriş merkezleri, pek çok işletmeyi bünyesinde barındırmakta olup, temizlik, güvenlik bakım veya reklam gibi işlerin düzenli olarak yapılması amacı güden büyük ticaret alanlarını ifade eder. Bu denli büyük alanların maksimum verimi barındırmasını gerekir. Yatırımların büyük olmasının amacı; büyük kira gelirlerinin elde edilmesidir. Bu nedenle, alışveriş merkezlerinin yönetimi de bu kapsamda önem arz etmektedir. Doğal olarak, bu denli büyük çaplı kurulan alışveriş merkezlerinin kendine özgü yönetim tarzı, kira ilişkisi ve mekanizmasının olması gerekir⁵.

Alışveriş merkezleri, kira sözleşmesi yaparken doğru hesaplamalar yaparak olabildiğince kâr elde etme amacı güder. Hal böyleyken, alışveriş merkezi yönetimleri iki tarafı da zor durumda bırakmayacak koşullar üzerinde sözleşme kurmaya çalışmalıdır. Bu nedenle alışveriş merkezi yönetimi, en az risk ve en iyi kiracı karmasını oluşturmaya çalışır. Kira yoksa kazanç da olmayacağından, yönetimin uzlaşma sağlaması hedeflenir⁶.

Taraflar arasında akdedilen alışveriş merkezi kiraları kendine has özellikleri de sözleşmede içermelidir. Daha net bir ifadeyle taraflar arasında akdedilen sözleşmelerde, özellikle inşaat, dekorasyon, tadilat, bakım gibi borçlar ayrıntılarıyla yer almak zorundadır⁷.

Alışveriş merkezlerinin bu derece önemli olması, çoğu kez onları kira sözleşmesinde düzenlenen hükümlerden farklı şekilde hareket etmeye sevk etmiştir. Gerçekten, alışveriş merkezi kiralarında, kiracı olmak isteyenler, öncelikle faaliyet alanını ve yapacağı işi ve hatta hangi ürünleri satacağını, bir dosya hazırlayarak alışveriş merkezi yönetimine sunacaktır.

işyerine, ç) Bu Yönetmelikte belirtilen ortak kullanım alanlarına, d) Merkezi bir yönetime, sahip olması gerekir” şeklindedir.

⁴ ARAT, s. 108; BOZTEPE, s. 71.

⁵ BOZTEPE, s. 71.

⁶ KONYALIOĞLU, s. 50.

⁷ KONYALIOĞLU, s. 51

Alışveriş merkezi yönetimi ise kiracının yapacağı işi, alışveriş merkezinin uygunluğu açısından değerlendirecektir. Detaylı bir inceleme yapan yönetim, kiracı adayının alışveriş merkezi açısından uygun olup olmadığına karar verecek, öneriyi kabul edecek ya da reddedecektir⁸.

Alışveriş merkezi kiralari ise uygulamada iki farklı yöntemle yapılmaktadır. İlk yöntem, metrekare bazlı kira sözleşmesidir. İkinci yöntem ise metrekare ve ciro kirası sözleşmesidir⁹. Taraflar arasında metrekare ve ciro kirası olduğu durumda, alışveriş merkezi kirasına uygulanacak hukuk açısından bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorun kendisini, sözleşmeye ürün (hasılat) kirası hükümleri mi yoksa konut ve çatılı işyeri kirası hükümleri mi uygulanacağı noktasında kendini göstermektedir. Bu durum aşağıda incelenecektir.

B. Alışveriş Merkezlerinde Kira Sözleşmesinin Kurulması

Alışveriş merkezi kiralari da diğer sözleşmeler gibi kurulur. Kira sözleşmesi genel olarak, TBK m. 299'da düzenlenmiştir. Anılan kanun maddesinde, *“Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”* şeklinde tanımlanmıştır. Alışveriş merkezlerinin sözleşmeleri incelendiğinde, belirli bir alanın kullanmasının ve yararlanılmasının kiracıya bırakıldığı görülür.

Alışveriş merkezlerinde bulunan bağımsız işyerleri, kullanılma ve yararlanma amacıyla kira bedeli alınarak perakende işletmelere kiraya verilmektedir. O halde, kurulan sözleşmenin kira sözleşmesi olduğu kuşkusuzdur. Fakat bu kiralari konut ve çatılı işyeri olması durumunun incelenmesi gerekir. Konut ve çatılı işyeri kavramı, TBK m. 339'da düzenlenmiş olup, anılan madde hükmü; *“Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz”* şeklindedir. Fakat kanun hükmü konut ve çatılı işyeri kavramını açıklamış değildir. Çatılı işyeri kavramı doktrinde, insan tarafından yapılan ve bir meslek yahut sanatın icrası için ya da ticari veya sınai veya tarımsal bir işletmenin faaliyetleri için ayrılmış üstü kapalı

⁸ BOZTEPE, s. 72.

⁹ KONYALIOĞLU, s. 50. Yargıtay ise bir kararında böyle bir duruma işaret etmiş ve metrekare ve ciro kirası alınmasını şu şekilde ifade etmiştir; *“Taraflar arasında 30.12.2009 başlangıç tarihli 10 yıl süreli alışveriş merkezinde bulunan mağazanın kiralamasına dair sözleşme imzalanmış, sözleşmede asgari kira bedeli ile ciro kirası ayrı ayrı belirlenmiştir. Sözleşme konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Her ne kadar ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesince gerekçe olarak kira sözleşmesinin davacı tarafça feshinin haksızlığı üzerinde durulup buna göre değerlendirme yapılmış ise de uyumsuzluk davacının davalıdan, kiralanana yaptığı masrafları talep edip edemeyeceği ve depozito bedelinin iadesi gerekip gerekmediği noktalarındadır”* Y. 3 HD. T. 26.12.2019, E. 2019/2519, K. 2019/10678, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 15.05.2022).

yapı ve eserleri ifade etmektedir. Bir yerin konut ve çatılı işyeri olduğunun kabulü için ayrıca özgüleme amacına da dikkat edilmelidir. Kaldı ki, kanun maddesi dikkate alındığında kiralama süresinin altı aydan az olmamasının da konut ve çatılı işyeri kirasının uygulanması için bir diğer neden olduğu görülmektedir¹⁰.

Bazı hallerde ise kiralanan, karma kira biçiminde kullanılabilir. Uygulamada home office=konut işyeri, olarak adlandırılan bu durumda kullanım amacı dikkate alınmalıdır. Netice itibariyle, konut ve çatılı işyeri olarak hangi kullanım amacı ağır basıyorsa, uyumsuzluk, kullanım amacı açısından ağır basan durum dikkate alınarak çözümlenmelidir¹¹.

Alışveriş merkezlerinde, işyeri kirası ile birlikte bazı eşyalar bırakılmış olabilir. Örneğin, alışveriş merkezi tarafından, işyerleri kiracılara içindeki satışa ve ürün bulundurmaya yarayan eşyalar yapılmış şekilde devredilmiş olabilir. Bu durumda da TBK m. 339/1’de belirtilmiş olan “*bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır*” hükmü dikkate alınmalıdır¹².

Netice itibariyle, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre alışveriş merkezlerinde yer alan işyeri kiralarının konut ve çatılı işyeri kirası olduğunun kabulü gerekir¹³. Doğal olarak doktrinde, AVM’ler hakkında uygulanan hükümlerin ürün kirası olmadığı da bu kapsamda ifade edilmiştir¹⁴.

Tarafların, alışveriş merkezi sözleşmesi akdederken, pek çok konuyu gündeme getirmesi mümkündür. Genelde, bu tür sözleşmeler tek taraflı olarak ileri sürülse de taraflar şartlar üzerinde müzakere edebilirler. Bununla birlikte, çoğu zaman alışveriş merkezlerinin sözleşme akdedilirken sınırlamalar getirdiği de görülebilir. Bu sınırlamalara; kiracının satacağı ürünlerin listesini alışveriş merkezi yönetimine vermesi ve verilen listeye bağlı kalınması, iç dizayn, vitrin düzeni gibi durumlarda sınırlama getirilmesi, kiracının alışveriş merkezine uygun renkler kullanması örnek olarak verilebilir¹⁵. İşte, alışveriş merkezi yönetimleri tarafından ileride birçok kişiye uygulanması için tek taraflı olarak getirmiş olan bu sözleşmelerin, genel işlem şartı niteliğinde olduğunu ifade etmek gerekir¹⁶.

¹⁰ EREN, s. 394-396; GÖKYAYLA, s. 1219.

¹¹ EREN, s. 396. Aynı yönde bkz. KESER, s. 820.

¹² Kullanımı kiracıya bırakılmış eşya hakkında bkz. GÖKYAYLA, s. 1226.

¹³ ARAT, s. 109; DEMİRCİOĞLU, s. 68.

¹⁴ DARCAN, s. 83.

¹⁵ BOZTEPE, s. 72.

¹⁶ İNCEOĞLU, C. 2 s. 44-45; BOZTEPE, s. 72; ERÇİN, s. 59.

C. Alışveriş Merkezi Kiralarının Ürün Kirasından Farklı Yönleri

Alışveriş merkezi kiralarının, her ne kadar konut ve çatılı işyeri kirası olduğunu ifade etmek gerekse de bazı hallerde ürün kirası ile benzer yönleri olduğunu da belirtmek gerekir. Bu benzerliklerin alışveriş merkezi kiralarına ürün kirası hükümlerinin uygulanmasına neden olacağını söylemek yanlış olur. Neticede, aşağıda ifade edilecek temel farklar alışveriş merkezi kiralarının ürün kirası olması açısından incelenmiştir.

Alışveriş merkezi kiralarının ürün kirası olarak düşünülebilmesine neden olan temel durum belki de alışveriş merkezi kiralarının metrekare ve ciro üzerinden yapılmasıdır. Kira sözleşmelerinde kira bedeli genellikle para olarak belirlenmektedir¹⁷. Para dışında bir bedelin belirlenmesi halinde ise karma sözleşmeden bahsedilir. Kira sözleşmelerinin karma şekilde yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁸. Uygulama açısından durum incelendiğinde de işyeri kirasının maktu bir bedelin haricinde; cironun belli bir kısmının bedel olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu durumda, kiracının kâr etmesi halinde ciro üzerinden kararlaştırılan oran ödenecek ve fakat kiracı bir kâr elde edemezse kararlaştırılan maktu ücreti ödeyecektir¹⁹.

Tarafların aralarında maktu ücretin yanı sıra cirodan belirli bir oran belirlemesi durumunda ürün kirasının söz konusu olup olmadığının üzerinde durmak gerekir. Konu ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında²⁰, kira sözleşmesinin aylık ciro üzerinden belirlenmesinin, hasılat kirası hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulmuştur. Fakat Yargıtay, aylık kiranın cironun belli bir bölümü olarak ödenmesinin hasılat kirası değil, adi kira olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Yargıtay kararı ile yukarıda detaylıca incelenen doktrindeki

¹⁷ TOKMAK, s. 208; ÖZDEMİR, s. 37.

¹⁸ EREN, s. 350-351; ARAL, AYRANCI, s. 297; İNCEOĞLU, C. 1, s. 12-13; DARCAN, s. 72.

¹⁹ DARCAN, s. 72.

²⁰ Anılan Yargıtay kararı; “Sözleşmede kiralanan yer C... S... Ticaret Merkezi A.Ş. Merkezinde 890 m2 sözleşmeye ekli konumda gösterilen TM01 nolu işyeri olarak belirtilmiştir. Sözleşmede kira parası asgari 71.200 dolar olup, bu bedelin üzerine çıkılması halinde cironun % 51 olarak ödeneceği kararlaştırılmış, sözleşmenin ödeme planı başlıklı maddesinde de her yıl dolar üzerinden KDV’si ile ödenmesi gereken asgari aylık kira bedeli gösterilmiştir. C... S... Ticaret Merkezi A.Ş. alışveriş merkezindeki boş işyeri, oyuncak ve çocuk mağazası olarak kullanılmak üzere davalıya kiralanmıştır. Borçlar Kanunu’nun 270 ve devamı maddelerinde düzenlenen hasılat kirasından söz edilebilmesi için hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hakkın kira ilişkisinin konusunu oluşturması ve kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi gerekir. Oysa taraflar arasında düzenlenen sözleşmede boş işyerinin mağaza olarak kullanılmak üzere kiraya verildiği, bir demirbaş devrinin söz konusu olmadığı işletme ruhsatıyla kiralanmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede kira parasının aylık cironun bir bölümü olarak ödeneceğinin kararlaştırılması taraflar arasındaki kira ilişkisinin hasılat kirası olduğunu göstermez. Sözleşmenin kira bedeli ve ödeme şekli başlıklı 5. maddesindeki bu düzenleme sadece kira parasının belirlenmesine yöneliktir. Bu halde taraflar arasındaki kira ilişkisinin temerrüt açısından Borçlar Kanunu’nun adi kiraya ilişkin hükümlerine tabi olduğunun kabulü gerekir” şeklindedir. Y. 6 HD. T. 22.01.2007, E. 2006/11947, K. 2007/94, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 15.05.2022).

görüşler değerlendirildiğinde, alışveriş merkezlerinde mevcut işyeri kiralarının ciro üzerinden belirlenmesi durumunun ürün (hasılat) kirasına vücut vermeyeceğini belirtmek gerekir.

Ürün kirası ile benzer bir diğer durum ise alışveriş merkezindeki işyerinin boş bırakılması, kullanılmaması, durumunda kendini gösterir. Konut ve çatılı işyeri kiraları değerlendirildiğinde, kanun, kiralananın kullanılıp kullanılmamasını hükme bağlamamıştır. Ürün kiraları açısından kanun koyucu, verim kabiliyetinin olumsuz şekilde etkileneceğini düşünerek kiralananın kullanılmasını hükme bağlamıştır²¹. Buna göre, alışveriş merkezi kiralananın belirli saatlerde açık olmasını ve çalışma saatlerinin buna uygun düzenlenmesini kararlaştırabilir. Fakat sırf böyle bir hükmün getirilmesi alışveriş merkezi kiralarına ürün kirası hükümlerinin uygulanmasına neden olmaz. Alışveriş merkezi kira sözleşmesine böyle bir hüküm getirmesinin amacı, kiracıların kiralananı özenle kullanarak alışveriş merkezleri açısından olumsuz sonuçlara yol açmasını önlemektir. Dolayısıyla, kira sözleşmesinde böyle bir hüküm var ise kiracıların bu hükme uygun davranması gerekir. Kiracının bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, alışveriş merkezi yönetiminin TBK m. 316 hükmü çerçevesinde hareket etmesi mümkündür²². Anılan madde hükmü, “(1) Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. (2) Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir” şeklindedir. Dolayısıyla, özen yükümlülüğüne aykırı böyle bir kullanımın TBK m. 316 çerçevesinde çözülmesi gerekir²³.

²¹ DARCAN, s. 64-65; YILMAZ, s. 3072-3073.

²² İNCEOĞLU, C. 2, s. 44-45; BOZTEPE, s. 73; DARCAN, s. 63

²³ DARCAN, s. 64-65. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, “Davacı vekili dava dilekçesinde, davalının müvekkiline ait işyerinin kiralayıcı olduğunu, dava konusu yerin süpermarket mağazası olarak kullanılmak üzere kiralandığını kira bedelinin aylık net satışın %3'üne tekabül eden rakam olarak belirlendiğini, kira bedelinin ciro esasına dayandığı için tüm taşınmazın ekleri ile birlikte faal kullanımının ciroyu arttıracığını ancak davalının toplam 1750 metrekare olan taşınmazın 500 metrekare olan teras katını boş ve atıl bıraktığını davaya Antalya 3. noterliğinin 15.12.2010 tarih, 25407 yevmiye numaralı ihtarıyla ihtarname gönderilerek akde aykırılığın giderilmesinin istendiğini, davalının boş bırakılan yer nedeniyle müvekkilinin kira gelirinden mahrum kaldığını ve maddi zararı olduğunu akde aykırılık nedeniyle akdin feshine ve davaya konu yerin tahliyesine, ayrıca fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 5000 TL kira bedelinin 15.07.2010 tarihinden itibaren ticari faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. (...) Borçlar Kanunu'nun 256.maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralananı kira süresi boyunca tam bir ihtimam dairesinde kullanmak zorundadır. Anılan madde hükmü gereğince akde aykırılıktan dolayı kiracının tahliyesine karar verilebilmesi için kiracıya akde aykırı davranışına son vermesi hususunda kiralayıcı tarafından süreli bir ihtar tebliği ettirilmesi ve tanınan bu süre içerisinde de akde aykırılığın giderilmemiş olması gerekir. Kiralananın açıktan fena kullanılması durumunda akde aykırılığın giderilmesi amacıyla kiracıya ihtar gönderilmesine gerek yoktur” şeklinde hüküm kurmuştur. Bu hükümden Yargıtay'ın, âtil durumda bırakmanın özen yükümlülüğü

Diğer bir fark ise aşağıda daha detaylı olarak incelenecek olan bağlantılı sözleşmeler açısından kendini gösterecektir. Bağlantılı sözleşmeler TBK m. 340'da düzenlenmiştir. Madde hükmü “*Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir*” şeklindedir. Alışveriş merkezi açısından bu durum, rekabet sözleşmesi veya belli bir ürün satmamaya yönelik sözleşme hükümlerinde kendini gösterecektir²⁴. Doktrinde kabul edilen görüş, rekabet etmeme yasağının TBK m. 340 kapsamında bağlantılı sözleşme sayılmayacağıdır²⁵.

II. ALIŞVERİŞ MERKEZİ KİRALARINDA KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin genel hükümler TBK m. 343'te düzenlenmiştir. Fakat 6217 sayılı kanunun geçici ikinci maddesi ile TBK m. 343 ve m. 344'ün uygulanması sekiz yıl ertelenmiştir²⁶. Bununla birlikte, bu erteleme süresinde dahi, kira bedelinin belirlenmesi açısından sözleşme özgürlüğünün mutlak suretle uygulanmayacağı ifade edilmekteydi²⁷. 01.07.2020 tarihinde erteleme süresi dolduğu için artık bu hükümler konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulanmalıdır.

Alışveriş merkezlerinde, kira bedelinin belirlenmesi durumunda yukarıda ifade ettiğimiz gibi konut ve çatılı işyeri kirası hükümleri dikkate alınmalıdır. O halde, kanun hükümleri değerlendirildiğinde, alışveriş merkezi yönetimi ile kiracı arasında, kira bedelinin belirlenmesi noktasında dört ihtimal söz konusu olabilir. Alışveriş merkezi yönetimi ile kiracı arasında bir kira bedeli belirlenmiş olabilir. Alışveriş merkezi yönetimi ile kiracı arasında bedel konusunda bir anlaşma olmayabilir. Yönetim ile kiracı arasında, kira bedeli yabancı para

kapsamında değerlendirildiği çıkarılmak mümkündür. Y. 6 HD. T. 15.01.2015, E. 2014/11322, K. 2015/313, *karararama.yargitay.gov.tr*, (E. T. 15.05.2022).

²⁴ Alışveriş merkezi kiralarında bağlantılı sözleşmelerin diğer görünümleri hakkında detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 39-47.

²⁵ İNCEOĞLU, C. 2, s. 43.

²⁶ Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 6217 sayılı ve 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve 31.03.2011 tarihinde kabul edilmiştir. Anılan madde “*Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*” şeklindedir.

²⁷ TÜRKMEN, s. 356.

cinsinden belirlenebilir. Beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi söz konusu olabilir. Aşağıda bu olasılıklar sırasıyla incelenecektir.

B. Alışveriş Merkezlerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi

TBK m. 343 “Kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz” hükmünü haizdir. TBK m. 344/1 hükmü ise tarafların kararlaştırdıkları kira bedelini nasıl artıracaklarını düzenlemiştir. Alışveriş merkezi kiralarda ise tarafların kira bedelini farklı yöntemler kullanarak belirlediği görülmektedir.

İlk yöntem metrekare bazlı kira sözleşmesidir. Bu yöntem ile alışveriş merkezi yönetimi, kiracılara kiralananı metrekare bazlı olarak kiralar. Yönetim, kiralanan işyeri için metrekare cinsinden bir ücret belirler ve kiralanan kaç metrekare ise ona göre kira bedeli belirlenmiş olur²⁸.

Diğer yöntem ise alışveriş merkezinin kira bedelinin metrekare ve ciro kirası olarak belirlenmesidir. Bu tip bir durumda alışveriş merkezi yönetimi, kiranın alışveriş merkezinin cirosu üzerinden ödenmesini kararlaştırabilmektedir²⁹.

Son olarak alışveriş merkezleri yönetimi, kira bedelini belirli bir miktar olarak belirleyebilir. Bu halde, tıpkı diğer konut ve işyeri kiralaları gibi sabit bir bedel belirlenecektir³⁰.

²⁸ Yargıtay konu ile ilgili bir kararında; “Davacı, davalı ile 13.09.2010 tarihinde imzalanan kira sözleşmesine göre işletmecisi olduğu alışveriş merkezinde davalının aylık m2 başına 20,48TL + KDV kira bedeli karşılığı ..., ... nolu standları 31,78TL +KDV kira bedeli karşılığı da ... nolu standları kiraladığını, dava konusu kiralananların kira bedelinin aynı yerdeki emsallerinden dahi düşük olduğunu belirterek yeni kira döneminden itibaren kira bedelinin aylık aidat dahil m2 başına 60TL +KDV olarak tespitine ve bu süre içerisinde eksik kalan kira bedellerinin faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir” şeklinde karar vermiştir. (Y. 3 HD. T. 15.01.2019, E. 2018/7986, K. 2019/130, karararama.yargitay.gov.tr, E. T. 21.05.2022).

²⁹ Yargıtay bir kararında ciro kirasının uygulanmasına yer verilmiştir. Kararda geçen “Alışveriş Merkezinde yer alan G blok 25-26-27 nolu işyerininin 16.04.2010 tarihli kira sözleşmesi ile davalıya kiralandığını, sözleşmenin 5. maddesinde kira bedelinin hüküm altına alındığını, buna göre kiracının sözleşmede düzenlenen diğer kalemlerle birlikte garanti edilen asgari kira olarak adlandırılan sabit bir tutar ya da ciro kirası olarak adlandırılan değişken tutardan hangisi daha yüksek ise onu ödemekle yükümlü olduğunu, 5. maddenin 6. bendinde bilirkişinin yaptığı gerçekleştirme ve kontrol sonucunda ortaya çıkan net satış rakamının kiracının beyan ettiği net satış rakamından %2 veya daha yüksek oranda fazla olduğu tespit edilirse kiracının kiraya verene bir yıllık kiraya eşit para cezası ödemek zorunda olduğunu belirlendiğini, 24.11.2011 tarihinde yapılan ciro denetiminde bildirilen net satış rakamı ile fiili net satış rakamı arasında 247.927,39 TL fark olduğunun ortaya çıktığını, bu oranın %2 'nin üstünde olması nedeniyle cezai şart talep etme hakkının doğduğunu” ifadesi, alışveriş merkezlerinde metrekare ve ciro kirasının uygulanmasına örnek oluşturmaktadır (Y. 3 HD. T. 04.07.2019, E. 2017/5628, K. 2019/6277, karararama.yargitay.gov.tr, E. T. 21.05.2022).

³⁰ Yargıtay kararlarına yansıyan bir olayda ise tarafların belirli bir kira bedeli belirledikleri de görülmüştür. Anılan Yargıtay kararında “Davacı; 01/03/2008 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile davalıya ait ...deki 24 ve 25 nolu bağımsız bölümleri kiraladığını, aylık net kira bedelinin 4.250,00 EURO+KDV olarak belirlendiğini, kira sözleşmesinin 8.maddesine göre, alışveriş merkezinin doluluk oranının en az %80 olmak

C. Tarafların Kira Bedeli Konusunda Anlaşmış Olmaları Durumunda Kira Bedelinin Artırılması

6217 sayılı kanunda öngörülen sürenin sona ermesiyle birlikte artık TBK m. 343 ve 344 hükmünün uygulama bulacağını ifade etmek gerekir. Buna göre, TBK m. 344/1 hükmü ile birlikte taraflara kira bedelinin artırılması konusunda bir kural getirilmiştir. Anılan kanun maddesi, *“Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır”* hükmünü haizdir. Madde hükmü kapsamında, taraflar arasındaki artış oranını belirleyen hükümlerin yalnızca ilk uzama yılında değil, aksine kira sözleşmesinin devamı süresince uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur³¹.

Kira bedelinin artış oranının üst sınırı ise TBK m. 344/1’de belirtildiği gibi, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranıdır. Artış oranının üretici fiyat endeksinden daha yüksek olması ile daha düşük olması arasında bir ayırım yapmak gerekir. Tarafların, üretici fiyat endeksinden daha düşük bir bedel belirlemesi durumunda, belirlenen bu oran geçerli olmalıdır. Fakat tarafların üretici fiyat endeksinden daha fazla bir oran belirlemesi halinde, kira bedelindeki artış oranının üretici fiyat endeksine çekileceği ifade edilmiştir. Bu durumda kısmi butlan yaptırımını söz konusu olmaktadır³².

Zaman içinde, üretici fiyat endeksinde düşüş yaşanması da söz konusu olabilir. Bu halde, tarafların sözleşmeye koydukları hükümlerden hareket etmek gerekir. Buna göre, taraflar kira bedelinin azaltılması konusunda anlaşmışlarsa, kira bedelinin bu oranda azaltılması mümkündür. Fakat sözleşmede yalnızca artış yapılması kararlaştırıldı ise; artık üretici fiyat endeksindeki düşüş kira bedeline yansımacaktır³³.

D. Kira Bedeline İlişkin Bir Anlaşmanın Bulunmaması

TBK m. 344/2’de kira bedeline ilişkin bir anlaşmanın olmaması durumunu düzenlemiştir. Anılan madde *“Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını*

zorunda olduğunu” şekline bir hüküm vermiştir. Hüküm incelendiğinde, tarafların uygulamada belirli bir bedel ile de kira sözleşmesi kurdukları görülmektedir. (Y. 3 HD. T. 17.01.2018, E. 2017/3360, K. 2018/263, karararama.yargitay.gov.tr, E. T. 21.05.2022).

³¹ KILIÇ ÖZTÜRK, s. 244; İNCEOĞLU, C. 2, s. 127. Önceki kanun döneminde Yargıtay’ın farklı yönde vermiş olduğu kararlar açısından bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 127, dn.417.

³² İNCEOĞLU, C. 2, s. 128; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 255; EREN, s. 425.

³³ İNCEOĞLU, C. 2, s. 135-136; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 247.

geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir” hükmünü haizdir³⁴.

Bu hüküm kapsamında taraflar, kira bedelinde artış oranını düzenlememektedirler. Tarafların kira bedelinin artışı konusunda bir anlaşma yapmamış olması halinde, yine üst sınır üretici fiyat endeksidir. Fakat hâkimin hakkaniyete göre, üretici fiyat endeksinden daha az bir miktar belirlemesi de mümkündür³⁵.

E. Beş Yıldan Uzun Süreli veya Beş Yıldan Sonra Yenilenen Kira Bedeli

TBK m. 344/3 hükmüyle birlikte, tarafların kira bedelinin belirlenmesi hususunda anlaşma yapmamış olmaları durumunda dahi, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira bedeli hâkim tarafından belirlenebilir. Bununla birlikte, tarafların yeni sözleşme yapmaları halinde dahi, sözleşmenin taraflarının aynı kalması durumunda, yaptıkları sözleşme önceki sözleşmenin devamı niteliğinde olacağından beş yıllık süre ilk kira sözleşmesinden itibaren hesaplanmalıdır³⁶.

F. Kira Bedelinin Yabancı Para Üzerinden Belirlenmesi

Kira bedelinin yabancı para üzerinden, bilhassa dolar üzerinden belirlenmesine uygulamada sıkça rastlanmaktadır.³⁷ Tarafların yabancı para üzerinden belirlemiş oldukları kira bedeline uygulanacak hüküm ise TBK m. 344/4’te düzenlenmiştir. Anılan hüküm, “Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, beş yıl

³⁴ Yargıtay’da yıllık artış oranıyla ilgili bir kararında “Bozma ilamlarının iki nolu bendinde uyuşmazlığın ek sözleşme hükümlerine göre, 01.11.2011 tarihi ile 30.10.2012 tarihleri arasında aylık net 9.500 TL olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı ve yine ek sözleşmeye göre kira bedelinin 01.11.2012 tarihinden itibaren belirlenen bu net 9.500 TL’lik bedelin her yıl TÜİK’in belirlediği Tefe-Tüfe yıllık artış oranlarının aritmetik ortalaması oranında arttırılacağına düzenlendiği belirtilmiştir. Ek sözleşme ile açık bir şekilde kira bedelinin ek sözleşmeden itibaren Türk Lirası olarak ödeneceği ve sonraki dönemlerde de bu şekilde TL üzerinden ÜFE ve TÜFE ortalaması oranında arttırılacağı açıkça düzenlenmiştir. Önceki malik-kiraya veren ile kiracının ortak ve özgür iradesi ile düzenlenen bu şart geçerli olup tarafları bağlar, ayrıca TBK 310. Maddesi gereğince yeni malik de kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğinden yeni malik davacı da sözleşme ile bağlıdır. Bu durumda ek sözleşmenin bu hükmü de dikkate alınarak 2012 yılı Kasım ayı yönünden, ek sözleşme ile belirlenen bedel üzerinden ÜFE-TÜFE ortalamasına göre yapılacak artışa göre, davalının eksik ödemesinin bulunup bulunmadığının tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu düzenleme dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir” Y. 3 HD. T. 08.10.2019, E. 2019/2807 K. 2019/7591, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 21.05.2022).

³⁵ İNCEOĞLU, C. 2, s. 138; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 248.

³⁶ İNCEOĞLU, C. 2, s. 144; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 249.

³⁷ Örneğin Yargıtay kararına konu olmuş bir örnekte “Davacı, dava dilekçesinde özetle; 30/08/2008 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile davalıya ait işyerini restoran olarak işletmek amacı ile aylık 11.000,00-USD+KDV bedeli ile kiraladığını, davalı şirket tarafından “... Alışveriş Merkezi” nin (...)” şeklinde karar verilmiştir (Y. 3 HD. T. 15.06.2020, E. 2020/111 K. 2020/2967, karararama.yargitay.gov.tr, E. T. 23.05.2022).

geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır” şeklindedir. Bu düzenleme nispi emredici bir düzenleme olup sözleşmede aksinin kararlaştırılması durumunda dahi, beş yıl boyunca kira bedelinde artış yapılamayacaktır³⁸.

Doktrinde beş yıldan sonraki durumun nasıl olacağı ise tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş, maddede geçen, “beş yıl boyunca” ifadesinden, kira bedelinde artış yasağının sona erdiği tarih, olarak görülmesinin hatalı olduğunu ifade etmektedir³⁹. Diğer görüş ise, tarafların beşinci yılın bitiminden itibaren yeni kira bedelinin tamamını belirleyebilecekleri gibi ne oranda artacağını da belirlemelerinin mümkün olduğunu ifade etmektedir⁴⁰.

Yabancı para borçları ile ilgili TBK m. 344/4 hükmü kapsamında diğer bir istisna ise TBK m. 138’de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü konusunda kendini gösterir. Taraflardan biri, aşırı ifa güçlüğüne şartlarının oluştuğu durumlarda kira bedelinin tespitini isteyebilecektir⁴¹.

Son olarak tarafların, yabancı para üzerinden bir kira bedeli kararlaştırmaları durumunda hâkimin hangi para birimi üzerinden kira bedelini belirleyeceği tartışmalıdır⁴². Konuyla ilgili olarak, Yargıtay alışveriş merkezleri ile ilgili bir uyuşmazlıkta tarafların kira bedelinin yabancı para cinsinden talep etmesinin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir⁴³.

³⁸ İNCEOĞLU, C. 2, s. 149; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 251.

³⁹ İNCEOĞLU, C. 2, s. 153.

⁴⁰ KILIÇ ÖZTÜRK, s. 251

⁴¹ İlgili durumlar Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yabancı para üzerinden kararlaştırılan kira bedelinde uyarılama ile ilgili olarak Yargıtay, “Somut olayda davacı, davalı şirket ile aralarında arasında akdedilen 01.07.2001 tarihli kira sözleşmesi ile iş yeri olarak kullanılacak taşınmazın müvekkili şirkete 5 yıllık olarak kiraladığını ve bu kiralama ile ilgili olarak aylık 7170,00 Amerikan Doları kira bedeli ödenmekte olduğunu, dolayısıyla müvekkili davacının aylık m2 birim fiyatının yaklaşık olarak 140 Amerikan Dolarına tekabül ettiğini, bu bedelin çevredeki diğer alışveriş merkezlerine ve aynı alışveriş merkezinde bulunan diğer işyerlerine göre oldukça yüksek bir meblağ olduğunu, günün ekonomik koşulları ve işyerinin bulunduğu yerin çok yakınında alışveriş merkezlerinin açılması neticesinde kiralanan yerin müşterisinin azalması ve müvekkili şirketin ticari faaliyetini devam ettirmeye çalıştığı koşulların değişmiş olduğunu, karşılıklı çıkar dengesinin davacı müvekkili kiracı yönünden kullanılmayacak derecede bozulduğunu ileri sürerek kira bedelinin aylık 2650 Amerikan Doları (m2 birim fiyatı aylık 50 Amerikan Doları) olarak uyarlanmasına karar verilmesini talep etmektedir” şeklinde karar vermiştir. Y. 20 HD. T. 15.10.2015, E. 2015/2079, K. 2015/9491, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 23.05.2022).

⁴² İlgili tartışma için bkz. KILIÇ ÖZTÜRK, s. 252.

⁴³ Yargıtay ilgili kararında; “Davacı vekili dava dilekçesinde; alışveriş merkezindeki 113 nolu bağımsız bölümün 15.10.2012 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi ile davalı şirkete kiraya verildiğini, davalı şirket hakkında 19.12.2013 tarihinde iflas kararı verildiğini ve taşınmazın iflas idaresi tarafından 30.04.2014 tarihinde tahliye edildiğinden, iflasın açılma tarihi 19.12.2013 ile tahliye tarihi 30.04.2014 tarihinde kadar olan kira bedelleri toplamı 36.521 Euro ve bu döneme ilişkin ortak gider alacağı 35.536 TL’nin davalıdan tahsilin istemiştir. (...) Davacı vekilinin kira bedelinin Euro olarak belirlenmesine ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde; 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 99 hükmüne göre, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre

III. ALIŞVERİŞ MERKEZİ KİRALARINDA ORTAK GİDERİN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Alışveriş merkezlerinde en sık karşılaşılan uyuşmazlığın, ortak giderler konusunda olduğunu söylemek mümkündür. Ortak giderlerin tespiti ve kiracıları arasında nasıl bölüşüleceğinin belirlenmesi hakkında Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 11 hükmü bir düzenleme getirmiştir.

Yönetmelik m. 11 hükmü, öncelikle ortak gider kavramını açıklamış, hangi gider kalemlerinin ortak gider olduğunu düzenlemiştir. Madde kapsamında ayrıca ortak gider raporunun düzenlenmesi ve denetimi durumu da düzenlenmiştir. Belirlenen ortak giderin taraflarca, nasıl katlanılacağı da bu madde kapsamında düzenlenen diğer bir durumu oluşturur. Bununla birlikte son olarak, kiraya verilmemiş iş yerleri ve kiracılar ile alışveriş merkezi yönetiminin müştereken sorumluluğu madde kapsamında düzenlenmiştir.

Bununla birlikte ortak giderlere ilişkin uygulanacak hükümler yönetmelik dışında Kat Mülkiyeti Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerinde düzenlenmiştir. Alışveriş merkezlerinin kat mülkiyetine tâbi olması halinde, kat maliklerinin kendi aralarındaki ilişkilerde KMK⁴⁴ hükümlerine tâbi olacağını ifade etmek gerekir⁴⁵.

B. Alışveriş Merkezlerinde Ortak Giderler Kavramı

Ortak giderler, alışveriş merkezleri yönetmeliği m. 11'de düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında da ifade edildiği üzere, “Ortak kullanım alanlarına ilişkin elektrik, su, ısınma,

Türk parası olarak ödenmesini isteyebilir. Yabancı para cinsinden yapılan kira sözleşmesindeki kira alacağı, yabancı para alacağı olarak dava edilebilir ve ödeme günündeki kura göre işlem görür. Davacı kira alacağını Euro cinsinden talep etmiş olup fiili ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden TL karşılığının tahsiline karar verilmesi gerekir. Bu durumda Euro üzerinden hesaplanan kira bedelinin fiili ödeme tarihinde ...'nın efektif satış kuru üzerinden belirlenecek TL karşılığının tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde TL'ye çevrilerek hüküm kurulmuş olması isabetli değildir” şeklinde hüküm kurmuştur. Y. 6 HD. T. 21.06.2016, E. 2016/1929 K. 2016/4853, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 23.05.2022).

⁴⁴ 2.7.1965 tarih ve 12038 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kat Mülkiyeti Kanunu.

⁴⁵ DEMİRCİOĞLU, s. 70. Yargıtay benzer bir şekilde bir kararında AVM kirası niteliğindeki bir uyuşmazlıkta “Sözleşmenin 17. maddesinde KMK'nun kiracıya yüklediği SSK elektrik, su, doğalgaz vs. bedellerin kiracıya ait olduğu kararlaştırılmıştır. Özgür irade ile kararlaştırılan bu şart geçerli olup tarafları bağlar. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesine göre; kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak; ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür. Kat malikleri ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınmaz” şeklinde hüküm kurmuştur (Y. 6 HD. T. 12.04.2016, E. 2015/12686 K. 2016/2980, karararama.yargitay.gov.tr, E. T. 23.05.2022).

yenileme niteliğinde olmayan bakım-onarım, güvenlik ve temizlik gibi belirli dönemlerde tekrarlanan ve alışveriş merkezinin aynına ilişkin olmayan ortak giderler” yönetmelik hükümleri çerçevesinde paylaşılacaktır. İkinci fıkra ise⁴⁶ alışveriş merkezlerinin birinci fıkra dışında kalan ortak faydaya yönelik giderlerinin, taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenmiş olmasını düzenlemiştir. Bu giderler, yönetmelik eki dikkate alınarak hesaplanacaktır. Madde kapsamı incelendiğinde, alışveriş merkezi kiralarından giderlerin, ortak kullanım alanları giderleri ve ortak faydaya yönelik giderler ile diğer giderler olarak üç kısımda incelenmesi mümkündür⁴⁷.

Ortak kullanım alanlarına ilişkin giderler, alışveriş merkezinin aynına ilişkin olmayan elektrik, su, ısınma gibi giderlerden oluşur⁴⁸. Bu kapsamda, ortak kullanım giderlerinin, TBK m. 341 hükmü ile paralellik arz ettiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda, TBK m. 341’de tartışmalı olan “işletme giderlerinin” alışveriş merkezleri açısından ortak kullanıma ilişkin giderler kapsamında yer aldığı doktrinde ifade edilmektedir⁴⁹.

Yenileme niteliğinde olmayan bakım ve onarım giderlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Her ne kadar TBK m. 317’nin lafzında temizlik ve bakım giderleri açısından düzenleme olsa da doktrinde bulunan olağan eskimelerinde bu kapsamda değerlendirileceği görüşünün, alışveriş merkezlerinde ortak kullanıma ilişkin giderler açısından da kabul edilmesi gerekmektedir. Tarafların alışveriş merkezinin yenilenmesi kapsamında

⁴⁶ Anılan madde; “Alışveriş merkezindeki perakende işletmelerden, birinci fıkradaki ortak giderler dışında kalan pazarlama ve yönetim gibi ortak faydaya yönelik hizmetler için katılım payı talep edilebilmesi, bu hususun, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilmiş olmasına bağlıdır. Taraflar arasındaki sözleşmede aksi belirtilmedikçe bu giderler de bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre hesaplanır” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 8. Doktrinde ÇAPKINOĞLU, giderleri yalnızca ortak kullanıma ilişkin giderler ile ortak faydaya yönelik giderler olarak iki kısımda değerlendirmiştir (ÇAPKINOĞLU, s. 17). TBK hükümlerinde yan giderlerin düzenlenmesi ile İsviçre Borçlar kanunu açısından karşılaştırılması açısından ayrıca bkz. ÖKTEM ÇEVİK, s. 213 vd.

⁴⁸ ARAT, s. 116; DEMİRCİOĞLU, s. 81 vd.; ÇAPKINOĞLU, s. 16 vd. Ortak giderlerin neler olduğu sınırlı sayıda sayılmamıştır. Bir Yargıtay kararında ortak giderler ile ilgili olarak alışveriş merkezi sözleşmesinde sayılan ortak giderler de Yönetmelik m. 11 hükmü ile paralellik göstermektedir. Anılan Yargıtay kararı; “18/10/2010 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesinin tarafların yükümlülükleri başlıklı 1.4. Maddesinde, iş merkezinin genel alanlarının elektrik, doğalgaz, su, ısıtma ve soğutma, güvenlik, temizlik, teknik ofis ve yönetim giderlerinin kiracılar tarafından ortak karşılanacağı kararlaştırılmıştır. Davacı vekili de dava dilekçesinde; davalının ödemesi gerektiği ortak gider bedelini ödemediğini, m2 birim fiyatı 12 TL olan ortak gider bedelinin tahsiline karar verilmesini istemiş, 05/12/2013 tarihli dilekçesinde ise kiracılık süresi içerisinde ödenmesi gereken 16 aylık toplam 96.000,00 TL ortak gider alacağının da tahsili talep edilmiştir. Mahkemece her ne kadar davanın reddine karar verilmiş ise de, ortak gider alacağına yönelik inceleme yapılmaksızın karar verildiği anlaşılmıştır” şeklindedir (Y. 6 HD. T. 05.09.2016, E. 2015/10063, K. 2016/5106, karararama.yargitay.gov.tr, E. T. 25.05.2022).

⁴⁹ DEMİRCİOĞLU, s. 81.

olmayan olağan bakım ve onarım giderlerinin de ortak kullanıma ilişkin giderler içerisinde değerlendirilmesi gerekir⁵⁰.

Ortak faydaya yönelik giderler Yönetmelik m. 11/2'de düzenlenmiştir. Alışveriş merkezi kiracılarının pazarlama ve yönetim gibi ortak kullanıma ilişkin fayda dışında kalan giderleri bu kapsamda değerlendirilmiştir. Ayrıca, bu giderlerin talep edilmesi için sözleşmede bir hüküm olması gerektiği madde metninde açıkça ifade edilmiştir.

Konuyla ilgili tartışılması gereken önemli husus TBK m. 346'nın artık uygulanmaya başlaması neticesinde, Yönetmelik m. 11 hükmünün nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir⁵¹. Doktrinde, Yönetmelik ile getirilen bu hükümlerin, TBK anlamında yan gider olmadığı yönündedir. Zira bunlar alışveriş merkezlerine özgü birer harcama kalemidir. Fakat bu hükümleri, kira konusu şeyin kullanımıyla ilgili veya üçüncü kişi tarafından sunulan birer edim olarak kabul etmek ve bunlara ilişkin ödemeleri de söz konusu edimlerin karşılığı olarak nitelenmek zordur. Dolayısıyla, müşteri çevresini artırmaya yönelik, konser, imza günü, reklam faaliyetleri⁵², çekilişle promosyon gibi giderlerin bu kapsamda TBK m. 346'ya aykırılık teşkil edebileceği, ancak bu konuda katı bir yorum yapmamak gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁵³. Fakat ortak giderlerin kiracı lehine sonuçlar doğurduğu da kabul edilmelidir. Neticede, Yönetmeliğin, ortak faydaya yönelik hizmetlerinin perakende işletmelerden doğan katılım payını mümkün, fakat özel düzenlemeye tâbi kılan hükmünün TBK m. 340'a aykırı düşmediği ölçüde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴.

Doktrinde, ortak faydaya yönelik hükümler, temerrüt hükümleri açısından da incelenmiştir. Ortak faydaya yönelik giderlerin, TBK m. 315 hükmü gereğince tahliye ve feshe imkân vermeyeceği doktrinde kabul edilmiştir. Bu durumun gerekçesi olarak, TBK m. 315'in tahliye ve feshe imkân vermesi için bedel ve yan giderlerin ödenmesiyle sınırlı tutulmuş olmasının, sonucu olduğu ifade edilmiştir⁵⁵.

⁵⁰ DEMİRCİOĞLU, s. 81-82; ÇAPKINOĞLU, s. 25.

⁵¹ Doktrinde erteleme süresi boyunca, AVM'lerin ortak gider adı altında ödemelerinin yan gider olup olmadığı meselesi önem arz etmediği hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 346; Artık hükümlerin erteleme süresi dolduğundan, erteleme süresi sonunda meydana gelen durumlar uyumsuzluklar için bu tartışmasının artık önemini kaybetmiş ve erteleme süresi dolan hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

⁵² Reklam faaliyetleri gibi doğrudan ilişkili olmayan yan giderler açısından bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 43-47.

⁵³ DEMİRCİOĞLU, s. 83-84; ÇAPKINOĞLU, s. 32. Aynı yönde detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s. 98.

⁵⁴ DEMİRCİOĞLU, s. 83-84; ÇAPKINOĞLU, s. 33.

⁵⁵ DEMİRCİOĞLU, s. 84-85; ÇAPKINOĞLU, s. 34-35 ve s. 92. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s. 103-104.

Diğer giderlerin talep edilmesi ise Yönetmelik m. 11/3'te düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, *“Kiracı olarak faaliyette bulunan perakende işletmelerden birinci ve ikinci fıkrada belirtilen nitelikteki giderler dışında ortak gider adı altında herhangi bir bedel talep edilemez”* hükmünü haizdir. Bu hükümden, alışveriş merkezleri yönetiminin ilk iki fıkrada sayılan giderler dışında, başka bir gider istemesinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir⁵⁶.

C. Ortak Giderlerin Denetimi ve Talep Usulü

Yönetmelik m. 11/1 ve 2'de sayılan ortak kullanıma ilişkin giderler ile ortak faydaya yönelik giderler hariç diğer giderlerin talep edilmesi mümkün değildir (Yönetmelik m. 11/3). Tarafların, bu şekilde belirlemiş olduğu giderler, alışveriş merkezi perakende işletmelerinden yazılı olarak talep edilecektir. Taraflardan yazılı olarak talep edilen bu giderlerin türü ve tutarı ayrı ayrı yazılacak ve perakende işletmelerden talep edilecektir (Yönetmelik m. 11/4).

Ortak giderlerin talebini ise Yönetmelik m. 11/7 hükmü düzenlemiştir. Alışveriş merkezi yönetiminin perakende işletmelerden ortak giderleri nasıl isteyeceğini düzenleyen madde hükmü şu şekildedir; *“Alışveriş merkezi yönetimince her yıl mart ayı sonuna kadar, bir önceki yılın ortak giderleri ile ortak kullanım alanı gelirlerine ilişkin rapor hazırlanarak alışveriş merkezindeki perakende işletmelere gönderilir. Bu raporda; bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre her bir perakende işletmeden tahsil edilmesi gereken ve tahsil edilen ortak gider katılım paylarına, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirlere ve ortak gider katılım payından yapılan ödemelere ilişkin bilgiler ile her bir gider türü için ortak gider hesaplamalarına yer verilir. Perakende işletmelerce talep edilmesi halinde, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirler ile ortak gider katılım paylarından yapılan ödemelere ilişkin belgelerin birer örneği alışveriş merkezi yönetimince perakende işletmelere verilir”*. Anılan hükmün TBK m. 341/2'de düzenlenen kullanım giderlerine paralel olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, alışveriş merkezleri yönetiminin perakende işletmeleri bilgilendirme yükümlülüğünün olduğu, ayrıca alışveriş merkezinin hesap vermekle yükümlü olduğu sonucu çıkarılmalıdır⁵⁷.

Yönetmelik m. 11/9 hükmü ise perakende işletmelerden fiilen tahsil edilen katılım paylarının usulünce yapılan hesaplama sonucunda, daha az tahsil edilmesini düzenlemiştir. Bu gibi durumlarda anılan hüküm, aradaki farkın işyeri maliki tarafından karşılanmasını düzenlemiştir. Burada amaç, eksik ödemelerin varlığı durumunda, aradaki farkın diğer

⁵⁶ DEMİRCİOĞLU, s. 84.

⁵⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 87. Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 353.

perakende işletmeciler arasında dağıtılmasını önlemektir. Fakat farkın nihai sorumlusunun kiracı işletme olması halinde, eksik ödeme nedeniyle katılım payındaki farkın TBK'nin yan giderler ile örtüşmesi durumunda, kiracı işletmenin TBK m. 315 hükmü gereğince temerrüt hükümlerine dayanılarak tahliyesi mümkündür⁵⁸.

D. Ortak Giderlere Katılım ve Ödeme Yükümlülüğü

26.02.2016 öncesi dönemde, tarafların ödeme yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm söz konusu değildi. Ortak giderler konusu ise perakende işletmeler ile alışveriş merkezi yönetimi arasında KMK ile TBK hükümleri çerçevesinde yaptıkları sözleşmeler ile çözümlenmeye çalışılmaktaydı. Taraflar, sözleşmeye koydukları hükümlerle ya da "CAP"⁵⁹ hükümleriyle bu durumu aşmaya çalışmaktadırlar. CAP hükümleri gereğince fazla metrekareli işletmeler ödeme yükümlülüğü açısından bir üst limit getirilmiş, kalan işletmeler açısından ise metrekare hesabıyla ortak giderlere katılım limiti öngörülmüştür⁶⁰.

Alışveriş merkezi yönetmeliği ile artık perakende işletmelere ortak giderlere katılım için getirilmiş olan hükümler çerçevesinde, ortak giderleri ödemek gerekir. Düzenleme ise Yönetmelik m. 11/1'de düzenlenmiş ve ortak giderler için katılım payının ek-1'de düzenlenen katılım payı esasına göre paylaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik ek-1 hükümleri dikkate alındığında, perakende işletmelerin metrekare hesabı ve işletmenin faaliyetlerine göre "A-L" arasında bir tipe girdiği görülecektir⁶¹. Örneğin, alışveriş merkezlerinde bulunan 0-100 metrekare arasındaki işletmeler "A" tipine girecek ve katılım payı 1,275 olarak hesaplanacaktır. Ayrıca, ek-1 incelendiğinde dağıtım katsayısı en yüksek olan işletmenin *Hızlı Yemek Katında bulunan* işletmeler olduğu görülecektir. Buna göre, anılan işletmelerin dağıtım katsayısı, 1,55 olarak belirlenmiştir.

Ortak gidere katılım payının hesaplama usulü ise aynı şekilde, ek-1'de ifade edilmiştir. Hükümler incelendiğinde ortak giderlerin;

1. İşyeri alanı, alışveriş merkezleri yönetmeliği ek-1'de yer alan dağıtım katsayısı ile çarpılacak ve sonuçlar toplanarak "Toplam Katılım Değeri" bulunacaktır.

⁵⁸ DEMİRCİOĞLU, s. 89; ÇAPKINOĞLU, s. 96; İNCEOĞLU, C. 1, s. 349.

⁵⁹ CAP hükümleri AVM'lerde kullanılan bir terimdir. CAP hükümleri, birtakım kiracıların ortak giderlere katılımını sınırlayan ticari anlaşmaları ifade etmektedir. CAP hükümleri açısından detaylı bilgi için bkz. ÇAPKINOĞLU, s. 58. CAP hükümlerinin dürüstlük kuralını ihlal edip etmediği açısından bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 349-350.

⁶⁰ ÇAPKINOĞLU, s. 58; İNCEOĞLU, C. 1, s. 350.

⁶¹ Alışveriş Merkezleri Hakkındaki Yönetmelik'te düzenlenen "Ek-1".

2. Usulüne göre hesaplanan ortak giderler, toplam katılım payına bölünerek “Birim Maliyeti” hesaplanacaktır.

3. Hesaplanan birim maliyeti, dağıtım katsayı ile çarpılacak ve “Ortak Gider Katılım Payı” bulunacaktır.

Dolayısıyla tarafların, daha az faydalandığından bahisle daha az katılım payı ödemeleri söz konusu olmayacak ve alışveriş merkezi perakende işletmelerinin bu yükümlülüğe katılmak istememeleri gibi bir durum mümkün olmayacaktır⁶².

SONUÇ

Alışveriş merkezlerinin kendine özgü nitelikleri ve yapılan yatırımın çok büyük boyutlara ulaşması neticesinde Alışveriş Merkezleri Hakkında yönetmelik hükümleri çıkarılmış ve bazı özel düzenlemeler getirilmiştir.

Alışveriş merkezleri hakkında getirilen hükümlerin konut ve çatılı işyeri olarak değerlendirilip değerlendirilmediği de AVM'lere uygulanacak hükümler açısından önem arz etmektedir. Çalışmamız kapsamında AVM ile ilgili özel düzenlemelerin, AVM'lere konut ve çatılı işyeri hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Doktrindeki hâkim görüş de bu yöndedir. Bu nedenle özel düzenlemelerin getirilmesi, alışveriş merkezindeki perakende işletme kiralarını, konut ve çatılı işyeri kirası olarak değerlendirmeye engel değildir.

Alışveriş merkezlerinin, metrekare bazında kira yanında ve cirodan kâr uygulaması neticesinde; doktrinde bu kira türünün, ürün kirası olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş olsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanımızca, kira sözleşmesinin, yıllık cironun belli bir kısmının kira bedeli olarak belirlenmesi hasılat kirasına vücut vermez. Dolayısıyla, alışveriş merkezleri hakkında TBK hükümlerinin konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Alışveriş merkezlerinin kendine has durumları nedeniyle farklı düzenlemelerin yapılması, bu durumu değiştirmeyecektir.

Alışveriş merkezleri kirasında bedelin belirlenmesi ise uygulama da genelde üç şekilde düzenlenmektedir. Bunlar, metrekare bazlı kira, metrekare ve cirodan kâr öngören kiralar ve sabit bir kira bedelinin belirlenmiş olmasıdır. Alışveriş merkezlerinde, kira bedeli ise TBK m. 343 ve 344 hükümlerine tâbidir.

⁶² ÇAPKINOĞLU, s. 71-72.

Uygulamada alışveriş merkezi kiraları sıkça yabancı para cinsinden belirlenmektedir. Bu durumda 344/4 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Fakat taraflardan biri, aşırı ifa güçlüğü'nün şartlarının oluştuğu takdirde kira bedelinin tespitini isteyebilecektir.

Alışveriş merkezleri konusunda sıkça karşılaşılan diğer bir uyuşmazlık ise ortak giderler konusunda kendini gösterir. Ortak giderlerin tahliye ve feshe imkân verip vermeyeceği konusunda kanımızca doktrindeki hâkim görüşe katılmak gerekir. Buna göre, sırf ortak giderlerin ödenmemesi tahliye ve feshe imkân vermeyecektir. Bunun sebebi ise TBK 315 hükümlerinin bedel veya giderler ile sınırlı tutulmuş olmasıdır.

Son olarak alışveriş merkezlerinde kira ilişkisi kuran perakende işletmelerin, ortak giderlerden ne derece sorumlu olacağı Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre perakende işletmeler ortak giderlerden ve ortak faydaya ilişkin giderlerden sorumlu olacaktır. Ortak giderlerin konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar kanımızca, alışveriş merkezleri yönetmeliği Ek-1'de belirtilen usullere göre belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- ARAL, F., AYRANCI, H. (2015). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARAT, A. (2020). Alışveriş Merkezlerinde Yer Alan İşyeri Kiralarına Korona Virüs (KOVİD-19) Salgınının Etkisi ve Çözüm Önerileri. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 19(38), 104-119.
- BOZTEPE, M. (2019). Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Uygulama Alanı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi.
- ÇAPKINOĞLU, G. (2019). Alışveriş Merkezi Kira Sözleşmelerinde Ortak Gider. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- DARCAN, Ş. (2020). Ürün Kirası Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, İzmir.
- DEMİRCİOĞLU, H. (2016). Türk Hukukunda Alışveriş Merkezi Kiracılarının Ortak Gider Sorumluluğu. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX (1), 65-99.
- ERÇİN, F. (2008). Musakkaflık Kavramının Etkisi ve 6570 sayılı Yasanın Uygulanma Zorluğu. İstanbul Barosu Dergisi, 82(1), 59-78.
- EREN, F. (2018). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.

GÖKYAYLA, E. (2013). Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK 339). Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel Sayı), 1203-1251.

İNCEOĞLU, M. (2014). Kira Hukuku Cilt 1. İstanbul: Onikilevha Yayınları (C. 1).

İNCEOĞLU, M. (2014). Kira Hukuku Cilt 2. İstanbul: Onikilevha Yayınları (C. 2).

KESER, Y. (2022). Kira Hukuku Davaları, (ed. H. Özdemir), Ankara: Seçkin Yayıncılık

KILIÇ ÖZTÜRK, G. (2017). Kira Tespit Davası ve Esasları. TBB Dergisi, (129), 229-260.

KONYALIOĞLU, S. (2014). Tüketicilerin Alışveriş Merkezi (AVM) Tercihlerinde AVM Yönetiminin Önemi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi.

ÖKTEM ÇEVİK, S. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kiracının Kira Bedeli Dışındaki Giderlere Katılma Borcunun Değerlendirilmesi. BATİDER, 28(2), 203-223.

ÖZDEMİR, G. (2022), Kira Hukuku Davaları, (ed. H. Özdemir), Ankara: Seçkin Yayıncılık,

TOKMAK, T. (2009). Kira Bedelinin Tespiti, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 207-255.

TÜRKMEN, A. (2015). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi. Ankara Barosu Dergisi, (2015/1), 341-368.

YILMAZ, A. (2016). Ürün Kirası Sözleşmesinde Kiracının Temerrüdü. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3), 3061-3080.

[http:// www.dergipark.org.tr](http://www.dergipark.org.tr)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

[http:// www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>



YAYIN ETİĞİ İHLÂLLERİNİN FİKRÎ MÜLKİYET HAKLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Evaluation Of Publication Ethics Violations In Context Of Copyrights

Beşir ORAK*

ÖZ

Temeli bilimsel dürüstlük olan bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkeleri, bilim insanlarının bilimsel araştırma ve yayın yaparken uyacakları etik normları belirler. Etik normlara aykırı davranışlar, etik ihlâl olarak ifade edilmektedir. Etik ihlâlî sayılan bazı fiiller, başkalarının eser sahipliği dolayısıyla sahip oldukları hakları da ihlâl eder. Bu yönüyle etik ihlâllerin fikrî mülkiyet hukuku bağlamında değerlendirilmesi gündeme gelir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer verilen usûlsüz iktibaslar ve bir usûlsüz iktibas türü olan intihal, fikrî mülkiyet haklarının ihlâlüne neden olmaktadır. Usûlsüz iktibasların dışında Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde düzenlenmiş birtakım yayın etiği ihlâlleri aynı zamanda fikri hakları da ihlâl etmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Etik, Yayın etiği, Fikrî mülkiyet, İntihal, Usûlsüz iktibas.

ABSTRACT

Scientific research and publication ethics, which are based on scientific honesty, determine the ethical norms that scientists will comply with while conducting scientific research and publication. Some actions that are considered ethical violations also violate the rights of others due to copyright. At this point, the evaluation of ethical violations in the context of copyright comes to the fore. Irregular citations in Law No. 5846 and plagiarism, which is a type of illegal quotation, cause the violation of

* **Gönderi:** 30.05.2022 - **Kabul:** 19.08.2022 | **Received:** 30.05.2022 - **Accepted:** 19.08.2022.

* LLM, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye
✉ av.bsrorak@gmail.com • ORCID 0000-0002-1987-3499.

Atıf Şekli / Cite As: ORAK, Beşir (2022). Yayın Etiği İhlâllerinin Fikrî Mülkiyet Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi. ÇÜHAD, (2), 21-57.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

copyrights. Apart from irregular citations, some publication ethics violations regulated in the Higher Education Institutions Scientific Research and Publication Ethics Directive also violate copyrights.

Keywords: Ethic, Publication ethics, Copyrights, Plagiarism, Irregular citations.

GİRİŞ

Bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerinin temelini bilimsel dürüstlük kuralları oluşturmaktadır. Bu ilkelere aykırılık içeren fiiller, bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlalleri olarak ifade edilir. Tam olarak hangi fiillerin, yayın etiği ihlali oluşturacağı tartışmalı kalmış, ortak noktaları çok da olsa pek çok yazar yayın etiği ihlallerini kendi yorumlamalarına göre adlandırmıştır. Ancak *Yükseköğretim Kurulu*, 2016 yılında çıkardığı *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi* (YKBAY) ile birlikte meseleyi pozitif hukukun konusu haline getirmiştir.

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlalleri intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlâl türleri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu etik ihlaller, 2547 sayılı *Yükseköğretim Kanununda*¹ disiplin suçu olarak düzenlenmiş, bu fiilleri işleyen öğretim elemanlarına çeşitli disiplin cezaları verileceği belirtilmiştir.

İntihal ve haksız yazarlık ile diğer etik ihlâl türleri arasında “alenileşmemiş tez veya çalışmalarını izinsiz kullanmak” ve “yayımlanmamış eser hakkında bilgi paylaşmak” olarak belirtilen etik ihlâl türleri, aynı zamanda, eser üzerindeki fikrî hakları da ihlâl etme potansiyeline sahiptir. *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* belirtilen söz konusu fiiller, fikrî hakları da ihlâl etmeleri nedeniyle *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* (FSEK) kapsamına girse de *Kanunda* yayın etiği ihlallerinin başlıca görünümü, usûlsüz iktibastır.

İktibas, alıntı demektir. Bir eser meydana getirirken olağan olarak diğer eserlerden istifade edilir ve alıntılar yapılır. Usûlsüz iktibas ise, hukuka aykırı olarak yapılan alıntıdır. Hukuka aykırılık, *Kanunda* belirtilen iktibas serbestisi kurallarına uyulmamasından veya sınırlarının aşılmasından dolayı ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmanın konusunu, yayın etiği ilkelerine aykırılık teşkil eden fiillerin fikrî mülkiyet hukuku bağlamında değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda mevzuatta hangi fiillerin bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlali sayıldığı irdelenmiştir. *Yükseköğretim Kurumları*

¹ 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (RG. 06.11.1981 -17506).

Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde belirtilen etik ihlaller sayılmış, bu etik ihlaller arasında fikrî mülkiyet haklarıyla olan sıkı ilişkisi nedeniyle “intihal” fiili özel olarak incelenmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda intihal fiilinin tanımına yer verilmemiştir. *Kanunda* yayın etiği ihlallerinin başlıca görünümünün usûlsüz iktibas olması nedeniyle usûlsüz iktibasın ne olduğu açıklanmış, daha sonrasında usûlsüz iktibas ile intihal arasındaki ilişki incelenmiştir. Son olarak intihal dışında kalan diğer yayın etiği ihlallerinin fikrî mülkiyet hukukuyla olan ilişkisi irdelenmiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDA TANIMLANAN YAYIN ETİĞİ İHLÂLLERİ

A. Genel Açıklama

Bilimsel araştırma ve yayın etiğinin içerdiği ilkelerin ne olduğu ve hangi fiillerin bu ilkeleri ihlâl ettiği hususu, öğretilerde ve diğer mecralarda uzun zamandır tartışılmaktadır. Buna karşın bu etik ilkelerin ve etik ihlâli sonucunu doğuran fiillerin ne olduğu, son yıllara değin, mevzuatta tanımlanmış değildir. Yazarlar, bilimsel araştırma ve yayın etiğini ihlâl eden davranışları, bu davranışlar hemen hemen birbiri ile aynı olsa da farklı isimlerle adlandırılmaktaydı².

Bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlallerini kendi yorumlamalarına göre tasnif eden ve isimlendiren pek çok yazar örnek gösterilebilir. Ancak son on yılda bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlalleri mevzuatta tanımlanmış, bu suretle mesele pozitif hukukun konusu haline gelmiştir. *Yükseköğretim Kurulu (YÖK), Üniversitelerarası Kurul (ÜAK) ve Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumunun (TÜBİTAK)* çıkardıkları bilimsel araştırma ve yayın etiği düzenlemelerinde, bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerini ihlâl eden davranışlar tanımlanmıştır. Bu tanımlar birbiriyle benzerlik göstermektedir.

² *Türkiye Bilimler Akademisinin (TÜBA)* çıkardığı bir kitapta bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlalleri disiplinsiz araştırma, yinelenen yayın, sahtecilik, saptırma veya aldatmaca, uydurmacılık ve aşırı macılık olarak belirtilmiştir (TÜBA, s. 35 vd.). Bir başka örnek olarak *Köksal*, etik ihlalleri iki sınıfa ayırarak incelemiştir. Yazara göre bilimsel araştırma ve yayın etiğini ihlâl eden fiiller, birinci derece etik ihlaller ve ikinci derece etik ihlaller biçiminde ikiye ayrılır. Birinci derece etik ihlaller; çift uçlu yayın, örtülü düklikasyon, haksız atıf, görmezden/bilmezden gelme ve görevi kötüye kullanmadır. Görevi kötüye kullanmayı ise sızdırma, yanlış davranma ve haksız müdahale fiilleri teşkil eder. İkinci derece etik ihlaller ise kongre avcılığı, görevi ihmal etme, hatada ısrar, muğlak yazarlık ve paralı yayındır (KÖKSAL, s. 211 vd.). *Memduhoğlu* etik ihlalleri üç ayrı başlık altında tasnif etmiştir. Bu başlıklar; hatalar, yanlışlar ve yanıltma/aldatmadır. Yanıltma/aldatma başlığı altında yinelenen yayın, uydurma, sahtecilik-çarpıtma ve aşırma fiillerini sıralamıştır (MEMDUHOĞLU, s. 173). *Karakoç* ise etik ihlalleri, sonuçları en hafif olanından en ağır olanına doğru şu şekilde sıralamıştır: Özensiz çalışma, hatırlatma, destekleyen kurum ve kişilere teşekkür etmemek, kaynakların israf edilmesi, tekrar yayım, dilimleme, haksız yazarlık, görevin kötüye kullanılması, intihal, çarpıtma ve uydurma (KARAKOÇ, s. 103 vd.).

Yükseköğretim Kurulu'nun 2016 yılında çıkardığı *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* (YKBAAY) bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı fiiller şu şekilde tanımlanmıştır:

- a) *İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,*
- b) *Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçek olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,*
- c) *Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz ve materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek*
- d) *Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak*
- e) *Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayımları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak*
- f) *Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dahil etmek veya aktif katkısı olan kişileri dahil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkarmak, aktif katkısı olmadığı halde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dahil ettirmek*
- g) *Diğer etik ihlalleri:*
 - *Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek*
 - *Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak*
 - *İnsanlar veya hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarda hasta haklarına saygı göstermemek*
 - *İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda ve diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak*
 - *İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak*
 - *Bilimsel araştırma için sağlanan ve ayrılan kaynakları, mekanları, imkanları ve cihazları amaç dışı kullanmak*
 - *Dayanaksız, yersiz ve kasıtlı olarak etik ihlal isnadında bulunmak*
 - *Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan veya araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak*
 - *Araştırma ve deneylerde, hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar vermek*
 - *Araştırma ve deneylerde, çalışmalara başlamadan önce alınması gereken izinleri yetkili birimlerden yazılı olarak almamak*
 - *Araştırma ve deneylerde, mevzuatın veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ilgili araştırma ve deneylere dair hükümlerine aykırı çalışmalarda bulunmak*

- *Araştırmacılar ve yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak*
- *Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak*
- *Akademik araştırma ve yükseltmelerde bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak”*

Üniversitelerarası Kurul’un çıkardığı *Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* (ÜKBAY) sayılan bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı fiiller, *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* sayılan fiiller ile aynıdır. Yalnızca *Üniversitelerarası Kurul’un* yönergesinde yer alan diğer etik ihlalleri kısmına; “*akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak*” ve “*başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak*” fiilleri eklenmiş, “*dayanaksız, yersiz ve kasıtlı olarak etik ihlal isnadında bulunmak*” fiili çıkarılmıştır. Söz konusu ekleme ve çıkarmalar, *Üniversitelerarası Kurul’un* görevleri arasında sayılan doçentlik başvurularının incelenmesinin doğası gereğidir³.

B. Özel Olarak İntihal

1. İntihalin Tanımı

Bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerine aykırı fiiller arasında intihal fiilinin özel olarak, ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir. Bunun nedeni intihalin, fikrî mülkiyet haklarıyla olan ilişkisidir. İntihal, eser sahibinin eser üzerindeki fikrî haklarını ağır bir biçimde ihlâl etmektedir. İntihal ile birlikte eser sahibinin manevî ve malî haklarının tümü ciddi bir zarara uğramaktadır. Bunun yanında eser sahibinin kişilik haklarının ihlâli de gündeme gelebilir. Bu sebeple intihal adlı etik ihlâl türü, bu bölümde özel olarak incelenmeyi hak etmektedir.

³ TÜBİTAK’ın konu ile ilgili düzenlemesi yönetmelik biçimindedir. *TÜBİTAK Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu Yönetmeliği* ismindeki Yönetmeliğin 9’uncu maddesinde etik kurallara aykırı davranışlara yer verilmiştir. Uydurma, çarpıtma, aşırma, tekrar yayım, dilimleme, haksız yazarlık ve usûlsüz alıntı ile diğer etik ihlaller; söz konusu yönetmelikte etik kurallara aykırı fiiller olarak sayılmıştır. YÖK ve ÜAK yönergelerine nazaran ufak farklılıklar olsa da esasen etik ihlaller benzerlik göstermektedir.

İntihal, Arapça bir sözcüktür. Türkçe, “aşırma” anlamına gelmektedir⁴. İngilizcede, “plagiarism”, Almancada “plagiat” kelimeleri ile karşılanmaktadır. İngilizce ve Almancada kullanılan kelimelerin kökeni, Latince “plagiarius” sözcüğünden gelmektedir⁵.

İntihal kavramı, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda* (FSEK) tanımlanmamıştır. İntihalin tanımına, öğretinin yanı sıra *Yükseköğretim Kurulu, Üniversitelerarası Kurul ve Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu*’nun bilimsel araştırma ve yayın etiğine ilişkin düzenlemelerinde rastlanmaktadır⁶. Bunun yanı sıra, *Yükseköğretim Kanununda* intihal, başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine ait gibi göstermek, şeklinde tanımlanmıştır.

Yargıtay bir kararında intihalin kelime anlamının aşırma, başkasına ait bir eseri kendisininmiş gibi gösterme, kaynak göstermeden başkasının eserinden parça almak anlamına geldiğini ve hukuk düzenince bu fiilin yasaklandığını belirtmiştir⁷.

2. İntihalin Şartları

İntihal fiilinin varlığından bahsedebilmek için birtakım şartların bir arada bulunması gerekir. Bu şartlar mevcut değilse duruma göre diğer etik ihlallerin varlığından söz edilebilir.

İntihalden bahsedebilmek için kişinin, başkasının eserini kendisininmiş gibi göstermesi gerekmektedir. İntihal yapan kişi, aşırıldığı eserde yer alan fikirleri ve/veya eser sahibinin üslubunu kendisine mal etmekte, kendisine ait gibi göstermektedir. Kendi fikrî ürünü olmayan fikirleri ve kendisine ait olmayan üslubu, kendisininmiş gibi gösterme, intihalin başlıca şartıdır.

İntihalde bir başkasından yapılan fikir hırsızlığı söz konusu olduğu için kişinin, daha öncesinde kendisinin yazmış olduğu eseri, sonrasında kısmen veya tamamen kullanması intihal

⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 24.04.2021).

⁵ Romalı şair *Martial*, şiirlerini etrafta kendi şiirleriymiş gibi sunan ve okuyan Fidentinus’a “plagiarius” demiştir. *Martial*’a göre, şiirleri ağzından çıkmaları ile birlikte azat edilmiş köleleri idi. Bunlara el uzatan kişi, azat edilen köleleri kaçırarak bir soyguncu, yani “plagiarius”tu (ÖZTAN, s. 202; ÖNCÜ, s. 29).

⁶ İntihal konusunda *Gökyayla*, bir eserin veya eserde yer alan ifadelerin kendisine ait olmamasına rağmen kendisinin gibi gösterilmesi intihaldir, yorumunu getirmektedir (GÖKYAYLA, s. 286). *Karakoç*, kişinin başkalarının fikirlerini usulünce atıf yapmaksızın kendi fikirleri gibi sunması olarak ifade etmiştir (KARAKOÇ, s. 118). *Öncü*, intihali, bir başkasının eser sahipliğinin kasten sahiplenildiği bir fikri hak ihlali olarak tanımlamıştır (ÖNCÜ, s. 29). *Yavuzdoğan* ise intihalin, kişinin zihinsel faaliyeti ve emeğinin karşılığında kendine has bir tarzla geliştirdiği fikir ve üslubunun başkalarınca hukuki sınırların ve esinlenmenin ötesine geçecek şekilde alıntılanması olduğunu belirtmektedir (YAVUZDOĞAN, s. 227). *Gözler* ise intihali, bir başkasının eserinden usulüne aykırı olarak yapılan alıntılarının en ağır biçimidir, şeklinde tanımlar (GÖZLER, s. 52)

⁷ YHGK, T. 29.01.2003, E.2003/4-47, K.2003/37 (BULUT, KOCA, s. 216).

oluşturmaz⁸. Kişinin kendisinden intihal yapmasını, intihal olarak değerlendirmek mümkün değildir⁹.

Kendi eserinden aşırma, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* ve *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi* bağlamında intihal fiilini oluşturmaz. Yine de bu durum, diğer bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerine aykırıdır¹⁰. Ancak burada, hukuk düzenince intihale karşı olduğu kadar ağır bir kınamaya maruz kalınmaması gerekir¹¹.

Bir başkasına ait eser kısmen veya tamamen kişinin kendisine ait gibi gösterilebilir¹². Eserin tamamının kullanılması şart değildir¹³. Eserin belli kısımlarının da aynı şekilde gösterilmesi, intihalin ortaya çıkması için yeterlidir¹⁴. Eserin, gerek tamamının gerek belli bir kısmının birebir aşırılması da şart değildir. Bölümlerin diziliminde değişiklikler yapılmış olabilir. Bu duruma takdim tehir denilmektedir. Bu halde de intihal oluşur¹⁵.

Bir başkasına ait eserin veya eserin belirli kısımlarının, bilimsel kurallara uygun atıf yapılmadan alınması, “kendisininmiş gibi gösterme” şartını yerine getirir. Burada akla gelen soru, bilimsel kurallara uygun atfın ne olduğu, bunun mevzuatta tanımlanıp tanımlanmadığıdır.

Bilimsel eserler kaleme alınırken çeşitli atıf usûllerine uygun olarak atıf yapılmaktadır¹⁶. Deyim yerindeyse atıf usulü, sistemleşmiştir. Yaygın olarak kullanılan atıf usûllerine, American Psychological Association (APA), Chicago Manual of Style (Chicago stili) ve

⁸ BULUT, KOCA, s. 220.

⁹ BOZBEL, s.166.

¹⁰ GÖKYAYLA, s. 290; BULUT, KOCA, s. 221.

¹¹ ÖZTAN, s. 205.

¹² *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi* ve *Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* kişinin, başkalarının yalnızca eserlerini değil özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini de kendisininmiş gibi gösterirse intihalin fiilinin gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte bazı yazarlar, eser niteliği taşımayan fikri ürünlerden yararlanmanın FSEK uyarınca intihal teşkil etmeyeceğini belirtmektedir (BULUT, KOCA s. 217; GÖKYAYLA, s. 286; ÖZTAN, s. 203). Konuya başka bir açıdan yaklaşan *Öncü*, eser yanında bilimsel çalışmaların sahiplenilmesinin de intihal suçunu teşkil edebileceğini, bunun nedeninin *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda* eser sahibinin haklarının ihlali cezalandırılıyor iken diğer yanda öğretim üyelerinin bilimsel etiğe aykırı davranışlarının cezalandırılıyor olduğunu söylemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada yazarın bahsettiği suç, disiplin suçudur (ÖNCÜ, s. 34). Kanımızca burada, kişinin özgün fikirleri, metotları ve verileri – ki burada kişisel verilerden söz edilmemektedir- bilimsel bir yayının altyapısını oluşturduğundan bunlar koruma altına alınarak bilimsel yayınlarda etik ilkelerin tam anlamıyla uygulanması ve korunması amaçlanmıştır. Nitekim bu duruma uygun bir görüş de öğretilerde mevcuttur. *Ulmer*’in doku (gewebe) teorisine göre, bilimsel bir eserde yer alan teoriler ve fikirler, o bilimsel eserin dokusunu oluşturmaktadır. Bilimsel eserin dokusunu oluşturan bu parçalar fikri mülkiyet hukuku bağlamında korunabilirler. Bkz. ULMER, s. 123 (ÖNCÜ, s. 141’den naklen).

¹³ GÖKYAYLA, s. 286.

¹⁴ BULUT, KOCA, s. 217.

¹⁵ GÖKYAYLA, s. 288; YAVUZDOĞAN, s. 229.

¹⁶ Atıf usûllerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKOÇ, s. 67 vd.

Modern Language Association (MLA) stilleri örnek verilebilir. Ancak hukuken atfın içeriğinde bulunması gerekenler konusunda *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesine bakmak gerekir. Buna göre atfın, bir eserden yararlanıldığını belli edecek şekilde yapılması gerekmektedir. Bununla kastedilen, atfı sayesinde, eserin o kısmında, bir başka eserden alıntı (iktibas) yapıldığının anlaşılmasıdır. Atıfta, yararlanılan eserin, bu eserin sahibinin ve alınan kısmın yerinin belirtilmesi gerekmektedir¹⁷.

Başkasına ait eserden alınan bölüme ilişkin hiç atfı yapılmaması yani iktibas yapıldığının belirtilmemesi durumunda intihalin varlığı şüphe götürmez. Burada soru işareti bırakan husus, kişinin atfı yapması ancak atfın usûlüne uygun olmaması durumunda intihalin varlığından söz edilip edilemeyeceğidir. Bu konuda çeşitli görüşler mevcuttur.

Gökyayla'ya göre, atfın yapılmış olması, intihalin olmayacağı anlamına gelmez. Yapılan alıntının, usulüne uygun yapılmaması durumunda da intihal meydana gelir. Örneğin, bir eserden sayfalarca birebir alıntı yapılması durumu böyledir. İktibas serbestisinin sınırları aşılmış ise atfın mevcudiyeti, intihali ortadan kaldıracak nitelikte değildir¹⁸.

Bulut/Koca'ya göre, atfı yapılmış ise kural olarak intihalden söz edilemez. Ancak iktibas serbestisinin sınırlarının aşıldığı bazı durumlarda intihalin varlığını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte bu istisna, edebî eserler için geçerli olmalıdır. Bilimsel eserlerde alıntı ölçütü, edebî eserlere göre daha geniş tutulmalıdır. Dolayısıyla bilimsel eserlerde atfı mevcutsa intihalden bahsedilemez. İktibas serbestisinin sınırlarını aşan her fiil, intihal değildir¹⁹.

Karakoç'a göre ise, intihal iki şekilde meydana gelir. Bunlardan ilki, kişinin herhangi bir atfı yapmadan başkasına ait fikirleri kendisininmiş gibi göstermesidir. İkinci durumda ise kişinin atfı mevcuttur ancak bu atfı usulüne uygun olarak yapılmamıştır. Bu durumda da intihal oluşur²⁰.

Öncü, yapılan alıntının maddi (alıntının amacını haklı gösterecek bir oranda olması ve alıntı yapılan eserin içeriğini aydınlatmak amacıyla yapılması) ve şekli (yararlanılan eserin, bu eserin sahibinin ve alınan kısmın yerinin belirtilmesi) şartları karşılamamasının intihalden söz etmek için yeterli olmayacağını söylemektedir. Yazara göre, intihal için alıntı yapılan eserin

¹⁷ GÖKYAYLA, s. 289.

¹⁸ GÖKYAYLA, s. 286-287.

¹⁹ BULUT, KOCA, s. 218-219.

²⁰ KARAKOÇ, s. 119.

sahibinin adının belirtilmemesi ve alıntı yapılan kısımların, alıntı yapan kişi tarafından kendisininmiş gibi gösterilmesi gerekir²¹.

Öncü 'ye benzer görüşte olan Öztan 'a göre, başkasına ait bir eseri haksız biçimde de olsa eser sahibinin ismini belirterek kullanmak intihal fiilini oluşturmaz. Burada, eser sahibinin eser sahibi olması dolayısıyla mevcut olan haklarının ihlâlinden bahsedilebilir²².

Danıştay da bir kararında, kaynak gösterilmiş ise intihalin oluşmayacağını ifade etmiştir. Söz konusu karar:

“Danıştay Sekizinci Dairesinin 03/06/2011 günlü, E:2010/950, K:2011/2984 sayılı kararıyla; davacının Üniversitelerarası Kurula sunduğu ve intihal olduğu ileri sürülen "Edirneli Nazmi Pend Name-i Nazmi (Tercüme-i Pendname-i Atar) İnceleme-Metin Sözlük" isimli eserinde intihalin var olup olmadığının tespiti amacıyla, aynı işlemin iptali istemiyle Danıştay Sekizinci Dairesinin 2010/951 sayılı esasına açılan dava dosyası kapsamında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu oluşan bilirkişi raporunda; yapılan alıntıların dipnotlar ve kaynakça bölümünde açık bir şekilde belirtildiğinden intihalin oluşmadığı” şeklindedir²³.

Danıştay'ın benzer bir kararı:

“...Üniversitesi Su Ürünleri Fakültesi İşletme Teknolojisi Bölümü Anabilim Dalında öğretim görevlisi olan davacı hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı YÖK Sağlık Bilimleri Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, davacının yayımlanmış olduğu "Denizlerden Sofraya, kaliteli ve Sağlıklı Balık Küçükçekmece Perakende balık Pazarında AB Standartlarının Uygulanması Projesi Örneği" adlı kitabında başka yazarlara ait alıntı yapılmasına rağmen kaynak esere yer verilmemesi gerekçesiyle, Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 8. maddesinin (a) bendi uyarınca etik ihlalde bulunduğu ...²⁴” şeklindedir.

İntihalin oluşumunda kasıt unsurunun yerine değinmek gerekir. Ceza hukuku bakımından intihalin oluşması, fiilin kasten işlenmiş olmasına bağlıdır. Kişinin, başkasına ait eseri kasten (bilinçli olarak) sahiplenmesi gerekmektedir²⁵. Kişinin, bir başkasına ait eserin tamamını veya bir kısmını bilimsel kurallara uygun atıf yapmadan eserine almış olması, dikkat ve özen eksikliğinden ileri gelmiş olabilir. Bu halde dikkat ve özen eksikliği söz konusu ise ceza hukuku kapsamında intihalden söz edilemez²⁶.

²¹ ÖNCÜ, s. 30.

²² ÖZTAN, s. 203.

²³ DŞİDDK, T. 29.03.2014, E.2011/2341, K.2014/983 (YAVUZDOĞAN, s. 241).

²⁴ DŞ. 8. D, T. 19.02.2016, E.2015/1757, K.2011/903 (YAVUZDOĞAN, s. 242).

²⁵ ÖNCÜ, s. 31.

²⁶ ÖZTAN, s. 204; GÖZLER, s. 55; YAMAN, s. 1562.

Kasıt, failin ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilmesi için olmazsa olmaz bir şart olarak aranmasına karşın disiplin hukuku anlamında aynı şeyi söylemek güçtür. Bu kanaate, *Yükseköğretim Kanununda* öğretim elemanları hakkındaki disiplin hükümlerini, lafzî ve tarihî yorum yöntemi ile yorumladığımızda ulaşabiliriz. *Yükseköğretim Kanununda* 2016 yılında yapılan değişiklikler için teklif edilen metinde yer alan intihal tanımında kasıt unsuru, tanımın içinde yer almaktaydı. Anılan tanım şu şekilde idi: “*Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma: Akademik bir kadroya bir daha atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarmadır. Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını gerektiren fiil, kasten başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde hiç atf yapmadan eserin bütünü dikkate alındığında önem arz edecek şekilde kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermektir*”²⁷. Ancak sonrasında “kasten”, “hiç” ve “eserin bütünü dikkate alındığında önem arz etmesi” ifadeleri metinden çıkarılarak *Kanun* son halini almıştır. İlgili maddenin son hali şu şekildedir: “*Başkalarına ait özgün fikir, metot, veri veya eserleri bilimsel kurallara uygun biçimde atf yapmadan kısmen veya tamamen kendisine ait gibi göstermek.*”

“Kasten” ifadesinin madde metninden çıkarılması, öğretim elemanının aşırma fiilinin kastî olup olmasının disiplin hukuku kapsamında önem teşkil etmeyeceğini gösterir. Nasıl ki ticaret hukukunda tacirin, “basiretli bir iş adamı gibi davranma” yükümlülüğü getirilmiş ise, burada da bilim insanlarına intihal konusunda bir tür “bilinçli davranma” yükümlülüğü öngörüldüğü söylenebilir.

İntihal fiilinin değerlendirilmesinde, somut olayın özelliklerini göz ardı etmemek gerekir. Eserin içerisinde intihal olarak değerlendirilen kısımlar, bir cümle, bir paragraf, bir bölüm veya eserin tamamına yakını olabilir. Hatta bazen eserin tamamı aşırma olabilir. Kuşkusuz ki, bir cümlenin aşırılması ile sayfalarca aşırmanın aynı şekilde değerlendirilmesi ve faile aynı müeyyidelerin tatbiki, hakkaniyete uygun olmaz. Bu bakımdan her bir duruma özgü, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak değerlendirme yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır.

²⁷ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic (E.T: 13.11.2021).

II. YAYIN ETİĞİ İHLÂLLERİNİN FİKRÎ MÜLKİYET HUKUKUNDAKİ BAŞLICA GÖRÜNÜMÜ: USÛLSÜZ İKTİBAS

A. Genel Açıklama

İntihal, fikrî hakları ihlâl eden bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı fiillerden birisidir. Bu yönüyle bir önceki bölümde özel olarak incelenmiştir. İntihal daha büyük bir grubun öne çıkan bir üyesidir. Bu grubu, “usûlsüz iktibas” olarak isimlendirdik.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35’inci maddesinde iktibas serbestisi başlığı altında, bir eser meydana getirirken diğer eserlerden yararlanmanın sınırları belirlenmiştir. Bu sınırların dışına çıkan her fiili, usûlsüz iktibas olarak nitelendirmek mümkündür. Usûlsüz iktibasın pek çok türü bulunmaktadır. Nitekim intihal de usûlsüz iktibas grubunun içinde yer almaktadır. İntihal dışında usûlsüz iktibas türleri mevcuttur. Bu usûlsüz iktibas türleri, intihalin aksine, ayrı ayrı belirtilmemiştir. İntihalin açıkça düzenlenmesinin nedeni ise, usûlsüz iktibasın en ağır biçimi olması ve bunun yanında yaygın olarak işlenmesidir.

İntihal ve diğer usûlsüz iktibas türleri, eser üzerindeki manevî ve malî hakları ihlâl eden yayın etiği ihlâlleridir.

B. İktibas Kavramı

İktibas, “ödünç alma”, “ödünç alınan şey”, “alıntı” anlamlarına gelmektedir²⁸. İktibas, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* 35’inci maddede “iktibas serbestisi” başlığı altında düzenlenmektedir. Bu düzenlemede, iktibasın sınırları çizilse de iktibas sözcüğünün tanımına yer verilmemiştir. İktibas kelimesini, Türkçe’de “alıntı” sözcüğü karşılamaktadır²⁹.

Öğretide, iktibasın çeşitli biçimlerde tanımlandığı görülmektedir³⁰. Bu tanımlardan hareketle iktibasın, özellikle bilimsel alanda yeni bir eserin meydana getirilmesinde kaçınılmaz

²⁸ TDK Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T:28.04.2021).

²⁹ Bu çalışmada iktibas ve alıntı kelimeleri eş anlamlı olarak birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.

³⁰ *Alıca/Yavuz/Merdivan*, iktibasın genel anlamda bir şeyin ödünç alınması olduğunu, hukukta kullanılan iktibas ifadesinin de bu genel mana ile örtüştüğünü söylemektedir. Nitekim başkasının eserinden yapılan iktibas, o eserden alınan bir ödünçtür. Ödünçün iadesi, usûlüne uygun atıfla sağlanır (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1263). *Gözler* yaptığı iktibas tanımında, bir yazarın başka bir yazarın eserinde bulunan kısımları kendi eserine alması ifadesinde bulunmaktadır (GÖZLER, s. 33). *Kılıçoğlu* ise iktibasın, fikri haklara ilişkin en geniş sınırlandırma nedeni olduğunu belirterek iktibası, bir başkasına ait eserin, eser sahibinin rızası dışında alınması şeklinde tanımlamaktadır. Yazarın, iktibası işlevinden hareketle tanımladığı söylenebilir. Ona göre, iktibas, eser sahibinin eseri dolayısıyla var olan menfaati ile kamunun bilgiye erişim hakkı arasında köprü vazifesi görür. Bununla birlikte, iktibasın, var olan eserleri tekrar etme değil eserlerden faydalanarak yeni eserler yaratma aracı olduğunu belirtmektedir. Var olan eserlerin tekrarına mahal vermemek adına iktibasın çerçevesi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda* belirlenmiştir (KILIÇOĞLU, s. 342-343). *Öztaş*, bilim alanında başkalarının daha önceden meydana getirdiği eserlerden yararlanmadan eser yaratmanın imkânsız olduğunu,

bir unsur olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kişi, kendisinden önceki bilimsel eserlerden istifade etmeksizin bilimsel bir ilerlemeye katkı sağlayan yeni bir eser ortaya koyamaz. Ancak her konuda olduğu gibi bu konuda da ölçünün aşılması, iktibas gayesinin zıddı durumlar ortaya çıkarabilir. Önemli olan iktibasın hukukî ve etik kurallar çerçevesinde ve ölçülü biçimde yapılmasıdır.

C. İktibas Serbestisi

1. Genel Olarak

İktibas serbestisi, uluslararası düzenlemelere bakıldığında *Bern Anlaşmasının* 10'uncu maddesinde karşımıza çıkmaktadır³¹. Bu madde hükmüne göre alenileşmiş veya yayımlanmış eserlerden ölçülülük ilkesine uymak kaydıyla alıntı yapılabilmektedir³².

İktibas serbestisi, Türk hukukunda, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* 35'inci maddede düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir:

“Bir eserden aşağıdaki hallerde iktibas yapılması caizdir:

- 1. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması;*
- 2. Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nev'inden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması;*
- 3. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması,*
- 4. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi.*

İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.”

Söz konusu madde incelendiğinde, ilk fıkranın birinci ve üçüncü bentlerinde yer alan hükümlerin, bilimsel yayınlarda alıntı yapılmasının esaslarına ilişkin şartları belirlediği

ancak yararlanmanın kanunda belirlenen sınırlar içerisinde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu yararlanmaya, iktibas adı verilmektedir (ÖZTAN, s. 448-449).

³¹ *Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi* m. 10: Hukuken umuma arz edilmiş bir eserden mutata uygulamaya uygun bulunmak ve amacın haklı göstereceği ölçüyü aşmamak kaydıyla, gazete makaleleri ve basın özetleri biçimindeki dergilerden iktibasları da dâhil olmak üzere kısa alıntılar yapılmasına izin verilebilir. <https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/bern-anlasmasi/> (E.T: 03.05.2021).

³² ÖZTAN, s. 449.

görüür³³. Maddenin ikinci fıkrasında ise alıntı yapılırken uyulması gereken Şekil Şartlarına yer verilmiştir. Şekil Şartlarında da bilimsel eserlere özgü Şartlar bulunmaktadır.

Söz konusu maddenin ilk fıkrasının ikinci ve dördüncü bendinde yer alan iktibas serbestisi ise, serbestiyet konusunun bilimsel yayınlar ile ilgisi olmaması nedeniyle bu çalışmada incelenmeyecektir.

2. İktibas Serbestisinde Esasa İlişkin Şartlar

a. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde yer alan: “alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması” hükmü, öğretide “küçük iktibas”, aynı madde fıkrasının üçüncü bendinde yer alan: “Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diŐer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması” hükmü ise “büyük iktibas” olarak isimlendirilebilmektedir³⁴.

Küçük iktibas, alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış eserler söz konusu olduğunda gündeme gelir. Burada eser sahibi tarafından eser alenileŐtirilmiŐ yani kamuya arz edilmiştir. Eser, kamuya arz edilmekle birlikte henüz yayımlanmamıştır. Alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış eserin geniş kitlelere ulaşma imkânı olmadığından kanun koyucu bu eserlerden geniş alıntılar yapılmasına müsaade etmemiş, ancak bazı cümle ve fıkralarının alınabileceğine karar vermiŐtir³⁵. İŞte bu Şekilde yapılan iktibaslara, küçük iktibas denilmektedir³⁶. Büyük iktibas ise, yayımlanmış eserlerle ilgili olarak gündeme gelir. Burada eser, yayımlanmış olduğundan eserden geniş biçimde yararlanmanın eser sahibinin haklarına tehlike teşkil etmeyeceği düşünölmüŐtür. Ancak büyük iktibasta da büyük iktibasa özgü kurallar dâhilinde iktibas yapılır³⁷.

³³ Madde fıkrasının iki numaralı bendinin müzik eserlerinde iktibas serbestisinin sınırlarını belirlemesinden; dört numaralı bendinin ise güzel sanat eserlerinin temsilini düzenlenmesinden dolayı bu hükümler, iktibas serbestisi bağlamında incelenmemiştir.

³⁴ ÖNCÜ, s. 169-201; ÖZTAN, s. 455-460.

³⁵ USLU, s. 923.

³⁶ Küçük iktibasta, kendisinden iktibas yapılan eser, *Kanunda* sayılan eser türlerinin tümünden (ilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri) herhangi birisi olabilmektedir. Bu eserlerden yapılan iktibaslar ise ancak meydana getirilecek olan bilimsel veya edebî eserlerine konulabilir. Küçük iktibasta kendisine iktibas yapılan eserin, bilimsel ve edebî eser haricindeki diŐer eser türlerinden olmasına izin verilmemiştir (ALICA, YAVUZ, MERDİVAN, s. 1272).

³⁷ USLU, s. 924. Büyük iktibasta, kendisinden iktibas yapılan eser, *Kanunda* sayılan eser türlerinin herhangi birisi olabilir. Bu eserlerden yapılan iktibaslar ise ancak meydana getirilecek olan bilimsel eserin içeriğini aydınlatmak ve fikirlerine dayanak görevi görmek üzere konulabilir (ÖZTAN, s. 460).

Küçük iktibas, alenileşmiş ancak yayımlanmamış eserlerden belli cümle ve parçalarının alınması suretiyle yapılır. Belli cümle ve parçaların alınması, iktibasın küçük olarak nitelenmesinin sebebidir. Belli cümle ve parçaların miktarı konusunda bir görüş birliği mevcut olmasa da bu alıntılarının birkaç tunceden birkaç paragrafta kadar olabileceği kabul edilmektedir³⁸. Bilimsel eserlerde izah edilmek istenen konunun karmaşık olabileceği göz önüne alındığında küçük iktibasın da birkaç paragraftan fazla olabileceği kabul edilmelidir³⁹. Önemli olan iktibasın yapıma amacının göz önünde bulundurularak eserler arasındaki mukayesenin yapılması ve bunun sonucunda eserde küçük iktibasın hukuka uygun olarak yapıp yapılmadığının değerlendirilmesidir⁴⁰.

Küçük iktibasta, yararlanılan eserin yalnızca belli cümle ve parçalarının alınmasına izin verilir iken büyük iktibasta alıntı yapılan eserden genişçe yararlanma imkânı mevcuttur⁴¹. Bu durum, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, amacın haklı göstereceği oranda ve içeriğinin aydınlatılması amacıyla bilimsel eserlere alınabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Burada sadece belli cümle ve parçaların alınmasından değil eserin daha geniş kısımlarının, gerektiği takdirde tamamının alınabilmesinden söz edilmektedir. Ancak iktibasın sınırsız bir biçimde yapılmasına göz yumulmamış, belli sınırlar çizilmiştir.

Buna göre iktibas, bir amaca istinaden yapılmalıdır. Bu amaç, eserin içeriğinin aydınlatılmasıdır. İçeriğin aydınlatılmasından kasıt ise; eserde anlatılmak istenen konunun vuzuha kavuşturulması, okuyucunun konuyu daha iyi anlayabilmesinin sağlanmasıdır⁴². Bundan dolayı içeriğin aydınlatılması amacı kapsamında kendisinden alıntı yapılan eserde yer alan ama iştirak edilmeyen, hatta eleştirilen fikir, yorum ve ifadelere yer verilebilir⁴³. Beğenilen ve iştirak edilen görüşler de destek kabilinden esere alınabilir⁴⁴. Herhangi bir yargı belirtilmeden eserde yer alan konuya zenginlik katması için de alıntı yapılabilir. Önemli olan, yapılan alıntının amacının bilimsel eserin içeriğini aydınlatmak, eserin ele aldığı konuyu açıklığa kavuşturmak olmasıdır⁴⁵. Şayet bu amaçtan sapılırsa usulsüz iktibas isimli hukuka ve etiğe aykırı fiil gündeme gelebilir.

³⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1272.

³⁹ ÖNCÜ, s. 213.

⁴⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1272.

⁴¹ ÖZTAN, s. 460.

⁴² ÖZTAN, s. 462.

⁴³ ÖNCÜ, s. 188.

⁴⁴ ÖNCÜ, s. 188.

⁴⁵ ARSLANLI, s. 138.

Oluşturulan eserin içeriğinin aydınlatılması amacıyla yönelik olarak yapılan alıntılar, bu amacın haklı göstereceği bir oranda yapılmalıdır. Burada ölçülülük ilkesinden söz edilir. İktibas, ölçülü biçimde, belli bir oranda yapılmış olmalıdır. Oranın aşılmayıp aşılmadığı, alıntılanan eserler ile sonraki eserin hususiyetleri ve somut durumun şartları göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Örneğin bir felsefe kitabında, felsefi bir akımı çağrıştırmaya nedeniyle bir fotoğraf sanatçısının birkaç fotoğrafı kullanılabilir. Ancak bunun için fotoğraf sanatçısının onlarca fotoğrafının aynı felsefe kitabında kullanılması, amacın haklı göstereceği oranın aşıldığı anlamına gelir. Bununla birlikte fotoğraf sanatçısının onlarca aynı fotoğrafının, fotoğraf tekniğini anlatan bir kitapta kullanılması, ölçülü bir iktibas olarak değerlendirilebilme şansına sahiptir⁴⁶.

Büyük iktibasta alıntı yapılacak eserlerin asgari olarak alenileşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte büyük iktibasta alenileşme yalnızca güzel sanat eserleri bakımından kabul edilmiş iken diğer eserlerden alıntı yapılabilmesi için bu eserlerin alenileşmiş olmasının yanında yayımlanmış da olması gerekmektedir.

Gerek küçük iktibasta gerekse büyük iktibasta, esasa ilişkin bazı şartlar ortaktır. Deyim yerindeyse bu şartlar, bilimsel yayınlarda iktibas serbestisinin zeminini oluşturmaktadır. Bu şartlar sağlanmaksızın iki türde de alıntı yapılamamaktadır. Kendisinden iktibas yapılan fikri ürünün alenileşmiş bir eser olması ve kendisine iktibas yapılan ürünün bağımsız bir eser niteliğinde olması gereklilikleri, bu müşterek şartlardır⁴⁷.

b. Bir Eserin Mevcut Olması

İlk olarak kendisinden iktibas yapılacak bir eserin mevcut olması gerekir. Eser niteliği taşımayan fikrî ürün, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesi bağlamında değerlendirilmez. İkinci olarak ise bu eserin alenileşmiş olması gerekir. Alenileşme, bir eserin, eser sahibinin rızası ile kamuya arz edilmesidir (FSEK m. 7/I). Alenileşen eser, sahibinin alanından çıkar, kamuya sunulmuş olur⁴⁸. Böylece alenileşmeye bağlı birtakım neticelerin de teşekkül etmesi mümkün hale gelir. Bu neticelerden biri, o eserden alıntı yapmanın mümkün hale gelmesidir. Eser sahibi, artık, usûlüne uygun alıntıya engel olamaz⁴⁹. Örneğin eserin

⁴⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1274.

⁴⁷ ÖNCÜ, s. 109.

⁴⁸ ULMER, s. 179 (ÖNCÜ, s. 143'den naklen).

⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 343.

alenileşmediği düşünüldüğünde eser sahibi, rızası yoksa eserinden alıntı yapılmasına engel olabilecektir⁵⁰.

c. İktibas Yapan Eserin Müstakil Bir Eser Niteliğinde Olması

Esasa ilişkin müşterek şartlardan bir diğeri, kendisine iktibas (alıntı) yapılan fikrî ürünün, müstakil bir eser niteliğinde olması şartıdır. Bu çalışmanın konusunu bilimsel yayınlar oluşturduğu için kendisine alıntı yapılan eserin, bağımsız bir bilimsel eser olması gerekmektedir. Bu şart, bilimsel eserler açısından *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde yani küçük iktibasta açıkça ("müstakil bir ilim eserine alınma" şeklinde), *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde büyük iktibasta ise zımnen ("maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması" şeklinde) belirtilmiştir⁵¹.

Kendisine alıntı yapılan eserin, bağımsız nitelikte olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır? Burada şöyle bir ölçüt kullanılabilir: Kendisine alıntı yapılan eserden, yapılan alıntılar çıkarıldığında dahi o eserin sahibinin hususiyetini taşıyan, orijinal bir fikri ürün olduğu kabul edilebiliyor ise eserin bağımsızlığından söz edilebilir⁵². Ancak bu işlem, kolay bir iş değildir. Alıntılanan eserler ile sonraki eserin pek çok açıdan mukayese edilmesi, kapsamlı bir araştırma yapılması gerekir⁵³. Bu durum, bilhassa bilimsel eserler açısından böyledir. Zira bilimsel eserlerde bazen bir konunun izahı için doktrinde yer alan görüşlerden miktar ve içerik bakımından geniş alıntılar yapılabilmektedir⁵⁴. Bilimsel eserler açısından yapılan değerlendirmelerde, alıntıların miktar ve içeriği kadar bu alıntılarla birlikte eserde, sahibinin fikirlerinin ve üslubunun yer alıp almadığına da bakılmalıdır.

Alıntılanan kısımlar, eserin bağımsızlığını kaybetmesine sebep oluyorsa bağımsız bir eserden dolayısıyla iktibas serbestisinden de söz edilemeyecektir. Bu şekilde müstakil bir eser sayılmayan fikrî ürün, işleme veya derleme eser sayılabilir⁵⁵. İşleme ve derleme eserler için ise

⁵⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1266.

⁵¹ ÖNCÜ, s. 161; EREL, s. 249; ÖZTAN, s. 450; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1267.

⁵² BGH, GRUR 1994, s. 800-803, Museumskatalog (ÖZTAN, s. 451'den naklen).

⁵³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1267.

⁵⁴ EREL, s. 249.

⁵⁵ ÖNCÜ, s. 163-164; EREL, s. 249.

asıl eser sahibinin iznine ihtiyaç vardır. Belirtildiği gibi iktibasta izne ihtiyaç duyulmadığı için bu durumda bazen intihalin varlığından da söz edilebilir⁵⁶.

Yeni bir eserin, ancak bağımsız bir eser olması durumunda iktibas serbestisinden söz edilebileceği hususunda Yargıtay şu görüştedir:

“İktibasın, yeni meydana getirilecek eserin bağımsızlığını ve özelliğini ortadan kaldıracak ve asıl esere olan ihtiyacı giderecek ölçüye varmaması gerekir. Yeni fikir ürünü başka eserlerden alınan parçalara rağmen yaratıcısının bağımsız fikri çalışmasını yansıtmalı, yani özellik taşıyan ayrı bir eser sayılmalı ve iktibasların miktar olarak yeni esere galip gelmemelidir. Maksadın haklı göstereceği ölçüyü aşan şekilde başka eserlerden geniş bölümlerin aynen alınması caiz görülmez⁵⁷”

Küçük iktibas olarak belirtilen alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız bir bilimsel esere alınabilmesinde esas bakımından yukarıda belirtilen müşterek şartlar sağlanmakta ve açıkçası bunun üzerine esasa ilişkin başka bir şart da konmamaktadır.

Belirtilmesi gereken, küçük iktibasın, alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış eserlerde yapılabilir olduğudur⁵⁸. Bu tür eserlere savunulup kabul edildikten sonra baskı ve dağıtım yapılmayan, üniversite veya fakülte kütüphanesinde bulunan lisansüstü tezler örnek olarak gösterilebilir⁵⁹. Burada eser, kamuya arz edilmek suretiyle alenileşmiştir. Pratikte de lisansüstü tezler, fakülte kütüphanelerinin elektronik kataloglarında yer alır. Ayrıca bu tezler, kural olarak, Yükseköğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezinde herkesin erişimine açıktır⁶⁰. Bu şekilde alenileşmiş olsa bile bu eserler henüz yayımlanmamıştır. Zira yayımlanma *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 7’nci maddesinin ikinci fıkrasında: *“Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır.”* şeklinde tanımlanmıştır. Yayımlanmayıp yalnızca kamuya arz edilmiş olan eserlerden ancak küçük iktibaslar bilimsel esere alınabilmektedir. Bu eserlerin yalnızca bilimsel eserler olması

⁵⁶ ÖZTAN, s. 450.

⁵⁷ Y. 11. HD, T. 28.02.2008, E.2007/917, K.2008/2291 (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1268).

⁵⁸ ÖNCÜ, s. 201.

⁵⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1271.

⁶⁰ Kural olarak tüm tezler erişime açılmaktadır. Lisansüstü tezlerin erişime açılmasının ertelenmesi veya tezlerin gizlilik kararı alınarak erişime açılmaması istisnai durumlarda mümkün olmaktadır. Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge, https://www.yok.gov.tr/DuyuruBelgeleri/Yay%C4%B1n%20ve%20Dok%C3%BCmantasyon%20Dairesi%20Ba%C5%9Fkanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1/2018/lisansustu_tez_elektronik_ortamda_yayimlanmasi_yonergesi.pdf (E.T: 05.05.2021).

da şart değildir. Kanun kapsamında kabul edilen alenileşmiş ancak yayımlanmamış tüm eser türleri, küçük iktibasa konu olabilir⁶¹.

3. İktibas Serbestisinde Şekle İlişkin Şartlar

Bilimsel bir eserde yapılan alıntılarının, iktibas serbestisi kapsamında değerlendirilebilmesi için esasa ilişkin şartların yanı sıra şekle ilişkin şartların da sağlanması gerekir. Şekle ilişkin şartlar *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesinin ikinci fıkrasında iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerektiği, ayrıca alıntı yapılan kaynağa atıf yapılması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Kaynağa yapılan atıfta üç unsurun bulunması zorunludur. Bu üç unsur,

- eserin adı,
- eser sahibinin adı ve
- alıntı yapılan yerdir.

Bu üç unsur da bir arada bulunursa hukuka uygun atıf yapılmış sayılır.

İktibasın belli olacak şekilde yapılması gerektiği ile anlatılmak istenen, yapılan alıntının, yazarın kendi fikir ve yorumu değil kendisinden alıntı yapılan eserin sahibinin görüşleri olduğunun anlaşılabilmesinin sağlanmasıdır. Bu husus anlaşılmadığı takdirde, intihal ortaya çıkabilir⁶².

İktibas, belli olacak şekilde aynen veya mealen yapılabilir. Aynen iktibas, kendisinden alıntı yapılan eserde yer alan cümle ve ifadelerde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın, birebir alınmasıdır⁶³. Bu şekilde aynen yapılan alıntılar, kanunda belirtilmese de mutad olarak, tırnak içinde, italik veya kalın yazı stiliyle ve punto sayısı azaltılarak yapılır⁶⁴. Bu sayede alıntının birebir yapıldığı, yazarın kendi cümlelerinin alıntıda yer almadığı anlaşılır.

Asıl olan aynen iktibas olsa da doğası gereği bilimsel eserlerde genellikle mealen iktibasa rastlanır. Mealen iktibas, alıntı yapılan kaynak eserde yer alan cümle ve ifadeleri yazarın kendi üslubuyla eserine aktarmasıdır⁶⁵.

*Özta*n'a göre, aynen veya mealen yapılan alıntılarda dikkat edilmesi gereken bir başka husus da kendisinden alıntı yapılan eserde yer alan cümlelerin, ifade tarzlarının ve görüşlerin

⁶¹ ÖZTAN, s. 453.

⁶² ÖNCÜ, s. 347-348.

⁶³ KARAKOÇ, s. 69.

⁶⁴ ÖZTAN, s. 463; EREL, s. 250.

⁶⁵ EREL, s. 250.

dürüstlük kurallarına uygun olarak alıntılanmasıdır. Aynen iktibasta, alınan cümlelerin yerlerinin değiştirilerek anlam bütünlüğünün bozulması veya bazı cümlelerin cımbızlanarak metnin bağlamından koparılması dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder. Mealen iktibasta ise yararlanılan eserde yer almayan görüş ve ifade biçimlerinin o eserden alınmış gibi gösterilmesi buna benzerdir. Bu şekilde yapılan alıntılar etik ilkelere aykırılık teşkil ettiği gibi *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 16'ncı maddesine de aykırılık içerir⁶⁶.

Bilimsel eserlerde yapılan alıntının usulüne uygun olması için aranan bir diğer şekil şartı, alıntı yapılan eserin kaynağının gösterilmesidir. Kaynak gösteriminde ise, eserin ve eser sahibinin adı ile alıntının yapıldığı yerin gösterilmesi zorunludur⁶⁷. Bu üç unsurun herhangi birinde eksiklik olması halinde usûlsüz iktibastan söz edilir. Bu üç unsurdan (eserin adı, sahibinin adı, alıntı yapılan yer) hiçbirinin bulunmaması halinde intihal oluşur⁶⁸. Bazen de söz konusu üç unsur da atıfta bulunur ancak atıfta kaynağa ilişkin bilgiler yanlış veya sahtedir. Bu durumda da usûlsüz iktibastan söz edilir⁶⁹. Nitekim bu durum *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* birinci fıkrasının beşinci bendinde: “*Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” yer alan hükümle suç olarak kabul edilmiştir.

Ç. Usûlsüz İktibas

1. Genel Olarak

Önceki bölümde yer verildiği üzere iktibas serbestisine ilişkin şartlardan herhangi birinde veya birkaçında eksiklik bulunan alıntılar, hukuka aykırı iktibas olarak değerlendirilirler. Hukuka aykırı iktibas, usûlsüz iktibas olarak da adlandırılabilir⁷⁰. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesinde belirtilen esasa ve şekle ilişkin şartları karşılayan iktibaslar ise hukuka uygun kabul edilir. Bu halde herhangi bir hukuki, cezai veya idari müeyyideyle karşılaşmaz.

Usûlsüz iktibaslar, kendisinden alıntı yapılan eser sahibinin eseri dolayısıyla sahip olduğu malî ve manevî hakların ihlâlüne neden olur. Malî ve manevî hakları ihlâl edilen kişi, bu

⁶⁶ ÖZTAN, s. 464. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* m. 16: Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.

⁶⁷ Kanunda yer alan bu unsurlar, asgari unsurlardır. Pratikte bilimsel eserlerde yer alan atıflar çoğunlukla eserin adı, eser sahibinin adı, eserin basım yılı, eserin kaçınıcı baskısı olduğu, yayınevi, eserin yayımlandığı şehir ve sayfa sayısı bilgilerini içermektedir.

⁶⁸ EREL, s. 250.

⁶⁹ GÖZLER, s. 641.

⁷⁰ GÖZLER, s. 51: Yazar hukuka aykırı iktibas, usûlsüz alıntı olarak adlandırmıştır.

ihlâllere karşı kanunda gösterilen hukukî ve cezaî yollara başvurulabilir. Bunun yanında usûlsüz iktibas, disiplin hukuku ile bilimsel çalışma ve yayın etiği açısından da aykırılık teşkil etmektedir. Bu aykırılıklar içinde en bilineni, intihaldir.

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde usûlsüz iktibas fiillerinin neden olduğu etik ihlâller, ayrı ayrı ve detaylı olarak düzenlenmiş değildir. Yalnızca intihal fiilinin düzenlendiği söylenebilir. Haliyle bu durum usûlsüz alıntı yapan bilimsel eser sahiplerinin etik açısından kınanmaması, disiplin hukuku bakımından ise bir müeyyide ile karşılaşılmaması sonucunu doğurur ki bu durum akademik yayın kalitesinin düşmesine neden olabilir.

İktibasın esasa veya şekle ilişkin şartlarındaki eksikliklerin, eser sahibinin hangi manevî ve malî haklarını ihlâl ettiğine; bunların ne türden usûlsüz alıntı örneği teşkil ettiğine tek tek bakılacaktır.

2. Kendisinden İktibas Yapılan Eserin Henüz Alenileşmemiş Olması

İlk olarak kendisinden alıntı yapılan eserin alenileşmiş bir eser olması gerekmektedir. Alıntılanan fikrî ürün hem eser niteliğinde olmalı hem de en azından alenileşmiş olmalıdır⁷¹.

Alenileşme, eserin eser sahibinin rızasıyla kamuya arz edilmesidir. Kamuya (umuma) arz hakkı ise *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 14'üncü maddesinde eser sahibinin eseri dolayısıyla sahip olduğu manevi haklarından biri olarak düzenlenmiştir. Alenileşmemiş bir eserden alıntı yapılması kişinin bu manevî hakkının ihlâli anlamına gelir⁷².

Alenileşmemiş bilimsel tezleri veya çalışmaları, sahibinden izinsiz kaynak olarak kullanmak *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin* 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde etik ilkelere aykırı bir fiil olarak sayılmıştır. Dolayısıyla alenileşmemiş bir bilimsel çalışmadan (eserden) sahibinden izin almadan iktibas yapmak hem *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* kapsamında manevi hak ihlâlidir hem de *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi* kapsamında etik ihlâlidir.

⁷¹ İntihal fiili yalnızca eserler söz konusu olduğunda değil özgün fikirler, metotlar ve verilerde aşırma olduğunda da gündeme gelmektedir.

⁷² USLU, s. 933; ÖNCÜ, s. 148.

3. Kendisine İktibas Yapılan Fikrî Ürünün Bağımsız Bir Eser Olmaması

Kendisine diğer eserlerden alıntılar yapılarak oluşturulan bilimsel eserin bağımsız nitelikte olması gerekmektedir. Bunun anlamı bilimsel eserde eser sahibinin fikir ve yorumlarının asıl unsur olması, yapılan alıntıların ise bu asıl unsuru destekleyecek olan yan unsurlar olmasıdır⁷³. Alıntılar o eserden çıkarılsa dahi esere öz olan bir fikir bulunmalı, diğer bir deyişle alıntılar çıkarıldığında eserin varlığı devam ediyor olmalıdır⁷⁴.

Eserin, iktibas yapılsa dahi bağımsız bir eser olarak kalabilmesi, iktibas serbestisi sınırları içerisinde hareket edilmesi sayesinde gerçekleşir. Bu bakımdan küçük iktibasta eserin yalnızca belli cümle ve paragraflarının alınmasına müsaade edilmiştir. Büyük iktibasta ise eserden daha geniş yararlanma imkânı söz konusudur. Ancak yararlanma eserin içeriğini aydınlatma amacıyla ve bu amacı haklı kılacak bir oranda olmalıdır. Bu sınırlar aşıldığı takdirde eser bağımsızlığını yitirecektir. Bağımsızlığını yitiren fikrî ürün müstakil bir eser olarak kabul görmeyecek, belki de işleme ya da derleme eser meydana gelecektir. Bu durum ise kendisinden alıntı yapılan eser sahibinin *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 16'ncı maddesinde belirtilen eserde değişiklik yapılmasını men hakkının ihlâli anlamına gelir⁷⁵.

İktibas serbestisi sınırlarının aşılması bilimsel bir eserin bağımsız eser olmaktan çıkması, kuşkusuz ki, bilimsel yayın etik ilkelerine aykırı bir fiil teşkil eder. Bununla birlikte *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* bu özel duruma has bir etik ihlâl çeşidi düzenlenmiş değildir. Bunun düzenlenmesine gerek olup olmadığı ise tartışmalıdır, zira artık bağımsız bir bilimsel yayından söz edilememektedir. Bu konuda *Erel*, iktibasın yasal sınırlarının aşılması nedeniyle bağımsızlığını yitiren eseri, eser olarak kabul etmemekte; meydana getirilen üründe yaratıcısının değil, diğer eser sahiplerinin hususiyetlerinin olduğunu, bunun ise başkalarının eserini kendisinin gibi göstermeyi, diğer bir deyişle intihali ortaya çıkardığını ifade etmektedir⁷⁶.

⁷³ GÖZLER, s. 35; ÖNCÜ, s. 166.

⁷⁴ GÖZLER, s. 35.

⁷⁵ ÖNCÜ, s. 163.

⁷⁶ EREL, s. 254.

4. (Alenileşmiş Ancak) Henüz Yayınlanmamış Eserden Büyük İktibas Yapılması

Alenileşmiş olmasına karşın yayımlanmamış eserlerden alıntı yapılmasına küçük iktibas adı verildiği belirtilmiştir. Küçük iktibasta yalnızca belli cümle ve parçaların alınmasına izin verilmiş, daha geniş alıntılar yapılabilmesi için eserin yayımlanmış olması aranmıştır⁷⁷.

Bu tür eserlerden geniş alıntılar yapılmasına karşın sonraki eser bağımsız bir eser olma vasfını sürdürebilir. Nitekim alıntılar nedeniyle eserin bağımsızlığını yitiriyor olmasına bir önceki bölümde değinilmiştir. Burada alıntılar nedeniyle eser bağımsızlığını yitirmese dahi alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış eserlerden belli cümle ve paragrafların ötesine geçecek biçimde geniş alıntılar yapılması usûlsüz iktibasa yol açar. Bu fiil ise yayın etiği ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* bu fiilin, özel olarak etik ilkelere aykırılık teşkil eden bir fiil olduğuna yer verilmemiştir.

Konu ile ilgili Yargıtay şu görüştedir:

“ ... Bu raporda konu, 5846 sayılı yasanın 35. maddesi ile 68. ve sonraki maddelerinin özellikle 69 ve 70. maddelerinin öngördüğü biçimde incelenmelidir. Çünkü alenileşmiş ve yayımlanmış güzel sanat yapıtlarında, örneğin, olayda olduğu gibi yayımlanmış bir lügatten yararlanılarak (iktibas edilerek) yeni bir yapıtın yayımlanması özel kurallara bağlıdır. Bunlar:

- 1- Yararlanmanın amacı haklı gösterecek bir oran gösterip göstermediği*
- 2- Yararlanan kamuyu aydınlatmak amacıyla kullanmış olsa bile bunun yararlanılan yapıt ve yazarının manevî haklarını halele uğratıp uğratmadığı*
- 3- Yararlanmanın belli bir biçimde, yani yollama yapılarak (atıfta bulunularak) yapılıp yapılmadığı*
- 4- Kullanılan yapıtın ve sahibinin adının belirlenip belirlenmediği nedenlerinden ibarettir”⁷⁸*

Savunularak kabul edilen ve sınırlı sayıda olmak üzere fakülte kütüphanelerinde (alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış) bulunan lisansüstü tezler ile ilgili olarak eser sahibince yayma hakkı kullanılmıştır denilebilir. Böyle bir durumda fakülte kütüphanesinde bulunan tezden, bir başkasının geniş alıntılar yapması halinde kişinin yayma hakkının kullanılmasından elde edebileceği maddi menfaatler zedelenebilir⁷⁹.

⁷⁷ Alenileşmiş güzel sanat eserleri yayımlanma şartı olmaksızın büyük iktibasa konu olabilmektedir. Kanunda güzel sanat eserleri bakımından farklı bir hüküm yer almaktadır.

⁷⁸ Y. 4. HD, T. 10.05.1977, E.8886, K.5628 (ERDİL, s. 338).

⁷⁹ ÖZTAN, s. 453.

5. Yayımlanmış Eserden Ölçülü Biçimde ve İçeriğini Aydınlatma Amaçlı İktibas Yapılmaması

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde alenileşmiş güzel sanat eserleri ile yayımlanmış diğer eserlerden bilimsel eserlere belli cümlelerle sınırlı olmaksızın geniş alıntılar yapılabileceği düzenlenmiştir. Geniş alıntılar yapılması demek kuralsız biçimde diğer eserlerin alınması demek değildir. Büyük iktibas, eserin içeriğini aydınlatma amacıyla ölçülü bir biçimde yapılmalıdır.

Kendisine alıntı yapılan bilimsel eserde yer alan konuyu açıklamaya, açıklığa kavuşturmaya yaramayan, konuyla ilgisi kurulamayan alıntılar usûlsüz iktibas olarak değerlendirilir. *Uslu* da aynı görüşte olarak: “*Bir fizikçinin formülünün tartışıldığı kitapta bilim insanının bikinili fotoğrafının veya yaptığı tabloların gösterilmesi de iktibas sayılmamalıdır. Yine ilim eseri de olsa konuyu açıklamanın ötesinde birden çok kez sayfalarca alıntı yapılması da amacı haklı kılacak ölçü açısından geçerli olmamalıdır. Bu gibi büyük iktibas iddialarında, alınan kısımların dil bilgisel özellikleri, içeriğin kapsamı, konuyla yakın ilgisi hususları da değerlendirilmelidir*” demektedir⁸⁰.

Yapılan alıntılar eserin içeriğini aydınlatma işlevine sahip olsa da bu alıntıların ölçüsüz biçimde yapılması da usûlsüz iktibasa yol açar⁸¹. Örneğin bir şiirin tamamı değil de belli bir kısmı araştırma konusuyla bağlantılı ise şiirin tamamının birebir alınması usûlsüzdür⁸². Ölçülü biçimde yapılmayan iktibaslar, eserin bağımsızlığına hanel getirmiyor olsa bile yapılan fiil hukuka ve etiğe aykırılık teşkil edecektir. Bu usûlsüz iktibas türü de *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* özel olarak düzenlenmiş değildir.

Konu ile ilgili olarak verilen bir yargı kararı şu şekildedir:

“Yargıtay 19. Ceza Dairesi 27/09/2017 tarih ve 2016/7859 Esas, 2017/7407 Karar sayılı ve yayımlanan bir tebliğin sanıklarca izinsiz olarak ve kendi isimlerini koyarak büyük ölçüde aynı olan başlık altında yayımlattıkları iddiasıyla sonlandırdığı bir kararına konu dosya kapsamındaki bilirkişi raporunda; başlıkların içerik olarak aynı oldukları, aynı kelimeler kullanılarak ifade edildiği, özet kısmındaki cümlelerin birebir aynı olduğu veya çok az değişikliklerin bulunduğu, giriş bölümündeki makalelerin amaçlarına dair bölümün aynı olduğu ve aynı kelimelerle ifade edildiği, her iki makalede çalışma alanlarını sınırlandırmak için kullanılan koordinatların birebir aynı olduğu, cümlelerin akış yapılarının aynı olduğu, metot bölümünde her iki makalede de yöntemin iki temel aşamada özetlendiği ve aynı veya benzer cümleler kullanıldığı, metot bölümünde

⁸⁰ USLU, s. 934.

⁸¹ KARAKOÇ, s. 121.

⁸² ÖNCÜ, s. 194.

kullanılan kısımların büyük ölçüde benzer olduğu, teknik olarak birbirinden ayrı yapılmış iki çalışmada çalışma alanlarını birebir aynı seçilmesinin ve uygulama aşamasında aynı parametrelerin tercih edilmesinin ve de sonuçlarının birebir aynı olmasının mümkün olmadığı, sonuç kısmındaki cümlelerin de birebir aynı veya büyük ölçüde benzer olduğu, söz konusu yayınların en az %50 oranında aynı olduğu ve sanığa ait makalenin daha önce yayımlanana tebliğden intihal edildiği belirlemelerine yer vererek, fiil için 5846 sayılı Yasa'nın 71/1 değil, 71/3 maddesinden (yani iktibas serbestisine aykırılıktan) işlem yapılması gerektiğine hükmederek kararı bozmuştur.⁸³

6. İktibasın Belli Olacak Şekilde Yapılmaması

Usûlüne uygun bir iktibastan söz edebilmek için iktibasın şekle ilişkin şartlarının da yerine getirilmesi gerekir. Bu nedenle iktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır. Bilimsel bir eser okunduğu zaman iktibas edilen kısımların yazarın kendi görüşlerinin olmadığına anlaşılması, bu şartı karşılar⁸⁴.

Alıntılar, belli olacak biçimde iki türlü yapılır: aynen alıntı ve mealen alıntı. Aynen alıntı, alıntı yapılan cümlelerin değiştirilmeden aynen esere alınmasıdır⁸⁵. Mealen alıntı ise kendisinden alıntı yapılan eserde yer alan cümlelerin, yazarın kendi üslubuyla esere alınmasıdır⁸⁶.

Kanunda buna ilişkin bir hüküm yer almasa da aynen alıntılar mutad olarak tırnak içinde, italik veya kalın yazı stiliyle esere alınır. Bunun amacı yalnızca kendisinden alıntı yapılan eserde yer alan fikrin değil, üslup, ifade tarzı ve cümlelerin de birebir alındığının belli edilmesidir. Bu konuda *Gözler*, aynen alıntının yazarın cümlelerinin noktasından virgüline kadar birebir alınması olduğunu, bunun yapılmasının kopyala/yapıştır yöntemi sayesinde çok kolay olduğunu, yazarın fikir zahmeti yanı sıra üslup zahmetine de girmediğini, bu nedenle yazarın hiçbir emek harcamamış ve zahmete katlanmamış olmasının açık biçimde belli edilmesi için aynen alıntının tırnak içinde ve italik yazı stiliyle belirtilmesinin çok önemli olduğunu, bu şekilde yapılmayan aynen alıntılarının usûlsüz iktibasa neden olacağını belirtmektedir⁸⁷. *Öncü* ise alıntılanan kısmın sonuna eklenen veya dipnotta gösterilen kaynağın yeterli olduğunu, ayrıca tırnak içinde veya italik yazı stiliyle alıntılanan cümleleri belirtmenin zorunlu

⁸³ USLU, s. 936.

⁸⁴ ÖNCÜ, s. 347; GÖZLER, s. 37; USLU, s. 936.

⁸⁵ KARAKOÇ, s. 69.

⁸⁶ KARAKOÇ, s. 118.

⁸⁷ GÖZLER, s. 37. *Gözler*'in Örnekleriyle Usûlsüz Alıntı Sorunu adlı eserinde bu şekilde yapılan usûlsüz iktibas örnekleriyle birlikte detaylı olarak açıklanmaktadır. İlgili örnekler için bkz. GÖZLER, s. 68, 344, 374.

olmadığını, zira kanunda böyle bir usûlün öngörülmediğini, mühim olanın yabancı bir kaynağın varlığının belli edilmesi olduğunu söylemektedir⁸⁸.

Gözler, ayrıca, sun’i mealen alıntı kavramından da bahsetmektedir. Yazara göre sun’i mealen alıntı, iktibas edilen eserde yer alan cümleleri birebir almak yerine bu cümlelerde yer alan birkaç kelimenin eş ya da yakın anlamlı sözcüklerle değiştirilerek alınmasıdır⁸⁹. Bu göstermelik mealen alıntılar, aslında aynen alıntılardır. Dolayısıyla bunların da tırnak içerisinde veya farklı bir yazı stiliyle gösterilmesi gerekmektedir. Bu yapılmazsa yine usûlsüz iktibastan söz edilir⁹⁰.

Aynen alıntılarının tırnak içinde, girintili olarak, italik veya kalın yazı stiliyle yazılması yerleşik bilimsel atıf kurallarına uygundur. Bu kurallara aykırı olarak aynen alıntılarının mealen atıf gibi esere alınması, bilimsel araştırma ve yayın etiğine de aykırılık teşkil eder. Ancak bu durumun *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* etik ilkelere aykırı özel bir fiil olarak yer almadığını da belirtmek gerekir. Bununla birlikte, bu fiil *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* anlamında usûlsüz iktibas sayılamaz. *Kanunda* böyle bir usûl mecburiyeti getirilmemiştir. Burada hukuken değil ahlaken (etik açıdan) kınanan bir fiilden söz edilebilir.

7. İktibasın Kaynağının Gösterilmemesi ya da Yanlış, Yetersiz veya Sahte Kaynak Gösterilmesi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35’inci maddesinin ikinci fıkrasında bilimsel eserlerde yapılan iktibaslarda, kullanılan eserin ve eser sahibinin adı ile alınan kısmın yerinin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Alınan kısmın yeri ifadesinden anlaşılması gereken,

⁸⁸ ÖNCÜ, s. 349.

⁸⁹ GÖZLER, s. 39.

⁹⁰ GÖZLER, s. 39. Sun’i mealen alıntılarının yapılmasındaki en büyük etkenin “Turnitin” vb. programların benzerlik indeksi raporlarından olumlu sonuç almak olduğu söylenebilir. Bunun nedeni, lisansüstü tezlerin ilgili Enstitüler tarafından kabul edilebilmesi için bu tür programlardan alınan olumlu sonuç çıktılarının Enstitüye sunulmasının gerekmesidir. Bu tür programlar, veri tabanlarındaki milyarlarca belge ile üzerinde çalışılan belge arasındaki metin içi sözcük benzerliklerini tespit etmektedirler. Sun’i mealen alıntı yapılarak, bu programlar tarafından yakalanmaktan kaçılmaktadır. Dolayısıyla bu tür programların usûlsüz iktibasın tespitinde tam olarak güvenilir olmaması nedeniyle uzman bilirkişilerce usûlsüzlüklerin tespiti gerekmektedir. Uygulamada mahkemeler de usûlsüzlüklerin tespiti için uzman bilirkişileri görevlendirmektedirler. Dahası Danıştay intihal fiilinin tespiti için bilirkişiye başvuru zorunluluğu aramaktadır (YAVUZDOĞAN, s. 243). Bu yönde: “Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak hazırlanan rapor sonucuna göre değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekmekte iken, bu şekilde bir inceleme ve belirleme yaptırılmaksızın dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir....davacıya bir yıl süre ile doçentlik sınavına girememe yaptırımı uygulanmasına ilişkin işlemin dayanağı yönetmelik maddesi iptal edildiğinden, davacıya bir yıl süre ile doçentlik sınavına girmeme yaptırımı uygulanmasına ilişkin işlem yönünden yukarıda belirtilen yargı kararları göz önünde bulundurularak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.” (Danıştay 8. D, T. 26.9.2013, E.2010/8937, K.2013/6639).

kaynak olarak kullanılan eserin hangi sayfasından veya paragrafından alıntı yapıldığının atıfta gösterilmiş olmasıdır⁹¹.

Bilimsel bir eserde alıntılanan eserin, eser sahibinin ve alınan kısmın üçünün birden yer almaması usûlsüz iktibasın en ağır türü olan intihali meydana getirir⁹². Yayın etiği ihlallerinin en ağır türü olan intihalin aynı zamanda usûlsüz iktibasın da bir türü olması nedeniyle usûlsüz iktibas ile intihal arasındaki ilişki bir sonraki bölümde detaylı olarak irdelenecektir.

İntihal fiili eser sahibinin eseri dolayısıyla sahip olduğu kamuya arz hakkı, adın belirtilmesi hakkı, eserde değişiklik yapılmasını men hakkı gibi manevî haklarını ve işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve kamuya iletim hakkı gibi malî haklarını ihlâl eder. Bu ihlaller nedeniyle kişiliğinde ve malvarlığında zarar meydana gelen kişi bu zararların tazminini talep edebilir. Bunun yanı sıra intihal fiili *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 71'inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca intihal fiilini işleyen kişinin öğretim elemanı olması durumunda kişinin *Yükseköğretim Kanununun* 53'üncü maddesinin b fıkrasının beşinci bendinin (a) alt bendi uyarınca “Üniversite Öğretim Mesleğinden Çıkarma Cezası” ile tecziyesi mümkündür.

Kendisinden alıntı yapılan esere ilişkin hiçbir bilginin verilmemesi intihal olarak değerlendirilmektedir. Bilgi verilmiş ancak verilen bilgi yetersiz, yanlış veya sahte olursa durum ne olacaktır? Bu halde yine intihal fiilinden söz edilebilir mi? *Gözler*, sadece kaynak göstermemenin değil kaynağın yetersiz, yanlış veya aldatıcı nitelikte olmasının da intihal olduğunu ifade etmektedir⁹³. *Öncü* ise iktibas serbestisinin şekil kurallarına aykırı fiillerin usûlsüz iktibas olacağını ancak her usûlsüz iktibas fiilinin intihal oluşturmayacağını söylemektedir. Bu bakımdan, örneğin, eser sahibinin ve alınan kısmın yerinin atıfta gösterilmesi ancak eserin adına yer verilmemesi usûlsüz iktibasa neden olur ancak bu fiil intihal olarak değerlendirilemez⁹⁴.

Yetersiz, yanlış veya sahte atıfların intihal olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi hususunda intihalin tanımından hareketle intihalin şartlarına bakılması gerekir. İntihal, bir başkasının eserini kısmen veya tamamen bilimsel atıf kurallarına aykırı biçimde kendi eseriymiş gibi göstermektir. Buna göre yetersiz, yanlış veya sahte kaynak gösterimi, bilimsel atıf kurallarına aykırılık şartını karşılar. Ancak “kendi eseriymiş gibi gösterme” şartı

⁹¹ ÖNCÜ, s. 359.

⁹² BOZBEL, s. 183; ÖZTAN, s. 466.

⁹³ GÖZLER, s. 54.

⁹⁴ ÖNCÜ, s. 30.

karşılanamamaktadır. Zira kişi usûlüne uygun atıf yapmamış olsa dahi iktibasın kendisine ait olmadığını belirtmekte, alınan kısmı sahiplenmemektedir. Dolayısıyla yetersiz, yanlış veya sahte atıfların usûlsüz iktibasa yol açtığına şüphe yoktur. Ancak bu fiil, intihal olarak değerlendirilemez. İntihal olmasa da usûlsüz bir iktibas olan, bu nedenle yayın etiği ihlâli sayılan bu fiil, *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* özel olarak düzenlenmesi gerekir.

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde etik ihlâl olarak düzenlenmemiş olsa da bu usûlsüz iktibas biçimi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 71'inci maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde suç olarak düzenlenmiştir⁹⁵. Buradan hareketle *Kanunda* suç olarak düzenlenen bir fiilin etik bir ihlâl olarak düzenlenmemiş, öğretim elemanları için idarî bir müeyyideye tâbi tutulmamış olması eksiklik olarak değerlendirilebilir.

III. USULSÜZ İKTİBAS İLE İNTİHAL ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bir eser meydana getiren kişi, eseri dolayısıyla sahip olduğu birtakım haklara sahiptir. Bu haklardan manevî ve malî haklar olarak önceki bölümlerde bahsedilmiştir. Manevî ve malî haklar, mutlak haklardandır ve bu haklar eser sahibinin izni olmaksızın başkalarının kullanılamaz. Bu hakların eser sahibinden izinsiz olarak kullanılması hukuka aykırılık teşkil eder. Kural böyle olmakla birlikte kanun koyucu bazı mülâhazalar sebebiyle eser sahibinin eseri dolayısıyla sahip olduğu hakların, ondan izin almaksızın başkalarının kullanılmasına imkân tanımıştır⁹⁶.

Kanun koyucunun eser sahibinin haklarına sınırlama getiren söz konusu sebepler, *Kanunda* üç başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar,

- amme intizamı,
- genel menfaat ve
- hususi menfaattir.

Genel menfaat nedeniyle getirilen sınırlamalardan biri ise, bu çalışmanın konularından biri olan iktibas serbestisidir.

İktibas serbestisinin düzenlenmesinde amaç, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını korurken aynı zamanda insanların bilgiye ulaşma hakkını ve bilimsel faaliyetlerinin

⁹⁵ YAMAN, s. 1158: *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 71'inci maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde yer alan bu suça, atıfta sahtecilik suçu da denilmektedir.

⁹⁶ KILIÇOĞLU, s 329.

sürekliliğini sağlamaktır⁹⁷. Başka bir deyişle, fikrî haklar ile bilgiye erişme hakkı arasında bir denge kurulması amaçlanmaktadır. Başkalarının eserlerinden belli kurallar çerçevesinde yararlanılması bu dengeyi sağlar. İktibas kurallarına uyulmayan hallerde söz konusu denge, eser sahibi aleyhine bozulur ve usûlsüz iktibas meydana gelir.

Usûlsüz iktibas, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35'inci maddesinde yer alan iktibas şartlarından bir veya birkaçına uyulmamasından doğar. Bu aykırılıklardan doğan usûlsüz iktibasın bir türü de intihal olarak ifade edilmektedir⁹⁸. İntihal, eser sahibinin haklarını en ağır biçimde ihlâl eden bir usûlsüz iktibas türü olduğu için özel olarak isimlendirilmiştir⁹⁹.

Usûlsüz iktibas, intihali de içerisine alan, bu nedenle de intihalden daha geniş bir kavramdır. *Gözler'in* ifadesiyle¹⁰⁰; “her intihal, bir usûlsüz iktibastır; ama her usûlsüz iktibas, bir intihal değildir” denilebilir.

İntihal, usûlsüz iktibasın bir türü olarak kişinin, başkalarının eserini kasten kendisininmiş gibi gösterdiği zaman ortaya çıkar. Bu durumda, bilimsel eserlerde alıntı yapılan kaynağa herhangi bir atıf yapılmadığı halde karşılaşılr. Bundan dolayı iktibasın esasa ilişkin şartlarına uyulmaması her durumda intihale yol açmaz. Örneğin kişinin, bir başkasının eserinden tek bir atıfla sayfalarca alıntı yapması intihal meydana getirmez¹⁰¹.

İktibasın şekle ilişkin şartlarına uyulmaması da her zaman intihal oluşturmaz. İntihalden söz edebilmek için kişinin alıntılacağı kısma atıf yapmaması gerekmektedir. Kişi atıf yaptığı takdirde yapılan atıf yetersiz, yanlış veya sahte de olsa, intihal oluşmaz¹⁰². Zira yapılan atıf, bir başkasının eserini kendi eseri gibi göstermenin önüne geçer. Bununla birlikte atıf yetersiz, yanlış veya sahte olabilir. Bu durumda intihal diyemeyeceğimiz bir başka usûlsüz iktibas meydana gelir. Bu usûlsüz iktibas, aynı zamanda *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 71'inci maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde düzenlenen atıfta sahtecilik suçunu oluşturur¹⁰³.

Usûlsüz iktibaslar eser sahibinin fikrî haklarını ihlâl ettiği için bu ihlâllere karşı kişi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 66'ncı ve devamı maddelerinde düzenlenen hukuk davalarıyla korunmaktadır. Ayrıca usûlsüz iktibas fiillerinin bazıları *Fikir ve Sanat Eserleri*

⁹⁷ KILIÇOĞLU, s. 343.

⁹⁸ GÖKYAYLA, s. 289; ÖNCÜ, s. 30.

⁹⁹ GÖZLER, s. 52; BULUT, KOCA, s. 216.

¹⁰⁰ GÖZLER, s. 52.

¹⁰¹ ÖNCÜ, s. 30. Ancak *Gökyayla*, tek bir atıfla sayfalarca alıntı yapılmasının intihal olduğu kanaatindedir (GÖKYAYLA, s. 286-287).

¹⁰² ÖNCÜ, s. 30.

¹⁰³ *Gözler*, yetersiz, yanlış ve aldatıcı nitelikte olan atıfların intihal olduğunu söylemektedir (GÖZLER, s. 54).

Kanununun 71'inci maddesinde suç olarak tanımlanmış, failler cezai müeyyideye tâbi kılınmıştır.

İntihal de dâhil olmak üzere tüm usûlsüz iktibas türleri, bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlalleridir. Ancak etik ihlalleri tanımlayan *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* intihal dışında diğer usûlsüz iktibas türleri tanımlanmamıştır. Bundan dolayı da intihal fiili *Yükseköğretim Kanunu*'nun 53'üncü maddesinin beşinci fıkrasının (a) bendinde üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasıyla cezalandırılmakta iken diğer usûlsüz iktibas fiilleri herhangi bir disiplin müeyyidesiyle karşılaşmamaktadır¹⁰⁴. Bazen de intihal teşkil etmeyen usûlsüz iktibaslar, intihal sayılarak usûlsüz iktibas gerçekleştirilen kimselere intihal fiilinin karşılığı olan yaptırımlar tatbik edilmektedir¹⁰⁵.

Usûlsüz iktibas türleri, *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerine aykırı fiilleri başlığı altında ayrıntılı bir biçimde düzenlenmelidir. Bu düzenlemelere paralel olarak her bir usûlsüz iktibas türüne uygun disiplin müeyyidelerine *Yükseköğretim Kanununda* yer verilmesi isabetli olacaktır.

IV. DİĞER YAYIN ETİĞİ İHLÂLLERİNİN FİKRÎ MÜLKİYET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı fiiller,

- intihal,
- sahtecilik,
- çarpıtma,
- tekrar yayım,
- dilimleme,
- haksız yazarlık ve
- diğer etik ihlâl türleri

olarak belirtilmiştir. *Yönergede* isimlendirilen yayın etiği ihlalleri arasında yer alan intihal, fikrî mülkiyet hukuku bağlamında usûlsüz iktibasların en ağır biçimini oluşturması nedeniyle bir önceki bölümde detaylı olarak incelenmiştir. İntihal dışında yönergede isimlendirilen diğer etik

¹⁰⁴ BULUT, KOCA, s. 228.

¹⁰⁵ DEMİRCİOĞLU, s. 180.

ihlaller arasında haksız yazarlık, fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilme imkânına sahiptir. Sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım ve dilimleme fiillerinin fikri mülkiyet hukuku ile ilişkisi zayıf olduğundan söz konusu fiillerin, fikrî mülkiyet hakları bakımından incelenme imkânından yoksun oldukları söylenebilir.

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde yer alan: "Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak" ve aynı madde fıkrasının (d) bendinde yer alan: "İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak" fiilleri bulunmaktadır. Bu etik ihlallerin de fikrî mülkiyet hukuku bakımından değerlendirilmesi mümkündür. Bu fiiller hariç isimlendirilmeyen diğer etik ihlâl türlerinin fikrî mülkiyet hukuku açısından incelenmesi mümkün görünmemektedir.

B. Haksız Yazarlık

Haksız yazarlık, *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde: "Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya aktif katkısı olan kişileri dahil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkarmak, aktif katkısı olmadığı halde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dahil ettirmek" biçiminde tanımlanmıştır.*

Haksız yazarlık; *"yazar olarak belirtilmeyi haklaştırmayacak küçük bir katkı nedeniyle yeni yazar ekleme, yazar sırasını izinsiz değiştirme, onursal yazarlık, ikram yazarlık, karşılıklı yazarlık, saygın bir kişinin adını ortak yazar olarak izinsiz yazma, ortak yazarın adını çıkarma, bedel karşılığı (hayalet yazara) kendi adına çalışma/ yayın yaptırma"¹⁰⁶* gibi örnekler üzerinden de açıklanmıştır. Tanımlardan hareketle haksız yazarlığın, bilimsel bir yayında yazar (eser sahibi) olma hakkının ihlâl edilmesi olduğu söylenebilir¹⁰⁷. Bu etik ihlâl türü üç farklı

¹⁰⁶ ÜNAL, TOPRAK, BAŞPINAR, s. 20.

¹⁰⁷ Yazarlık için çeşitli kriterler belirlenmiştir. Buna göre söz konusu kriterleri sağlayan kişiler bilimsel yayında yazar olarak yer alma hakkını elde ederler. Örneğin, International Committee of Medical Journal; a) *Araştırma düşüncesine ve plânına ya da veri toplama ve verilerin yorumlanmasına önemli katkılar yapmak*, b) *makale taslağının çıkartılmasında ya da önemli entelektüel içerik için kritik düzenlemeler yapmak*, c) *yazının yayınlanacak son haline onay vermek* şeklinde üç kriter belirlemiş, bu kriterleri sağlayan kimselerin yazarlık hakkını kazandığını ifade etmiştir. International Committee of Medical Journal (2006). Uniform requirements for manuscripts submitted to biomedical journals: ethical considerations in the conduct and reporting of research: authorship and contributorship. http://www.icmje.org/ethical_1author.html. (E.T. : 20.01.2021), (YILMAZ, K.(2012): Etik Dışı Davranış Olarak Haksız Yazarlık, Eğitim Bilimleri Araştırma Dergisi, c. 2 S. 1'den naklen)

şekilde ortaya çıkabilir. İlki, yazarlık unvanını (aktif katkısıyla) hak eden kişiye yazarlar arasında yer verilmemesidir¹⁰⁸. İkincisi, yazarlık unvanını hak etmeyen kişilerin eserde yazar olarak belirtilmesidir¹⁰⁹. Üçüncüsü ise, yazarların sıralanmasında haksızlık yapılmasıdır¹¹⁰.

Haksız yazarlığın yukarıda belirtilen ilk türü olan hak edildiği halde eser sahibi olarak belirtilmemek fiili, zaman yönünden iki şekilde yapılabilir. Yazar olarak anılması gereken kişinin ismi yazarlar arasına ya en başından itibaren hiç alınmaz ya da eserin ilk baskılarında alınmasına rağmen sonraki baskılarda kişinin adı yazarlar arasından çıkarılır. Her iki durumda da haksız yazarlık adı verilen etik ihlâl gerçekleştirilmiş sayılır. Bu durum, fikrî mülkiyet hukuku bakımından değerlendirilecek olursa, burada en başta eser sahibinin eseri üzerindeki manevî haklarından olan “adın belirtilmesi hakkının” ihlâl edildiği rahatlıkla söylenebilir. Adın belirtilmesi hakkı, eser sahibi olarak tanıtılma hakkıdır¹¹¹. Bilimsel bir yayının yazarları arasından haksız olarak çıkarılmak bu hakkın ihlâline neden olur. Adın belirtilmesi hakkı, aynı zamanda, kişinin eser sahipliğine kârîne oluşturur¹¹². Bu nedenle bu hakkın ihlâli, eser dolayısıyla sahip olunan diğer manevî ve malî hakların da kullanılmasına ve onlardan yararlanılmasına engel teşkil eder¹¹³.

Haksız yazarlığın yukarıda belirtilen ikinci türü olan hak etmediği halde eser sahibi olarak belirtilmek ise bu fiilin saikleri açısından tasnif edilebilir. Öğretide sınıflandırılan bu fiillere çeşitli isimler verildiği de görülmektedir. Örneğin, onursal yazarlık (honorary authorship) denilen bir haksız yazarlık türünde, üretilen bilimsel yayında aktif bir katkısı bulunmayan, ancak o alanda tanınmış olan bir kimsenin adına yazarlar arasında yer verilmektedir¹¹⁴. Bir diğer örnek olarak hayali/sanal/gölge yazarlık (ghost authorship) adı verilen haksız yazarlık türünde bir kuruluş çıkarları doğrultusunda kendi araştırmacılarına

¹⁰⁸ KARAKOÇ, s. 113.

¹⁰⁹ KARAKOÇ, s. 113.

¹¹⁰ KARAKOÇ, s. 114.

¹¹¹ KILIÇOĞLU, s. 246.

¹¹² Burada bahsedilen eser sahipliği *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 9 ve 10’uncu maddelerinde düzenlenen müşterek ve elbirliği halinde eser sahipliğidir. Yazar sayısı birden fazla olduğu için yazarlar eser üzerinde duruma göre ortak veya elbirliği halinde eser sahibi sayılırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 204 vd.; SULUK, KARASU, NAL, s. 77 vd.

¹¹³ Bu duruma özgü olarak *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 15’inci maddesinde özel bir dava türüne yer verilmiştir. Kişi, eser sahibi olduğunu iddia ediyor ise açacağı bir dava ile bu hakkın tespit edilmesini talep edebilmektedir.

¹¹⁴ TÜBA, s. 25: Bu fiilin amacı, alanında tanınmış kişinin itibarını kullanarak yayının, bilimsel dergilerde yayımlanmasını kolaylaştırmaktır.

yaptırıldığı araştırmanın bilimsel bir dergide yayımlanabilmesi için araştırmaya katılmamış olan, ancak alanında tanınan kimseleri yazar listesine eklemektedir¹¹⁵.

Armağan yazarlıkta (gift authorship) yayını üreten yazar üzerinde nüfuz kullanılarak çalışmaya katkısı olmayan kimselerin yazar listesine eklenmesi söz konusudur¹¹⁶. Bu husus, *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* haksız yazarlığın tanımında hususi olarak belirtilmiştir. Zira bu duruma akademik çevrelerde sıkça rastlanmaktadır. Her ne ad altında isimlendirilmiş olursa olsun haksız yazarlığın bu türü, eser sahibi veya eser sahiplerini, eser üzerindeki manevî ve malî hakların kullanımı veya bu haklardan dilediğince istifade edilmesi bakımından sınırlar. Bunun sebebi, yazar listesine eklenen haksız yazarın, eser sahibi olarak belirtilmesi sayesinde *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 9 ve 10'uncu maddelerinde belirtilen hakları asıl yazarlara karşı kullanabilecek olmasıdır.

Haksız yazarlığın yukarıda belirtilen üçüncü türü olan yazarların sıralamasında haksızlık yapılması fiili de etik ilkelere aykırılık teşkil eder¹¹⁷. Bu tür bir etik ihlâlin aynı zamanda yazarlar arasında fikrî haklardan yararlanma hususunda farklılıklara sebep olma ihtimali meydana getirmesi nedeniyle fikrî hakları zedeleyici bir yönünün bulunduğu söylenebilir.

C. Alenileşmemiş Tez veya Çalışmaları İzinsiz Olarak Kullanmak

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde: “Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak” olarak belirtilen fiil, eser sahibinin, eseri üzerindeki manevi hakkı olan “kamuya arz hakkını” ihlâl etmektedir.

Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmalar, genellikle alenileşmemiştir. Sahibinin izni olmaksızın bu tez veya çalışmaları kaynak olarak kullanmak bu eserlerin alenileşmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla söz konusu etik ilkelere aykırılık teşkil eden fiil, aynı zamanda eser sahibinin eseri üzerindeki kamuya arz hakkına da zarar verir.

¹¹⁵ TÜBA, s. 25.

¹¹⁶ TÜBA, s. 26.

¹¹⁷ KARAKOÇ, s. 114.

Ç. Yayımlanmamış Eser Hakkında Bilgi Paylaşmak

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde: "İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak" şeklinde ifade edilen etik ihlâl de, alenileşmemiş tez veya çalışmaları izinsiz kullanmak gibi, eser sahibinin eser üzerindeki kamuya arz etme hakkını ihlâl edebilecek niteliktedir.

Bu etik ihlâl türünde kişinin kamuya arz etme hakkının ihlâl edilmiş sayılması için bazı şartların bulunması gereklidir. Bu şartların ilki, eserin alenileşmemiş; yani, henüz kamuya arz edilmemiş olmasıdır. Eser, daha önce eser sahibince alenileştirildi ise, ikinci kez alenileştirme mümkün olmadığından bu şart gerçekleşmez. *Yönergenin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde* eserin yayımlanmadan önce eserde yer alan bilgilerin paylaşılması etik ihlâl sayılmıştır. Yayımlanma da alenileştirmenin yollarından herhangi birisidir. Daha doğrusu alenileşmiş bir eser henüz yayımlanmamış da olabilir. Bu nedenle bu etik ihlâl türünün kamuya arz etme hakkını ihlâl etmesi için ilk olarak eserin yayımlanmamış ve bununla birlikte henüz alenileşmemiş de olmasını aramak gerekir.

İkinci olarak, eserde yer alan bilgilerin paylaşılması sonucunda eserin esaslı bir kısmının veya eserin ana hatlarının kamuya açıklanmış olması gereklidir¹¹⁸. Eserde yer alan bilgiler, eserin esaslı bir kısmını veya ana hatlarını teşkil etmiyorsa kamuya arz gerçekleşmemiş sayılacağından kamuya arz etme hakkının ihlâli de söz konusu olmaz.

Son olarak başkalarıyla paylaşma, paylaşan kimsenin şahsî çevresi ya da belli meslek arkadaşlarıyla değil birbiriyle alakasız herhangi bir kişinin bilgi sahibi olabilmesi şeklinde gerçekleştirilmelidir¹¹⁹. Örneğin eserde yer alan bilgilerin, eseri inceleyen öğretim üyesinin herkese açık sosyal medya hesabından yayımlanması böyledir.

Tüm bu sayılan şartları taşıması halinde, incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşan kişi, kamuya arz etme hakkını ihlâl eden etik dışı davranış gerçekleştirmiş sayılır.

¹¹⁸ CERİTOĞLU SENGEL, s. 47.

¹¹⁹ KILIÇOĞLU, s. 245.

SONUÇ

Bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerine aykırı fiiller, etik ihlaller olarak ifade edilir. Etik ihlaller, *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* (YKBAY) sayma suretiyle tanımlanmıştır. Sayılan etik ihlâl türleri arasından “intihal” ve “haksız yazarlık” ile “diğer etik ihlâl türleri” arasında “alenileşmemiş tez veya çalışmaları izinsiz kullanmak” ve “yayımlanmamış eser hakkında bilgi paylaşmak” olarak ifade edilen etik ihlaller, eser sahiplerinin eser üzerindeki manevî ve malî haklarını ihlâl etmeleri nedeniyle fikrî mülkiyet hukuku kapsamında da değerlendirilirler.

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde henüz tanımlanmamış olsa da yayın etiği olarak kabul edilmesi gereken bazı fiiller vardır ki, bunlar da fikrî hakları ihlâl etmektedirler. Bu fiiller, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun* 35’inci maddesinde düzenlenen iktibas serbestisine aykırı olan fiillerdir. Söz konusu fiiller, usûlsüz iktibas olarak ifade edilir.

Usûlsüz iktibas kapsamında toplanan fiiller şunlardır;

- “Kendisinden iktibas yapılan eserin henüz alenileşmemiş olması”,
- “kendisine iktibas yapılan fikrî ürünün bağımsız bir eser olmaması”,
- “alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış eserden geniş alıntı yapılması”,
- “yayımlanmış eserden ölçülü biçimde ve içeriği aydınlatma amaçlı alıntı yapılmaması”,
- “alıntıların belli olacak şekilde yapılmaması” ,
- “alıntı yapılan kaynağın yanlış, yetersiz veya sahte olarak gösterilmesi” ve
- “intihal” olarak adlandırılan “alıntı yapılan kaynağın gösterilmemesi”dir.

Sayılan usûlsüz iktibas türlerinden intihal dışında hiçbiri *Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde* düzenlenmemiştir.

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde düzenlenen etik ihlaller, *Yükseköğretim Kanununda* disiplin suçu olarak yer aldığı için haliyle *Yönergede* düzenlenmeyen usûlsüz iktibas türleri için *Yükseköğretim Kanununda* bu fiillere özgü disiplin cezalarına yer verilmemiştir. Bu durum, uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Örneğin intihal teşkil etmeyen bir usûlsüz iktibas çeşidi, intihal olarak değerlendirildiğinde kişi hak etmediği sonuçlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu nedenle intihal fiili dışında kalan usûlsüz iktibas türlerinin de etik ihlâl türü olarak düzenlenmesinin; bu düzenlemeye paralel olarak

Yükseköğretim Kanununda fiillere uygun çeşitli disiplin cezalarına yer verilmesinin amaca ve adalete daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- ARSLANLI, H. (1954). Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul.
- BOZBEL, S. (2012). Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku 1. Baskı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- BULUT, N., KOCA, M. (2013): İktibas Serbestisinin İhlali, İntihal ve Bunlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar. Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Ed. Tekin Memiş). Ankara: Yetkin.
- CERİTOĞLU SENGEL F. (2009). Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme 1. Baskı. Ankara: Seçkin.
- DEMİRCİOĞLU, M. Y. (2014): İdari Yargı Kararları Çerçevesinde Bilimsel Yayın Etiği Soruşturmaları. Ankara Barosu Dergisi. (1), 147-217.
- ERDİL, E. (2005): İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi. İstanbul: Beta.
- EREL, Ş. N. (2008). Türk Fikir ve Sanat Hukuku. 3. Bası. Ankara: Yetkin.
- GÖKYAYLA, E. (2009). Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal Kavramı. Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Ed. Tekin Memiş), İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- GÖZLER, K. (2013). Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu, Bursa, Yazarın Kendi Yayını.
- KARAKOÇ, Y. (2021). Hukuk Araştırmalarında Metod. Ankara: Yetkin.
- KILIÇOĞLU, A. M. (2017). Fikri Haklar. 3. Basım. Ankara: Yetkin.
- KÖKSAL, M. (2020). Bilim Dünyamızın Kanayan Yarasında Yeni İcatlar veya Adı Konulmamış Yayın Etiği İhlalleri. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 20 (1), 209-218.
- MEMDUHOĞLU, H. B. (2007). Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği. Milli Eğitim.
- ÖNCÜ, Ö. (2010). Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları. Ankara: Yetkin.
- ÖZTAN, F. (2008). Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- SULUK, C., KARASU, R., NAL, T. (2020). Fikri Mülkiyet Hukuku. 4. Baskı, Ankara: Seçkin.
- TEKİNALP, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku. 5. Bası. İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- TÜBA (2002). Bilimsel Araştırmada Etik ve Sorunları. Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları.

- USLU, R. (2019). Alıntıda Hukuka Uygunluk Kriterleri. AÜHFD, 68 (4), 913-958.
- ÜNAL, M., TOPRAK, M., BAŞPINAR, V. (2012). Bilim Etiğine Aykırı Davranışlar ve Yaptırımlar: Sosyal ve Beşeri Bilimler İçin Bir Çerçeve Önerisi. Amme İdaresi Dergisi, 45 (3), 1-27.
- YAMAN, D. (2010). Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu, DEÜHFD, 12 (Özel Sayı), 1551-1567.
- YAVUZ, L., ALICA, T., MERDİVAN, F. (2013). Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu. C. I. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YAVUZDOĞAN, S. (2017). İdari Yargı Kararlarından Hareketle “İntihal”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (1), 225-254.
- YILMAZ, K. (2012). Etik Dışı Davranış Olarak Haksız Yazarlık, Eğitim Bilimleri Araştırmaları Dergisi, 2 (1).

İnternet Kaynakları

- International Committee of Medical Journal (2006). Uniform requirements for manuscripts submitted to biomedical journals: ethical considerations in the conduct and reporting of research: authorship and contributorship. http://www.icmje.org/ethical_1author.html. (E.T: 20.01.2021)
- https://www.yok.gov.tr/DuyuruBelgeleri/Yay%C4%B1n%20ve%20Dok%C3%BCmantasyon%20Dairesi%20Ba%C5%9Fkanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1/2018/lisansustu_tez_elektronik_ortamda_yayimlanmasi_yonergesi.pdf (E.T: 05.05.2021).
- http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic (E.T: 13.11.2021).
- <https://sozluk.gov.tr/> (E.T:28.04.2021).
- <https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/bern-anlasmasi/> (E.T: 03.05.2021).



TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ ZORUNLULUK HALİNE GENEL BİR BAKIŞ*

An Overview of Necessity in Turkish Criminal Law

Ersin ŞARE*

ÖZ

Bir kimsenin, kendisinin sebebiyet vermediği ve maruz kaldığı bir tehlike karşısında, tehlikeyi savuşturmaya yetecek ölçüde, kendisinin ya da bir başkasının hakkını korumak için gerçekleştirdiği fiil nedeniyle, tehlikeyle ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye zarar vermesi durumlarında zorunluluk halinden bahsedilecektir. Hukuk sistemimize göre, zorunluluk hali kapsamında, tehlikeden korunmak için gerçekleştirilen fiil cezalandırılmaz; ancak hukuka aykırı olmaya devam eder ve bu nedenle zarar verilen üçüncü kişinin tazminat hakkı saklı kalır. Zorunluluk hali hükmüne TCK'nın 25/2 maddesinde yer verilmiştir. Zorunluluk halinin varlığı için tehlike ve korunmaya ilişkin birtakım koşulların sağlanması gerekmektedir. Tehlikeye ilişkin koşulları; tehlikenin bulunması, tehlike durumu ile korunmaya ilişkin fiilin eş zamanlı olması, tehlikenin bir hakka yönelmiş olması, tehlikeye bilerek neden olunmaması, tehlikeye katlanma yükümlülüğünün bulunmaması şeklinde; korunmaya ilişkin koşulları da, başka türlü korunma imkânının bulunmaması, tehlike ile korunma fiili arasında uygun bir oranın olması ve korunma iradesinin bulunması olarak sıralayabiliriz. Zorunluluk halinin düzenlendiği maddede “gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik” ifadesine yer verilerek üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Zorunluluk Hali, Tehlike, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Neden, Hukuka Uygunluk, Meşru Savunma.

• **Gönderi:** 23.07.2022 - **Kabul:** 08.09.2022 | **Received:** 23.07.2022 - **Accepted:** 08.09.2022.

* Hâkim, Adana 10. Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi, Adana, Türkiye ✉ ersinshare@hotmail.com • ORCID 0000-0003-1441-5146.

Atıf Şekli / Cite As: ŞARE, Ersin (2022). Türk Ceza Hukukundaki Zorunluluk Haline Genel Bir Bakış. ÇÜHAD, (2), 58-92.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Any obligation (necessity) shall be mentioned in the cases where any person has committed because of any action against any hazard which he/she does not cause by himself/ herself and has undergone in such a way to escape the hazard, and to protect his/her own or any other person's rights, and where such hazard must not damage any third person who is not concerned with the said hazard. According to our legal system, any action made for protecting from the hazard within the scope of a case of obligation cannot be punished; however, if this action continues in being contradiction with the law, then the third party's right of indemnification is reserved. The provision of any case of obligation takes part in Article 25/2 of TCK (the Turkish Criminal Law). For the existence of any case of obligation, some conditions relating the said hazards and protection therefrom should be provided. We can draw up the conditions relating to the said hazards so as to be that the hazard is really available, and that the action relating to the hazard and protection are concurrently, and that the hazard is for any right, and that the hazard is not be caused intentionally, and that there is no obligation for enduring the hazard, and also the conditions relating to the hazard which one should protect from can be expressed as that there is not any other possibility of defending, and that there is an appropriate ratio between the hazard and The action of defense, and that there is a writ of being protected. By including the phrase "for any right belonging to both himself/herself and also others" in the Article where the case of obligation is arranged, it has been agreed that the case of obligation in favor of any third person can be possible.

Keywords: Case of Obligation (Necessity), Hazard, Cause Eliminating Culpability, Compliance with Law, Self Defence.

GİRİŞ

Bir kimsenin, kendisinin sebebiyet vermediği ve maruz kaldığı bir tehlike karşısında, tehlikeyi savuşturmaya yetecek ölçüde, kendisinin ya da bir başkasının hakkını korumak için gerçekleştirdiği fiil nedeniyle, tehlikeyle ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye zarar vermesi durumlarında zorunluluk halinden bahsedilecektir¹. Hukuk sistemleri, karşılaştığı tehlike karşısında adeta manevi bir cebir altında, bir başkasına karşı, iradi olarak suç işleyen kimsenin içinde bulunduğu psişik duruma, zorunluluk hali müessesesini kabul ederek hukuki bir sonuç bağlamıştır².

Zorunluluk halinin düzenlendiği TCK'nın 25/2 maddesine göre; "*gerek kendisine gerek bir başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak*

¹ İÇEL, s. 348.

² Tehlike karşısında, tehlikeye göğüs germeyip masum bir üçüncü kişinin hakkına zarar verilmesinin ahlaken kınanabileceği, ancak ahlak ile hukukun birbirine karıştırılmaması gerektiği, hukukun insanları kahramanlığa zorlamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, s. 224.

olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarma zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı” faile ceza verilmez.

Başka ülke ceza kanunlarında da zorunluluk haline ilişkin düzenlemeleri görmek mümkündür. Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 34. maddesinde hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali³, 35. maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali düzenlemelerine yer verilmiştir⁴. Yine İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. maddesinde zorunluluk haline ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre; *“kendisini ya da bir başkasını kurtarma zorunluluğu içinde, isteyerek sebebiyet vermediği, kişiye ağır bir zarar verebilecek, hâlihazırda mevcut olan bir tehlikeden kurtulmak için fiil işleyen kimse; bu tehlikeden başka türlü kaçınma imkânının mümkün olmaması ve fiil ile tehlike arasında uygun bir oranın bulunması koşuluyla cezalandırılmaz”*⁵. Zorunluluk hali müessesinin düzenlediği Fransız Ceza Kanunu’nun 122-7 maddesine göre; *“kendisini, üçüncü bir kişiyi ya da mülkiyeti tehdit eden mevcut veya çok yakın bir tehlike karşısında, kişi ya da mülkiyeti korumak için zorunlu bir fiil gerçekleştiren kişinin, kullanılan araçlar ile tehdidin ağırlığı arasında orantısızlığın var olduğu durumlar hariç olmak üzere ceza sorumluluğu yoktur”*⁶.

Bu çalışmada sırasıyla, zorunluk halinin hukuksal niteliği, zorunluluk halinin varlığı için bulunması gereken tehlikeye ve korunmaya ilişkin koşullar, üçüncü kişi yararına zorunluluk hali, ceza kanununda düzenlenen özel zorunluluk halleri, zorunluluk halinde sınır aşılması konularına değinilecek ve son olarak zorunluluk halinin varlığına ilişkin yapılan hata hali konusunda açıklama yapılacaktır.

³ Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin düzenlendiği Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 34. maddesine göre, *“Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet ve diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, hâlihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç fiili işlerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate nazaran önemli ölçüde ağır basıyorsa fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi def etmek için uygun bir araç olduğu durumlarda uygulanır”*. Bkz. YENİSEY, PLAGEMANN, s. 24-25.

⁴ Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin düzenlendiği Alman Ceza Kanunu’nun 35. maddesine göre; *“Her kim, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik, hâlihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya bir yakını bakımından def etmek için, bir hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukuki ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye katlanması failden beklenebilir idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz; ancak cezanın 49’uncu maddenin 1’inci fıkrası uyarınca indirilebilmesi için, failin özel bir hukuki ilişki dolayısıyla, tehlikeye katlanma mecburiyetinin bulunması gerekir”*. Bkz. YENİSEY, PLAGEMANN, s. 25-26.

⁵ PISAPIA, s. 153.

⁶ KANGAL, s. 98.

I. ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni mi, yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi mi olduğunun tespiti, bu ayrıma tanınan sonuçların farklı olması nedeniyle önem taşımaktadır.

Hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu hallerde gerçekleştirilen fiil tüm hukuk dalları bakımından hukuka uygun hale gelir⁷. Ancak kusurluluğun bulunmaması nedeniyle faile ceza verilmeyen mazeret sebepleri yönünden aynı durum geçerli değildir. Mazeret sebebinin varlığı halinde kusurlu olmadığı için kişiye ceza verilmese bile özel hukuk yönünden kişinin tazminat sorumluluğu doğabilecektir⁸. Hukuka uygunluk nedeninin objektif niteliği sebebiyle hukuka uygun olarak kabul edilen fiile iştirak edenler de cezalandırılmaz. Kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret sebebinde ise yalnızca kusurlu olarak kabul edilmeyen kişi cezasız kalmayı hak edebilir ve failin bu fiiline iştirak edenlerin cezai sorumluluğu devam eder⁹.

Zorunluluk halinde kişi tehlikeden kurtulma içgüdüleriyle hareket etmektedir. Bu yönüyle bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunma ile benzerlik gösterir. Ancak meşru savunmada haksız bir saldırıya karşı, bir hakkı korumak için, saldırı yapana yönelik bir fiil gerçekleştirilirken, zorunluluk halinde, bir hakkı ve menfaati korumak için üçüncü kişiye ait bir hak feda edilmektedir¹⁰. Meşru savunmada saldırıyı gerçekleştiren kişinin fiili haksızdır. Zorunluluk halinde ise tehlikeden korunmak için menfaati ihlal edilen üçüncü kişinin herhangi bir haksız hareketi ve tehlikenin oluşumunda herhangi bir katkısı yoktur¹¹. Meşru savunmada haksız saldırı bir insan hareketinden kaynaklanmaktadır. Zorunluluk halinde ise tehlike bir

⁷ KUNTER, s. 9, “*hukuka aykırılık halinde ise, bu aykırılığın hangi hukuk dalı bakımında olduğu söylenebilir. Özel hukuk kurallarına aykırılık gibi.*”

⁸ Zorunluluk halinde, kişinin tazminat sorumluluğunun devam ettiğine ilişkin bir hüküm bulunması nedeniyle ceza kanununda düzenlenen zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olduğunu savunan görüşler bulunmakla birlikte Borçlar Kanunu’ndaki ilgili düzenlemenin “kusursuz sorumluluk” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu yüzden Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemenin bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin hukuki niteliğini etkilemeyeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. ŞEN, s. 71; SOYASLAN, Genel, s. 377: *Soyaslan’a göre; “zaruret hali özel hukuk açısından da hukuka uygundur. Ancak masum üçüncü bir kişiye zarar verildiğinden özel hukuk bağlamında hakkaniyet gereği tazminat sorumluluğu öngörülmüştür. Tazminat sorumluluğu failin hukuka aykırı olmasını gerektirmez. Burada zararın tazmin edilmesi hakkaniyet gereğidir ve tazmin edilen miktar, verilen zarar eşit olabilir ya da olmayabilir de”*. Bkz. Borçlar Kanunu madde 64/2.

⁹ AYDIN, s. 194.

¹⁰ İÇEL, s. 349. Meşru savunmada ise savunma failinin saldırı yapan kişiye yönelmesi gerekir.

¹¹ TANER, s. 422.

insan hareketinden gelebileceği gibi bir doğa olayından ya da hayvan hareketinden kaynaklanabilir¹².

Zorunluluk halinde, kişi fedakârlıkta bulunarak tehlikeye katlanabilir ve bu gibi hallerde üçüncü bir kişiye zarar vermeme tercihinde bulunabilir. Bu yönüyle kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan mücbir sebep ve cebirden (*vis absoluta*)¹³ ayrılır¹⁴. Zira bu gibi hallerde kişinin karşı koyamayacağı bir güç karşısında başka türlü hareket etme olanağı yoktur¹⁵. Bir kişinin yüksekteyken başka biri tarafından itilmesi (cebir) ya da şiddetli rüzgâr (mücbir sebep) nedeniyle aşağıda bulunan başka bir kişinin üzerine düşmesi halleri böyledir. Karşı koyamayacağı bir güç karşısında başka türlü hareket imkânı olmayan kişi, gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle kusurlu sayılmayacaktır.

Alman ceza hukuku öğretisinde; hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halini, kusurluluğu ortadan kaldıran (mazeret sebebi olan) zorunluluk halinden ayıran temel fark korunan menfaatin, feda edilen menfaate göre önemli derecede üstün olmasının aranmasıdır. Bu nedenle, soğuktan donmak üzere olan birinin, terk edilmiş bir binaya girip kendini korumaya alma fiili hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Zira yaşamını korumaktaki menfaat, mülkiyeti korumaktaki menfaate göre daha ağır basmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinde ise, tehdidin hayat, vücut ve özgürlüğe yönelik olması gerekmektedir. Bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluk halinden farklı olarak her türlü menfaate yönelik tehdit bu kapsamda değerlendirilmemiş ve menfaatler arasında herhangi bir üstünlük ilişkisi aranmamıştır¹⁶. Kopmak üzere olan halata bağlı iki dağcıdan biri, hayatını kurtarmak için diğer dağcının halatını kesip ölümüne neden olmuşsa kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk

¹² EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 585.

¹³ Ceza hukuku yönünden geçerli olan cebir konusunda “*vis absoluta*” ve “*vis compulsiva*” şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Kişinin cebir nedeniyle yapmak zorunda kaldığı hareket yönünden herhangi bir iradesinin bulunmadığı hallerde “*vis absoluta*”dan bahsedilir. Bir kimsenin başkası tarafından yüksekten atılarak aşağıda bulunan başka bir kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi olayında olduğu gibi. Kişinin aç bırakılarak, dövülerek ya da işkence edilerek suça zorlanması hallerinde ise “*vis compulsiva*”dan bahsedilir. Cebirin bu şeklinde hareketi işlerken kişide, suç işleme iradesi bulunmaktadır. Ancak iradesi zorlandığı için kınanamaz ve yaptığı bu hareket yönünden kusurlu sayılmaz. Bkz. GÜLŞEN, s. 139-140. Alman öğretisinde kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olan cebir, tehdit ve korkutma kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmekte ve zorunluluk halinin özel bir durumu olarak nitelendirilmektedir. Bkz. HEINRICH, s. 379-381, Türk Ceza Kanunu’nda zorunluluk hali ile kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olan cebir, tehdit ve korkutma ayrı maddelerde düzenlenmiştir ve öğretilerde ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Bkz. TCK m. 28.

¹⁴ TCK’nın 28. maddesine göre; “*karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*”.

¹⁵ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 227.

¹⁶ JESCHECK, Kusur, s. 27.

halinden bahsedilecektir. Zira korunan değer olan yaşam hakkı ile feda edilen değer olan bir başkasının yaşam hakkı birbirine eşittir ve bu nedenle ipi keserek hayatını kurtaran dağcı kusurlu sayılmasa bile, gerçekleştirmiş olduğu fiil hukuka uygun olarak kabul edilemeyecektir¹⁷.

Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen zorunluluk hali düzenlemesinde böyle bir ayırım yapılmadığı gibi, zorunluluk hali düzenlemesi ile bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunma düzenlemesinin aynı kanun maddesi içerisinde yer alması hukuki nitelendirmede bulunmayı güçleştirmektedir¹⁸. Zorunluluk hali hükmüne “cezayı kaldıran ve azaltan nedenler” başlığı altında yer verilmesi, madde gerekçesinde zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir neden olduğunun ifade edilmesi, CMK'nın 223/3-b maddesinde, “*yüklenen suçun zorunluluk hali kapsamında işlenmesi hallerinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği*” ifadesine yer verilmesi nedeniyle TCK'daki düzenlemenin kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür¹⁹. Ancak gerekçenin kanuna dâhil olmaması ve bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunma ile zorunluk halinin aynı kanun maddesinde yer almaları nedeniyle zorunluluk hali düzenlemesinin lafzından yola çıkılarak bir hukuki değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır.

TCK'daki düzenlemede, zorunluluk halinin, tehdit edilen her türlü hak için mümkün olabileceği belirtilmiştir. Kanunda, korunan menfaatin, feda edilen menfaatten üstün olması gerekliliği açıkça belirtilmemiş, yalnızca menfaatler arasında bir oranın bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Korunan ve feda edilen haklar arasında belli bir oranın aranmasından yola çıkılarak, zorunluluk halinin varlığı için menfaatlerin ya eşit olması ya da korunan menfaatin, feda edilen menfaatten üstün olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme kıstas alındığında TCK'daki düzenlemede hem hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline, hem de kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ait unsurlara yer verildiği söylenebilir²⁰. Ancak kanun metninde “ceza verilmez” ifadesinin kullanılması, açıkça korunan menfaatin, feda edilen menfaatten üstün olması gerekliliğinin belirtilmemesi ve CMK,

¹⁷ HEINRICH, s. 283-284.

¹⁸ Öğretide birçok yazar tarafından zorunluluk hali konusu, hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında incelenmiştir. Bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, s. 223; SOYASLAN, Genel, s. 375; İÇEL, s. 348; DEMİRBAŞ, Genel, s. 278; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 326 vd.; ZAFER, s. 299.

¹⁹ HAKERİ, s. 407; ARTUK, GÖKÇEN, ALŞAHİN, ÇAKIR s. 502.

²⁰ SOYASLAN, Genel, s. 380.

TBK²¹ gibi kanunlarda zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi karşısında TCK'da yer verilen zorunluluk hali düzenlemesinin bu haliyle kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olduğu sonucuna ulaşmak gerekir²². Bu nedenle tehlike karşısında zorunluluk hali kapsamında gerçekleştiren fiil, hukuka aykırı olmaya devam edecektir. Ancak bu gibi hallerde kişiye kusur izafe edilemediğinden ceza verilmeyecektir²³.

Yüksek mahkeme 5237 sayılı Yasada yer verilen zorunluluk hali düzenlemesini kusurluluğu kaldıran bir neden olarak nitelendirmektedir²⁴.

Tehlikeden korunmak için gerçekleştirilen korunma fiili hukuka aykırı olmaya devam ettiğinden, bu fiile karşı üçüncü kişinin meşru savunma hakkı bulunmaktadır. Kendisini öldürmek isteyen kişilerin sebep olduğu tehlikeden kaçan bir kişinin zorla üçüncü kişiye ait eve girmesi ve evde bulunan, konut dokunulmazlığı ihlal edilen üçüncü kişinin, zorunluluk halinde bulunan kişiye müdahale etmesi durumunda, üçüncü kişi yönünden meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir²⁵. Oysa meşru savunmada, hukuka uygun olarak kabul edilen meşru savunma fiiline karşı meşru savunmada bulunmak mümkün değildir²⁶.

Zorunluluk halinin varlığı, failin soyut iddiaları dışında başka delillerle ispatlanamamışsa, böylesi bir savunmada bulunan failin zorunluluk halinden faydalanamaması gerekir. Her ne kadar ceza hukuku sistemimizde, gerçekleştiği iddia edilen fiil her türlü delille

²¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 64/2. maddesine göre, "*kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderme yükümlülüğünü hakim hakkaniyete göre belirler*".

²² Zorunluluk halinin bir mazeret sebebi olduğunun kabulü halinde bazı durumlarda tartışmalı sonuçlar doğabilecektir. Bkz. AYDIN, s. 192-193: "*tipide yolunu kaybeden bir kayakçının yardım çağrısını alan görevliler bu kişiye civardaki bir dağ evine sığınmasını söylemişler ve bunun üzerine bu kişi civardaki bir dağ evinin kapısını kırıp yardım gelinceye kadar içerideki sandalyeleri yakıp ısınmış olsun. Böyle bir durumda, zorunluluk halinden yararlanan fail, konut dokunulmazlığını ihlal veya mala zarar vermeden sorumlu olmayacağı için görevliler de bu suça azmettirmekten sorumlu olmaz*" "*bir araçta kilitle kalan kişiyi kurtarmak için bir işçiden balyoz alıp camları kıran failin yanı sıra aracı temin eden iştirakçi de zorunluluk halinden faydalanacaktır*". Verilen bu örneklerde zorunluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden iştirakçilerin de cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Gerçi her iki olayda da azmettiren ve yardım eden kişilerin fiilleri, üçüncü kişi lehine zorunluk hali kapsamı içerisinde değerlendirilebilir. Başka ülkelerin ceza kanunlarında olduğu gibi zorunluluk hali yönünden kanunumuzda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ve kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali gibi ikili bir ayrımın gidilmesi daha doğru olurdu. Zira zorunluluk halinin bir mazeret sebebi olarak kabulü halinde tazminat sorumluluğu doğacak ve bu yüzden fiile iştirak edenlerin de tazminat sorumluluğunun olduğu neticesine ulaşılabilecektir.

²³ Zorunluluk halinde kişiye ceza verilmemesi "*kusursuz ceza olmaz*" ilkesinin bir gereğidir.

²⁴ Bkz. Y. CGK, T. 19.02.2013, E. 2012/8-1551, K. 2013/64: "*zorunluluk hali 765 sayılı TCK'da bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte iken, 5237 sayılı TCK'da kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında zorunluk halinde suç işleyen kişi hakkında 'beraat' değil, TCK'nın 25/2. maddesi uyarınca 'ceza verilmesine yer olmadığı' kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK'nın 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır*".

²⁵ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 225.

²⁶ SOYASLAN, Genel, s. 378.

ispatlanabiliyor ve bazen yalnızca failin beyanı hükme esas alınabiliyor ise de, kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olan ve istisnai bir hüküm niteliğinde olan zorunluluk halinin yalnızca failin soyut iddialarına dayanılarak tatbik edilmesi müessesenin getiriliş amacına aykırı olacaktır²⁷.

II. TEHLİKEYE İLİŞKİN KOŞULLAR

Zorunluluk halinin varlığı için ön koşul, bir tehlikenin mevcut olmasıdır. Tehlikeye ilişkin koşulları: tehlikenin bulunması, tehlike hali ile korunmaya ilişkin fiilin eş zamanlı olması, tehlikenin bir hakka yönelmiş olması, tehlikeye bilerek neden olunmaması, tehlikeye katlanma yükümlülüğünün bulunmaması şeklinde sıralayabiliriz.

A. Tehlikenin Bulunması Koşulu

Tehlike doğadan kaynaklanmış olabileceği gibi insan davranışından da kaynaklanabilir. Sel, deprem, fırtınanın yol açtığı tehlikeler doğadan kaynaklanan tehlikelerdir. Buna karşılık bir insanın neden olduğu yangın ve su baskını gibi tehlikeler insan davranışından kaynaklanan tehlikelerdir²⁸. Bunun yanı sıra hayvan saldırısı ve ekonomik gelişmeler tehlike olarak kabul edilmektedir²⁹.

Akıl hastalarının ya da temyiz kudretine sahip olmayan çocukların saldırı niteliğindeki fiilleri objektif olarak haksız olduğundan ve isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olmadığından bu kişilere karşı gerçekleştirilen savunma fiilleri zorunluluk hali kapsamında değil meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

Kişinin, zorunluluk halinden faydalanabilmesi için üçüncü kişiye karşı zararlı davranışı gerçekleştirdiği sırada tehlike durumunun, başka bir ifade ile zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerekir. İhtimalden anlaşılması gereken zayıf bir olasılık değil, zararın “muhakkak” olarak gerçekleşmesine yol açabilecek bir ihtimaldir.³¹ Gerçekleşmesi muhakkak

²⁷ ŞARE, Tahrik, s. 16. Aracının direksiyon hâkimiyetini kaybedip kaldırırda yürüyen yayalara çarpan sürücünün, önüne bir çocuğun çıkması nedeniyle kazanın meydana geldiği yönündeki savunmasının başka delillerle desteklenmesi gerekir. Yalnızca böylesi bir soyut iddiada bulunulması hallerinde zorunluluk halinin uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Farklı bir görüşe göre ise, zorunluluk halinin bulunmadığına ilişkin şüphe yenilememişse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği somut olayda zorunluluk hali şartlarının var olduğu kabul edilmelidir. *Feyzioğlu*'na göre, öncelikle şüphenin yenilmesi gereklidir ve bunun için her türlü araştırma yapılmalıdır. Re'sen tahkik ilkesi gereği her türlü araştırma yapıldıktan sonra şüphe yenilememişse, failin şüpheden faydalanması gerekir. Bkz. FEYZİOĞLU, Kanaat, s. 208.

²⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223.

²⁹ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 225.

³⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223.

³¹ TOROSLU, Genel, s. 106.

olan tehlike ile bu tehlikenin yol açacağı zarar arasındaki tahmini sürenin bir önemi yoktur ve bu nedenle zararın çok yakın zamanda gerçekleşecek olması gibi bir şart aranmaz³². Ancak böyle bir durumda zorunluluk halinden faydalanabilmek için tehlikeden korunmada başka bir yol bulunmamalıdır. Nitekim hamile bir kadında mevcut bulunan hastalığın, gelecekte artmasını önlemede gebeliğin giderilmesi tek çare ise, on haftanın üzerindeki gebeliği sonlandırmak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecektir³³.

Tehlikenin varlığına ilişkin değerlendirme kişinin hareketi gerçekleştirdiği anda sahip olduğu, mevcut bilgilere göre yapılır. Sonradan zararsız olduğu ortaya çıkan bir tehlike durumu mevcut ise; yine zorunluluk hali kapsamında bir tehlikenin mevcut olduğu kabul edilmelidir³⁴. Nitekim Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında; organize sanayi sitesinde yangın çıkma ihtimali üzerine tehlikeyi önlemek amacıyla sanayi sitesine gelen sanıkların, sitenin güvenlik görevlilerini yerinde bulamayınca kapının kilidini kırarak içeri girme eylemlerinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁵. Yüksek Mahkeme, yangın çıkma ihtimalini, menfaatler arasındaki üstünlük dengesini de göz önünde bulundurarak gerçekleşmesi muhakkak bir tehlike olarak kabul etmiştir³⁶.

Tehlikenin ağır olması ifadesinden, hem tehlikenin hem de bu tehlikenin yol açtığı zararın belirli bir ağırlığa ulaşmış olmasının anlaşılması gerektiği belirtilmektedir³⁷. Bununla birlikte kanun maddesinde yer verilen ‘*tehlikenin ağır olması*’ ifadesinin, korunan değer, zarar verilen değerden üstün ya da en azından eşit olması gerektiğini vurgulamak için kullanıldığı yönünde görüşler de bulunmaktadır³⁸.

Tehlikenin ağır olup olmadığının tespitinde sosyal ve hukuksal değerlere göre objektif olarak belirlemede bulunulur ve bu tespit yapılırken failin bu yöndeki düşüncesi önem

³² Tehlike ile zararlı sonucun arasındaki mesafe zorunluluk halinin diğer bir şartı olan tehlike ile korunma fiilinin eşzamanlı olmasının tespitinde önem taşır. Bu nedenle zararlı sonuca uzak mesafedeki tehlikelere karşı gerçekleştirilen fiiller zorunluluk hali kapsamında kabul edilmeyebilir.

³³ GÖZÜBÜYÜK, s. 523.

³⁴ HEINRICH, s. 272.

³⁵ Y. 9. CD, T. 08.06.2010, E. 2008/15262, K. 2010/4232.

³⁶ Sonradan yangın tehlikesinin olmadığı anlaşılabilirse bile bu gibi durumlarda “*görünüşte tehlike*”nin varlığından söz edileceği ifade edilmektedir. Bkz. HEINRICH, s. 272. Ufak çapta çıkan bir yangının kendiliğinden söneceği veya daha büyük bir tehlikeye yol açmayacağı sonradan anlaşılabilirse bile tehlike koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak ortada hiçbir tehlike yokken var zannedilerek bir fiil gerçekleştirilmişse zorunluluk halinin varlığında yapılan hatadan söz edilecektir.

³⁷ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 225.

³⁸ GÖLCÜKLÜ, s. 209. 765 sayılı TCK döneminde zaruret hali hükmünde “*tehlikenin ağır olması*” ifadesine yer verilmişti. *Gölcüklü*’ye göre; kanunda “*tehlikenin ağır olması*” ifadesine yer verilmesi gereksizdir. Zira zorunluk halinin diğer bir şartı olan korunan menfaat ile tehlike altında bulunan menfaat arasındaki nispet şartı bu hususu kendiliğinden tayin edecektir. GÖLCÜKLÜ, Bkz. s. 209.

taşımaz³⁹. Fizyolojik ihtiyaçları derhal temin edememe kişi için ağır bir tehlike doğurmuyorsa zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir⁴⁰. Nitekim o an cebinde parası olmayan ve acıktığını hisseden bir kimsenin yiyecek bir şeyler çalması ile uzun süredir parasız gezen ve açlıktan sağlığı bozulan kişinin bir şeyler çalmasında tehlikenin ağırlığı yönünden fark vardır.

Tehlike hali ani bir şekilde ortaya çıkmış olabileceği gibi süreklilik de gösterebilir⁴¹. Tehlike, kişinin kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelmiş olabileceği gibi, belirli bir gruba ya da topluluğa yönelik de olabilir. Nitekim salgın bir hastalığın ya da savaş halinin yarattığı tehlike bir kişiye yönelik değil, bu tehlikeye maruz kalan insanların bütününe yöneliktir⁴².

Savaş, kıtlık ya da doğal felaketler nedeniyle bir ülkeden başka bir ülkeye yasal olmayan yollardan giriş yapılması zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecektir⁴³.

B. Tehlike Durumu İle Korunma Fiilinin Eş Zamanlı Olması

Kanunun ilgili hükmünde tehlike durumu ile korunma fiilinin eş zamanlı olmasına yönelik bir ifade yer almasa da; “muhakkak bir tehlikeden kurtulma” ifadesine yer verilerek tehlike yaratan durum ile bu tehlike nedeniyle gerçekleştirilen fiilin eş zamanlı olması gerektiğine işaret edilmiştir. Henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte, zararlı sonucu meydana getirmesi büyük bir ihtimal olan tehlike güncel bir tehlikedir⁴⁴. Tehlike yaratan durumun zararlı neticeye yakınlığı bu şartın tespitinde önem taşır. Bu nedenle zayıf bir ihtimal dâhilinde olan gelecekteki tehlikeler zorunluluk haline vücut vermez⁴⁵.

İnsan deneylerine göre, var olan durumun doğal gelişimi sonucu derhal korunma hareketi yapılmadığı takdirde hukukça korunan menfaatin zarar görme ihtimalinin büyük olduğu hallerde tehlikenin güncel olduğu ifade edilmektedir⁴⁶. Ancak her olayda tehlikenin

³⁹ Fail tehlikenin ağır olduğunu düşünüyorsa bu gibi durumlarda hata hükümleri uygulanabilir.

⁴⁰ DÖNMEZER, ERMAN, s. 370-371; bu konuda değişik bir görüş için bkz. ÖNDER, s. 205: “*öğretide, kişi tehlikenin ağırlığına samimi olarak inanmış ve bu inancında kusuru yoksa bu halin hakim tarafından göz önünde bulundurulması gerektiği de belirtilir.*”

⁴¹ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 226.

⁴² ZAFER, s. 303.

⁴³ EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 589. Savaştan kaçan insanların pasaport gibi yasal bir vesika kullanmadan başka bir ülkeye geçiş yapması uluslararası hukuk bağlamında suç olarak kabul edilmemektedir. Ancak suç işleyip bunun sonuçlarından kurtulmak için başka bir ülkeye yasa dışı yollardan giriş yapmak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir.

⁴⁴ *Erem/Danişman/Artuk*'a göre; tehlikenin muhakkak oluşu nisbi bir kavramdır. Bu nedenle tehlikenin eş zamanlı olmasında tam bir kesinliğin aranması her zaman doğru olmaz. Dış görünüşüne göre kuduz olduğu düşünülen köpeğin kuduz olup olmadığını tam olarak araştırmadan öldüren kişinin zorunluluk halinden faydalanması gerekir. Bkz. EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 587.

⁴⁵ DÖNMEZER, ERMAN, s. 369.

⁴⁶ ÖNDER, s. 202.

güncel olup olmadığının tespitinde kesin bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Bu nedenle tehlikenin güncel olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından belirlenecektir.

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında, “*saniğin, sağlık güvencesi olmayan hamile eşinin sağlık güvencesi olan başka birinin kimliği ile sağlık kuruluşunda tedavisini yaptırdığı, tedavi masraflarının sosyal güvenlik kurumunca ödendiği olayda, saniğin hamile olan eşinin sağlıklı bir doğum yapması için ve ağır ve muhakkak bir tehlikeden korunmak amacıyla başkasının kimliği ile eşinin tedavi edilmesini sağladığı anlaşıldığından üzerine atılı dolandırıcılık fiilinin zorunluluk hali kapsamında kalması*” nedeniyle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁷. Yüksek Mahkeme bu kararıyla hamile kadının ileride sağlıklı olmayan koşullarda doğum yapma ihtimalini, gerçekleşmesi muhakkak, güncel bir tehlike olarak kabul etmiştir. Başka bir kararında Yüksek Mahkeme, hamile olup doğum sancısı başlayan kadının, doğmak üzere olan bebeğini muhakkak bir tehlikeden kurtarmak için hastaneye başvururken başkasını ait yeşil kartı kullanması fiilini yine zorunluluk hali kapsamında değerlendirmiştir⁴⁸.

Tehlikenin varlığı ya da sona ermesi (güncel oluşu) yönünden kişi, yanılı içerisine düşmüşse ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde hataya (TCK m. 30/3) ilişkin hüküm uygulanabilir⁴⁹.

C. Tehlikenin Bir Hakka Yönelmiş Olması

765 sayılı TCK'nın, zorunluluk halinin düzenlendiği 49/3. maddesinde; “kendi nefesine ya da başkasına” ifadesi yer almaktaydı. 5237 sayılı TCK'nın 25/2. maddesinde düzenlenen zorunluluk hali hükmünde ise “kendisine ya da başkasına yönelik bir hakka” ifadesine yer verilerek zorunluluk halinin uygulama kapsamı genişletilmiştir⁵⁰. Bu düzenleme ile mal varlığı haklarına yönelik tehlikeleri bertaraf etme yönünden de zorunluluk halinin uygulanabilmesi mümkün hale gelmiştir.

⁴⁷ Y. 23. CD, T. 17.09.2015, E. 2015/2826, K. 2015/4232. Benzer karar için bkz. Y. 15. CD, T. 10.03.2014, E. 2012/11941, K. 2015/4909: “*saniğin hamile olduğu, hamile olduğu bu dönemde eşinin kendisi ile ilgilenmediği, kendisinin de çalışmadığı ve gelirin de olmadığı, bu nedenle zor durumda olduğu, kardeşi olan diğer saniğin sağlık karnesini alarak doğum amacı ile sağlık kuruluşuna başvurduğu, bu hizmetlerin bedeli olan 400 TL'nin Sosyal Güvenlik Kurumuna fatura edildiği olayda saniğin eyleminin TCK'nın 25/2 maddesinde düzenlenen zorunluk hali kapsamında olduğu anlaşıldığından sanık hakkında verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair kararda bir isabetsizlik görülmemiştir*”.

⁴⁸ Y. 15. CD, T. 24.05.2016, E. 2014/423, K. 2016/5312.

⁴⁹ DÖNMEZER, ERMAN, s. 368.

⁵⁰ DONAY, s. 41.

Tehlike, kişinin vücut dokunulmazlığına, cinsel dokunulmazlığına ve şeref varlığına yönelik olabilir. Öğretide, topluma ait bir hukuksal yarara yönelik olarak yaratılan tehlikelerin de zorunluluk haline neden olabileceği ifade edilmektedir⁵¹.

Nispeten yerleşimin az olduğu bir mahallede oturduğu anlaşılan sanığın, geceleyin evinin önündeki köpeğine saldırıp yaralayan sokak köpeklerini uzaklaştırmak için havaya doğru üç el ateş etmesi olayında, Yüksek Mahkeme, sanığın eyleminin zorunluluk hali kapsamında olduğunu değerlendirmiş ve sanığın üzerine atılı genel güvenliği kasten silahla tehlikeye sokma suçu yönünden ceza verilmemesi gerektiğine hükmetmiştir⁵².

Aracının zarar görmemesi amacıyla yoldaki çukura düşmemek için aracın direksiyonunu kıran ve direksiyon hâkimiyetini kaybederek kaldırımdaki yayalara çarpan sürücünün, gerçekleştirmiş olduğu bu fiilinin zorunluluk hali kapsamında olduğu düşünülebilir. Nitekim mal varlığı hakkına yönelik bir tehlikeden kurtulmak için direksiyonu kırmış ve kaza meydana gelmiştir. Ancak kişi bu olayda, mal varlığını koruma amacını güdüyor ise de zorunluluk halinin bir diğer koşulu olan tehlike ile zarar verilen menfaat arasında uygun oranın bulunması koşulunun gerçekleştiği söylenemez ve bu nedenle zorunluluk halinden faydalanamayacaktır. Zira böylesi bir durumda korunan değer olan mal varlığı hakkı, feda edilen değer olan yaşam hakkından üstün ya da eşit düzeyde değildir⁵³.

Tehlikeye karşı korunan hakkın meşruluğu zorunluluk hali uygulamasında önem taşır. Hırsızlık sonucu elde ettiği malı korumak için bir başkasına zarar verilmesi hadisesinde zorunluluk halinden bahsedilemez. Zira zilyetlik kişi de olsa bile eşya üzerinde herhangi bir hakkı bulunmadığından tehlikeye karşı koruduğundan bahisle üçüncü kişinin menfaatinin ihlal edilmesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵⁴. Bununla birlikte hırsızlık amacıyla girdiği binada yangın çıkması nedeniyle⁵⁵ kendini kurtarmak için yan binadaki bir evin kapısını kırarak içeri giren kişinin gerçekleştirmiş olduğu bu fiil yönünden zorunluluk

⁵¹ İÇEL, s. 352.

⁵² Bkz. Y. CGK, T. 19.02.2013, E. 2012/8-1551, K. 2013/64; aynı kararda önceden verilen ceza genel kurul kararlarına da atıf yapılmıştır: “kendisine saldıran başıboş köpeğe zaruretten dolayı bir el ateş eden sanık ile rastladığı bir kavgayı ve husulü mümkün vahim olayları önlemek ve polisi davet maksadıyla meskun mahalde ateş eden sanığın zaruret hali nedeniyle meskun mahalde nedensiz yere ateş etmek suçundan cezalandırılmayacakları kabul edilmiştir.” Bu kararda, eşya niteliğindeki köpekten korunması için havaya ateş edilmesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmiştir.

⁵³ ŞEN, s. 70.

⁵⁴ ŞEN, s. 71.

⁵⁵ Bu durumda da yangına sebebiyet vermemiş olması gerekir. Eğer yangını kendi çıkarmış ise zorunluluk halinden faydalanamaz.

halinin varlığından söz edilebilecektir. Zira burada korunan yaşam hakkıdır⁵⁶ ve evde bulunmasının yasal bir dayanağı olmasa bile bu gibi hallerde kişinin yaşam hakkını koruması meşrudur.

D. Tehlikeye Bilerek Neden Olmama Koşulu

Zorunluluk halinden bahsedebilmek için kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması gerekir. Kanunda tehlikeye kusurlu hareketi ile neden olmama ya da kasten tehlikeye neden olmama şeklinde bir ifadeye yer verilmemiş yalnızca bilerek neden olmama ifadesi kullanılmıştır. Tehlikenin kasten ya da olası kastla meydana getirilmesi hallerinde kişi zorunluluk halinden faydalanamaz⁵⁷. Ancak tehlikenin taksirle ya da bilinçli taksirle meydana getirilmesi hallerinde kişinin zorunluluk halinden faydalanıp faydalanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bilerek neden olmama ifadesinin kasten gerçekleştirme olarak anlaşılması gerektiği, tehlikeye taksirle ya da bilinçli taksirle neden olunması durumunda zorunluluk halinden faydalanılabileceği ifade edilmiştir⁵⁸. Bu görüşten farklı olarak “bilerek” ifadesinin kastı, olası kastı, bilinçli taksiri de içine aldığı ve bu kusur türlerinin varlığı halinde kişinin zorunluluk halinden faydalanamayacağı ifade edilmiştir⁵⁹.

Kanunda yer verilen “*bilerek neden olmama*” ifadesinin tehlike yaratan davranışın iradi olması ve yapılan bu iradi davranışın neticesinin önceden bilinmesi ya da öngörülmesi şeklinde anlaşılması gerekir. Bilinçli taksir hallerinde neticenin gerçekleşmesi istenmemekle birlikte tehlikenin meydana gelebileceği fiilen düşünüldüğünden⁶⁰ başka bir ifade ile tehlikeli neticenin gerçekleşebileceği öngörüldüğünden bu gibi durumlarda kişi, zorunluluk halinden faydalanamaz⁶¹.

⁵⁶ Kişi isteyerek bile olsa yaşam hakkından vazgeçemez ve bu yüzden yaşam hakkının meşruluğu hiçbir şekilde sorgulanamaz.

⁵⁷ *Gölcüklü*'ye göre, “*tehlikenin kasten yaratılmış olduğu hallerde dahi, somut olayın özellikleri, zorunluluk halinin kabulünü mantıki ve gerekli kılabilir: ‘intihara karar veren bir kişinin, kendisi için bir tehlike yaratarak kararını icraya koyması, fakat son anda ilk kararından cayarak kendisini kurtarmak için başka bir suç işlemesi halinde olduğu gibi.’*” bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 210. Bu görüşün kabulü halinde, intihar etmek için evinde kasten yangın çıkaran ve sonra intihar kararından vazgeçerek yangından korunmak için bitişikte başkasına ait evin kapısını kırıp sığınan kişinin, gerçekleştirmiş olduğu mala zarar verme ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları yönünden zorunluluk halinde olduğu söylenebilecektir. Ancak bu kişi, kasten sebebiyet verdiği yangından kurtulmak için bir başkasının şahsına zarar verdiği durumlarda bu görüşün kabulü mümkün görünmemektedir.

⁵⁸ İÇEL, s. 356; ARTUK, GÖKÇEN, ALŞAHİN, ÇAKIR s. 508.

⁵⁹ DEMİRBAŞ, Genel, s. 287; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 330.

⁶⁰ DÖNMEZER, ERMAN, s. 373-374.

⁶¹ TOROSLU, Genel, s. 168.

Kişi sigortadan para alabilmek için kasten evinde yangın çıkarmış ve neden olduğu bu yangından kurtulmak için bir başkasına zarar vermiş ise zorunluluk halinden faydalanamayacak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak basit taksirle evinde yangına sebebiyet vermiş ve yangından kurtulmak için üçüncü bir kişinin menfaatini ihlal etmiş ise zorunluluk halinden faydalanabilecektir⁶².

Yine arabasıyla polisten kaçarken bir başkasına çarpıp zarar veren kişi zorunluluk halinden faydalanamaz. Zira tehlikeye kendisi sebebiyet vermiştir ve kaçması yasal değildir.

E. Tehlikeye Katlanma Yükümlülüğünün Bulunmaması Koşulu

Kendisinin maruz kaldığı bir tehlikeyi, hukuk düzeninin suç saydığı bir fiil ile üçüncü bir kişiye zarar vererek defetmek zorunda kalan kimsenin, maruz kaldığı tehlikeye katlanma, göğüs germe hususunda hukuki bir görevinin bulunmaması gerekir⁶³. Yangın söndürme hizmetinde çalışan bir itfaiyeci, müdahale ettiği bir yangında, tehlikeden kurtulmak için bir başkasının yaşam hakkını veya vücut dokunulmazlığını ihlal ederse ya da bir gemi kaptanı, yolcuların kurtulması için azami çabayı göstermeden, kendi hayatını kurtarmak için batmakta olan gemiyi terk ederse zorunluluk halinden faydalanamaz⁶⁴. Yine asker olan bir kişi, ölüm tehlikesinden korktuğu gerekçesiyle harpten kaçarsa zorunluluk halinden bahsedilemeyecektir⁶⁵. Arızalanan uçağını, yerleşim yerine düşmemesi için hiç bir çaba göstermeden terk eden savaş pilotunun da zorunluluk halinden faydalanamaması gerekir⁶⁶.

Kişiden görevi gereği her koşulda tehlikeye göğüs germesi beklenemez. Bu nedenle kişinin tehlikeyi bertaraf ettiği sırada mı; yoksa hayatını kaçınılmaz olarak tehlikeye sokan bir tehdit karşısında mı hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiğine bakılmalıdır. Bir itfaiye görevlisi yangını söndürdüğü sırada, yangını söndürmenin imkânsız hale gelmesi ve alevlerin her bir yanını sarmış olması nedeniyle muhakkak olarak hayatını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya olduğu bir durumda, korunmak için bir başkasının şahıs ya da mal varlığına zarar vermişse

⁶² ZAFER, s. 304.

⁶³ TOROSLU, Zaruret, s. 138.

⁶⁴ PISAPIA s. 154. Böyle bir hadisede, gemi kaptanının, yolcuların ölümü sebebiyle cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

⁶⁵ SOYASLAN, Genel, s. 379.

⁶⁶ Savaş uçağının meskûn mahalline düşmesi neticesinde başka kişiler zarar görmüşse, pilotun en azından taksirle sorumluluğu gündeme gelmelidir. Zira asker kişinin tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunmaktadır. *Erem/Danışman/Artuk* kitaplarında, zorunluluk halinin başkasının hayatını feda etmeyi kapsamadığını göstermek için bu örneği vermiştir. Bkz. EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 584: “*meskun mahallere düşmemek için kendini feda eden pilotlara rastlanmaktadır.*”

zorunluluk hali kapsamında cezai sorumluluğunun olmaması gerekir⁶⁷. Ancak görevin niteliği ve gereği bu sınırlamanın tespitinde önem taşır. Zira benzer bir durum asker kişi yönünden geçerlilik taşımayabilir. Zira asker kişiden beklenen, gerekmesi halinde hayatını feda etmesidir.

Kişinin tehlikeye göğüs germek yükümlülüğü kamu otoritesinin kendisine yüklediği görevi ile ilgili olmalıdır. Bu nedenle yangından korunmak için bir başkasının menfaatini ihlal eden polis memuru zorunluluk halinden faydalanabilecektir. Zira polis memurunun yangınla mücadele etmek gibi bir görevi yoktur. Ancak bu kişi itfaiye görevlisi olsaydı yangına müdahale yükümlülüğü bulunduğundan zorunluluk halinden faydalanamayacaktı⁶⁸.

Toplumsal düzeni sağlamak için kendisine görev verilen kişinin tehlikeye göğüs girmesi gerektiği, görevi gereği devletin kişiden böylesi bir fedakârlığı isteme hakkının olduğu ve bu gibi tehlike durumlarında tehlikeye göğüs germeyen kişinin zorunluluk halinden faydalanamaması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹. Tehlikeye göğüs germe hallerinde, bireyin menfaati ile toplumun yüksek menfaati arasında bir çatışma yaşanmakta ve böylesi bir ilke benimsenerek toplumun yüksek menfaati, bireyin menfaatinden üstün tutulmaktadır.

“*Tehlikeye katlanma yükümlülüğünün bulunmaması*” koşulu, niteliği itibariyle zorunluluk hali müessesesinin zorunlu bir unsur olmayıp ceza siyaseti gereği, kanun koyucunun bir tasarrufudur. Türk Ceza Kanunu’nda kişinin tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunduğu hallerde zorunluluk halinden faydalanamayacağını belirten açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İtalyan Ceza Kanunu’nun 54/2. maddesinde ise tehlikeye katlanma yükümlülüğü bulunan kimsenin zorunluluk halinden faydalanamayacağı açıkça belirtilmiştir⁷⁰. Yine kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin düzenlendiği Alman Ceza Kanunu’nun 35/1 maddesinde “*özel bir hukuki ilişki içinde bulunması nedeniyle tehlikeye katlanma failden beklenebilirse*” failin zorunluluk halinden faydalanamayacağı hüküm altına alınmıştır⁷¹. Diğer ülke kanunlarında bu koşulun açıkça düzenlenmiş olmasından yola çıkılarak Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen zorunluluk hali yönünden bu koşulun geçerli olmayabileceği düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun zorunluluk hali düzenlemesinde böylesi bir açık düzenlemeye yer vermemesinin bilinçli olduğunu söylemek zordur. Zira genel hukuk sistemimize ve özelde ceza hukuku sistemine bakıldığında çoğunlukla toplumun menfaatinin

⁶⁷ MERAN, s. 128; *Meran’a göre; “hukuk düzeni hiç kimseye ne pahasına olursa olsun hayatını feda etme yükümlülüğünü tahmil edemez”*.

⁶⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 224-225.

⁶⁹ HAFIZOĞULLARI, s. 120.

⁷⁰ TOROSLU, Zaruret, s. 138.

⁷¹ YENİSEY, PLAGEMANN, s. 26.

bireyin menfaatinden üstün tutulduğu görülmektedir. Kanunun ve amirin emrinin yerine getirilmesi hallerinde kişiye ceza verilmemesi bunun göstergesidir. Bu nedenle kanunda açıkça yer almasa bile bu koşulun, zorunluluk halinin oluşumu yönünden aranması gerektiği düşüncesindeyiz⁷².

Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü olan kişilerin, üçüncü bir kişiyi korumak için başkasına zarar verme hallerinde, bu koşul aranmaz ve bu hallerde yapılan fiil zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir⁷³.

Tehlikeye katlanma yükümlülüğü kanundan, kanunun böyle bir zorunluluk yaratma yetkisini tanıdığı irade beyanından, sözleşmeden, belli durum ya da hizmetin icabından kaynaklanabilir⁷⁴. Bununla birlikte tehlikeye katlanma yükümlülüğü her halde hukuk düzeninin öngördüğü görevden kaynaklanmalıdır. Bu nedenle insani dayanışmadan ve ahlaktan kaynaklanan katlanma yükümlülüğünün varlığından bahsedilemez⁷⁵.

III. KORUNMAYA İLİŞKİN KOŞULLAR

Korunmaya ilişkin koşulları: başka türlü korunma imkânının bulunmaması, tehlike ile korunma fiili arasında uygun bir oranın bulunması ve korunma iradesinin bulunması olarak sıralayabiliriz.

A. Başka Türlü Korunma İmkânının Bulunmaması Koşulu

Tehlikeden başka türlü korunma imkânı var olduğu halde, tehlikeden kurtulmak için üçüncü bir kişinin hakkının ihlal edilmesi durumunda zorunluluk halinden bahsedilemeyecektir⁷⁶. Bu nedenle meşru savunmanın aksine gizlenmek veya kaçmak suretiyle tehlikeden kurtulma imkânı varsa zorunluluk halinin bu şartı gerçekleşmemiştir⁷⁷.

Tehlikeden korunma fiili, tehlikeden kurtulmak için son çare olmalıdır⁷⁸. Somut olayın özelliklerine göre kişi, tehlikeden kurtulmak için üçüncü kişiye en az zarar verebilecek yolu

⁷² Bkz. İÇEL, s. 351.

⁷³ TOROSLU, Genel, s. 169.

⁷⁴ TOROSLU, Zaruret, s. 139.

⁷⁵ TANER, s. 428.

⁷⁶ BEKAR, s. 106.

⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 524.

⁷⁸ ÖNDER, s. 206: “tehlikede bulunan hak bir başkasına zarar verilmeden korunabiliyorsa zorunluluk hali yoktur ve bu önermeden zorunluk halinde kişinin gerçekleştirilebileceği ve mecbur kaldığı tek hareketin başkasına zarar vermek olması gerektiği sonucu çıkar”.

tercih etmelidir⁷⁹. Ancak bu durumda da kişi, bu tercihini yaparken tehlikeden kesin olarak kurtulmayı sağlamayan araçları ya da tehlikeyi sonlandırmamak ile birlikte erteleyen araçları seçmeye zorlanamaz⁸⁰.

Devletten hukuki himaye temin edilememesi ya da talep edilse de gecikecek olması nedeniyle korunmanın mümkün olmaması, tehlikeyi savuşturacak alternatif bir yol ya da aracın bulunmaması halleri, tehlikeden başka türlü korunma imkânının bulunmadığını gösterir. Ancak belirtmek gerekir ki bu konuda kesin bir ölçüt getirmek mümkün değildir ve bu nedenle tehlikeden kurtulmak için kişinin, başka türlü hareket edebilme imkânının olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespit edilecektir⁸¹.

Eczanelerin tatil nedeniyle kapalı olduğu bir günde, acil olarak gerekli olan bir ilacı temin etmek için nöbetçi eczaneye gitme olanağı varken, bu yol tercih edilmeyip yakınlarda bulunan eczanenin kapısı kırılarak ilacın temin edilmesi hadisesinde zorunluluk halinin varlığından bahsedilemeyecektir⁸².

Sanığın, başkasına ait sağlık karnesini kullanarak hastaneye başvurup kürtaj olduğu, neticesinde de 250 TL tutarında bedelin fatura edilerek kamunun zarara uğratıldığı olayda, yüksek mahkeme, kürtaj işleminin acil olup olmadığını belirlenmesi ve sanığın ekonomik durumunun araştırılarak yeşil kart alma şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi ve sonrasında sanığın üzerine atılı suç yönünden zorunluluk hali unsurlarının var olup olmadığının tartışılması gerektiğine hükmetmiştir⁸³. Yüksek Mahkeme bu kararıyla, yeşil kart alma şartlarını taşımayı tehlikeden korunmak için alternatif bir yol olarak belirlemiştir.

Sanıkların on sekiz yıldan bu yana evli oldukları, çocukları olmadığından herhangi bir bebeği evlat edinmek istedikleri, fakat bürokratik engeller nedeniyle bunun kısa sürede gerçekleşmeyeceğini düşündüklerinden hastanede yeni doğmuş bir çocuğu annesinin de rızasını alarak sahiplendikleri, 15 gün içerisinde sahiplendikleri çocuğun ciddi bir hastalığının olduğunu öğrendikleri, bu hastalığın tedavisinin yalnızca Ankara ve İstanbul'da yapılabildiği ve bu şehirlerden farklı bir şehirde yaşamaları nedeniyle sahiplendikleri bebeğin nüfusa kayıt olmamasının önemli bir sorun oluşturduğu, bebeğin hastalığının yaşamsal tehlike oluşturacak

⁷⁹ İÇEL, s. 359; ALACAKAPTAN, s. 115: “tehlikeden farklı ağırlıktaki suçlardan birini işleyerek korunmanın mümkün olduğu olayda, ağır suçu işleyen kimsenin de cezasızlık nedeninden faydalanmaması gerekir”.

⁸⁰ HEINRICH, s. 373.

⁸¹ ÖNDER, s. 206.

⁸² YÜCE, s. 44.

⁸³ Y. 15. CD, T. 15.10.2014, E. 2013/1380, K. 2014/16427.

derecede ciddi olması ve gerçek anneye de ulaşamamaları nedeniyle, sahiplendikleri çocuğu, kendi çocuklarıymış gibi kaydettirdikleri ve sonrasında tedavisini yaptırabildikleri olayda, Yüksek Mahkeme, sanıkların ortaya çıkan tehlikeyi başka türlü bertaraf etme olanağının bulunmadığını ve zorunluluk hali kapsamında üstlerine atılı eylemi gerçekleştirdiklerini belirterek “çocuğun soybağını değiştirme” suçu yönünden sanıklara ceza verilmemesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁴.

B. Tehlike ile Korunma Fiili Arasında Uygun Bir Oranın Bulunması Koşulu

Tehlike ile bu tehlikeden korunmak için yapılan korunma fiili arasında uygun oranın bulunması, tehlike nedeniyle zarar görme ihtimali olan ve korunan menfaat ile üçüncü kişiye ait olan ve tehlike nedeniyle zarar verilen menfaat arasında uygun bir oranın varlığını gerektirir. Korunan değer, üçüncü kişiye ait olan ve feda edilen değerden üstün olmalı ya da en azından eşit değerde olmalıdır⁸⁵.

Korunan değer mi yoksa feda edilen değer mi üstün olduğu somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından belirlenecektir⁸⁶. Bu değerlendirme yapılırken korunan menfaatin o kişi nazarındaki sübjektif önemi de göz önünde bulundurulacaktır⁸⁷. Yine somut olayda gerçekleşmiş olan zarar neticesinin ağırlığı ve korunmak istenen yararın korunmaktaki değerliliği, tehlikenin yakınlığı ve ağırlığı, korunan menfaat ile zarar verilen menfaatin toplum için fonksiyonel önemi, üçüncü kişiye verilen zararın sonradan giderilip giderilemeyeceği gibi hususlar üstünlük değerlendirmesi yapılırken ölçüt olarak kullanılabilir⁸⁸. Karşı karşıya gelen bu iki menfaat, ceza hukuku yönünden korunan bir hak niteliğinde ise, bu hakların ihlali nedeniyle kanunda öngörülen ceza miktarı, bu iki menfaatten hangisinin üstün olduğunu belirlemede ölçüt olarak kullanılabilir⁸⁹.

⁸⁴ Y. 21. CD, T. 17.05.2016, E. 2015/8453, K. 2016/4500.

⁸⁵ YÜCE, s. 44.

⁸⁶ Tehlikede olan değer ile feda edilen değer hangisinin üstün olduğunu tespitinde soyut bir değerlendirme yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. HEINRICH, s. 281: *”beden bütünlüğünün hukuksal değeri soyut değerlendirmeye göre malvarlığından üstündür. Ancak, bu surette milyonlara varan bir zarar önleniyorsa, somut olayda hafif bir yaralama hukuka uygun olabilir. Alkollü araç kullanma yasağı, trafiğe katılan diğer kişilerin hayatını korumaya hizmet eder. Ancak alkollü bir sürücünün, bir yaralının hayatını kurtarmak için alkollü bir şekilde araç kullanması zorunluk hali kapsamında değerlendirilebilir”*.

⁸⁷ ÖNDER, s. 207.

⁸⁸ JESCHECK, Alman, s. 36. Alman ceza hukukunda, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluk halinden bahsedebilmek için korunan menfaatin, tehdit edilen menfaatten önemli derecede üstün olması gerekmektedir. Bunun yanında korunma için yapılan hareketin ölçülü olması da aranmaktadır. Bkz. JESCHECK, Alman, s. 37.

⁸⁹ HAKERİ, s. 417.

Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi suç olarak kabul edilmiştir (TCK m. 100). Anne karnındaki cenin, ceza kanununa göre insan olarak kabul edilmemektedir ve anne karnındaki cenine karşı gerçekleştirilen fiiller çocuk düşürtme suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Gebe olan annenin, karnındaki cenin nedeniyle hayatı tehlikeye girmişse; gebelik süresine bakılmaksızın anne ya da bir başkası tarafından gebeliğin isteyerek sonlandırılması zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira çocuk düşürtme suçu ile adam öldürme suçu için kanunda öngörülen cezalar karşılaştırıldığında annenin yaşam hakkının daha üstün olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu ilgili maddede, annenin yaşamının, ceninin yaşamından üstün olduğunu kesin olarak kabul etmiş ve ilgili madde de “*tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde*” ifadesine yer vererek zorunluluk haline ilişkin bir durumu tipikliğe dâhil etmiştir. Bu nedenle ki tıbbi zorunluluğun bulunduğu hallerde, on ayın üzerindeki gebelik isteyerek sonlandırılmışsa, zorunluluk hali hükmünün uygulanmasına dahi gerek kalmadan ilgili kanun hükmü uyarınca suç oluşmayacaktır ve fail ya da failer hakkında beraat kararı verilecektir⁹⁰.

Kadının maruz kaldığı cinsel saldırı⁹¹ suçu ya da evlilik dışı ilişki nedeniyle gebe kaldığı durumlarda kadının çocuğunu düşürmesinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Kadının namusunu, şerefini korumak maksadıyla böylesi bir fiil işlemesi başta mazur görülebilse de, kanun tarafından on haftanın üzerindeki gebeliğin, kadın tarafından isteyerek sonlandırılması suç olarak kabul edildiğinden, böylesi bir fiil zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemez⁹². Zira şeref ya da namusu korumak adına anne karnındaki cenine zarar verilmesi, başka bir ifade ile feda edilmesi arasında uygun bir oran bulunmamaktadır⁹³. Ancak yine de somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması

⁹⁰ ÖZBEK, DOĞAN, s. 220.

⁹¹ “Savaşlarda ordular işgal ettikleri memlekette yalnız şehvi hislerinin tatmini için değil, fakat önceden tanzim edilmiş ve kararlaştırılmış bir plan ve program gereğince kendi ırkını aşulamak maksadıyla birçok kadını gebe bırakmışlardır. Böyle bir saldırı sonrası gebe kalan kadının çocuk düşürmesi halinde zorunluluk halinde bulunduğu bahsedilemeyecektir. Zira anne karnındaki çocuk yalnız erkeğin bir ürünü olmayıp kadın ile erkeğin hücrelerinin birleşmesinden meydana gelen yeni bir canlıdır. Bu nedenle ki bu halde çocuk düşüren kadın yalnızca kendisine cinsel saldırıda bulunan erkeğin değil, aynı zamanda kendi çocuğunu da imha etmek kasıt ve niyetini güdüyor demektir.” Bkz. ÇAĞLAYAN, s. 1180-1183.

⁹² DÖNMEZER, ERMAN, s. 376: “*ırzına geçilen kadın, gayri meşru çocuğunu düşürmek isterse zorunluluk halinde bulunmuş sayılmaz. Çocuğun yaşam hakkı ananın şeref hakkından üstündür*”. Ayrıca bkz. ALACAKAPTAN, s. 115: “*zina ürünü çocuğunu, zinanın ortaya çıkmaması ve onurunun bozulmaması için düşürten kadının eyleminde nispet koşulu gerçekleşmemiştir*”.

⁹³ Önceleri ceza hukuk sistemlerinde ananın namusunu kurtarmak için çocuğunu öldürmesi ya da yeni çocuğunu terk etmesi hallerinde az ceza verilmekteydi ve böylesi cezayı hafifleten hükümlere farklı ceza kanunlarında yer verilmişti. Yine ananın namusunu kurtarmak için çocuğunu düşürmesi hafif şekilde cezalandırılmaktaydı. Bu gibi haller zorunluluk halinin hafifletilmiş şekli olarak kabul edilmekteydi. Bkz. VIDAL, MAGNOL, s. 272-273.

gerekmektedir. Evlilik dışı ilişkiden dolayı hamile kalan kadının yaşamı, mensubu olduğu ailenin geleneksel yapısı nedeniyle tehlikeye girebilir. Zira böylesi durumlarda, evlilik dışı ilişki nedeniyle hamile kalan kadınlara karşı töre cinayetlerinin işlendiğine sıkça rastlanılmaktadır. Böyle bir durumda kadın, yaşamına dışarıdan yönelebilecek bir tehlikeyi bertaraf etmek için evlilik dışı gerçekleşen ve on haftanın üzerinde olan gebeliğini isteyerek sonlandırmışsa, bu fiilinin zorunluluk hali kapsamında olup olmadığı tartışılabilir. Yine cinsel saldırıya uğramış kadının on haftanın üzerindeki gebeliğini isteyerek sonlandırması durumunda, kadının içinde bulunduğu psikolojik durum göz önünde bulundurulmalıdır. Tecavüze uğrayan kadının hamile kaldığı bir durumda, ilerde çocuk doğuracak olması psikolojik yönden kadının çöküşüne neden olabileceğinden, yalnızca biyolojik ve fizyolojik gereklilikler değil, psikolojik gereklilikler de “tıbbi zorunluluk” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir⁹⁴.

Yaşam hakkına yönelen bir tehlikeden korunmak için masum bir üçüncü kişinin hayat hakkının feda edilmesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilir⁹⁵. Zira bu gibi durumlarda eşit iki hak karşı karşıya gelmektedir. Ancak yaşam hakkının niteliği yönünden üstünlük değerlendirilmesi yapılması mümkün değildir⁹⁶. Bu nedenle ki genç bir kişinin hayatını kurtarmak amacıyla yaşlı bir kimsenin hayatının feda edilmesi halinde kişilerin yaşlarına bakılarak zorunluluk hali değerlendirilmesi yapılamayacaktır. Yine nicelik yönünden de bir üstünlük değerlendirilmesi yapılamaz⁹⁷. Birden fazla kişinin hayatının kurtulması için bir

⁹⁴ Tecavüze uğraması nedeniyle hamile kalan kadının, çocuğu doğurması yaşamını tehlikeye sokmuyorsa bile, hamilelik süreci ve ilerde istemediği bir çocuğu doğuracak olması nedeniyle psikolojisi bozulabilir. Bu durum ise kadını intihara sürükleyebilir. Kadının ruh sağlığını bozacak böylesi durumların da “tıbbi zorunluluk” içerisinde değerlendirilmesi gereklidir.

⁹⁵ Bir kimsenin kendi hayatını kurtarmak için, başka bir kimsenin hayatını sonlandırması durumlarında, zorunluluk halinin olup olmadığının tespitinde somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır. Yaşanan bir kargaşa nedeniyle yaşanan izdiham sırasında birbirlerine zarar veren insanların fiilleri zorunluluk hali kapsamına girebilecektir. Bununla birlikte yaşama hakkına yönelen bir tehlikeden korunmak için masum üçüncü bir kişinin yaşamının feda edilmesinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. ALACAKAPTAN, s. 112; “zorunluluk halinin hiç değilse, tehlikenin yaratılmasında hiçbir kusuru olmayan üçüncü kişilerin hayat hakkını feda edilmesini meşru kılmayacağını kabul etmek gerekir. Esasen ahlak kuralları, bazı insanları, nefislerini fedaya çağırır. Bu ahlak kuralı, yalnız kahraman olanların değil, böyle olmayanların da vicdanlarına hitabeden bir kuraldır”. EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 584.

⁹⁶ Zorunluluk hali kapsamında insanların niteliklerine, cinsiyetlerine, siyasi görüşlerine, ırklarına ve dinlerine göre bir üstünlük değerlendirilmesi yapılamaz. Her insanın yaşam hakkı eşit değerdedir ve hiç kimsenin yaşam hakkı diğerinden üstün kabul edilemez. Aynı doğrultuda görüş için bkz. HASHIDA, s. 335.

⁹⁷ Farklı görüş için bkz. HASHIDA, s. 335: “ancak göreceli bir değerlendirme tarzında niceliksel bir ölçmenin olanaklı olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşımdan, çok daha fazla veya hatta aynı sayıda yaşamı kurtarmak için, yaşama saldırıda bulunulabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Bir yük treninin tamamen dolu olan bir yolcu treninin üzerine gitmesi durumunda, yan rayda bulunan birkaç işçinin üzerinden geçse ve onların ölmesine yol açsa dahi, ray makaslarının değiştirilmesi zorda kalış durumu dolayısıyla hukuka uygundur”.

kimsenin hayatının feda edilmesi ya da çok sayıda insanın hayatının kurtulması için belli sayıda insanın hayatının feda edilmesi hallerinde korunan ve feda edilen kişilerin sayısını esas alan bir zorunluluk hali değerlendirilmesinin yapılması evrensel hukuk ilkelerine aykırıdır⁹⁸.

Kanunda yer verilen zorunluk hali düzenlemesinde hem menfaatler arasında hem de vasıtalar arasında bir oranın bulunması gerekmektedir. Bu nedenle meyvelerini hırsızlardan korumak için bahçesinin etrafını elektrikli tel ile çeviren ya da silah düzeneği kuran kişinin, tehlikeden korunmak için kullandığı vasıtada uygun oran bulunmamaktadır.⁹⁹ Bu nedenle hırsızlık amacı olmayan üçüncü bir kişi, elektrikli telden ya da kurulu silah düzeneğinden zarar görürse, bahçesini koruma amacıyla olan kişi zorunluluk halinde olduğunu iddia edemeyecektir.

Açlığını giderecek kadar para çalan kişinin fiili zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecek ise de, gereğinden daha fazlasını çalması hallerinde, korunma fiilinde kullanılan vasıta ile tehlike arasında uygun bir oran bulunmamaktadır¹⁰⁰.

C. Tehlikeden Korunma İradesinin Bulunması

Zorunluluk halinin objektif olarak bulunmuş olması kanun hükmünün uygulanması için tek başına yeterli değildir. Kişide aynı zamanda tehlikeden korunma iradesinin bulunması gerekir. Kişi tehlikeyi bilmeli ve eşit ya da üstün bir menfaati korumak için hareket etmelidir¹⁰¹. Zorunluluk halini, kusurluluğu kaldıran bir mazeret sebebi olarak kabul etmemiz böyle bir yargıda bulunmayı gerektirir. Zorunluluk halinin, bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin bir kabul farklı bir sonuca ulaştırır. Zira hukuka uygunluk nedenleri objektif unsurla ilgili olup subjektif unsur, yani kusurluluğu ilgilendirmemektedir¹⁰². Böyle olunca, hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak var oluşu, fiili hukuka uygun hale getirir. Failde hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket etme iradesinin olmaması ve gerçekleştirdiği fiilde bir hukuka

⁹⁸ HAKERİ, s. 417-418; *Hakeri* bu konuya ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi'nin 15.02.2006 tarihli kararını aktarmıştır: “*Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleşen 11 Eylül saldırısından sonra Almanya’da çıkarılan ve insanlara karşı kullanılacak uçakları düşürme konusunda hava kuvvetlerine yetki veren düzenleme, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından yaşam hakkını ve insan onurunu düzenleyen hükümlere aykırı olması gerekçesiyle iptal edilmiştir*”.

⁹⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225.

¹⁰⁰ DÖNMEZER, ERMAN, s. 376. Bu nedenle ki TCK'nın 147. maddesinde düzenlenen özel zorunluk hali hükmünün uygulanmasında Yüksek Mahkeme, “çoğu varken azını alma” şeklinde bir içtihat geliştirmiştir.

¹⁰¹ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 228.

¹⁰² KATOĞLU, s. 87.

uygunluk nedeninin var olduğunu bilmemesi hallerinde dahi fiil, hukuka uygun olduğundan kişi cezalandırılmaz¹⁰³.

Hukuka uygunluk nedenlerinde, manevî unsurun bulunmadığı hallerde elverişsiz teşebbüs hükümleri uyarınca failin cezalandırılabilceği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁰⁴. Ancak Türk ceza hukuku sistemimizde elverişsiz teşebbüs halleri cezalandırılmadığından bu görüşün tatbik edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle ki Türk ceza hukuk sisteminde failin gerçekleştirdiği fiilde, objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni varsa kişiye ceza verilmeyecektir¹⁰⁵. Zorunluluk halini bir mazeret sebebi olarak kabul ettiğimizden, fiili gerçekleştiren kişide muhakkak tehlikeden korunma iradesi bulunmalıdır ve objektif olarak zorunluluk halinin varlığı tek başına yeterli değildir.

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE ZORUNLULUK HALİ

Zorunluluk halinin düzenlendiği TCK'nın 25/2 maddesinde “*gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik*” ifadesine yer verilmiş ve böylece üçüncü kişiler lehine zorunluluk halinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Kanunun düzenlemesinde, tehlikeye maruz kalan üçüncü kişi ile onu bu tehlikeden kurtarmak için başkasına karşı hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiren kişi arasındaki ilişki yönünden bir sınırlama getirilmemiştir. Tehlikeden kurtarılan üçüncü kişi ile kurtaran kişi yakın akraba olabileceği gibi aralarında herhangi bir akrabalık ilişkisi de bulunmayabilir¹⁰⁶.

Üçüncü kişi üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakkı kendi isteği ile tehlikeye sokmuşsa ya da sahip olduğu hakları üzerinde engeli nedeniyle tasarrufta bulunma ehliyetinden yoksunsa kurtarılmayı isteyip istememesinin ya da tehlikeye bilerek sebebiyet verip vermemesinin bir önemi yoktur. Tehlikeye maruz kalan kişi kurtarılmayı istemese de bu gibi durumlarda onu bu tehlikeden kurtaran kişinin hareketi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir¹⁰⁷. Bununla birlikte mümeyyiz olan üçüncü kişi tehlikeye katlanmayı ve

¹⁰³ TOROSLU, Zaruret, s. 157; *Toroslu*'ya göre, “zorunluluk halinin objektif olarak var olmasına rağmen failin bunu bilmemesi mümkündür. Bu halde ortada bir suç yoktur ve olaya sözde suç hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu konuda İtalyan Ceza Kanunu'nun 59. maddesi; ‘cezayı kaldıran sebepler fail tarafından bilinmese veya mevcut olmadıkları zannedilse bile, bunlar daima lehine olarak kabul edilir.’ hükmünü getirmiştir.”

¹⁰⁴ Bkz. DURSUN, BOZBAYINDIR, s. 76: “*Alman öğretisinde hakim görüş, bu gibi hallerde failin teşebbüs hükümlerince cezalandırılmasıdır.*”

¹⁰⁵ *Dursun/Bozbayındır* makalelerinde, failde hukuka uygun hareket etme bilinci olmasa bile, somut olayda objektif bir hukuka uygunluk nedeni varsa failin bundan yararlanması gerektiği neticesine ulaşmışlardır. Bkz. DURSUN, BOZBAYINDIR, s. 85-87.

¹⁰⁶ Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin yalnızca yakın akrabalar arasında geçerli olması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 586.

¹⁰⁷ ZAFER, s. 306.

üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir değeri feda etmek istiyorsa, kurtarmaya yönelik fiiller zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁰⁸. Bu nedenle üçüncü kişinin ya da kanuni temsilcisinin rıza ehliyetinin bulunduğu durumlarda, üçüncü kişi veya kanuni temsilcisi tarafından müdahaleye rıza gösterilmemişse, tehlikeyi bertaraf etmek için de olsa gerçekleştirilen fiil zorunluluk hali kapsamında kabul edilemeyecektir¹⁰⁹. Ancak kişi, tehlike ile karşı karşıya bulunan üçüncü kişiyi kurtarıırken, üçüncü kişinin tehlikeye katlanma isteğini ve rızasını bilmiyorsa hata hükümlerinden faydalanabilir.

Açlık grevinin bugünün demokratik dünyasında kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında başvuru yollarından birisi olduğu ifade edilmektedir¹¹⁰. Uzun süre yemek yemeyip aç kalmanın neticesinin ölüm olması nedeniyle açlık grevi ile intihar birbirleriyle eşdeğer nitelik taşımaktadır. Bu nedenle ki açlık grevleri yapıldığında, kişinin kendi hayatına, kendi isteği ile son vermesinin mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Bu konu üzerindeki felsefi tartışmaları bir kenara bırakırsak, Anayasanın 12/1. maddesi esas alındığında intiharın kişilere tanınmış bir hak olmadığı sonucuna ulaşırız. Zira Anayasanın 12/1. maddesinde, temel hakların devredilemeyeceği ya da onlardan vazgeçilemeyeceği ifade edilmiştir. Suç oluşturmasa bile açlık grevi, yaşama hakkında vazgeçmek anlamına gelmektedir ve Anayasanın bu hükmü uyarınca hukuka aykırıdır.¹¹¹ Açlık grevinde, fail ile mağdur aynı kişi olduğu ve bu nedenle suç oluşturmadığı düşünülse bile, buradaki esas mağdur toplum ve kamu düzenidir. Bu nedenle açlık grevi yapanların vücut bütünlüğü tehlikeye girdiği andan itibaren rıza olsun olmasın dışarıdan beslenme yapılmalı ve tedavi uygulanmalıdır¹¹². Açlık grevi yapan direnirse buna karşı tedavi amaçlı yapılan kişiye yönelik haksız hareketler üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmeli ve cezalandırılmamalıdır¹¹³.

Başkasının tehlikeden kurtarılması bir zorunluluk olmayıp kanun tarafından tanınan bir yetkidir¹¹⁴. Ancak açlık grevlerinde, cezaevi yetkililerinin kendini öldürmeye çalışan mahkûm ya da tutuklulara müdahalesi zorunludur. Aksi durum cezaevi görevlilerinin cezai ve hukuki sorumluluğunu gerektirecektir.¹¹⁵ Her ne kadar Anayasanın 17/2. maddesinde, kişinin “vücut

¹⁰⁸ KANGAL, s. 347.

¹⁰⁹ ÜNVER, s. 166.

¹¹⁰ SOYASLAN, Müdahale, s. 269.

¹¹¹ FEYZİOĞLU, Grev, s. 163; SOYASLAN, Müdahale, s. 272.

¹¹² FEYZİOĞLU, Grev, s. 165; SOYASLAN, Müdahale, s. 274.

¹¹³ FEYZİOĞLU, Grev, s. 167. Açlık grevi yapan kişiye serum takmak vücut bütünlüğünün ihlalidir. Ancak kişinin rızası olmasa da serum takma fiili üçüncü kişi lehine zorunluk hali kapsamında değerlendirilmelidir.

¹¹⁴ EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 574.

¹¹⁵ 5237 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 82/2. maddesine göre; açlık grevi yapanların yaşamlarının tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından tespit edilirse,

bütünlüğüne dokunulamaz” ifadesine yer verilmiş ise de, aynı ifadenin hemen başında yer verilen “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında” ifadesi ile bu temel hakkın bazı durumlarda sınırlandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Açlık grevi yapanlara müdahale tıbbi zorunluluktur ve ayrıca müdahaleye ilişkin olarak kanundan kaynaklanan yükümlülük bulunmaktadır. Bu yüzden açlık grevi yapanlara hayatta kalmaları için tıbbi olarak müdahale edilmesi, Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan; “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı temel hakka aykırılık teşkil etmemektedir.

Hazırlık hareketi niteliğindeki fiiller güncel bir saldırı olarak nitelendirilemeyecekse bile, güncel bir tehlike olarak değerlendirilebilir. Başka birine saldırı hazırlığında olan bir kimsenin kapıların kilitlenmek suretiyle eve hapsedilmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünde zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecektir.¹¹⁶ Ancak bu gibi hallerde zorunluluk halinin bulunup bulunmadığının tespitinde dikkatli davranmak gerekir. Zira esas olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaz ve suç oluşturmaz. Bu gibi hallerde kişinin icra hareketine geçip geçmeyeceği kesin olarak belli değildir.¹¹⁷ Bu nedenle somut olayda zorunluluk halinin diğer koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Bu gibi durumlarda tehlike başka yollardan da bertaraf edilebilir. Başkalarına karşı terör saldırısı yapacağı düşünülen bir kimsenin bir başkası tarafından öldürülmesi hadisesini, mutlak olarak zorunluluk hali kapsamında olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kişi, bu tehlikeyi güvenlik güçlerini arayarak da bertaraf edebilir ve başka yollar kullanarak kişiyi etkisiz hale getirebilirdi.

Üçüncü bir kişiyi tehlikeden korumak için yapılan fiil neticesinde, korunmak istenen üçüncü kişiye de zarar verilmiş ise zorunluluk halinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu gündeme gelir. Kuduz bir köpeğin saldırısına uğrayan kişiyi kurtarmak için silahı ile köpeğe ateş eden ve bunun sonucunda köpeğin saldırısına uğrayan kişiye de zarar veren failin cezai sorumluluğunun ne olacağını tespit etmek gerekmektedir.¹¹⁸ Böylesi bir olayda, kişiye

isteklerine bakılmaksızın derhal hastaneye kaldırılarak tedavi ve beslenme gibi tedbirler alınır. Bununla birlikte tedaviye ilişkin zorlayıcı tedbirler onur kırıcı olamaz. Bkz. (82/5). Ayrıca bkz. SOYASLAN, Müdahale, s. 276.

¹¹⁶ HEINRICH, s. 275.

¹¹⁷ ŞARE, Teşebbüs, s. 133: “hazırlık hareketleri evresinde icra hareketine geçiş yönünden şüphe ve belirsizlik vardır. Bu gibi hazırlık hareketleri failin iradesini kesin bir şekilde açığa vurmaz. Hazırlık hareketleri evresinde failin suç işleme düşüncesinden vazgeçmesi yüksek bir olasılıktır”.

¹¹⁸ ÖNDER, s. 209.

atfedilebilecek hiçbir kusur yoksa suçta sapma ve hata hükümleri uyarınca kişinin iradesi esas alınarak ateş eden kişinin fiilinin zorunluluk hali kapsamında olduğu kabul edilmelidir¹¹⁹.

Kişi bir başkasını bilerek tehlikeye maruz bıraktıktan sonra, o kişiyi kurtarmak için başka bir kişinin hakkına zarar vermiş ise zorunluluk halinden faydalanması mümkün değildir¹²⁰.

V. CEZA KANUNUNDA YER VERİLEN ÖZEL ZORUNLULUK HALLERİ

Zorunluluk hali düzenlemesine genel kısımda yer verildiği için şartları mevcutsa ceza kanununda düzenlenen her suç tipi yönünden (suçun niteliği itibarıyla mümkün olması hallerinde) uygulanabilmesi mümkündür. Kanunda zorunluluk halinin düzenlendiği genel nitelikteki hükmün yanı sıra, bazı suç tipleri için öngörülmuş özel zorunluluk hali düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu hükümler özel nitelikte olduğu için genel hükme göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Özel zorunluluk hali düzenlemelerinde, genel düzenlemede öngörülenden farklı ve ilave koşulların gerçekleşmesi aranmışsa, özel hükmün uygulanabilmesi için ayrıca bu farklı ve ilave koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir¹²¹.

Hırsızlık suçuna özgü bir özel zorunluluk hali düzenlemesi olan TCK'nın 147. maddesine göre, hırsızlık suçunun, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir¹²². Çok sayıda kişinin karıştığı kavgada, sanığın, bıçakla yaralanan arkadaşını hastaneye yetiştirmek için ekip aracını çaldığı ve arkadaşını bu araç ile hastaneye götürdüğü, sonrasında aracın kolluk kuvvetlerince hastanenin acil servisinin önünde bulunduğu olayda,

¹¹⁹ ALACAKAPTAN, s. 116. Gerekli dikkat ve özeni gösterseydi köpeğin yanında bulunan kişiyi vurmayacaktı denilebiliyorsa, kişi taksirli hareket etmiştir ve zorunluluk halinden faydalanamaz. Suçun taksirle düzenlenen hali kanunda cezalandırılıyorsa o suçtan sorumlu olması gerekir.

¹²⁰ TCK'da yer alan hükümde “bilerek neden olmadığı” ifadesine yer verildiği için bu gibi durumlarda zorunluluk hali hükmü uygulanmaz. İssız bir yolda ilerleyen bir kişi, almış olduğu alkolün de etkisiyle bir yayaya çarpıp yaralarsa ve çevrede kimsenin bulunmaması nedeniyle yaraladığı kişiyi hastaneye götürürse alkollü araç kullanmak suçu yönünden zorunluluk halinde bulunduğundan söz edilemeyecektir. Ancak yaralıyı bu halde hastaneye götürmesi, ihmali suretiyle kasten öldürme suçu gibi daha ağır neticeleri olan suçtan sorumlu olmasının önüne geçecektir.

¹²¹ ZAFER, s. 303; Zafer'e göre; “bu gibi zorunluluk hali düzenlemeleri, özel bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp, kusurluluğu etkileyen özel nedenlerdir. Bu nedenle bu hallerde suç oluşur ancak fail kınanamadığından cezalandırılmaz ya da fiilin haksızlık içeriği az olduğundan cezadan indirim yapılır.”

¹²² Bayraktar; “TCK'nın 147. maddesinin ilginç bir belirlemede bulunduğu, yıllardır ekme çalan aç insanın zorunluluk halinden faydalanacağı yönünde öğretide ortaya konulmuş olan örneğin kanun maddesi haline getirildiğini, bu kanunun yürürlüğe girmesine kadar yangın, deprem, su baskını gibi örneklerle açıklanan zorunluluk halinin, güncel hayat içerisinde iktisadi yönden zorda kalarak yaşayan kişilere de uygulanması gibi sınırlarının genişletilmesinin tartışılabilir mahiyette olduğunu” ifade etmektedir. Bkz. BAYRAKTAR, s. 19.

Yüksek Mahkeme, sanık hakkında TCK'nın 147. maddesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹²³.

Acil bir hastanın tedavisi için eczaneden ilaç çalınması, donmak üzere olan birinin başkasına ait kömür ya da odunu izinsiz olarak yerinden alıp kullanması ya da açlıktan ölmek üzere olan bir kişinin yiyecek bir şeyler çalması halleri bu madde kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bu hüküm TCK'nın 145. maddesinde yer alan ve çalınan malın değerinin az olmasına ilişkin olan düzenleme ile karıştırılmamalıdır. Zira bir çocuğun canı istedi diye marketten çikolata çalması, TCK'nın 147. maddesinde düzenlenen özel zorunluk hali kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak böyle bir olayda TCK'nın 145. maddesi uygulanarak çocuğa ceza vermektен vazgeçilebilir¹²⁴.

Kaçak yollardan elektrik ve su kullanımının zorunluluk hali kapsamına girip girmediği hususunun ayrıca tartışılması gerekmektedir. Zira mühür bozma, karşılıksız olarak elektrik ve su kullanma gibi suçlarda sıklıkla yapılan savunma, suç oluşturan eylemin zorunluluk hali kapsamında işlendiği yönündedir. Yüksek Mahkemenin usulsüz olarak elektrik¹²⁵ ve su¹²⁶

¹²³ Y. 13. CD, T. 11.11.2014, E. 2014/9942, K. 2014/31481; ayrıca bkz. Y. 6. CD, T. 14.02.2022; E. 2021/6170, K. 2022/1462.

¹²⁴ TCK'nın 145. maddesine göre; hırsızlık suçunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektен vazgeçilebilir. Yüksek Mahkeme çoğu varken, gereksinimi kadar ve değeri az olan şeyi alan kişiler bakımından bu hükmün uygulanacağı yönünde kararlar vermektedir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında; bu ölçütün, maddenin uygulanabileceği hallerden biri olduğu ve maddenin uygulanabilirliğinin sadece bu yorumla sınırlandırılmasının mümkün olmadığı, TCK'nın 145. maddesinin gerek ilk şekli, gerekse değiştirilmiş biçiminin, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan şeyin değerinin az olmasını temel aldığı belirtmiştir. Bkz. Y. CGK, T. 24.11.2015, E. 2015/6-9, K. 2015/420. Aynı kararda, TCK'nın 145. maddesi ile TCK'nın 147. maddesinin farklı oluşlarına ilişkin açıklamaya da yer verilmiştir: "*TCK'nın 145. maddesinde öngörülen değer azlığı ile zorunluluk halini düzenleyen TCK'nın 147. maddesinin uygulama şartları birbirinden farklı olup, 147. maddede ayırıcı ölçüt, hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için yapılmasıdır. Burada hırsızlığın konusu malın değerinin az ya da çok olmasının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin ölümcül bir hasta için eczaneden çok pahalı bir ilacın çalınması söz konusu olabilir. Kanununun 147. maddesinin uygulanmasında esas alınacak kıstas malın değeri değil, ağır ve acil bir ihtiyaç için suça konu malın çalınmasıdır. Buna karşılık TCK'nın 145. maddesinin uygulanmasındaki en önemli kriter, şüphesiz değer ölçüsüdür ve bu değer 'ceza vermeme' halini haklı kılacak düzeyde az olmasıdır.*" Son zamanlardaki kararlarda çalınan malın objektif değeri esas alınarak TCK'nın 145. maddesi uygulanmaktadır. Bkz. Y. CGK, T. 25.01.2022, E. 2018/13-295, K. 2022/49; 2. CD, T. 21.06.2022; E. 2022/3951, K. 2022/12947.

¹²⁵ Usulsüz olarak elektrik enerjisi kullanımının karşılıksız yararlanma suç kapsamına alınmadan önce bu türden eylemlerin TCK'nın 147. maddesi kapsamına girmediği yönünde yüksek mahkeme kararları bulunmaktadır. Bkz. Y. 2. CD, T. 21.11.2011; E. 2011/6329, K. 2011/39140: "*iş yerindeki sayacı borç nedeniyle sökülen ve doğrudan bağlantı yaparak sayaçsız kaçak elektrik kullandığı sabit olan sanığın eyleminde TCK'nın 147. maddesinde yer alan ağır ve acil ihtiyacı karşılama unsurunun bulunmadığının gözetilmemesi*"; ayrıca bkz. Y. 2. CD, T. 09.05.2012; E. 2010/31423, K. 2012/13234.

¹²⁶ Y. 2. CD, T. 23.02.2009, E. 2008/39266, K. 2009/7884: "*borcu nedeniyle katılan kurum tarafından evinin suyu kesilen sanığın mühür bozup kör tıpayı çıkararak kaçak su kullanmaktan ibaret eyleminde atılı suçun unsurlarının oluştuğu gözetilmeyerek sanık hakkında 147. Maddesi uyarınca ceza verilmekten vazgeçilmesine karar verilmesi*"; ayrıca bkz. Y. 2. CD, T. 02.03.2010; E. 2009/5067, K. 2010/6233.

kullanımının zorunluluk hali kapsamına girmediği yönünde kararları bulunmaktadır. Ancak bu kararlardan yola çıkılarak her koşulda, bu suçlar yönünden zorunluluk halinin bulunmadığı yönünde bir yargıya ulaşmak mümkün değildir.

Maddi durumunun iyi olmaması ve eşinin yeni doğum yapması nedeniyle borçtan dolayı kesik olan elektriği, evin çatısından doğrudan bağlantı yaparak kullanmak zorunda kaldığını ifade eden sanığın, bu yöndeki savunmasına, kendisi ve babasına ait üç eve kaçak bağlantı yapması ve nüfus aile kaydında, sanığın eşinin suç tespit tarihinden 1,5 ay önce doğum yaptığının tespit edilmesi nedeniyle itibar edilmemiş¹²⁷, yine oğlunun beynindeki rahatsızlık dolayısıyla yatalak olduğunu, tedavisinin olmayıp elektrikle çalışan bir cihazla yaşayabildiğini, sosyal güvenceleri ve gelirleri olmadığından atılı suçu işlediğini ifade eden sanığın, bu yöndeki savunmasına, dosyada mevcut bulunan gömme izni kâğıdına göre oğlunun, suç tespit tutanağında belirtilen tarihten önce öldüğünün tespit edilmesi nedeniyle itibar edilmemiş ve zorunluluk hali düzenlemesinin bu olayda uygulanamayacağına hükmedilmiştir¹²⁸. Yüksek Mahkeme tarafından bu türden gerekçelerle verilen böylesi kararlar, acil ve ağır bir ihtiyacın belirmesi halinde kişinin ekonomik ve sosyal durumu da dikkate alınarak mühür bozma, karşılıksız elektrik, su kullanımı hallerinde zorunluluk halinin uygulanmasının mümkün olabileceğini işaret etmektedir. Borcundan dolayı evinin elektriği kesilen ve evinde, elektrikle çalışan yaşam destek ünitesine bağlı bir yakını bulunan kimsenin kaçak elektrik kullanmasının zorunluluk hali kapsamına girdiği kabul edilmelidir.

Başka bir özel zorunluluk haline TCK'nın 92. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre; *“organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”*.

Suç üstlenme suçu yönünden de özel bir zorunluluk hali düzenlemesine yer verildiği söylenebilir. *“Eşini, üstsoyunu, altsoyunu veya kardeşini cezadan kurtarmak amacıyla yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimsenin cezası indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılacaktır”* (TCK m. 270).

“Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabileceği hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunan kimseye verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” (TCK m. 273/1-a).

¹²⁷ Y. 2. CD, T. 15.10.2010, E. 2009/29489, K. 2010/33729.

¹²⁸ Y. 2. CD, T. 25.11.2009, E. 2008/37264, K. 2009/44523.

Düşmanla iş birliği yapmak suçunun düzenlendiği TCK'nın 303/4. maddesine göre; *“savaş zamanında düşman toprağında bulunup da bu devlet ordusuna hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş hakkında bu suçtan cezaya hükmedilmeyecektir”*.

Kanunun çeşitli maddelerinde yer verilen özel zorunluluk hallerinin kusurluluğu ortadan kaldıran birer mazeret sebebi teşkil ettikleri kesin olarak söylenebilir. Zira kanunda, bu gibi hallerde cezadan indirim gidilebileceği gibi hiç ceza verilmeyebileceği ifade edilmiştir. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinde böyle bir takdir yetkisi yoktur ve kişiye hiç ceza verilmez¹²⁹. Bu gibi özel zorunluluk hallerinin varlığı halinde ceza verilmese bile özel hukuktan doğan tazminat sorumluluğu devam etmektedir.

VI. ZORUNLULUK HALİNDE SINIRIN AŞILMASI

Cezayı kaldıran nedenlerde sınırın aşılması TCK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası bütün cezayı kaldıran nedenleri kapsayıcı niteliktedir. Bu hükme göre; *“ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezadan indirim yapılarak cezaya hükmolunacaktır”*.

Türk Ceza Kanunu'nda sınırın, mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması hali yalnızca bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunma için kabul edilmiştir. (TCK m. 27/2). Zorunluluk halinin mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş nedeniyle (öğretideki tabiriyle mücbir sebeple) aşılması halinde nasıl bir uygulama yapılacağı hususunda bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Bu nedenle ki zorunluluk halinde sınırın mücbir sebeple aşılması durumlarında TCK'nın 27/2. maddesinin kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir¹³⁰.

Zorunluluk halinde sınırın mücbir sebeple aşılması hallerinde kişiye kusur izafe edilemediğinden ceza verilmemesi ceza hukukunun temel prensiplerinden olan *“kusursuz ceza olmaz”* ilkesinin bir gereğidir. Ancak ceza verilmemesini TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen ve kusurluluğu etkileyen hata hükümlerine dayandırmak en doğru çözüm gibi görünmektedir. Nitekim kanunumuzun bir kısmına kaynaklık eden Alman ceza hukuku öğretisinde, hukuka uygunluk nedenlerinde ya da mazeret sebeplerinde sınırın aşılmasının hata hükümleri

¹²⁹ BAYRAKTAR, s. 19.

¹³⁰ KANGAL, s. 382.

çerçevesinde incelendiği görülmektedir¹³¹. Yangının çıktığı yere komşu ve üçüncü kişiye ait olan arsaya yangını söndürmek için itfaiye araçlarının girmesi sonucunda arsa içerisinde bulunan ve üçüncü kişiye ait olan eşyaya, yangının verdiği heyecan ve telaş nedeniyle gereğinden fazla zarar verilmişse, tehlikeyi savuşturma fiilinin maddi şartlarında hata yapan itfaiye görevlilerine zorunluluk halinin mücbir sebeple aşılması nedeniyle ceza verilmemesi gerekir¹³².

Zorunluluk halinde sınırın aşılmasından bahsedebilmek için başlangıçta zorunluluk durumuna ait bütün koşulların bulunması gerekmektedir¹³³.

Zorunluk halinde sınırın aşılması tehlike niteliğindeki fiil ile korunma fiili arasında uygun oranın bulunmaması, korunma fiilinin, tehlike fiiline göre çok aşırı, ölçüsüz olması şeklinde gerçekleşebileceği gibi¹³⁴ tehlike başlamadan ya da sona erdikten sonra korunma hareketlerinin yapılmasında olduğu gibi zaman yönünden söz konusu olabilir.

Kişi, tehlike karşısında göstermesi gerekenden fazla bir tepki vermiş, zorunluluk hali yönünden sınırı aşmışsa, bu aşma yönünden kusur durumu tespit edilmelidir. Sınırı kasten aşmışsa TCK'nın 27/1. maddesinde düzenlenen hükümden faydalanamaz ve kasten işlemiş olduğu suçtan sorumlu olur¹³⁵. Sınırı taksirle aşmışsa o suçun taksirli şeklinden sorumlu olur. Ancak verilen ceza, bu halde de kanunda belirtilen oranlar dâhilinde indirilebilecektir.

Zorunluluk halinde sınırın taksirle aşılması, kişinin bir tehlike karşısında kendisini korumak için gerçekleştirdiği fiilin, dikkatsiz ve özensiz davranması nedeniyle gereğinden fazla zarara yol açtığı durumlarda söz konusu olur. Sınırın taksirle aşılması hallerinde taksirin bütün unsurları bulunmalıdır. Bu nedenle sınırı aşan hareketin iradi olması, neticenin istenmemiş olması, neticenin öngörülebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması gerekmektedir. Buna ilave olarak sınırın aşılması nedeniyle işlenen suçun taksirli işlenebilen haline kanunda yer verilmiş olması gerekmektedir¹³⁶. Freni patlayan kamyon sürücüsü, birkaç araca zarar vererek maruz kaldığı tehlikeyi bertaraf edebilecekken, dikkat ve

¹³¹ Alman Ceza Kanunu'na paralel olarak, hukuka uygunluk nedeninin korku heyecan veya telaş ile aşılması yalnızca meşru savunma için kabul edilmiştir. Bunun içindir ki zorunluluk halinde sınırın mücbir sebeple aşılmasının Alman öğretisinde olduğu gibi hata hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹³² Sınırın taksirle aşılması halinde yine ceza verilmeyecekti. Zira mala zarar verme suçunun taksirle işlenebilen hali kanunda düzenlenmemiştir.

¹³³ İNCİ, s. 121.

¹³⁴ DEMİRBAŞ, Aşılma, s. 280.

¹³⁵ Yangına müdahale eden itfaiye görevlileri yangına müdahale etmek için gerekli olmamasına rağmen üçüncü bir kişinin arsasına girip zarar vermişlerse sınır kasıtlı olarak aşılmıştır ve mala zarar verme suçundan sorumlu olabileceklerdir.

¹³⁶ ŞARE, Taksir, s. 90.

özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle direksiyonu başka tarafa kırıp orada bulunan çok sayıda araca zarar vermişse, zorunluluk halinde sınırı taksirle aşmış olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu durumda da sınır taksirle aşılmış olsa bile mala zarar verme suçunun taksirle işlenebilen haline kanunda yer verilmediğinden kişinin cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak verdiği zararın özel hukuk bağlamında tazmini istenebilecektir.¹³⁷

VII. ZORUNLULUK HALİNİN KOŞULLARININ OLUŞTUĞUNA İLİŞKİN HATA

Zorunluluk haline ilişkin hata, fiil üzerinde yapılan hata ya da kural üzerinde yapılan hata gibi iki farklı şekilde gerçekleşebilir.

Kişinin yaşamını ya da mal varlığını tehdit eden bir tehlike olmamasına karşın, böyle bir tehlikenin var olduğunu zannedip kendini korumak için bir üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda zorunluluk hali koşullarının varlığı üzerinde yapılan fiili hatadan bahsedilir¹³⁸. Kişinin bu hatasından faydalanabilmesi için yapmış olduğu hatanın kaçınılmaz olması gerekir (TCK m. 30/3).

Kanunda, “*hatanın kaçınılmaz olmasını*” belirlemede hangi kıstasın kullanılması gerektiği konusunda bir açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle, bu kavramın kusur ile açıklanabileceği, hatanın kaçınılmaz olmasından, kişinin bu hatayı yapmakta kusursuz olmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁹.

Tehlikenin meydana çıkması ve sona ermesi hallerinin tespitinde faile göre bir değerlendirme yapmak gerekebilir ve bunun içinde failin içinde bulunduğu durum, failin nitelikleri, kişisel özellikleri ve zekâsı esas alınabilir¹⁴⁰.

Kişinin gerçekleştirdiği fiilin suç olduğunu bilmesine rağmen, fiilin cezasız kalmasını sağlayacak bir zorunluluk hali hükmünün varlığına inanması durumunda kural üzerinde hatadan bahsedilecektir ve bu gibi durumlarda kişi, bu hatasından faydalanamayacaktır.¹⁴¹

TCK'nın 30/3. maddesinde “*hatasından yararlanır*” ifadesine yer verilmiş ancak hükümde TCK'nın 30/1. maddesinde belirtildiği gibi hatanın kastı mı ortadan kaldıracağı yoksa

¹³⁷ İNCİ, s. 127.

¹³⁸ GÜNGÖR, s. 65.

¹³⁹ BAYRAKTAR, s. 23.

¹⁴⁰ DÖNMEZER, ERMAN, s. 368.

¹⁴¹ GÜNGÖR, s. 69.

TCK'nın 30/4. maddesinde belirtildiği gibi ceza sorumluluğunu mu bertaraf edeceği yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir¹⁴².

Zorunluluk halinin varlığında fiil üzerinde hata yapan kişinin bu hatası kaçınılmazsa, gerçekleştirdiği fiil zorunluluk hali kapsamında olduğu kabul edilmeli ve kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Zira zorunluluk halinde sınırın taksirle aşılmasını¹⁴³ hüküm altına alan TCK'nın 27/1 maddesi göz önünde tutulduğunda böyle bir sonuca ulaşmak gerekir¹⁴⁴.

SONUÇ

Zorunluluk hali öğretide, kimi yazarlarca hukuka uygunluk nedeni, kimi yazarlarca da kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olarak kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararlarında zorunluluk halini, kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olduğunu kabul etmiştir. Borçlar Kanunu'nda da zorunluluk hallerinde, hakkaniyete göre tazminat sorumluluğunun devam ettiğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Bu yönüyle tartışma sona ermiş olsa da, ceza hukuku yönünden hukuka uygunluk nedeninin varlığına bağlanan sonuçlar ile kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret sebeplerinin varlığına bağlanan sonuçların birbirinden farklı olması nedeniyle kanun koyucu tarafından bu konuda açık bir düzenleme yapılması kesin bir yargıya varmayı kolaylaştıracaktır. Her ne kadar madde gerekçesinde, zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olduğu belirtilmiş ise de, ceza kanunda bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunma ile aynı madde de yer alması, zorunluluk halinin hukuki mahiyeti konusunda tereddüt yaratmaktadır. Belki de en doğru çözüm Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluk hali şeklinde bir ayrıma gidilmesidir.

İnsan hayatının düzenli bir şekilde sürdürülebilmesi için bazı tehlikeli faaliyetlere belli kurallar çerçevesinde izin verilmiştir. Bu gibi faaliyet alanlarında her zaman tehlike mevcuttur. Bu nedenle ki tehlikeli faaliyetlere yönelik gösterilen tepkiler yönünden zorunluluk hali iddiasında bulunulabilir. Ancak bu gibi olaylarda zorunluluk halinin bir unsuru olan tehlikeden başka türlü korunma imkânının bulunmaması koşulunun bulunup bulunmadığının doğru olarak

¹⁴² DEĞİRMENCİ, s. 177.

¹⁴³ Kişi gerekli dikkat ve özeni göstermediği için hataya düşmüşse ve kastı yoksa gerçekleştirdiği suçun taksirli şeklinden sorumlu olması gerekir.

¹⁴⁴ GÜNGÖR, s. 72: Kanun gerekçesinde hatanın kaçınılmaz olması halinde ancak bu hükmün uygulanacağı, aksi halde failin kasıtlı suçtan sorumlu olacağı belirtilmektedir. Aynı görüş için bkz. DEĞİRMENCİ, s. 176.

tespit edilmesi gerekir. Zira bu gibi durumlarda tehlikenin bertaraf edilmesi için başka hukuki yollar bulunabilir ve öncelikle bu hukuki yollara başvurulmalıdır.

Tehlike saldırıya göre daha geniş ve daha muğlak bir kavramdır. Bu nedenle her türlü tehlike karşısında, tehlike ile ilgisi olmayan üçüncü bir kişinin menfaatinin ihlal edilmesi hukuk koruması altında değildir. Somut olayda tehlikenin muhakkak olarak zararlı sonuca yol açacağını gösteren emareler bulunmalıdır.

Zorunluluk halinin diğer bir unsuru olan korunan menfaatin, tehlikeye atılan menfaatten üstün olması ve en azından eşit seviyede olmasının tespiti önem arz etmektedir. Her ne kadar bunun tespitinde ihlal edilen menfaatin karşılığı olan ceza miktarı ile korunan menfaatin ihlali halinde kanunda öngörülen ceza miktarının karşılaştırılması gibi ölçütler kullanılacaksa da, her olayda menfaatler dengesinin tespitini tam olarak yapmak mümkün değildir. Bu nedenle menfaatlerin üstünlüğünün tespitinde somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır. Batmak üzere olan bir gemiyi kurtarmak için taşınan yakıtın denize boşaltılması olayında, denizin akaryakıt ile kirletilmesinin zorunluluk hali kapsamında olduğu düşünülebilecekse de bu, her durumda geçerli bir yargı olamayacaktır. Zira çevrenin kirletilmesi, bir geminin batmasından daha ağır sonuçlar doğurabilecektir. Gemi içerisindeki insanlar kurtarıldıktan sonra ve geminin batması halinde yakıt sızıntısının olmayacağını ya da çevrenin daha az kirleneceğinin anlaşılması durumlarında geminin batmasına göz yumulması menfaatler dengesi yönünden daha doğru bir tercih olacaktır.

Zorunluluk halindeki tehlikeye ilişkin negatif koşul, tehlikeye maruz kalan kişinin, bu tehlikeye katlanma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Sağlık çalışanlarının, hasta kişilere müdahalesine ilişkin kanundan ve kamu otoritesinden kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu nedenle bir salgın sırasında, herhangi bir sağlık çalışanının, kendi sağlığını korumak için hasta olan kişilere müdahaleden kaçınması ya da ihmalde bulunması zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak kamu otoritesi tarafından sağlık çalışanına, salgına karşı önlem alabilmesi ve kendi sağlığını koruyabilmesi için gerekli teçhizatın verilmesi gerekmektedir. Mesela sağlık çalışanına, salgından korunabilmek için gerekli olan tıbbi maske verilmezse, artık müdahale yükümlülüğünden söz edilemez ve bu gibi bir durumda sağlık çalışanı, diğer koşullar mevcutsa zorunluluk halinden faydalanabilecektir.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur. (1975). Suçun Unsurları. Ankara.
- ARTUK, M. E., GÖKÇEN, A., ALŞAHİN, M. E., ÇAKIR, K., (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. b.). Ankara.
- AYDIN, D. (2009). Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak. Ankara.
- BAYRAKTAR, K. (2006). Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri. Erdoğan Teziç'e Armağan, 15-23.
- BEKAR, E. (2013). Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali. Ankara.
- CENTEL, N., ZAFER, H., ÇAKMUT, Ö. (2020). Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. b.). İstanbul.
- ÇAĞLAYAN, M. (1955). Çocuk Düşürmede Zaruret Hali. Adalet Dergisi, 46(12), 1180-1183.
- DEĞİRMENCİ, O. (2014). Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (110), 130-188.
- DEMİRBAŞ, T. (2012). Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. b.). (Genel).
- DEMİRBAŞ, T. (1995). Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması. Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, 277-286. (Aşılma).
- DONAY, S. (2007). Türk Ceza Kanunu Şerhi. İstanbul.
- DÖNMEZER, S., ERMAN, S. (2019). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt II). İstanbul.
- DURSUN, S., BOZBAYINDIR, A. E. (2015). Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 63(1), 63-90.
- EREM, F., DANIŞMAN, A., ARTUK, M. E. (1997). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. b.). Ankara.
- FEYZİOĞLU, M. (1993). Açlık Grevi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 43(1-4), 157-168. (Grev)
- FEYZİOĞLU, M. (2002). Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat. Ankara.
- GÖLCÜKLÜ, F. (1968). Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması: Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk (Meşruiyet) Sebepleri Konusunda Bazı Mülahazalar.

- Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 23(1), 187-215.
- GÖZÜBÜYÜK, A. P. (1988). Türk Ceza Kanunu Şerhi (Cilt I, 5. b.). İstanbul.
- GÜLŞEN, R. (2007). Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit. Ankara.
- GÜNGÖR, D. (2007). Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata. Ankara.
- HAFIZOĞULLARI, Z., ÖZEN, M. (2017). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. b.). Ankara.
- HAFIZOĞULLARI, Z. (1971). Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zorunluluk Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1-4), 91-132.
- HAKERİ, H. (2016). Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. b.). Ankara.
- HASHIDA, H. (2002). Japon Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorda Kalış Durumu -Alman Ceza Hukuku Öğretisi Nazarında Değerlendirme, (Çeviren: Yener Ünver), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 60(1-2), 325-335.
- HEINRICH, B. (2014). Ceza Hukuku Genel Kısım (Cilt I). (Editör: Y. ÜNVER, Çevirenler: H. HAKERİ, Y. ÜNVER, V. Ö. ÖZBEK, Ö. Y. ÇAKMUT, B. ERMAN, K. DOĞAN, R. B. ATLADI, P. BACAKSIZ, İ. TEPE). Ankara.
- İÇEL, K. (2016). Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul.
- İNCİ, Ö. (2009). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması (TCK m. 27). Terazi Hukuk Dergisi, 4(37), 111-134.
- JESCHECK, H. H. (2007). Alman Ceza Hukukuna Giriş. (Çeviren: F. YENİSEY) İstanbul. (Ceza).
- JESCHECK, H. H. (1991-1994). Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 54(1-4), (s. 15-31). (Kusur).
- KANGAL, Z. (2010). Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu. Ankara.
- KATOĞLU, T. (2003). Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık. Ankara.
- KUNTER, N. (1954). Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi. İstanbul.
- MERAN, N. (2007). Yeni Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda Meşru (Yasal) Savunma ve Zorunluluk Hali. Terazi Hukuk Dergisi, 2(6), 115-129.

- ÖNDER, A. (1992). Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Cilt II-III, 2. b.). İstanbul.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN, K. (2007). Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 195-222.
- ÖZTÜRK, B., ERDEM, M. R. (2013). Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. b.). Ankara.
- PISAPIA, G. D. (1965). İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım. (Çev. A. AKGÜÇ). Padova.
- SOYASLAN, D. (2016). Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. b.). Ankara. (Genel).
- SOYASLAN, D. (1990). Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapanlara Müdahale Sorunu. Yargıtay Dergisi, 16(3), 269-280. (Müdahale)
- ŞARE, E. (2017). Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 30(120), 119-156. (Teşebbüs).
- ŞARE, E. (2016). Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Haksız Tahrik Üzerine İnceleme. Yargıtay Dergisi, 42(1-2), 7-39. (Tahrik).
- ŞARE, E. (2016). Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme. İstanbul Barosu Dergisi, 90(1), 88-113. (Taksir).
- ŞEN, E. (2006). Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu. (Cilt I). İstanbul.
- TANER, T. (1953). Ceza Hukuku Umumi Kısım. İstanbul.
- TOROSLU, N. (2012). Ceza Hukuku Genel Kısım (18. b.). Ankara. (Genel)
- TOROSLU, N. (1968). Ceza Hukukunda Zaruret Hali. Ankara. (Zaruret)
- ÜNVER, Y. (2013). Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hakkın İcrası. Alman Ceza Hukuku Açısından TCK'nın Kusur İlkesi (Cilt 2), 155-168.
- VIDAL, G., MAGNOL, J. (1946). Ceza Hukuku. (Çeviren: Şinasi Devrin). Ankara.
- YENİSEY, F., PLAGEMANN, G. (2009). Alman Ceza Kanunu. İstanbul.
- YÜCE, T. T. (1995). Ceza Hukukunun Temel Kavramları. Ankara.
- ZAFER, H. (2015). Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. b.). İstanbul.



YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DİJİTAL FLÖRT ŞİDDETİ TEŞKİL EDEN YÖNTEMLERDEN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞU*

Criminal Responsibility Arising from Methods that constitute Digital Dating Violence in the Light of Turkish Supreme Court Decisions

Mehmet Emre YILDIZ*

ÖZ

Flört şiddeti, flört ilişkisinde bulunan partnere karşı gerçekleştirilen fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik zarara neden olan herhangi bir davranışı ifade etmektedir. Günümüzde bilgi iletişim teknolojilerinin gelişmesi ve internet kullanımının artması ile birlikte flört şiddeti teşkil eden davranışlar bilişim alanına taşınmıştır. Flört şiddetinin bir türü olan “dijital flört şiddeti” kavramı, dijital teknolojileri kullanan flört partnerini kontrol etme, tehdit etme veya ona baskı yapma gibi eylemleri içeren davranışlar için kullanılan genel bir kavramdır. Dijital flört şiddeti teşkil eden yöntemlerin ilgili kişiye fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik yönden zarar vermesi konunun ceza hukuku alanında da tartışılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dijital flört şiddeti teşkil eden yöntemlerin uygulanması ceza hukuku ile korunan farklı hukuki değerleri ihlal edebilecektir. Bu nedenle çalışmada özellikle dijital flört şiddeti yöntemlerinin özelliği, ceza hukuku açısından sonuçları ve Türk Ceza Kanununda hangi suçları oluşturacağı Yargıtay’ ın vermiş olduğu kararlar ışığında tartışılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Flört şiddeti, Yakın partner şiddeti, Hesap ele geçirme, Kişisel verileri paylaşma, Cinsel içerikli mesajlaşma, Cinsel içerikli şantaj, İntikam pornosu, siber cinsel uşaklaştırma, Sahte cinsel içerikli görüntü üretme.

* **Gönderi:** 19.08.2022 - **Kabul:** 24.09.2022 | **Received:** 19.08.2022 - **Accepted:** 24.09.2022.

Araştırma Göz. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye ✉ yildizmehmetemre@gmail.com • ORCID 0000-0001-9969-7730.

Atıf Şekli / Cite As: YILDIZ, Mehmet Emre (2022). Yargıtay Kararları Işığında Dijital Flört Şiddeti Teşkil Eden Yöntemlerden Doğan Ceza Sorumluluğu. ÇÜHAD, (2), 93-143.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Dating violence refers to any behavior that causes physical, sexual, psychological and economic harm to the partner in a dating relationship. Today, with the development of information and communication Technologies and the increase in the usage of Internet, behaviors that constitute dating violence have begun to be carried out in cyber space. The concept of “digital dating violence”, which is a type of dating violence, is a general concept of using behaviors that include actions such as controlling, threatening or putting pressure on the dating partner using digital technologies. The fact that the methods which constitute digital dating violence physically, sexually, psychologically and economically harm to the person concerned reveals the necessity of discussing the issue in the field of criminal law. The execution of methods that constitute digital dating violence may violate different legal values protected by criminal law. Therefore, in this study, especially the characteristics of digital dating violence methods, their consequences in terms of criminal law and which crimes they will constitute in the Turkish Penal Code have been tried to be discussed in the light of the decisions of Turkish Supreme Court.

Keywords: Dating violence, Intimate partner violence, Account take over, Sharing personal data (doxing), Sexting, Sextortion, Revenge porn, Cyber sexual grooming, Deepfake.

GİRİŞ

Günümüzde bilgi iletişim teknolojileri alanındaki gelişmelerle birlikte yakın partner/flört şiddetinin bir türü olan dijital flört şiddeti kavramı ön plana çıkmaktadır. Dijital flört şiddeti kavramı genel olarak dijital teknolojileri kullanan flört partnerini kontrol etme, tehdit etme veya ona baskı yapma gibi eylemleri içeren davranışlar için kullanılan şemsiye bir kavramdır. Dijital flört şiddeti kavramı, her ne kadar tüm dijital (sanal) platformlarda gerçekleştirilen şiddet eylemlerini ifade eden kapsayıcı bir kavram olsa da, günümüzde sosyal medyanın yoğun kullanımı nedeniyle söz konusu eylemlerin sosyal medya üzerinden gerçekleştirilmesi konunun her birey için önemini daha da artırmaktadır. Nitekim Toplumsal Bilgi ve İletişim Derneği tarafından 2021 yılında yapılan Türkiye’ de Dijital Şiddet Araştırmasına göre, dijital şiddet eylemlerinin en çok gerçekleştirildiği platformlar sosyal medya platformlarıdır (Instagram %53, Facebook %35, Twitter %19) Ülkemiz açısından sosyal medya kullanımının yoğunluğu da dikkate alınır, dijital şiddet yöntemlerinin gün geçtikçe artan uygulaması ve bu yöntemlerin yaratmış olduğu olumsuz etkiler konunun yakından incelenmesini gerektirmektedir.

Dijital şiddet yöntemleri sanal ortamlarda flört partnerini kontrol etme ve ona baskı kurma eylemleri, flört partnerinin itibarına zarar verici davranışlar, flört partnerinin ekonomik istismarına yol açacak davranışlar, flört partneri ile ilgili görüntü ya da yazıya dayalı cinsel

şiddet davranışları ya da çocukların cinsel sömürüsü amacıyla sanal ortamların kullanılması gibi çok değişik yöntemleri içerisinde barındırabilmektedir. Bu yöntemlerin çeşitliliği eylemi gerçekleştiren failin ceza hukuku açısından sorumluluğu açısından da farklı suç tiplerini gündeme getirmektedir. 5237 sayılı TCK' da söz konusu bu yöntemleri cezalandıran genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle fail tarafından kullanılan yöntemin türüne göre bilişim alanında suçlar (TCK m. 243-245/A), haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 132), özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134), cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (TCK m. 102-105), bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu (TCK m. 158/1-f), tehdit ve şantaj suçu (TCK m. 106-107), müstehcenlik suçu (TCK m. 226), kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu (TCK m. 123) ve hakaret suçu (TCK m. 125) gibi değişik suçlar oluşabilecektir. Çalışmada öncelikle dijital flört şiddeti kavramı, daha sonra ise bu kavram içerisinde değerlendirilen suç teşkil eden eylemler ve bunlardan doğan ceza sorumluluğu Yargıtay kararları ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

I. DİJİTAL FLÖRT ŞİDDETİ KAVRAMI

Dijital flört şiddeti kavramının ne ifade ettiğinin anlaşılabilmesi için öncelikle kavramın içerisinde barındırdığı sözcüklerin anlamlarının ortaya konulması gerekmektedir. “Dijital”, “flört” ve “şiddet” sözcüklerinin birleşiminden oluşan “dijital flört şiddeti” kavramı, içerisinde barındırmış olduğu sözcükler temelinde değerlendirildiğinde, bu kavramın en yalın şekilde dijital (sanal) ortamda gerçekleşen flört şiddeti teşkil eden yöntemleri karşılamak için oluşturulmuş olduğu anlaşılmaktadır.

Türk Dil Kurumu' nun sözlüğüne bakıldığında “dijital” kelimesi, sıfat olarak “*Verileri bir ekran üzerinde elektronik olarak gösteren*” ya da isim olarak “*Verilerin bir ekran üzerinde elektronik olarak gösterilmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹. Bilişim terimleri sözlüğündeki diğer bir tanıma göre² ise “dijital”, “*Ses, görüntü, bilgisayar verisi ya da diğer bilgiler için işlemleri yapmak veya ikilik (sıfır veya bir) sinyalleri iletmek için voltaj, frekans, genlik, zaman vb. ayırık değişkenleri kullanan bir yöntem*”dir. Her ne kadar belirtilen teknik anlamdaki tanımlamalar olsa da, dijital flört şiddeti kavramının içeriğindeki “dijital” sözcüğü ile anlatılmak istenen,

¹ Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.05.2022).

² ERALP, s. 48.

“flört şiddeti” teşkil edebilecek davranışların siber/sanal³ ya da bilişim⁴ alanı⁵ olarak adlandırılan ortamda işlenmesidir.

Flört şiddeti kavramı, flört (duygusal ilişki⁶) içinde bulunan kişilerden birisi tarafından uygulanan şiddet anlamına gelmektedir. Bu bakımdan nelerin “şiddet” olarak kabul edildiği önem arz eden bir konudur. Şiddet, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından “*fiziksel güç veya iktidarın kasıtlı bir tehdit veya gerçeklik biçiminde bir başkasına uygulanması sonucunda maruz kalan kişide yaralanma, ölüm ve psikolojik zarara yol açması ya da açma olasılığı bulunması*” durumu olarak tanımlanmaktadır⁷. Bu tanımda “fiziksel güç” kavramı yanında “iktidar” kavramına da yer verilmesi, tehdit ya da yıldırma örneklerinde olduğu gibi, şiddet içeren eylemlerin bir iktidar ilişkisinden kaynaklanan eylemleri de içerecek şekilde geleneksel şiddet anlayışını genişletmesi sonucunu doğurmaktadır⁸. İktidar kullanımı (“*use of power*”), daha bariz şiddet içeren eylemlerin icrasına ek olarak hareketsiz kalma ya da ihmali eylemleri de içermektedir⁹. Böylece “fiziksel güç veya iktidar kullanımı” kavramı, ihmali ve her türlü fiziksel, cinsel ve psikolojik istismarın yanı sıra intihar ve kişinin kendi istismarına yol açan diğer eylemleri içermektedir¹⁰. Şiddet tipolojisine bakıldığında şiddet, kendine yönelik (*self-directed*), kişilerarası (*interpersonal*) ve kollektif şiddet türleri olarak ayırma tabi tutulmaktadır. Flört şiddeti, bu ayırımında kişilerarası şiddet grubuna dâhil olmaktadır. Buna göre flört şiddeti, partnere karşı gerçekleştirilen fiziksel, cinsel, psikolojik ve yoksunluk ya da ihmali eylemler şeklinde gerçekleşebilmektedir¹¹. Uluslararası literatürde flört şiddeti kavramı ile

³ Siber terimi, İng. “*Cyber*” sözcüğünün Türkçe karşılığı olarak kullanılmakta ise de, uluslararası hukuk metinlerinin resmi Türkçe çevirilerinde İng. “*Cyber*” sözcüğü “sanal ortam” olarak çevirilmektedir. Bkz. Sanal Ortamlarda İşlenen Suçlar Sözleşmesi, Budapeşte, (23.11.2001) (R.G., T. 09.08.2014, S. 29083).

⁴ “*Bilişim*” sözcüğü, güncel Türkçe sözlükte “*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, enformatik*” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.05.2022).

⁵ Bilişim alanı, verilerin işlenmesini, saklanması, işlenen verilerin aktarılmasını ve bunların teknolojilerini ifade eden bir kavramdır. Bilişim alanı kavramı, bilgisayar kavramını da içine alan daha üst bir kavramdır. Bkz. AKBULUT, s. 110.

⁶ “*Flört*” sözcüğü, güncel Türkçe sözlükte, “*Kadınla erkek arasındaki duygusal ilişki*” ve “*Birbirine duygusal ilgi duyan kadın ve erkek*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.05.2022). Başka bir tanıma göre flört; sosyal etkileşim içeren ve ilişkiye devam ya da sonlandırma niyetiyle eylemlerde bulunulan, daha sonra bir tarafın ya da iki tarafın isteğiyle sonlandırılan ya da resmi bir ilişkiyle (evlilik, nişanlılık, birlikte yaşama) devam eden bir ilişki türüdür. Bkz. AVŞAR BALDAN, AKIŞ, s. 41.

⁷ POLAT, s. 15-16; WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), World report on violence and health, s. 5.

⁸ WHO, World report on violence and health, s. 5.

⁹ WHO, World report on violence and health, s. 5.

¹⁰ WHO, World report on violence and health, s. 5.

¹¹ WHO, World report on violence and health, s. 6.

benzer şekilde yakın partner şiddeti (İng. *intimate partner violence*) kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Yakın partner şiddeti, yakın bir ilişki içindeki kişilere fiziksel, psikolojik veya cinsel zarara neden olan herhangi bir davranışı ifade etmektedir¹². Uygulanan şiddet tipine göre sınıflandırma yapıldığında yakın partner şiddeti fiziksel şiddet, cinsel şiddet, duygusal şiddet, ekonomik şiddet ve siber şiddet¹³ olarak alt başlıklara ayrılmaktadır¹⁴. Yakın partner şiddeti teşkil eden yöntemler fiziksel travma, psikolojik travma/stres ya da korku ve kontrol sonucunu doğuran yöntemleri içermektedir¹⁵. Flört şiddetinin, yakın partner şiddetinin bir alt tipi olduğu ve evli olmayan kişiler arasında görüldüğü belirtilmektedir¹⁶. Yakın partner şiddeti birçok ilişki türünü içine alan bir tanımlamadır. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) 2013 yılında yayınladığı raporda, yakın partner şiddetinin resmi ilişkileri (evlilik) ve resmi olmayan ilişkileri (flört ilişkisi, evlilik dışı seksüel birliktelik) kapsayan bir terim olduğunu vurgulamıştır¹⁷.

Dijital flört şiddeti (İng. *digital dating violence*), flört içindeki partnerler arasında yazışma (mesajlaşma), sosyal medya ve benzeri çevrimiçi ortamlar aracılığıyla gerçekleşen fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik/duygusal şiddet anlamına gelmektedir. Bu terim aynı zamanda teknolojinin kolaylaştırdığı şiddet olarak da bilinmektedir¹⁸. Dijital flört şiddeti, dijital flört istismarı (İng. *digital dating abuse*) olarak da anılmaktadır. Dijital flört şiddeti ya da istismarı, dijital teknolojileri kullanan flört partnerini kontrol etme, baskı yapma veya tehdit etme eylemlerini içeren davranışlar için kullanılan şemsiye bir kavramdır. Dijital teknolojiler sosyal medya, online oyunlar, multimedya, akıllı telefonlar ya da interneti içermektedir¹⁹.

Dijital flört şiddetinin yaygın örnekleri, zorbalık etmek (sindirmek-*bully*), taciz etmek, gizlice takip etmek ya da tehdit etmek için mesajlaşmak ve sosyal ağları kötüye kullanmaktır.

¹² WHO, World report on violence and health, s. 89.

¹³ Siber şiddet eylemleri iki temel bilişim teknolojisi aracıyla yapılmaktadır. Bunlardan ilki kişisel bilgisayar yoluyla saldırganın tekrarlı olarak anında mesaj, müstehcen taciz mesajı, iftira içeren mesaj göndermesi ya da internet sitesi hazırlayarak bunları yayınlamasıdır. İkincisi ise kurbanı rahatsız edici mesajların cep telefonu yoluyla iletilmesidir. Ayrıca son dönemde kişiler arasında değişik video ve görsel materyallerin paylaşılması, sohbet edilmesi, sanal oyunların oynanabiliyor olması nedeni ile kişisel web siteleri, bloglar ve sosyal paylaşım siteleri daha popüler olmaktadır. Siber şiddet eylemi ciddi boyutlarda olabilecek, psikolojik, duygusal ve sosyal zararlar yaratmaktadır. Bkz. POLAT, s. 33-34.

¹⁴ POLAT, s. 17.

¹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence, s. 8.

¹⁶ AVŞAR BALDAN, AKIŞ, s. 41.

¹⁷ AVŞAR BALDAN, AKIŞ, s. 41.

¹⁸ BRITISH COLUMBIA SOCIETY OF TRANSITION HOUSES, s. 1.

¹⁹ HINDUJA, PATCHIN, s. 2.

Genellikle bu davranışlar online olarak işlenen sözlü ya da duygusal istismara yol açan davranışlar olmaktadır.

Dijital flört şiddeti ile siber zorbalık (İng. *cyberbullying*) arasında teknolojik yöntemler içermeye, büyük çoğunlukla bilenen akranlar arasında gerçekleştirilme, duygusal, psikolojik, fiziksel ve davranışsal sonuçları olma ve her ikisinin de kontrol ve baskı aracı olma gibi benzerlikler olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle dijital flört şiddetinin aslında siber zorbalığın bir şekli olduğu belirtilmektedir²⁰. Ancak her iki kavram arasındaki farklılık bulunmaktadır. Siber zorbalık birbirini sevmeyen ve birlikte olmak istemeyen bireyler arasında meydana gelme eğilimindeyken, dijital flört şiddeti en azından belirli düzeyde birbirine ilgi duyan iki kişi arasında gerçekleşmektedir²¹.

Dijital flört şiddeti, yüz yüze flört şiddeti ile bazı benzerlikler paylaşmaktadır. Çünkü her iki durum da hakaret, küçük düşürme, tehdit, izleme, duygusal manipülasyon ve partnerin sosyal ilişkilerini kontrol etme gibi farklı psikolojik saldırganlık türlerini içermektedir²². Bazı yazarlar dijital flört şiddeti yöntemlerini de içerir şekilde altı farklı şiddet içeren siber davranış tanımlamıştır. Bunlar psikolojik/duygusal şiddet, tehdit içeren yorumlar, utandırıcı/küçük düşürücü davranışlar, taciz veya sürekli temas kurma yoluyla denetim, cinsel taciz veya zorlama ve takip etme veya kontrol etme olarak belirtilmektedir²³.

Belirtilen özellikleri dikkate alındığında farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilirse de ceza hukuku açısından önem arz eden dijital flört şiddeti teşkil eden yöntemler şu beş ana başlık altında toplanabilir:

1. *Sanal ortamda flört partnerini kontrol etme ve ona baskı kurmaya yönelik davranışlar* (Flört partnerine ait sanal ortamda kimlik doğrulamada kullanılan şifrelerin ele geçirilmesi (*yetkisiz erişim*) ya da hesapların ele geçirilmesi (=account take over), flört partnerinin çevrimiçi (*online*) faaliyetlerinin hukuka aykırı olarak takip edilmesi “siber takip”, sanal

²⁰ HINDUJA, PATCHIN, s. 3. Siber zorbalık bireysel veya grup halinde, bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla düşmanlık ve korkutma amaçlı iletileri (resim veya mesaj) kasıtlı, ısrarlı ve düzenli bir şekilde gönderirler. Bkz. DÜLGER, s. 123. Öğretide Aksoy Retornaz ise, siber zorbalığın siber tacizin bir türü olduğunu belirtmektedir. Yazara göre siber taciz ise zarar verme amacıyla yapılan, siber alanda tekrarlayan ve olumsuz özellikteki, asimetrik güç dengesinin söz konusu olduğu, bir bireye yönelmiş olan ve bir sosyal grup çerçevesinde gerçekleşen bir davranışın olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak yazar eylemlerin her zaman belli bir sosyal grup içinde gerçekleşemeyeceğini de vurgulamaktadır. Bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 9-10, 21, 23.

²¹ HINDUJA, PATCHIN, s. 3.

²² RODRIGUEZ-DEARRIBA, NOCENTINI, MENESINI, SANCHEZ-JIMENEZ, s. 1.

²³ RODRIGUEZ-DEARRIBA, NOCENTINI, MENESINI, SANCHEZ-JIMENEZ, s. 1.

ortamdaki yazışmalarının kontrol edilmesi ya da ifşası, sanal ortamda dijital kanallar üzerinden ısrarlı şekilde mesaj göndermek vb.)

2. *Sanal ortamda flört partnerinin itibarına zarar verici davranışlar* (Sanal ortamda flört partneri adına sahte profil ya da hesap oluşturma, hukuka aykırı olarak ele geçirilen hesaplardan hesabın gerçek sahibi adına utanç verici veya suç oluşturan paylaşımlarda bulunma, sanal ortamlarda flört partnerine ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayınlanması/yayılması “doxing” vb.)

3. *Sanal ortamda flört partnerinin finansal istismarına yol açacak davranışlar* (Sanal ortamda hukuka aykırı olarak ele geçirilen flört partnerine ait hesap üzerinden hesabın gerçek sahibinin arkadaş listesinde yer alan kişilere hileli mesajlar yollayarak maddi menfaat temin etme, sanal ortamda flört partnerinin finansal kimlik bilgilerini (internet bankacılığı ya da kredi kartı bilgileri vb.) kullanarak haksız yarar sağlama, flört partnerinin sanal ortamda içerik üretmek suretiyle kazanç sağladığı hesaplara erişimin engellenmesi suretiyle flört partnerine finansal zarar verme (örn. sosyal medyadan kazanç sağlayan hesabın gerçek sahibinin hukuka aykırı olarak hesaba erişimini engelleme veya hesabı kapatma vb.))

4. *Sanal ortamda flört partnerine ait cinsel içerikli görüntülerin rıza dışı paylaşılması, sahte olarak üretilmesi ya da bu görüntülerin paylaşılması tehdidi, flört partnerine rıza dışı cinsel içerikli yazı ya da görüntü yollama* (flört partnerine ait özel resimlerin ya da videoların sanal ortamda rıza dışı paylaşılması örn. “intikam pornosu” ya da bu görüntülerin paylaşılması tehdidi/şantajı “sextortion”, flört partneri ile ilgili olarak sahte cinsel içerikli görüntü üretme ve paylaşma “deepfake”, sanal ortamda flört partnerine rıza dışı cinsel içerikli yazı ya da görüntü yollama “sexting”)

5. *Cinsel sömürü amacıyla sanal ortamda çocuklarla flört ilişkisi veya cinsel temas kurmaya yönelik davranışlar* (siber cinsel uşaklaştırma “cyber sexual grooming”)

II. DİJİTAL FLÖRT ŞİDDETİ TEŞKİL EDEN YÖNTEMLERİN GÖRÜNÜM (ORTAYA ÇIKMA) BİÇİMLERİ

A. Sanal Ortamda Flört Partnerini Kontrol Etme ve Ona Baskı Kurmaya Yönelik Davranışlar

Sanal ortamda flört partnerini kontrol etme ve ona baskı kurmaya yönelik davranışlar çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Bu davranışlar flört partnerine ait sanal ortamda kimlik doğrulamada kullanılan şifrelerin ele geçirilmesi, bilişim sistemine hukuka aykırı girme

(*yetkisiz erişim*) ya da hesapların ele geçirilmesi (=account take over) yöntemlerini içerebilmektedir. Bu yöntemleri içeren davranışların flört partneri tarafından gerçekleştirilmesi halinde TCK çerçevesinde değişik suç tiplerinin gündeme geleceği söylenebilir.

Sanal ortamda flört partnerini kontrol etme yöntemlerinin başında, flört partnerinin kullanmış olduğu online servisler ya da sosyal medya hesaplarında kullanmış olduğu şifrelerin ele geçirilmesi yer almaktadır. Bu şifrelerin ele geçirilmesiyle birlikte, sanal ortamlarda flört partnerinin kendi hesabında gerçekleştirmiş olduğu hareketler ya da başkaları ile yazışmaları kontrol altına alınabilmektedir. Bu durum genellikle flört partnerinin kullanmış olduğu bilgisayar ya da diğer bilişim sistemlerine zararlı yazılımlar (=malware) yüklenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Esasen zararlı yazılımlar virüsler, Truva atları (*trojan horse*), solucanlar (*worms*), casus yazılımlar (*spyware*), tuş ve ekran kaydediciler (*keylogger, screenlogger*) gibi çok çeşitlilik arz etse de, flört şiddeti açısından flört partnerinin şifrelerinin ele geçirilmesi açısından tuş ve ekran kaydedici programlar ön plana çıkmaktadır. Tuş kaydediciler (*keylogger*), kullanıcının klavye kullanarak girdiği bilgileri yakalayıp, tutan ve bunları saldırgana gönderen casus yazılımlardır²⁴. Bu yazılım bilgisayar klavyesinden basılan tüm tuş hareketlerini göstermekte ve bunları log.txt dosyasına kaydetmektedir²⁵. Ekran kaydedici programlar da tuş kaydedici programlar ile benzer şekilde çalışmaktadır.

Ekran kaydedici programlar, tuş kaydedici yazılımlara karşı koyabilmek amacıyla “sanal klavye (*virtual keyboard*)” kullanan kişilerin şifrelerinin ele geçirilmesi amacıyla oluşturulmuştur. Ekran kaydedici (*screenlogger*) yazılımlar tuş kaydedicilerden farklı olarak, kullanıcının klavye hareketlerini kaydetmek ve bunları saldırgana göndermek yerine, kullanıcının ekran üzerindeki fare ile tıklamış olduğu görüntülerin resmini çekerek bunları kaydeder ve bu verileri saldırgana gönderir. Bir başka deyişle bu yazılımların temel işlevi, bilgisayar ekranındaki görüntüleri milisaniye bazında kaydederek kullanıcıların fare ile girmiş olduğu hassas bilgileri saldırgana göndermektir²⁶.

Flört ilişkisi içinde söz konusu yazılımların partner tarafından kullanılması, genellikle sosyal medyaya girilen ve ortak kullanılan bir bilgisayara bu yazılımların yüklenmesi ya da casus yazılımın önceden yüklendiği cihazların partnere hediye edilmesi yoluyla söz konusu olmaktadır.

²⁴ CANBERK, SAĞIROĞLU, s. 126.

²⁵ YAZICIOĞLU, s. 71.

²⁶ YAZICIOĞLU, s. 72.

Flört partnerinin kullanmış olduğu bilgisayar, bilgisayar özellikli cihazlar ya da bilişim sistemine yukarıda belirtilen yazılımların kullanılması suretiyle hukuka aykırı olarak girilmesi eyleminde, ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. 5237 sayılı TCK çerçevesinde bakıldığında bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesini içeren eylemler TCK' nın İkinci Kitap (Özel Hükümler) içerisinde “Topluma Karşı Suçlar” isimli üçüncü kısmının, “Bilişim Alanında Suçlar” başlıklı onuncu bölümünde m. 243’ te düzenlenmiştir. Aynı şekilde bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir bölümüne hukuka aykırı olarak erişim eylemlerinin suç olarak tanımlanması yükümlülüğünü de içeren 23.11.2001 tarihli Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesine Türkiye taraftır²⁷. Sözleşmenin II. Bölümü, Kısım 1 (Maddî Ceza Hukuku), Başlık 1 (Bilgisayar verilerinin ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve erişilebilirliğine yönelik suçlar) m. 2’ de²⁸ “Yasadışı Erişim” suçuna yer verilmiştir.

Flört partnerinin TCK m. 243 anlamında bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesinden söz edilebilmesi için, öncelikle ortada duygusal ilişki içindeki diğer tarafın “yetkili” olarak kullanmış olduğu bir “bilişim sistemi”nin bulunması gerekmektedir. “Bilişim sistemi” kavramı, TCK m. 243 ve 244’te madde metninde kullanılmakla birlikte, bu kavramın tanımına kanun metninde yer verilmemiştir. Ancak söz konusu bu kavram 243. maddenin gerekçesinde, “...verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir...” şeklinde tanımlanmıştır. Bilişim sistemine ilişkin bir diğer tanım Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 3/1-b’de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre bilişim sistemi, “Bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi” ifade etmektedir. Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi madde 1’de ise, “bilgisayar sistemi” teriminin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre bilgisayar sistemi, “...bir veya birden fazlası, bir program uyarınca otomatik veri işleyebilen herhangi bir cihaz veya

²⁷ Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi 10 Kasım 2010 tarihinde Strazburg’ da imzalamış, imzalanan sözleşme 6533 sayılı “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile onaylayarak uygun bulmuştur. R.G., T. 02.05.2014, S. 28988.

²⁸ “Taraflardan her biri, bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına haksız yere gerçekleştirilen erişimi, kasten yapıldığı zaman, kendi iç hukuku kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Taraflardan biri, söz konusu suçun, bilgisayar verilerini elde etmek veya başka bir sahtekâr niyetle veya bir bilgisayar sistemine bağlı başka bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenmiş olmasını şart koşabilir”. Bkz. Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi Resmi Çevirisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 380, s. 14 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, Erişim Tarihi: 11.04.2022).

birbiriyle bağlantılı veya ilgili bir grup cihazı”²⁹ ifade etmektedir. Görüleceği üzere, bilişim sistemi kavramı, bilgisayar ile eş anlamlı bir kavram değildir. Bilişim sistemi “bilgisayar”a göre daha geniş bir kavramdır³⁰. Bilgisayar verilerin depo edilmesi, saklanması, işlenmesi ve yeniden değerlendirilmesi faaliyetini gerçekleştirmesine karşın “bilişim sistemi”, hem verilerin işlenmesi hem de verilerin aktarılmasını kapsar. Ancak bilişim sistemi, bir bilgisayarın varlığını gerekli kılmaktadır³¹.

Flört partneri tarafından kontrol ya da baskı amacıyla duygusal ilişki yaşanan diğer kişinin kullanmış olduğu bilgisayar ya da diğer bilişim sistemi kapsamına giren cihazlara zararlı yazılım yüklenmesi suretiyle bilişim sistemine hukuka aykırı girilmesi eylemleri TCK m. 243/1’de yer alan “*Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girme*” suçunu oluşturacaktır. Flört partneri bu kapsamda, kontrol ve baskı amacıyla ilişkinin diğer tarafında olan kişinin örn. mail adreslerine, sosyal medya hesaplarına hukuka aykırı olarak girebilir. TCK m. 243’teki suçun işlenebilmesi için kanun metninde failin herhangi bir saik ile hareket etmesi aranmadığından, bu suçun işlenebilmesi için failin genel kastı yani bilişim

²⁹ Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi Resmi Çevirisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 380, s. 13 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, Erişim Tarihi: 11.04.2022).

³⁰ Aynı yönde KOCA, s. 92; AKBULUT, s. 125. *Akbulut*’a göre bilişim sistemleri, bilginin toplanmasında, işlenmesinde, depolanmasında, ağlar aracılığıyla bir yerden bir yere iletilip kullanıcıların hizmetine sunulmasında kullanılan iletişim ve bilgisayarlar dâhil bütün teknolojileri kapsayan bir kavramdır. Bkz. AKBULUT, s. 124-125. *Ketizmen* ise, bilişim sistemini de kapsar şekilde “*enformasyon sistemi*” kavramından söz etmektedir. Yazara göre, “*enformasyon sistemi*”, enformasyonun toplanmasını, adlandırılmasını, düzenlenmesini dönüştürülmesini, saklanmasını ve iletilmesini mümkün kılan sistemlerdir. Bkz. KETİZMEN, s. 11.

³¹ *Tezcan/Erdem/Önok* haklı olarak, akıllı telefonlar örneğinde olduğu gibi, verileri işleme ve aktarma özelliğine sahip olan cihazların da TCK m. 243’ün uygulama alanı içerisinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 1150. Yargıtay da akıllı telefonların TCK m. 243’te belirtilen “bilişim sistemi” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır: “...Somut olayda; katılanın cep telefonundan çekilmediği halde sanığın; “*Sen Hacer’i değil, parayı seviyorsun..., kızım seninle görüşmez, bırak kızımın peşini, dolanma peşinde, seni uyarıyorum, Hacer’in seninle işi olmaz, bir daha bir araya gelmeniz ben hayattayken imkansız...*” şeklindeki mesajı oluşturduğu ve telefonuna geldiği iddiasıyla boşanma dava dosyasında delil olarak ibraz ettiği bahisle açılan davada, sanık suçlamayı kabul etmemiş, bilirkişi raporunda ise iletişim detaylarında suçla ilgili mesajlaşmaya dair kayıt bulunmadığı, ancak cep telefonlarına özel yazılımlar yüklenerek veya internet vasıtasıyla mesaj oluşturulabileceği belirtilerek mesaj çekilen ve mesaj alan cep telefonlarının incelenip, iletişim kayıtlarıyla karşılaştırılması gerektiğinin bildirilmesi karşısında, cep telefonlarında mobil işletim sistemleri bulunduğu ve program yüklenebilmesinin mümkün olduğu gözetilerek, taraflara ait cep telefonları alınıp uzman bilirkişi tarafından incelenip, iletişim kayıtları ile karşılaştırılmak suretiyle program yükleme veya internetten gönderme şeklinde suçla ilgili mesaj gönderilip gönderilmediğinin araştırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, cep telefonlarının bilişim sistemine girme ve orada kalma suçunun konusunu oluşturmayacağından bahisle, eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması, ...Yasaya aykırı...” Y. 8. CD., T. 18.03.2015, E. 2014/30037, K. 2015/14023 (Kazancı İçtihat Programı).

sistemine hukuka aykırı olarak girildiğinin bilinmesi ve bu yöndeki istemi yeterlidir. Yargıtay da kararlarını bu yönde vermektedir³².

Şimdiye kadar yapılan açıklamalar flört partnerinin sadece bilişim sistemine hukuka aykırı bir şekilde girmesi eylemi için geçerlidir. Bu kapsamda flört partnerinin söz konusu eylemlerde bilişim sisteminin işleyişine ya da bilişim sisteminde var olan verilere³³ müdahalesi söz konusu değildir. Ancak flört partnerinin duygusal ilişki içinde olduğu diğer kişinin yetkili olduğu bilişim sistemine girmekle yetinmeyip, aynı zamanda bilişim sisteminde var olan verilere müdahale teşkil eden eylemleri gerçekleştirilmesi durumunda ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. Flört partnerinin bilişim sistemine girmekte kullandığı şifreleri ele geçiren kişinin, sisteme girmeye gerçekte yetkili olan flört partnerinin sisteme erişimini engellemek amacıyla, kullanılan mail adresini (kullanıcı adını) ya da şifreyi değiştirmesi durumunda TCK m. 244/2’de yer alan “*Bilişim sistemindeki verileri erişilmez*

³² “...sanığın savunmasında, katılanla evli olduğu dönemde mail adreslerinin şifrelerini bilmesi sebebiyle mail adreslerine girdiğini, mail adreslerinin şifrelerini kırmadığı ve değiştirmedeğini beyan ettiği, sanığın kullandığı bilgisayar üzerinde yapılan inceleme sonrası düzenlenen bilirkişi raporlarında da, sanığın, katılana ait mail adreslerine girdiğinin tespit edildiği, ancak üçüncü kişilerle yazışma yaptığına dair kayıtlara rastlanmadığının bildirildiği dikkate alındığında, sanığın aksi kanıtlanamayan savunmaları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın, katılana ait iki farklı mail adreslerine izinsiz olarak girme eyleminin sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu değil, TCK’nın 243/1.maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.” Y. 12. CD., T. 22.06.2016, E. 2015/9555, K. 2016/10731 (Kazancı İçtihat Programı); “...Sanığın, katılan ile internette tanıştığı ve bir süre telefonda ve msn üzerinden görüntülü görüşerek arkadaşlık yürüttüğü, sanığın teklifi üzerine katılanın, kendisi, kızı ve sanık ile birlikte bir otelde yaklaşık 1 hafta süreyle tatil yaptıkları, arkadaşlıklarının bitmesi üzerine bilahare sanığın, katılanın kullandığı elektronik posta adresine rızası dışında birçok kez girdiği olayda, sanığın, bu şekildeki eyleminin TCK’nın 243/1. maddesine uyan bilişim sistemine girme suçunu oluşturduğu ve mahkemenin hükmün gerekçesinde de eylem bu şekilde kabul edildiği halde, sanık hakkında bilişim sistemine girme suçu yerine, TCK’nın 244. maddesinde düzenlenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçundan hüküm kurulmak suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini, ...Kanuna aykırı olup...” Y. 12. CD., T. 13.01.2016, E. 2015/15933, K. 2016/277 (Kazancı İçtihat Programı).

³³ Veri, TCK m. 243’ ün gerekçesinde bilişim sistemi içindeki soyut unsurlar şeklinde açıklanmaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 2/1-k’ ya göre veri, “*Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri*” ifade etmektedir. *Dülger*’ e göre veri, bilişim sistemlerinin üzerinde işlem yapabildiği, bu işlemlere dayalı sonuçlar üretebildiği, saklayabildiği, sakladıklarını sonradan tekrar okuyup işleyebildiği ve diğer bilişim sistemlerine iletebildiği her türlü bilgidir. Bkz. DÜLGER, s. 80. *Koca*’ ya göre veri, bilgilerin belirli bir formata dönüştürülmüş şeklidir. Bu bağlamda bir bilişim sisteminde saklanan yazı, resim, web sayfası tasarımı ve rakam gibi bilgiler veri olarak kabul edilmelidir. KOCA, s. 94. *Akbulut*’ a göre, veri sisteme girilen, sistemde işlenen ve saklanan her türlü değeri ifade etmektedir. Yazara göre, programlar da veri kavramı içindedir. Bkz. AKBULUT, s. 188. Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi madde 1’de ise, “*bilgisayar verisi*” teriminin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre bilgisayar verisi, “*bilgisayar sisteminin bir işlevi yerine getirmesini mümkün kulan bir programı da kapsayan, olguların, bilginin veya kavramların bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun haldeki her türlü temsilini*” ifade eder. Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi Resmi Çevirisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 380, s. 13 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, Erişim Tarihi: 11.04.2022).

kılma” suçu gündeme gelmektedir³⁴. Bu durum hesabın ele geçirilmesi olarak da ifade edilebilecektir (=account take over). TCK m. 244/2’ de yer alan verilerin erişilmez kılınması, genel olarak verinin içerdiği bilgi ya da enformasyona müdahale edilmeden veriye olağan şekilde erişimin engellenmesi olup, burada veri içerik bakımından bütünlüğünü korumaktadır. Erişilmez kılmada ne verinin içeriği değiştirilmekte, ne yok edilmekte, ne de silinmektedir³⁵. Verilere ulaşmak için mevcut olan bağı ortadan kaldırılması durumunda da verileri erişilmez kılma vardır³⁶. Yargıtay da kişinin kullanmış olduğu sanal servisler, sosyal medya hesapları gibi kullanıcı adı, mail adresi ya da şifre gerektiren platformlarda, bu unsurların değiştirilmesi suretiyle yetkili kullanıcının sisteme erişiminin engellenmesini bu yönde değerlendirmiştir³⁷.

Flört partnerinin bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesi ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da gerçek hesap sahibi kişinin 3. kişiler ile yapmış

³⁴ Bu durumda tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi gereği faile ayrıca TCK m. 243’ten dolayı ceza verilmeyeceği belirtilmektedir. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 1160. *Koca/Üzülmez*’ e göre, bir bilişim sistemindeki verileri değiştirmek isteyen fail, bu suçun icra hareketlerini gerçekleştirirken sisteme de girmektedir ve dolayısıyla m. 243’ ü de ihlal etmektedir. Bu durumda tek fiille birden fazla kanun hükmü ihlal edildiğinden farklı neviden fikri içtima (m. 44) ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 874-875.

³⁵ DÜLGER, s. 343; GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt 5, s. 8154.

³⁶ AKBULUT, s. 199.

³⁷ “Suça sürüklenen çocuğun mağdura ait kelebek zulas@hotmail.com isimli facebook adresine izinsiz şekilde girdikten sonra mağdurun hesabında ekli kişilere hakaret içerikli mesajlar gönderdiği ve mağdurun facebook hesabı giriş şifresini değiştirdiği iddia edilmesi şeklinde eylemin TCK’nun 244/2. maddesinden tanımlanan suçu oluşturacağı ve suç tarihi itibarıyla 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmayan suça sürüklenen çocuğa yüklenen suçun Yasa maddesinde öngörülen cezasının türü ve üst sınırı itibarıyla 5237 sayılı TCK’nun 66/1-e ve 66/2. maddelerinde belirlenen 5 yıl 4 aylık, asli zamanaşımı süresinin, zamanaşımını kesen son usulü işlem olan 04.03.2015 tarihli savunmasından temyiz inceleme tarihine kadar gerçekleştiği anlaşılmış ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmele hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK’nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...” Y. 8. CD., T. 22.02.2021, E. 2020/7839, K. 2021/2596; “...sanık ...’ın, kız arkadaşı olan mağdur ... ile aralarındaki arkadaşlık ilişkisi sona erdikten sonra, mağdura ait facebook hesabının önceden bildiği internet şifresini, onun bilgisi ve rızası dışında değiştirerek, hakkı bulunmadığı halde giriş yaptığı mağdurun facebook hesabında, beraber oldukları dönemde mağdurun bilgisi dahilinde kaydettiği cinsel içerikli görüntülerini yayımlayıp, mağdurun facebook hesabına erişimini engellemesi biçiminde sübut bulan eylemlerinin TCK’nun 244/2. maddesindeki sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve aynı Kanun’un 134/2. madde ve fıkrasındaki özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD., T. 24.05.2017, E. 2015/13308, K. 2017/4272 (Kazancı İçtihat Programı); “Katılana ait hotmail adresine hukuka aykırı olarak giren ve yeni şifre oluşturup katılanın erişimini engelleyerek e-mail adresini kullanan sanığın eylemine uyan TCK. nun 244/2. madde ve fıkrası uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraatına hükmolunması, ...Yasaya aykırı...” Y. 8. CD., T. 23.06.2014, E. 2013/771, K. 2014/15833 (Kazancı İçtihat Programı); “Sanığın oluşa uygun sübut bulan katılanın bilişim sistemine girişi sırasında kullandığı elektronik posta adresini değiştirip, katılanın sistemdeki kendisine ait kısma erişimini engellemek biçimindeki eyleminin, TCK’nun 244/2. maddesinde tanımlanan sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu oluşturacağı ve anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verildiği halde, kararın gerekçesinde, “... sanığın eyleminin TCK 244/1 maddesindeki suçu oluşturduğu kanaati ile sanığa eylemine uyan suçtan ceza verilmiş...” ibarelerine yer verilerek, gerekçeyle hükmün karıştırılması,...” Y. 12. CD., T. 18.11.2013, E. 2013/2454, K. 2013/25865 (Kazancı İçtihat Programı).

olduğu yazışmaların içeriğinin öğrenilmesi ve bu içeriklerin ifşası eylemlerinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. Bu durumda “*Haberleşmenin gizliliğini ihlal*” suçuna ilişkin, TCK m. 132/1 ve 2 düzenlemeleri gündeme gelecektir. Yargıtay’ a göre haberleşmenin içeriğine ilişkin bilgilerin değil de, örneğin arama kayıtlarının öğrenilmesi durumunda “kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme” suçu oluşacaktır³⁸.

Kanımızca flört partnerinin bilişim sistemine hukuka aykırı girmesi eylemi, salt duygusal ilişki yaşadığı kişinin 3. kişilerle yaptıkları mesajlaşma içeriklerini öğrenmek amacıyla gerçekleştirmesi durumunda, tek fiil ile TCK m. 243 (Bilişim sistemine hukuka aykırı girme) ve TCK m. 132/1 (Haberleşme gizliliğini ihlal) suçlarının oluşumuna sebebiyet verdiğiinden farklı neviden fikri içtima hükmü (TCK m. 44) uygulanacaktır. Bu durumda failin sadece cezası ağır olan TCK m. 132/1’den dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu görüşün ileri sürülmesinin nedeni TCK m. 243’ te seçimlik hareketlerden birisinin “bilişim sisteminde kalmaya devam etme” olarak belirtilmiş olmasıdır. Belirtilen durumda fail sisteme hukuka aykırı olarak erişmekle yetinmemiş aynı zamanda sistemin gerçek kullanıcısının 3. kişilerle yapmış olduğu haberleşme niteliğindeki yazışmaları okuyarak (öğrenerek), haberleşme gizliliğini ihlal etmiştir. “Bilişim sisteminin bütününde veya bir kısmında hukuka aykırı olarak kalmaya devam etme” hareketi bakımından suç kesintisiz (mütemadi) suç özelliğinde olduğundan³⁹, işlenmeye devam eden fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmiştir (TCK m. 44)⁴⁰.

Mesaj (haberleşme) içeriklerinin ifşa edilmesi halinde ise farklı sonuca varmak gerekecektir. Zira ifşa etme eylemi ile bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girme veya orada kalmaya devam etme fiilleri tek fiil olarak değerlendirilemez. Bu durumda gerçek içtima ilişkisi uygulanarak faile hem TCK m. 243/1’ den hem de TCK m.

³⁸ “...dosya kapsamına ve ikrar içeren savunmaya göre; katılan ile bir dönem duygusal birliktelik yaşayan sanığın, katılanın hazırlandığı sırada katılanın rızası dışında cep telefonunu alarak arama kayıtlarına baktığı iddiasına konu olayda; TCK’nın 132/1. madde ve fıkrasındaki suçun konusunun, haberleşme içeriği olup söz konusu suçun, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşacağı, haberleşmenin gizliliğinden söz edebilmek için, kişiler arasında haberleşme olarak isimlendirilebilecek bir iletişimin olması, en az iki kişi arasında bir haberleşme vasıtası olması (telefon, mektup, e-posta vb.) ve tarafların bu haberleşmeyi gizlilik önlemlerini alarak yapması gerektiği, katılanın, kim ile, ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin bilgiler kişisel veri kapsamında olup haberleşme olarak nitelendirilemeyeceği anlaşıldığından, katılana ait kişisel veri kapsamındaki arama kayıtlarına katılanın rızası dışında bakarak içeriğine vakıf olan sanık hakkında TCK’nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, delillerin takdirinde ve hukuki nitelendirmede yamılgıya düşülerek yazılı şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan beraat hükmü kurulması,...” Y. 12. CD., T. 10.04.2019, E. 2018/8152, K. 2019/4886.

³⁹ Aynı yönde TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 1152; AKBULUT, s. 128; GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt 5, s. 8131.

⁴⁰ Aynı yönde KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 860.

132/2' den ceza verilmesi gerekmektedir. Yargıtay benzer durumda failin TCK m. 132' de düzenlenen haberleşme gizliliğini ihlal suçundan sorumlu olduğuna karar vermiştir⁴¹.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme eylemi, tuş kaydedici ya da ekran kaydedici örneklerinde olduğu gibi bilgisayar programı⁴² olarak kabul edilen zararlı bir yazılım aracılığıyla gerçekleştiriliyorsa, failin bu yazılımları imal etmesi, bir başkasından satın alması ya da kabul etmesi durumunda ayrıca TCK m. 245/A' da yer alan suçtan⁴³ (*Yasak cihaz veya programlar*) cezalandırılması gerekmektedir.

B. Sanal Ortamda Flört Partnerinin İtibarına Zarar Verici Davranışlar

Flört partnerinden intikam almak ve ona zarar vermek için yapılan itibara zarar verici davranış şekillerinden ilki kişinin adı soyadı, adresi, telefon numarası gibi kişisel bilgilerini rızasına aykırı olarak itibarına zarar verici internet sitelerinde (örn. eskort sitelerinde) paylaşmaktır.

Sanal ortamda başkasına ait kişisel bilgilerin o kişiyi aşağılamak (küçük düşürmek), tehdit etmek, sindirmek ya da cezalandırmak için rızaya aykırı şekilde 3. kişilerle bilinçli olarak paylaşılması, internette herkesin görebileceği hale getirilmesi öğretide “*doxing*” yöntemi olarak adlandırılmaktadır⁴⁴. Bir tanıma göre “*doxing*”, kötü niyetli bir tarafın, diğer tarafı kimlik olarak tanımlayan bilgilerini, bir başka deyişle hassas bilgilerini ifşa etmek suretiyle diğer tarafa zarar verdiği çevrimiçi istismardır⁴⁵. Bu kapsamda “*doxing*”, mağdura ait özel bilgilerin çevrimiçi olarak herkesin erişimine sunulması, bu bilgilerin herkesçe erişilebilir hale getirilmesini ifade etmektedir⁴⁶. “*Doxing*” terim olarak, 90'lı yıllarda yasadışı hacker kültüründe bir intikam

⁴¹ “...Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın, katılanın doğrudan internet adresleri üzerinden gerçekleştirdiği ikili sohbet görüşmelerine ilişkin elektronik iletileri içerir yazılarını, birlikte kullandıkları bilgisayara yüklediği casus program aracılığıyla ele geçirip, onun bilgisi ve rızası dışında, aralarında görülmekte olan boşanma davası dosyasına 7.12.2009 tarihinde metin halinde sunduğu iddiasına konu olayda, 5237 TCK' nın 132. Maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (şikâyete tabidir)...” Y. 12. CD., T. 1.7.2013, E. 9548, K. 17899 (Aktaran DÜLGER, s. 541-542).

⁴² Casus yazılımlar da bilgisayar programı olarak kabul edilmektedir. Casus yazılım, hedefin bilgisayar faaliyetlerini gizlice izlemesi için özel olarak yapılmış program olarak tanımlanmaktadır. Bkz. ERALP, s. 36.

⁴³ Söz konusu düzenleme 24.03.2016 tarihinde 6698 sayılı Kanununun 30. maddesi ile TCK' ya eklenmiştir. Bu düzenlemenin TCK madde metnine eklenmesinin nedeni, Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi m. 6' da yer alan “Cihazların kötüye kullanımı” yükümlülüklerin yerine getirilmesidir. Aynı yönde görüş için bkz. GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt 5, s. 8216.

⁴⁴ DOUGLAS, s. 199.

⁴⁵ SNYDER, DOERFLER, KANICH, MCCOY, s. 432.

⁴⁶ SNYDER, DOERFLER, KANICH, MCCOY, s. 432.

biçimi olan kişilerin kimliğini ortaya çıkarmayı ve ifşa etmeyi içeren “belgeleri düşürme” veya “dox düşürme” ifadelerinden gelmektedir⁴⁷.

Douglas’ a göre⁴⁸, “doxing” yönteminin üç türü bulunmaktadır. Bunlar; 1. Anonimliği sona erdiren doxing (*Deanonymization*), 2. Hedef gösteren doxing (*Targeting*) ve 3. Gayrimeşrulaştırıcı doxing (*Delegitimization*) olarak belirtilebilir. Anonimliği sona erdiren doxing (*Deanonymization*) türünde, kişi ile ilgili herhangi bir kimlik bilgisi ifşa edilir ya da açığa vurulur. Böylece kişi anonimliğini kaybetmektedir. Örn. herhangi bir takma ad kullanan kişinin yasal kimliğinin ortaya çıkarılması⁴⁹. Hedef gösteren doxing (*Targeting*) türünde kişiye ulaşılmasına izin veren fiziksel olarak bulunduğu yerin ifşa edilmesi ya da açığa vurulması söz konusudur. Böylece kişi gizliliğini, bulunduğu yerin belirsiz olması özelliğini kaybeder. Örn. Kişinin ev adresi bilgisinin herkes tarafından erişilebilir hale getirilmesi. Gayrimeşrulaştırıcı doxing (*Delegitimization*) türünde ise, kişinin kredibilitesine, itibarına ya da karakterine zarar verme amacıyla kişisel bilgilerin ifşası söz konusudur. Örn. Sözde ahlaksız faaliyetlerin kanıtının internette herkesin erişimine sunulması.

TCK çerçevesinde bakıldığında belirlenebilir bir kişiye ait olan ev adresi, cep telefonu numarası, meslek ve kariyer bilgileri vb. bilgiler kişisel veri olarak değerlendirilmektedir⁵⁰. 108 sayılı Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (Strazburg, 28.01.1981) m. 2’ ye göre “*kişisel veriler*”, “*kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (“ilgili kişi”) hakkındaki tüm bilgileri*” ifade etmektedir. Aynı tanım 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3/1-d’ de de yer almaktadır. Bu çerçevede flört partneri tarafından söz konusu özellikteki kişisel verilerin hukuka aykırı olarak

⁴⁷ DOUGLAS, s. 200; AKSOY RETORNAZ, s. 19.

⁴⁸ DOUGLAS, s. 204.

⁴⁹ Kanımızca bir kişinin tanımadığı kişiler tarafından kendisine herhangi bir iletişim aracı ile doğrudan ulaşılabilmesi de anonimlik içerisinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle kişinin cep telefonu numarasının internette herkes tarafından erişilebilir hale getirilmesi de anonimliği sona erdiren doxing (*Deanonymization*) içerisinde değerlendirilmelidir.

⁵⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da söz konusu bilgileri “kişisel veri” olarak değerlendirmektedir: “...*Kişinin; Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, nüfusa kayıtlı olunan yer (İl, İlçe, mahalle veya köy), anne adı, baba adı, medeni hal (Evli, bekâr, boşanmış), cilt ve aile sıra no, kan grubu evlenme tarihi, boşanma tarihi ve mahkeme kararı özet bilgileri, ad-soyad veya diğer kayıt düzeltmeleri, vatandaşlıktan çıkarılma bilgileri, evlatlık ilişkisi, adres, din, bitirilen okullar (ilk-orta-yüksek), hastalıklar, hastalıklar ile ilgili tahlil sonuçları (DNA bilgileri), mali durum (servet, alınan ücretler), ahlaki eğilimler, zaafılar, çevre ile ilişkiler, hatıra, anı ve günlükle ilgili defterindeki bilgiler, siyasi görüş (oy verdiği partiler, üye olduğu dernekler), alışkanlıkları, sevdiği kitaplar veya gazeteler, alışveriş eğilimleri, vergi numarası, e posta adresi, banka bilgileri, bilgisayarının IP numarası, emeklilik ve kurum sicil numarası, aldığı ödüller, parmak izi, avuç içi izleri, mektupları, yazılar, kitaplar, telefon numaraları, mesajları, fiziki kimliği (boy, kilo, engellilik durumu, ten rengi, göz rengi, saç rengi ve şekli, sesi, genel görünüm, ayak ve beden numarası) ve çok daha fazla bilgi kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir.” YCGK., T. 10.06.2014, E. 2012/1514, K. 2014/312.*

sanal ortamlarda paylaşılması durumunda TCK m. 136' da düzenlenen “*kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması*” suçunu oluşturacaktır. Yayma, bir kimsenin elindeki bir şeyi birden fazla kimsenin bilgisine sunması, birden fazla kimseye vermesi, ulaştırması olarak anlaşılmaktadır⁵¹. Bu kapsamda duygusal ilişki yaşaması sonucunda kurmuş olduğu yakınlık nedeniyle elde etmiş olduğu kişisel verileri sanal ortamda belirsiz sayıda kişilerle hukuka aykırı olarak paylaşan kişinin eylemi “*kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması*” suçunu oluşturacaktır. Yargıtay da kişiye ait resminin ve telefon bilgisinin⁵² ya da kişinin oturduğu evin dış cepheden fotoğrafının⁵³ hukuka aykırı olarak sanal ortamda paylaşılmasının TCK m. 136 çerçevesinde suç olduğunu vurgulamıştır.

Sanal ortamda flört partnerinin itibarına zarar verici davranış şekillerinin bir diğeri de, flört partnerinin adı, fotoğrafı, mesleği ya da diğer kişisel verilerini kullanarak sosyal medya gibi platformlarda sahte profiller oluşturmak ve onun adına itibara zarar verici paylaşımlarda bulunmaktır. Bu durumda fail sahte hesaplar yoluyla flört partnerinin yakın çevresi ile iletişime

⁵¹ GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt 3, s. 4933. Yargıtay Ceza Genel Kurulu “*kişisel verileri yayma*” hareketini şu şekilde açıklamaktadır: “*Kişisel verileri yayma*’ seçimsel hareketi de çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilecektir; internet üzerindeki bir web sitesinde kişisel verileri yayınlamak, birçok kişiye elektronik posta ile ya da telefonda kısa mesajla göndermek, yazılı ya da görsel medyada yayınlamak gibi... Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde ‘yaymak’; ‘birçok kimseye duyurmak, çevreye dağılmasına sebep olmak’ olarak açıklanmıştır.” YCGK., T. 10.06.2014, E. 2012/1514, K. 2014/312.

⁵² “*Dosya kapsamına göre mağdurun adını ve soyadını kullanarak açtığı sahte ... hesabında, mağdura ait telefon numarasını yayımlayan ve mağdur tarafından yazılmış algısı doğuracak cinsel içerikli paylaşımlarda bulunan hükümlü ...’ün eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu gözetilmeden,...*” Yargıtay 8. CD., E. 2020/4113, K. 2021/20067, T. 02.11.2021 ; “*Daha önce mağdurun bilgisi ve rızası dahilinde yayımlandığı anlaşılan mağdurun günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resimleri, mağdurun başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına ilişkin görüntüler olarak kabul edilemeyeceğinden, mağdurun kişisel veri niteliğindeki resimlerini ve cep telefonu numarasını, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle yayımlayan sanığın eyleminin, TCK’nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle sanık hakkında TCK’nın 134/2. madde ve fıkrasında düzenlenen görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi, ...*” Y. 12. CD., T. 23.12.2020, E. 2020/2234, K. 2020/7459.

⁵³ “*...sanığın, bir dönem duygusal boyutta arkadaşlık ilişkisi içerisinde olduğu mağdurenin, adı, soyadı, mezun olduğu okul bilgileri, ikamet ettiği eve ait adres bilgileri ile birlikte, mağdurenin günlük hayatta çekilmiş fotoğrafı ile oturduğu eve ait dış cepheden çekilmiş fotoğrafları, mağdure tarafından arkadaşlıklarına son verilmesine tepki olarak ve mağdurenin bilgisi ve rızası dışında, “facebook” adlı sosyal paylaşım sitesinde yayınladığı olayla ilgili olarak, mağdurenin, aktif kullanımında olan, herkes tarafından bilinmeyen veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı adres bilgilerini, adı, soyadı, kendisine ve oturduğu eve ait fotoğrafı ile birlikte rızası dışında, başkalarının bilgisine sunan sanığın eyleminin TCK’nın 136/1. maddesindeki “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunu oluşturacağı, mahkemece suç vasfında yanılıya düşülerek, sanığın yazılı şekilde TCK’nın 134/2. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyetine karar verilmiş ise de, sanığın sübut bulan eyleminin soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olmadığı, bu yönüyle sanık hakkında kurulan hükmün, usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılmakla, sanığın eyleminin şikayete tabi olduğu ve şikayet yokluğu nedeniyle davanın düşürülmesi gerektiği gerekçesiyle, bu suç yönünden kurulan hükme ilişkin kanun yararına bozma talebinin REDDİNE,....” Y. 12. CD., T. 10.02.2014, E. 2013/30406, K. 2014/2980.*

girerek ve etkileşimde bulunarak onu tanıyanlar gözünde küçük düşürmeye çalışmaktadır. Bu durum sahte hesaplar vasıtasıyla gerçekleştirilen paylaşımlar (örn. pornografik içeriklerin paylaşılması) ya da sanal ortamlarda gerçekleştirilen faaliyetler (örn. terör propagandası içeren bir gönderinin beğenilmesi) yoluyla gerçekleşebilmektedir.

Flört partnerinin adı soyadı, fotoğrafı ve diğer şahsına ait bilgilerin kullanılarak sahte sosyal medya hesabı açılması durumunda kanımızca TCK m. 136' da yer alan "*kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması*" suçu oluşacaktır. Kişinin fotoğrafını, ad-soyad bilgisini kendi isteğiyle sanal ortamda herkesin erişimine imkân verecek şekilde daha önce paylaşmış olması onun söz konusu bilgilerinin hukuka aykırı olarak sahte sosyal medya hesabı açılmasına rıza göstermiş olduğu şeklinde yorumlanamaz. Yargıtay bir kararında fail tarafından başkasına ait resim ve ad-soyad kullanılarak salt sosyal medya hesabı açılmasını suç olarak değerlendirmemiştir⁵⁴. Yargıtay vermiş olduğu diğer kararlarında ise başkasına ait resmin sosyal medya hesabından paylaşılması şeklindeki eylemin TCK m. 136' da yer alan suç oluşturduğu yönünde kararlar vermiştir⁵⁵. Çalışmada daha önce belirtildiği üzere, Yargıtay 2021 tarihli bir kararında başkasının adını ve soyadını kullanarak sahte sosyal medya hesabı

⁵⁴ "... Katılanla aynı üniversitede çalışan sanık tarafından katılanın resmi ile ad ve soyadı kullanılarak facebook sayfası açmaktan ibaret eyleminde, sayfada yer alan bilgiler de nazara alındığında eylemin cezai yaptırımı gerektirecek içeriği bulundurmadığı gözetilmeksizin beraati yerine özel hayatın gizliliğini ihlalden mahkumiyetine karar verilmesi, ...Bozmayı gerektirmekle..." Y. 12. CD., T. 04.04.2012, E. 2011/12220, K. 2012/9228 (Kazancı İçtihat Programı).

⁵⁵ "Mağdurun kişisel veri niteliğindeki resmini, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle "Nesrin Hülya Ezgi" adlı facebook hesabı üzerinden başkalarının görgüsüne sunan sanık hakkında, genel kastla işlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı mahkumiyet kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir." Y. 12. CD., T. 12.04.2017, E. 2015/13248, K. 2017/3108; "Sanık ... ile mağdur ... arasında erkek arkadaşı meselesinden kaynaklanan husumet bulunduğu dönemde, sanık ...'in, mağdura ait twitter hesabında mağdur tarafından paylaşılıp, kısa süre sonra kaldırılan ve mağdurun belden yukarısında giysisi olup, bacakları görüntülenen ayna karşısında poz vermiş şekilde çektiği fotoğrafını, 26.02.2013 tarihinde, "Ahh gonlum kirik ayna' Ama yaa bu tweettr daha neler gorucek:)))))) hahah" ibareleri ile birlikte kendi internet hesabında yayımlayarak, mağdurun yarı çıplak fotoğrafını rızasına aykırı şekilde başkalarının görgüsüne sunup, TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; Mağdura ait twitter hesabında mağdur tarafından paylaşılan mağdurun poz vermiş şekilde çektiği fotoğrafın, mağdurun başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel hayatına ilişkin görüntü olarak kabul edilemeyeceği; ancak, mağdurun özel yaşam alanına ilişkin olmayan kişisel veri niteliğindeki fotoğrafını, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle kendi internet hesabında yayımlayan sanık hakkında, iddianamede tarif edilen eyleminden dolayı TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasının uygulanması ihtimaline binaen ek savunma hakkı tanındığı da nazara alınıp, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken, "...katılanın bahse konu fotoğrafının herkese açık şekilde sosyal paylaşım sitesindeki sayfasında paylaştığı, katılanın herhangi bir kısıtlama yapmaması nedeniyle bu şekilde paylaştığı fotoğrafının başkaları tarafından görülmesinden ve paylaşılmasından rahatsızlık duymadığı, bu nedenle bahse konu fotoğrafın alınmasının ve yorum yapılmasının yüklenen suçu oluşturmayacağı..." biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçelere dayalı olarak yazılı şekilde beraat hükmü kurulması,..." Y. 12. CD., T. 06.10.2021, E. 2020/2426, K. 2021/6589.

açılması ve bu hesaptan kişiye ait telefon numarasının paylaşılmasını TCK m. 136/1 kapsamında değerlendirmiştir. Söz konusu 2021 tarihli kararda fail, başkası adına sahte bir sosyal medya hesabı açmış, adına sahte hesap açtığı kişinin ev telefonu numarasını ve cinsel içerikli mesajları bu hesaptan paylaşmıştır⁵⁶. Kanımızca somut olayda TCK m. 136/1 (kişisel verilerin hukuka aykırı yayılması) yanında, cinsel içerikli mesajlar paylaşılması algısı yaratıldığından, bir başka deyişle somut olgu isnadında bulunulduğundan TCK m. 125’ de yer alan hakaret suçu da oluşmaktadır. Nitekim Yargıtay benzer nitelikteki bir olay hakkında vermiş olduğu daha eski tarihli bir kararında fail hakkında hem TCK m. 136/1’ de yer alan suçtan hem de TCK m. 125’te yer alan suçtan ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷.

Flört partnerinin duygusal ilişki yaşamış olduğu kişi adına sahte oluşturmuş olduğu sosyal medya hesabından, terör örgütü propagandası teşkil edebilecek içerikler paylaşması durumunda olduğu gibi, intikam almak amacıyla suç teşkil eden paylaşım yapılması durumunda ceza sorumluluğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Kanımızca bu durumda failin kastına bakılarak ceza sorumluluğu belirlenmelidir. Failin ceza sorumluluğu içeriği paylaşmasındaki kastının suç teşkil eden diğer suçları işlemek mi (örn. terör örgütü propagandası yapmak mı),

⁵⁶ “Dosya kapsamına göre; somut olayda sanığın, müştekinin adına sosyal medya hesabı açarak cinsel içerikli mesajlar ve müştekiye ait ev telefonu numarasını paylaşması şeklinde gerçekleşen eylemin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmek veya yaymak suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalma suçundan ceza tayin edilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 11.05.2020 gün ve 2020/4092 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 04.06.2020 gün ve KYB/2020-48938 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdi kılınmakla incelendi...Dosya kapsamına göre mağdurun adını ve soyadını kullanarak açtığı sahte ... hesabında, mağdura ait telefon numarasını yayımlayan ve mağdur tarafından yazılmış algısı doğuracak cinsel içerikli paylaşımlarda bulunan hükümlü ...’ün eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yayılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı...” Y. 8. CD., T. 02.11.2021, E. 2020/4113, K. 2021/20067.

⁵⁷ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Hakan’ın, bir süre cinsel yakınlık boyutuna varacak düzeyde arkadaşlık ilişkisi içerisinde olduğu katılan Banu tarafından arkadaşlıklarına son verilmesine tepki olarak, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde üyelik işlemleri yapıp, katılan adına oluşturduğu sahte hesapta, katılanın rızası dahilinde çekilmiş resmini, profil fotoğrafı olarak kullandığı ve bu hesap üzerinden başka kişilere ait müstehcen görüntüleri yayınladığı iddia ve kabulüne konu olayda, ...Katılanın başını ve yüzünü gösteren, günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resminin, özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması karşısında, katılanın resmini, isim ve soy ismiyle birlikte hukuka aykırı olarak yayımlayan sanığın TCK’nın 136. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılması; ayrıca, oluşturduğu sahte hesapta, katılan tarafından yayımlanıyor algısı doğuracak şekilde cinsel içerikli görüntülere yer vererek, katılanın, onur, şeref ve saygınlığını rencide eden sanığın TCK’nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yayılgıya düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle sanık hakkında TCK’nın 134/2. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, ... Bozmayı gerektirmiş olup,...” Y. 12. CD., T. 20.05.2014, E. 2013/22544, K. 2014/12128.

yoksa ilişki yaşamış olduğu kişinin şeref ve haysiyetine zarar vermek mi olduğu dış dünyaya yansıyan hareketlerinden tespit edilerek belirlenmelidir.

C. Sanal Ortamda Flört Partnerinin Finansal İstismarına Yol Açacak Davranışlar

Sanal ortamlarda flört partnerinin finansal istismarına yol açacak davranışlar çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Bunlardan ilki, flört partnerine ait sosyal medya hesaplarını hukuka aykırı olarak ele geçiren ya da flört partneri adına sahte hesap oluşturan failin, flört partnerinin yakınları ile iletişimini sağlayan bu dijital kanallar vasıtasıyla (örn. sosyal medya hesabı üzerinden) hileli davranışlarda bulunarak maddi menfaat temin etmesidir. Bu durumda fail bilişim sistemlerini kullanmak suretiyle hileli davranışlar gerçekleştirmekte, bu hileli davranışlar sonucunda flört partnerinin yakınlarını aldatmakta ve onların zararına olarak kendisine maddi yarar sağlamaktadır. TCK çerçevesinde değerlendirildiğinde bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hileli davranışlarla gerçek kişilerin aldatılması ve onların zararına olarak yarar sağlanması eylemleri TCK m. 158/1-f’ de düzenlenen “*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle dolandırıcılık*” suçunu oluşturacaktır⁵⁸. Yargıtay’ in da haklı olarak belirttiği üzere, internet de çeşitli bilişim sistemlerinin birbirine bağlı olduğu ağlar bütünü olması sebebiyle münhasıran bir bilişim sistemi olarak kabul edilmektedir⁵⁹. Bu nedenle internetteki içeriklerin aynı anda birçok kişiye ulaşmasındaki çabukluk ve sağladığı kolaylık nedenleriyle dolandırıcılık suçunda internetin araç olarak kullanılabilmesinin ve bu durumlarda TCK m. 158/1-f’de yer alan suçun oluşacağının söylenmesi gerekmektedir⁶⁰.

⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok’ a göre, kişilerin sosyal medyadaki hesaplarını *hack*’lemek suretiyle, listesinde kayıtlı bulunan kullanıcılarla o kişiymiş gibi temas kurarak onlardan maddi menfaat temin edilmesi durumunda TCK m. 158/1-f’ de yer alan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu oluşmaktadır. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 896. Öğretide *Dülger* de aynı yönde görüş bildirmektedir. Yazara göre, failin bir kişiye ait sosyal medya (MSN Messenger, Facebook vb.) ya da elektronik posta giriş şifrelerini ele geçirecek, şifresini ele geçirdiği kişilerin arkadaşlarına kendisini profil sahibi gibi tanıtır para istemesi ya da belli bir telefona kontör yüklenmesini talep etmesi ve istemlerini kabul ettirmesi suretiyle yarar sağlaması durumunda TCK m. 158/1-f’ de yer alan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçu oluşmaktadır. Bkz. DÜLGER, s. 529. Madde gerekçesine bakıldığında bu nitelikli hale yer verilmesinin nedeni, “...*Bilişim sistemlerinin...araç olarak kullanılması, dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağlamaktadır*” şeklinde açıklanmıştır.

⁵⁹ YCGK, T. 11.6.2013, E. 2013/15-239, K. 2013/432 (Kazancı içtihat programı).

⁶⁰ “*Bilişim sistemlerinin aynı anda birçok kişiye ulaşmasındaki çabukluk ve sağladığı kolaylığa dayanarak ‘www.sahibinden.com’ adlı internet sitesinde emsallerine göre fiyatını ucuz göstererek araç satışı için ilan veren sanığın, bu ilanı görüp kendisini arayan şikayetçiden kapora adı altında 250 Lira alması şeklinde gerçekleşen olayda; sanığın bilişim sistemini araç olarak kullanmak suretiyle suçu işlediği anlaşılmakla, eylemin TCK’nun 158. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde düzenlenmiş olan nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.*” YCGK, T. 11.6.2013, E. 2013/15-239, K. 2013/432 (Kazancı içtihat programı); “*Bilişim sistemlerinin aynı anda birçok kişiye ulaşmasındaki çabukluk ve sağladığı kolaylığa dayanarak internet sitesinden R...Şirketler Topluluğu isimli işyeri adına HP marka dizüstü bilgisayarların satışı için ilan veren sanıkların, Giresun’da ikamet eden ve ilanı görerek bildirdikleri telefon numarasını aradıktan sonra hesaplarına para aktaran şikayetçiye sözde alışverişe konu bilgisayarı göndermemeleri şeklinde gerçekleşen olayda; bilişim sisteminin araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilen eylemlerin*

Fail tarafından bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen hileli davranışlar çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Failin, internette hesabını ele geçirdiği flört partnerinin yakınları ile sanki hesabın gerçek sahibiymiş gibi mesajlaşma suretiyle borç isteme, hattına kontör yüklenmesini isteme vb. şekillerde maddi menfaat temin edebilecektir. Yargıtay da söz konusu eylemleri TCK m. 158/1-f' de düzenlenen bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle dolandırıcılık olarak değerlendirmektedir⁶¹.

Flört partnerinin sanal ortamda finansal istismarına yol açacak davranış şekillerinden bir diğeri ise, flört partnerinin sanal ortamda finansal işlemler gerçekleştirilebilmek için kullanmış olduğu finansal kimlik bilgilerini (örn. internet bankacılığı ya da kredi kartı bilgileri vb.) kullanarak haksız yarar sağlama davranışıdır. İnternet bankacılığında, müşterilere uygulanan kimlik doğrulama mekanizmasında genellikle birbirinden bağımsız en az iki bileşen bulunmaktadır. Bu iki bileşen müşterinin “bildiği”, müşterinin “sahip olduğu” veya müşterinin “biyometrik bir karakteristiği olan” unsur sınıflarından farklı ikisine ait olmaktadır⁶². Kişi bu bilgileri kullanarak internet üzerinden bankacılık işlemleri yapabildiği alana, yani banka bilişim sistemine giriş yapmaktadır⁶³. Hukuka aykırı bir şekilde ele geçirdiği internet bankacılığına giriş bilgilerini kullanarak, finansal işlemler yapılabilen banka bilişim sistemine giren fail,

TCK'nun 158. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” YCGK., T. 02.04.2013, E. 2012/15-1293, K. 2013/111 (Kazancı içtihat programı).

⁶¹ “...Sanığın, katılanın facebook hesabını kullandığı sırada, katılanın arkadaşı olan B.. H.. E..'in facebook hesabını bir şekilde ele geçirerek katılana mesaj gönderdiğini, internet banka hesabı kullanıp kullanmadığını sorduğu, kullandığını öğrenince de kendisinden iade etmek şartıyla 450,00 TL para istediği, katılanın Akbank internet bankacılığı aracılığıyla sanığın vermiş olduğu ... numaralı GSM hattına 450,00 TL para gönderdiğini, daha sonra B..H.. E..'in facebook sayfasının dondurulduğunu görünce şüphelendiği ve bankadan yaptığı araştırmada gönderdiği paranın 9 dakika sonra Antalya Kumluca'da bulunan ATM'den çekildiğini öğrendiği, B..'yi aradığında facebook hesabının çalındığını söylediği, ATM güvenlik kamera kayıtlarının temin edilerek emanete alındığı, havalenin yapıldığı ... numaralı GSM hattının sanık M..'un annesi F.. Ç.. adına kayıtlı olup sanığın gözaltına alındığı 25/12/2012 tarihinde yapılan üst aramasında suça konu hattın sanığın cep telefonuna takılı halde üzerinde bulunduğu olayda, nitelikli dolandırıcılık suçunun oluştuğu yönündeki kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir...” Y. 15. CD., T. 01.07.2013, E. 2013/14846, K. 2013/12178; “...Şikayetçi ile eşinin internet ortamında MSN'de iletişim yaptıkları sırada müşterinin eşine ait elektronik posta adresine ait şifreyi bir şekilde elde edip şikayetçi ile sanki eşiymiş gibi görüşmeye devam ederek onu kandırıp cep telefonu için kontör isteyip şikayetçinin MSN'den gönderdiği kontörleri satmak suretiyle haksız yarar sağlayan sanığın eyleminin bilişim sisteminin araç olarak kullanılması suretiyle 5237 sayılı TCK'nın 158/1-f maddesindeki dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...” Y. 11. CD., T. 18.03.2010, E. 2007/5408, K. 2010/3253.

⁶² BDDK tarafından çıkarılan Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ' de (R.G. T. 14.09.2007, S. 26643) böyle bir yükümlülük mevcut iken, daha sonra bu tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır (R.G. T. 15.03.2020, S. 31069).

⁶³ Bankalar, mevduat sahiplerinin hesaplarına internet bankacılığı yolu ile yetkisiz kişilerce erişilememesi için değişik güvenlik uygulamaları kullanmaktadırlar. Bunlardan bazıları sanal klavye kullanımı, erişimde veya işlem yapılabilmesi için tek kullanımlık parolalar, erişim için IP kısıtlamalarıdır. Her ne kadar bu güvenlik uygulamaları kullanılsa da, banka müşterisinin internet bankacılığını kullandığı bilgisayarda konuşlanmış, key logger (tuş kaydedici) ve screen logger (ekran kaydedici) adlı kötü yazılımlar sayesinde gerek güvenli şifre gerekse sanal klavye uygulamaları, 3. kişilerin başkasına ait banka hesaplarına yetkisiz erişimini engelleyememektedir. Bkz. YILDIZ, Banka veya Kredi Kartları, s. 52, dp. 155.

gerçekte yetkili olan kişinin zararına olacak şekilde değişik finansal işlemler gerçekleştirebilecektir. Bunlar; kişinin banka hesaplarından kendisine ya da 3. kişi hesabına hukuka aykırı havale yapmak, kişinin hesabındaki ekonomik değerlerle kendine ait faturaları ödemek ya da kontör yüklemek, kişinin kredi kartı bilgilerini öğrenerek bu kredi kartları ile online alışveriş yapmak, kişi adına sahte sanal kart üretip bu kart ile alışveriş yapmak vb. şekillerde gerçekleştirilebilir. Failin söz konusu eylemlerden doğan ceza sorumluluğu TCK çerçevesinde farklı olabilecektir.

Hukuka aykırı olarak girmiş olduğu flört partnerinin internet bankacılığı bilişim sisteminde, flört partnerine ait banka hesaplarından kendisine ya da 3. kişi hesabına hukuka aykırı havale yapmak eylemi konusunda, her ne kadar öğretilerde haklı olarak hırsızlık suçunun konusu oluşturan “taşınabilir mal” unsurunun bulunmaması nedeniyle TCK m. 244/4’te yer alan suçun (bilişim sisteminde var olan verilere müdahale suretiyle yarar sağlama) oluştuğu belirtilmişse de⁶⁴, Yargıtay Ceza Genel Kurulu TCK m. 142/2-e’ de düzenlenen “*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık*” suçunun oluştuğuna karar vermiştir⁶⁵.

Yetkisiz olarak flört partnerinin internet bankacılığı hesabına girdikten sonra flört partnerinin kredi kartı bilgilerinin (kredi kartı numarası, kart güvenlik kodu vb.) kullanılması suretiyle finansal işlemler gerçekleştirilmesi de söz konusu olabilecektir. Bu durumda TCK m. 245/1’de yer alan gerçek banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu oluşacaktır. Bu gibi durumlarda finansal işlemler gerçekleştirmek için sadece kredi kartı bilgilerinin kullanılması yeterli olduğundan, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun işlenmesi yüz yüze gerçekleştirilen işlemlerden daha kolaydır⁶⁶. Öğretilerde finansal işlemlerde kredi kartı fiziki olarak kullanılmadan, sadece kredi kartına ait bilgilerin kullanılması durumunda TCK m. 244/4’te yer alan suçun oluşacağı savunulmaktadır⁶⁷. Kanımızca 5464 sayılı Kanunda kredi kartı tanımının fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını da kapsar şekilde

⁶⁴ YILDIZ, İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay’ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi, s. 129-150. Aynı yönde görüşte olan *Tezcan/Erдем/Önok*’ a göre, failin mağdurun internet hesabına girerek oradan kendi hesabına aktarma yapması durumunda malın bulunduğu yerden alınması değil, yalnızca verinin yer değiştirmesi söz konusu olduğu için, TCK m. 244/4’ ün uygulanması gerekmektedir. Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 766. Öğretilerde *Akbulut*, internet üzerinden başka birinin hesabına girerek başkasının hesabına para aktarma eylemini, verileri değiştirmek suretiyle hırsızlık olarak TCK m. 142/2-e çerçevesinde değerlendirmektedir. Bkz. AKBULUT, s. 222.

⁶⁵ “*Sanığın; firari diğer sanık ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, banka şubesindeki hesabından 10.750 YTL’ yi, kendi adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylem, 5237 sayılı TCY’nin 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan “bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık” suçunu oluşturur.*” YCGK., T. 17.11.2009, E. 2009/11-193, K. 2009/268.

⁶⁶ YILDIZ, Banka veya Kredi Kartları, s. 189.

⁶⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 1183.

yapılması nedeniyle, bu durumda TCK m. 245/1’de yer alan suç oluşacaktır. Yargıtay da kararlarını bu yönde vermektedir⁶⁸.

Yetkisiz olarak flört partnerinin internet bankacılığı hesabına girdikten sonra fail tarafından sanal kart üretilmesi, üretilmiş olan sanal kart ile alışveriş yapılması durumunda ise failin ceza sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği önem arz etmektedir. Yargıtay’ a göre, ortada gerçek bir banka veya kredi kartı bulunmadığı için, başka deyişle sanal kart teşkil eden başkaca kredi kartı numaraları oluşturulduğundan TCK m. 245/1 değil, TCK m. 245/2 ve 3 gündeme gelecektir. Yargıtay söz konusu olayda TCK m. 245/2 (sahte kart üretme) ve TCK m. 245/3 (sahte kartları kullanarak yarar sağlama) suçlarının oluştuğuna hükmetmiştir⁶⁹.

Nihayet flört partnerinin finansal istismarına yol açan diğer bir yöntem de sosyal medya hesapları (örn. Youtube) vasıtasıyla gelir elde eden flört partnerinin hesabı ele geçirildikten sonra, şifrelerinin değiştirilmesi ya da hesaplarının kapatılmasıdır. Bu şekilde flört partnerinin bu hesaplara erişmesinin engellenmesi suretiyle ekonomik zarara uğratılması söz konusu olmaktadır. Bu durumda daha önce de belirtildiği üzere TCK m. 244/2’de yer alan “bilişim sisteminde var olan verilerin erişilmez kılınması” suçu oluşacaktır. Burada fail eylemi ile kendisi veya başkası adına herhangi bir haksız çıkar sağlamadığı için TCK m. 244/4’de yer alan suç oluşmayacaktır.

⁶⁸ “...sanıklar Ergin, Erkan ve Elveda’nın yakınana ait kredi kartı numarasını kullanarak bilişim sistemi üzerinden kontör satın alması ve aynı sistem üzerinden başkalarına kontörlerin satılması eylemleri nedeniyle dava açıldığının anlaşılması karşısında; fiilin 5237 sayılı TCK’nın 245/1 ve 43. maddelerinde öngörülen zincirleme suretiyle banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacağı ve eylemde sahte oluşturulmuş veya üzerinde sahtecilik yapılmış bir banka veya kredi kartından söz edilemeyeceği gözetilmeden, aynı maddenin 3. fıkrası ile uygulama yapılması,...yasaya aykırı...olduğundan ...hükümün...bozulmasına” Y. 11. CD., T. 17.09.2008, E. 2008/12914, K. 2008/8887 (YKD., C. 35, S. 5, Mayıs 2009, s. 999) “Oluşa, mağdurun beyanına, sanıkların savunmalarına ve tüm dosya kapsamına göre; suç tarihinde mağdur ...’in ... nolu telefonunu ... numaralı telefondan aranarak kemer, cüzdan ve kol saati kazandınız demek suretiyle arandığı, yaklaşık yarım saat sonra bu defa... nolu hattan arandığı, mağdurdan adres teyidi için aradıklarını beyan ederek kredi kartının ilk dört hanesinden sonrasını söylemesini istedikleri, mağdurunda inanarak söylenen numaraları verdiği, sanığın TEB’e ait kredi kartından üç defa da toplam 1.047 TL para çekimini gerçekleştirdiğinin anlaşıldığı olayda, sanıkların iştirak halinde hareket ederek mağdurun iradesini etkisiz kılarak kredi kartı bilgilerini ele geçirerek alışveriş yaptıkları, mağdurun aynı ürünleri 2 defa almasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sanıkların, mağdura ait kredi kartındaki harcamalarının mağdurun rızası dışında yapıldığının anlaşılması karşısında; sanıkların eylemlerinin TCK.nun 245/1. maddesinde tanımlı banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde hükümler kurulması,...” Y. 8. CD., T. 14.01.2019, E. 2018/8157, K. 2019/457; Aynı yönde bkz. Y. 11. CD., T. 13.10.2010, E. 2010/7788, K. 2010/11083 (Kazancı içtihat programı); Y. 11. CD., T. 24.11.2009, E. 2007/849, K. 2009/14539 (Kazancı içtihat programı).

⁶⁹ “Sanığın; sahte sanal kredi kartı oluşturup, bu kredi kartıyla değişik zamanlarda harcama yapmaktan ibaret eylemlerinin TCK.nun 245/2. ve 245/3., 43. maddelerine uyan suçları oluşturduğu gözetilmeden, eylemler kül halinde değerlendirilerek yazılı biçimde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Y. 8. CD., T. 29.09.2014, E. 2014/3533, K. 2014/21275 (YILDIZ, Banka veya Kredi Kartları, s. 266, dp. 65)

D. Sanal Ortamda Flört Partnerine Ait Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşılması, Sahte Olarak Üretilmesi ya da Bu Görüntülerin Paylaşılması Tehdidi, Flört Partnerine Rıza Dışı Cinsel İçerikli Yazı ya da Görüntü Yollama

1. Cinsel İçerikli Şantaj (*Sextortion*) ve İntikam Pornosu (*Revenge Porn*)

Cinsel içerikli şantaj (*sextortion*) kavramının tanımının ne olduğu konusunda bir uzlaşımın olmadığı söylenebilir⁷⁰. Cinsel içerikli şantajın tanımıyla ilgili benimsenin iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlar: (1) cinsel içerikli şantaj, bir failin mağdurdan zorla bir şey elde etmek için kurbanın cinsellik içeren özel görüntülerini paylaşmakla tehdit etmesidir, 2) cinsel içerikli şantaj, özel cinsel görüntüleri paylaşma ya da başka bir biçimde zarar verme tehdidiyle bir mağdurun bir faile cinsel içerikli materyallerini göndermeye zorlanmasıdır⁷¹. Bu iki yaklaşımı da kapsayan en yalın tanımıyla cinsel içerikli şantaj (*sextortion*), cinsel içerikli görseller kullanılarak yapılan şantajdır⁷².

Cinsel içerikli şantaj, failerin genellikle maruz kalan kişinin internet ortamındaki yaşamında “arkadaş olarak var olan” kimseler arasında olması nedeniyle günümüzde çoğunlukla güncel kalmayı başarmaktadır. Bu durum failerin kırılğan konumdaki bu kişilere ve arkadaş çevresine saldırmasını kolaylaştırmaktadır. Mağdur, failin daha fazla görüntü yollaması ya da belirli bir isteği yerine getirmesi (örn. ekonomik menfaat, cinsel ilişki vs.) yönündeki talebi karşılamayı reddettiğinde, görüntülerinin ailesine veya arkadaşlarına gönderileceği yönünde tehdit edilmektedir. Bu durum yalnızca çocuklar ve gençler açısından değil, yetişkinler açısından da geçerli olabilmektedir⁷³.

“Cinsel içerikli şantaj (*sextortion*)” ve “intikam pornosu (*revenge porn*)⁷⁴” kavramları teorik olarak bazen birbiri ile karıştırılabilmektedir. Söz konusu bu kavramlar genellikle birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte eş anlamlı değildir. Daha az kullanılan ve daha doğru bir şekilde “rıza dışı pornografi⁷⁵” olarak adlandırılan intikam pornosu, bir kurbanın pornografik

⁷⁰ CARLTON, s. 180.

⁷¹ CARLTON, s. 180.

⁷² WEBB, s. 82.

⁷³ WEBB, s. 83.

⁷⁴ İntikam pornosu (*revenge porn*), “bir veya daha fazla kişinin cinsel içerikli fotoğraf, video veya resminin, başka bir ifadeyle görüntüsünün ilgililerin rızası olmadan çevrimiçi paylaşılmasını ifade etmek için kullanılan bir terimdir”. “Revenge porn”, “çoğunlukla bir ilişki esnasında fotoğraf veya video elde eden eski bir eş ya da sevgilinin mağduru aşağılamak veya korkutmak amacıyla cinsel içerikli materyali çevrimiçi iletmesi olarak da tanımlanabilir. Bu davranışı gerçekleştiren kişi, her zaman eski eş ya da sevgili de olmayabilir” Bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 27, 28.

⁷⁵ Rıza dışı pornografi, kişilerin kendilerini kimin çıplak göreceğine karar vermesini engelleyerek cinsel mahremiyeti ihlal eder. Bu açıdan kişinin kendi bedeni üzerindeki “denetiminin” yok edilmesi anlamına

materyallerinin rızası dışında paylaşılarak yayılmasıdır⁷⁶. Bu iki kavram arasında birbirine karıştırılmalarına neden olan bağlantı, şantajın mağdur kendisinden talep edilen bir şeye razı olmadığında mağdura karşı intikam pornosu suçu işlenmesi tehdidinin söz konusu olmasıdır⁷⁷. Hem cinsel içerikli şantaj hem de intikam pornosu cinsellikle bağlantılı internet suçlarıdır. Ancak intikam pornosunun aksine, susmaya (sessiz kalmaya) zorlama, cinsel içerikli şantajın başarıya ulaşmasında çok önemli bir rol oynamaktadır. Şantaj faili, mağdurun özel materyallerini elinde bulunduruyorsa, bunu hemen yayınlamayacaktır; çünkü burada amaç genellikle farklı cinsel içerikli materyal veya ekonomik kazanç elde etmektir. Mağdurun sessizliği ve utanç verici bir konuma düşmekten korkması failin bu amaca ulaşması için çok önemlidir. Buna karşılık, intikam pornosunda suçlunun amacı mağdurun cinsel materyalini yayınlamaktır ve mağdurun sessizliği bu amaca ulaşmada önemli bir rol oynamaz⁷⁸.

Cinsel şantaja konu olan mağdurun cinsel içerikli görüntüleri fail tarafından çeşitli yollarla ele geçirilmiş ya da elde bulunduruluyor olabilir. Bu görüntüler duygusal ilişki yaşanan kişinin rızası ile kaydedilmiş ya da faile istenilerek yollanmış olabileceği gibi, mağdur aldatılarak ele geçirilmiş, gizli olarak rıza dışı kaydedilmiş ya da mağdura ait bilişim sistemlerine müdahale suretiyle yani bilişim suçları yoluyla ele geçirilmiş olabilecektir. TCK'ya göre, görüntülerin ele geçirilme şekline göre farklı suç tiplerinin gündeme geleceği söylenmelidir.

Cinsel içerikli görüntülerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen şantaj suçu ile ilgili olarak üç aşamanın söz konusu olduğu söylenebilir. Bunlar; 1. Cinsel içerikli görüntünün ele geçirilmesi, 2. Cinsel içerikli görüntünün mağdur tarafından istenilen şeyin yapılmaması durumunda 3. kişilerle paylaşılması tehdidi (şantaj) ve 3. İstenilenin yapılmaması durumunda cinsel içerikli görüntülerin 3. kişilerle paylaşılması aşamalarıdır. Bu aşamalar ile ilgili olarak ceza sorumluluğu açısından ilk belirtilmesi gereken husus, görüntülerin ele geçirilmesi fiili ile bu görüntülerin yayılması tehdidi (şantaj) ya da bu görüntülerin mağdurun istenilen şeyi yapmaması durumunda gerçekten de paylaşılması (yayılması) fiillerinin farklı fiiller olduğu hususudur. Bu durumda fail söz konusu oluşabilecek suçlar nedeniyle gerçek içtima gereği ayrı

gelmektedir. Herkesin görmesi amacıyla yayımlanan çıplak fotoğraflar, insanları cinsel organlarına ve göğüslerine indirgemektedir. Bkz. CITRON, s. 1918.

⁷⁶ CARLTON, s. 181. *Aksoy Retornaz*' a göre, cinsel içerikli görüntülerin ifşası, yayılması veya erişilebilir kılınması eylemleri özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar arasında özel suç tipi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle yazar "revenge porn" yerine "cinsel içerikli görüntülerin rızaya aykırı olarak ifşası" ifadesinin kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 31, 142.

⁷⁷ CARLTON, s. 181.

⁷⁸ CARLTON, s. 182.

ayrı cezalandırılacaktır. Cinsel içerikli görüntüler flört ilişkisi içinde flört partnerinin rızasıyla ya da rıza dışı/gizli kaydedilme yoluyla⁷⁹ failin elinde bulunuyor olabilecektir. Cinsel içerikli görüntülerin kaydedilmesine yönelik rıza her ne kadar bu görüntülerin üretilmesi ya da bulundurulmasına yönelik olsa da bu görüntülerin 3. kişilerle paylaşılmasını içermediğinden söz konusu görüntülerin paylaşılması durumunda failin fiilini hukuka uygun hale getirmeyecektir⁸⁰. Bu nedenle flört partnerinin rızasına dayalı da olsa edinilmiş ya da üretilmiş olan cinsel içerikli görüntülerin 3. kişilerle paylaşılması durumunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134/2) oluşacaktır⁸¹. Zira yetişkin bir kişinin cinsel içerikli görüntülerinin kaydedilmesine göstermiş olduğu rıza, sadece bu görüntülerin üretilmesi ve bulundurulması fiillerinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Yargıtay haklı olarak cinsel içerikli görüntülerin henüz 3. kişilerle paylaşım olmaksızın bulundurulmasında, görüntünün ilgilinin rızası ile kaydedilip kaydedilmediğinin araştırılması gerekliliğini vurgulamaktadır⁸². Yargıtay' a göre bu araştırma yapılırken çekimin başlangıcı, devamı ve sona ermesi sırasında çekim cihazının bulunduğu yer ile mağdur arasındaki mesafe, mağdurun çalışır vaziyetteki çekim cihazının varlığından haberdar olup olmadığı, çekimi fark ettiği izlenimini uyandıracak bir davranışının olup olmadığı, çekim yapan cihaza ısrarla bakıp bakmadığı ve odaklanıp odaklanmadığı gibi hususlar bilirkişi aracılığıyla incelenecektir⁸³.

⁷⁹ Kişiler arasında cinsel ilişki rızaya dayanıyor olsa dahi, bu cinsel birlikteliğin gizli olarak rıza dışı kayıt altına alınması durumunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır. Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir: “Sanık ...'un, mağdur ...'la fiili livata şeklinde karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişki anlarını, mağdurun bilgisi dışında, gizli kamera ile kaydetmesi biçiminde sübut bulan eyleminin, TCK'nın 134/1. madde ve fıkrasındaki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y. 12. CD., T. 25.04.2018, E. 2017/10639, K. 2018/4829.

⁸⁰ “Sanık ...'in, mağdur ...'le cinsel ilişkiye girdiği esnada onun bilgisi dahilinde çektiği çıplak fotoğrafları, mağdurun rızası olmaksızın başkalarına göndererek, görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda...” Y. 12. CD., T. 13.01.2021, E. 2019/5035, K. 2021/215.

⁸¹ “Sanığın, katılan ile arkadaşlıklarını sürdürdükleri sırada çektiirdikleri özel fotoğrafları facebook adlı internet sitesinde yayınlaması şeklinde gerçekleşen ve mahkemece de bu şekilde kabul edilen olayda TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nın 134/1. maddesi uyarınca hüküm kurulmuş ise de aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılamayacağı...” Y. 4. CD., T. 23.11.2021, E. 2019/5408, K. 2021/27352.

⁸² “Sanığın, katılan ile arkadaşlık yaptığı dönemde yaşadıkları cinsel birliktelik anını kayda alarak katılanın özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği iddia edilen olayda; adli emanette kayıtlı flash bellek ve telefondaki cinsel içerikli görüntülerin tamamı, bilişim uzmanı olan üç kişilik bilirkişi heyetine inceletilip, görüntülerin katılanın bilgisi dahilinde kaydedilip kaydedilmediği hususlarını denetime olanak verecek şekilde açıklayan rapor düzenletirilmesi, sonucuna göre de sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle mahkumiyet kararı verilmesi, ...Kanuna aykırı, ...Hükmün Bozulmasına, ...” Y. 4. CD., T. 09.11.2021, E. 2019/2286, K. 2021/26683.

⁸³ “Soruşturma evresinde Kayseri Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü Adli Bilişim Büro Amirliğinin hazırladığı 14.01.2014 tarihli inceleme raporunda, sanığa ait cep telefonunda mağdurla ilgili 25 adet resim tespit edildiğinin belirtilmesi ve söz konusu görüntülerin aktarıldığı CD'nin adli emanete

Cinsel içerikli görüntülerin ele geçirilmesi yöntemlerinden bir diğeri ise, mağdurun bilgisayarına fail tarafından zararlı bir yazılım yollanması suretiyle görüntülerin ele geçirilmesidir. Bu görüntüler mağdurun bilgisayarında halihazırda kayıtlı olan görüntüler olabileceği gibi mağdurun bilgisayarındaki kamera sisteminin zararlı yazılım tarafından aktif hale getirmesi suretiyle kaydedilmiş görüntüler de olabilecektir. Söz konusu durumda tek fiil ile hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de bilişim sisteminde var olan verilerin başka yere gönderilmesi (TCK m. 244/2) ya da bilişim sisteminin işleyişinin bozulması (TCK m. 244/1) suçu oluşacaktır. Fail farklı neviden fikri içtima ilişkisi nedeniyle bu suçlardan en ağır olanından cezalandırılacaktır (TCK m. 44).

Yine uygulamada sıklıkla rastlanılan ve Yargıtay kararlarına konu olan durumlardan birisi mağdurun özel görüntülerinin gizli kamera⁸⁴ kullanmak suretiyle giyinme odasında⁸⁵, tuvalette⁸⁶, etek altına tutmak suretiyle⁸⁷ ya da kişi aldatılarak⁸⁸ alınmasıdır. Bu gibi durumlarda

alınmış olması karşısında, adli emanete alınan CD'de yer alan mağdura ait görüntüler bir bilirkişiye inceletilip, çekimin başlangıcı, devamı ve sona ermesi sırasında çekim cihazının bulunduğu yer ile mağdur arasındaki mesafeye, tarafların konumuna ve tespit edilebilen durumlarına göre, mağdurun çalışır vaziyetteki çekim cihazının varlığından haberdar olup olmadığı, çekimi fark ettiği izlenimini uyandıracak bir davranışının bulunup bulunmadığı, çekim yapan cihaza ısrarla bakıp bakmadığı ve odaklanıp odaklanmadığı, özetle görüntülerinin bilgisi dahilinde kaydedilip kaydedilmediği ile hangi tarihlerde kaydedildiği hususlarını denetime olanak verecek şekilde açıklayan rapor düzenletirilmesi, toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek, iddia ve savunmanın doğruluk derecesi açıklığa kavuşturulduktan sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, çekimin mağdurun rızasıyla yapıldığına dair savunmanın aksine delil elde edilemediğinden bahisle eksik incelemeye dayalı olarak beraat kararı verilmesi,... Y. 12. CD., T. 02.12.2020, E. 2020/941, K. 2020/6656; aynı yönde Y. 4. CD., T. 09.11.2021, E. 2019/2286, K. 2021/26683.

⁸⁴ Y. 12. CD., T. 10.03.2021, E. 2019/4532, K. 2021/2455.

⁸⁵ Y. 12. CD., T. 12.12.2018, E. 2018/4715, K. 2018/12017.

⁸⁶ İşyeri tuvaletine gizli kamera yerleştirilmesi için bkz. Y. 12. CD., T. 27.03.2019, E. 2019/1025, K. 2019/4186; Y. 12. CD., T. 04.11.2020, E. 2019/3021, K. 2020/5690; Y. 12. CD., T. 16.12.2020, E. 2019/10514, K. 2020/7154; Y. 12. CD., T. 16.05.2018, E. 2017/12179, K. 2018/5551.

⁸⁷ "...sanığın, yaşı küçük mağdurların haberleri olmadan etek altı görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklindeki eylemlerinin, mağduru sayısınca TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşerek TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan açılan davada, şikayet yokluğu gerekçesiyle düşme kararı verilmesi,..." Y. 4. CD., T. 22.12.2021, E. 2021/31435, K. 2021/29897.

⁸⁸ Gerçekleşmiş bir olayda mağdura bir öğrenci dizisinde rol alacağını ve yönetmenin fiziğini görmesi gerektiği yalanı söylenmiş ve mahrem görüntülerinin kaydı sağlanmış: "*sanık ...'ın, işlettiği markete müşteri olarak gelmesinden dolayı tanıdığı 14 yaşındaki mağdur ...'a facebook sosyal paylaşım sitesi üzerinden "... ismi ile arkadaşlık isteği göndererek, kendisini dizi yapımcısı olarak tanıtır, kandırdığı mağduru, bir öğrenci dizisinde rol alacağına ve bu amaçla bir kadın yönetmenle görüşeceğine inandırdıktan bir süre sonra, kadın ismiyle açtığı facebook hesabından gönderdiği mesajlarla kadın yönetmen algısı oluşturup, MSN'de kamerasını açmaya ikna ettiği mağdura, dizide oynayabilmesi için fiziğini görmesi gerektiğini ifade etmesinin ve bu yöndeki ısrarının ardından, bir kadınla iletişim kurduğunu zanneden mağdurun üst kısmındaki tüm giysileri ile altındaki pantolonunu çıkarmasını ve yalnızca alt iç çamaşırı kalacak şekilde soyunmasını sağlayıp, aynı zamanda mağdura ait yarı çıplak görüntüyü cep telefonuna kaydettiği olayda; Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.03.2015 tarihli, 2014/14-603-2015/66 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; 14 yaşındaki mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin yarı çıplak görüntüsünü cep telefonu ile kaydeden sanığın cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadına yönelik eylemlerinde, TCK'nın 134/1. madde ve fıkrasında tanımlanan görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini*

da henüz fail tarafından yetişkin bir kişiye ait bu görüntülerin paylaşılması tehdidi (şantaj) gerçekleştirilmemişse, sadece özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır. Etek altı görüntülerinin ya da giyinme kabini veya tuvaletlerde kişilerin mahrem yerlerinin gizlice kayıt edilmesi fiilinin çocuklara karşı gerçekleşmesi durumunda ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçu değil, müstehcenlik (TCK m. 226/3) suçu oluşacaktır⁸⁹.

Cinsel içerikli görüntülerin fail tarafından ele geçirilmesi ya da elde bulundurulması sonrasında, bu görüntülerin istenilen şeyin yapılmaması durumunda fail tarafından paylaşılması tehdidi şantaj suçunu oluşturacaktır. Burada fail mağdurun şeref ve saygınlığına zarar verecek görüntüleri açıklamak tehdidi ile mağduru kendisine veya bir başkasına herhangi bir çıkar sağlamaya zorlamaktadır (TCK m. 107/2). Yargıtay kararlarına yansıyan olaylarda da görüldüğü üzere bu çıkar ekonomik olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir. Örneğin,

ihlal ve aynı Kanununun 105/1. madde ve fıkrasında düzenlenen cinsel taciz suçlarının yanı sıra toplumun sahip olduğu ortak ar ve hava duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki müstehcen görüntüyü içeren ürünün üretiminde 18 yaşından küçük mağdur çocuğun ver almasından dolayı TCK'nın 226/3-1. madde, fıkra ve cümlesinde tanımlanan müstehcenlik suçunun da oluştuğu gözetilerek, sanığın, TCK'nın 44. maddesi gereğince daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekirken, mağdurun yaşı ve kaydedilen görüntünün özellikleri dikkate alınmaksızın, eylem sadece görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilerek, sanığın TCK'nın 134/1. madde ve fıkrası gereğince mahkumiyetine dair yazılı şekilde karar verilmesi,..." Y. 12. CD., T. 04.11.2020, E. 2020/2239, K. 2020/5688.

⁸⁹ "Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.03.2015 tarihli ve 2014/14-603 Esas, 2015/66 Karar sayılı ilamında vurgulandığı üzere TCK'nın 226/3-1.cümlesindeki suçun oluşumu için önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması olup, bu düzenlemede, suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanması aranmamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirilmemektedir. Ayrıca suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu mahiyetteki müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir....sanığın, yaşı küçük mağdurların haberleri olmadan etek altı görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklindeki eylemlerinin, mağduru sayısınca TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşerek TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan açılan davada, şikayet yokluğu gerekçesiyle düşme kararı verilmesi,..." Y. 4. CD., T. 22.12.2021, E. 2021/31435, K. 2021/29897; Aynı yönde Y. 12. CD., T. 21.03.2018, E. 2017/5846, K. 2018/3217; Y. 18. CD., T. 13.03.2018, E. 2015/45221, K. 2018/3497.

arkadaşlığı ve ilişkiyi devam ettirme⁹⁰, ekonomik çıkar sağlama (para isteme)⁹¹ ya da birliktelik yaşama⁹² gibi çıkarlar söz konusu olabilmektedir.

Nihayet cinsel içerikli şantaj sonrasında fail tarafından istenilen şeyin yapılmaması durumunda mağdurun cinsel içerikli görüntülerinin 3. kişilerle paylaşılması halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134/2) oluşacaktır⁹³.

2. Flört Partneri ile İlgili Olarak Sahte Cinsel İçerikli Görüntü Üretme ve Paylaşma: “Deepfake”

Deepfake teknolojisi kişilerin yüzlerini dijital olarak bir başkasının yüzüne yerleştirerek (montajlayarak) rıza dışı porno görüntüler üretilmesini sağlayan teknolojinin adıdır⁹⁴. Günümüzde makine öğrenimi teknolojileri, insanların yüzlerinin ve seslerinin gerçek pornografiye monte edildiği “deep-fake (sahte)” cinsel içerikli videoların üretilmesi için kullanılmaktadır. Deep-fake teknolojisi, dijital bütün üzerinden kimlik oluşturulmasını sağlar. Sonuç olarak çürütülmesi giderek zorlaşan gerçekçi görünen video veya ses kayıtları oluşturulmaktadır⁹⁵.

Günümüzde dijital alanda cinsel mahremiyetin ihlali yöntemleri⁹⁶ arasında yer alan deepfake teknolojisi ile üretilmiş videolar, teknoloji uzmanları tarafından intikam pornosunun geleceği olarak belirtilmektedirler⁹⁷. Cinsel mahremiyet, insan iradesinin ve cinsel özerkliğin

⁹⁰ “olayda, mağdur ...'nın görüntülerinin sanıkta olduğunun tespit edildiği, sanık tarafından mağdureye gönderilen mesaj içeriklerinde ise “... bu görüntülerin herkes tarafından izlensin...” şeklinde beyanlarda bulunarak görüntüleri yayacağını belirtip şantaj yoluyla arkadaşlığını ve ilişkiyi devam ettirmeye çalışarak yarar sağlamaya çalıştığı anlaşılmakla, sanığın bir yarar sağlamak amacıyla değil mağdurla arkadaşlığının devam etmesi amacıyla bu mesajları yazdığı şeklinde dosya içeriğine uymayan ve yerinde olmayan gerekçe ile şantaj suçundan yazılı şekilde hüküm tesisi,...” Y. 4. CD., T. 21.10.2020, E. 2016/17882, K. 2020/13039; Y. 12. CD., T. 13.01.2021, E. 2019/5035, K. 2021/215; Y. 12. CD., T. 27.01.2021, E. 2020/871, K. 2021/736.

⁹¹ Y. 15. CD., T. 17.03.2020, E. 2017/30219, K. 2021/3104; Y. 4. CD., T. 10.06.2021, E. 2018/4386, K. 2021/18918; Y. 4. CD., T. 20.01.2021, E. 2017/19680, K. 2021/1644; Y. 4. CD., T. 18.01.2021, E. 2017/21718, K. 2021/1217.

⁹² Y. 4. CD., T. 25.11.2020, E. 2017/18626, K. 2020/18067.

⁹³ Aynı yönde Y. 4. CD., T. 09.11.2021, E. 2019/2286, K. 2021/26683; Y. 12. CD., T. 10.03.2021, E. 2019/4532, K. 2021/2455.

⁹⁴ WILKERSON, s. 329; Benzer bir tanıma göre “Deepfake”, “eldeki verilerden derin öğrenme tekniği kullanılarak, gerçek olmamasına rağmen gerçeğe çok yakın görüntü, video ve ses biçimindeki içeriklerin üretilmesi faaliyeti ve bu faaliyet sonucu üretilen içeriklerin” genel adıdır. Bkz. BABAYİĞİT, s. 655. Yazara göre terim, “derin öğrenme teknolojisinin kullanımıyla sahte içerik oluşturma”, “derin öğrenme teknolojisinin kullanımıyla oluşturulan sahte içerik”, “ileri sahtecilik”, “derin taklit”, “derin hile”, “derin sahtecilik” ve “dip düzmece” gibi ifadelerle Türkçe’ye çevrilebilir. Bkz. BABAYİĞİT, s. 656-657, dp. 3.

⁹⁵ CITRON, s. 1921.

⁹⁶ Öğretide cinsel mahremiyetin dijital alanda ihlali yöntemleri şu şekilde ayrılmaktadır: 1. Dijital röntgençilik, 2. Etek altı fotoğraflar, 3. Cinsel içerikli şantaj (*sextortion*), 4. Rıza dışı pornografi ve 5. Deep-fake seks videoları. Bkz. CITRON, s. 1908.

⁹⁷ WILKERSON, s. 329.

uygulanması için esas niteliğinde bir ilkedir. Bireylerin mahrem yaşamlarının sınırlarını belirlemelerini sağlar. Cinsel mahremiyet ile bireyler, çıplak bedenlerinin görüldüğü, kaydedildiği, fotoğraflandığı veya sergilendiği kapsamı belirler. Bu anlamda kişiler mahrem bilgilerinin ne ölçüde ifşa edileceğine, yayınlanacağına veya gösterileceğine kendileri karar vermelidir. Başka birine cinsel yönelimi, cinsiyeti veya cinsel geçmişi hakkında bilgi verme ya da vermeme ancak kendi tasarruflarında kalması gereken bir konudur⁹⁸.

Deep-fake ile üretilmiş cinsel içerikli videolar, mahrem görüntülerin rıza dışı ifşa edilmesinden farklıdır; çünkü aslında bir mağdurun gerçek çıplak vücudunu göstermemektedir. Yayınlanan kişilerin gerçek genital bölgelerini ya da mahrem kalması gerekli vücut bölgelerini göstermese dahi deepfake videoları yine de insanların cinsel ve mahrem kimliklerinin kontrolünü ele geçirmektedir⁹⁹. Rıza dışı pornografi gibi, deep-fake videoları da insanların cinselliği üzerinde hâkimiyet kurarak, rızaları olmaksızın bu kimliklerini başkalarına teşhir eder¹⁰⁰. Bireyleri genitale, göğüslere, kalçalara ve anüslere indirgeyerek bireyin kendi eseri olmayan bir cinsel kimlik yaratırlar. Bu anlamda cinsel içerikli deep-fake videoları, insanların mahrem kimliklerini yalnızca kendilerinin paylaşabilecekleri veya paylaşmama iradesi gösterebilecekleri algısının bir ihlalidir¹⁰¹. Teknoloji temelli gerçekleştirilen bu sahte videolar, flört ilişkisi içinde olan ya da öncesinde flört ilişkisi yaşamış kişiler için dijital şiddet uygulama aracı haline gelebilmektedir¹⁰².

Deep-fake videoları üretme fiillerinin Amerika' nın bazı eyaletlerinde suç olarak cezalandırılmış olduğu söylenebilir. Örn. Kalifornia Ceza Kanununun “Sahte Kimlik ve Hileler” başlıklı 8. Bölümü § 528.5(a)’ya göre, bir kişiye zarar vermek, korkutmak, tehdit etmek ya da dolandırmak amacıyla bilerek bir internet sitesinde ya da Internet sitesi aracılığıyla veya herhangi bir elektronik yolla gerçek bir kişinin kimliğine bürünmek (onu taklit etmek) suç olarak düzenlenmiştir¹⁰³.

⁹⁸ CITRON, s. 1882.

⁹⁹ CITRON, s. 1921.

¹⁰⁰ CITRON, s. 1921.

¹⁰¹ CITRON, s. 1921.

¹⁰² Eski yakın partnerler de deep-fake yöntemine maruz kalabilmektedir. Bir Reddit kullanıcısının, şu soruyu sorduğu aktarılmaktadır: “Eski kız arkadaşımın bir porno videosu yapmak istiyorum. Onunla çektiğim yüksek kaliteli bir videom yok ama bir sürü iyi kalite fotoğrafım var.” Bir Discord kullanıcısı ise, liseye birlikte gittiği bir kızın Instagram ve Facebook hesaplarından alınan yaklaşık 380 fotoğrafını kullanarak “oldukça iyi” bir video yaptığımı açıklamıştır. Bkz. CITRON, s. 1922.

¹⁰³

https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=13.&part=1.&chapter=8.&article= (Erişim Tarihi: 10.08.2022).

Fail tarafından deepfake teknolojisi ile üretilen cinsel içerikli görüntülerin yaratılması ve yaratılan görüntülerin sanal ortamlarda paylaşılması gibi fiillerden doğan ceza sorumluluğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Öğretide haklı olarak deepfake yöntemi ile gerçeğe yakın bir görüntünün üretilebilmesi için, yüzü ve sesi cinsel içerikli bir görüntüye eklenecek olan kişinin gerçek fotoğraflarına ve ses kayıtlarına ilişkin olabildiğince fazla verinin toplanmış olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴. Bu kapsamda kişinin özellikle gerçek fotoğraflarının elde edilme şekli failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Kişinin deepfake teknolojisi ile sahte video üretmekte kullanılacak fotoğrafları, gündelik yaşamını sürdürürken fail tarafından gizlice çekilmişse, bu durum mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğinden TCK m. 134/1’ de yer alan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşacaktır¹⁰⁵. Mağdurun özel hayatına ilişkin fotoğrafı ya da sesini içeren kayıtlar, “kişisel veri” olma özelliğine sahip olsa da, bu nitelikteki kişisel verilerin kaydedilmesi ya da ifşası gibi fiiller özel olarak TCK m. 134/1 ve 2’ de düzenlendiğinden bu fiiller nedeniyle TCK m. 135 ve 136’ da yer alan kişisel verilerin kaydedilmesi ya da yayılması suçu oluşmayacaktır¹⁰⁶. Yargıtay mağdurun daha önce rızası ile yayımladığı fotoğraflar ile ilgili bir kararında, özel hayat ile ilgili olarak “*mağdurun başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği*” fotoğraf vurgusunu yaparak, bu nitelikte olmayan fotoğrafların ele geçirilmesi ya da verilmesi fiillerini TCK m. 136’ da yer alan kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ya da ele geçirme suçu olarak değerlendirmiştir¹⁰⁷. Belirtilen şekilde özel hayata ilişkin öğeler içermeyen fotoğrafların fail

¹⁰⁴ BABAYİĞİT, s. 667.

¹⁰⁵ “...Mağdur ...’in bindiği halk otobüsündeki tekli yolcu koltuğunda oturan Suriye uyruklu sanık ...’ın, kamera fonksiyonunu aktif hale getirdiği cep telefonunun çekim yönünü, yakınında ve ayakta duran 19 yaşındaki mağdura doğru odaklayarak, mağdurun bilgisi dışında fotoğraflarını çektiği esnada, aynı otobüste yolcu olarak bulunan tanık Aslı’nın mağduru uyarmasının ve durumun kolluğa ihbar edilmesinin ardından, sanığa ait cep telefonunda mağdurun arkadan görüntülediği 4 adet fotoğrafın tespit edildiği iddialarına dayalı olarak sanık hakkında TCK’nın 134/1. maddesindeki görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan kamu davası açıldığı olayda...” Y. 12. CD., T. 10.03.2021, E. 2019/10269, K. 2021/2454.

¹⁰⁶ Yargıtay da kararlarını aynı yönde vermektedir: “...bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, “kişisel veri” olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi TCK’nın 134/1. madde ve fıkrasının 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması TCK’nın 134/2. madde ve fıkrasında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesi, yasal anlamda, TCK’nın 136/1. madde ve fıkrası kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez.” Y. 4. CD., T. 11.03.2021, E. 2020/11581, K. 2021/8890.

¹⁰⁷ “Daha önce mağdurun bilgisi ve rızası dahilinde yayımlandığı anlaşılan mağdurun günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resimleri, mağdurun başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına ilişkin görüntüler olarak kabul edilemeyeceğinden, mağdurun kişisel veri niteliğindeki resimlerini ve cep telefonu numarasını, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle yayımlayan sanığın eyleminin, TCK’nın 136/1. madde ve fıkrasında

tarafından ele geçirilmesi durumunda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suçunu oluşturacaktır.

Deepfake yöntemi ile cinsel içerikli görüntü üretmek için belirli bir bilgisayar programının kullanılması durumunda her ne kadar TCK m. 245/A' da düzenlenen yasak cihaz veya program bulundurma suçu akıllara gelse de, söz konusu suçta belirtilen hareketin ancak bilişim alanında işlenen suçlar ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların işlenmesi için gerçekleştirilmesinin aranması nedeniyle TCK m. 245/A' da yer alan suç oluşmaz¹⁰⁸. Nitekim fail deepfake ile sahte görüntüleri üreten programı bilişim suçlarını işlemek için değil, dijital şiddet teşkil eden cinsel şantaj, hakaret ve benzeri suçları işlemek için kullanmakta ve bulundurmaktadır.

Deepfake yöntemi ile üzerinde mağdurun yüzünün montajlanacağı müstehcen görselde çocuk, temsili çocuk görüntüleri veya çocuk gibi görünen kişiler varsa ya da şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar mevcutsa, görselin niteliğine göre müstehcenlik suçu (TCK m. 226/3-4) oluşacaktır. Bu görsellerin orijinal halinin bulundurulması zaten başlı başına müstehcenlik suçunu oluşturacağından, deepfake ile sahte üretilen görselin ayrıca bulundurulması önem arz etmeyecektir.

Kanımızca deepfake yöntemi ile cinsel içerikli görüntülere 3. kişilerde gerçek algısı yaratacak şekilde bir kişinin fotoğrafının ve ses kaydının montajlanması ve bu görüntülerin sanal ortamda (Internet, sosyal medya vb.) paylaşılması durumunda, bu kişiye karşı kişinin şeref ve haysiyetine saldırı teşkil eden “cinsel içerikli görüntüde yer aldığı” somut fiili ve olgusu isnat edilmiş olacaktır¹⁰⁹. Bu durumda TCK m. 125/4'te yer alan alenen hakaret suçu oluşacaktır¹¹⁰. Ancak bu fiil yukarıda da belirtildiği üzere aynı zamanda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması suçunu oluşturduğundan farklı neviden fikri içtima ilişkisi gereği cezalandırma en ağır ceza gerektiren suçtan, yani kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma

tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden,...” Y. 12. CD., T. 23.12.2020, E. 2020/2234, K. 2020/7459.

¹⁰⁸ Aynı yönde BABAYİĞİT, s. 666.

¹⁰⁹ Öğretide bu durumda yeni bir suç tipi olarak cinsel içerikli görüntüleri rızaya aykırı olarak ifşa etme, yayma, erişilebilir kılma veya üretme suçunun düzenlenmesi gerektiği ve “deepfake” teknolojisi aracılığıyla üretilen cinsel içerikli görüntülerin bu suçun konusunu oluşturduğu savunulmaktadır. Bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 102, 115-116. Yazarın önerdiği yeni suç tipine göre “deepfake” yoluyla sahte oluşturulan görseller, cinsel içerikli görüntülerin üretilmesi seçimlik hareketini oluşturmaktadır. Ayrıca yazarın önermiş olduğu suç tipinde failin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlı tutulmuştur. Bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 142-143.

¹¹⁰ Aynı yönde BABAYİĞİT, s. 671.

suçundan (TCK m. 136) gerçekleştirilecektir. Yargıtay bir kararında benzer yaklaşımla önceden duygusal ilişki yaşadığı bir kişinin ismini ve fotoğrafını profil resmi olarak kullanıp, oluşturduğu sahte sosyal medya hesabından cinsel içerikli paylaşımlar gerçekleştirilmesi fiilini hakaret suçu kapsamında değerlendirmiştir¹¹¹. Burada tartışılması gereken bir başka husus ise, failin deepfake yöntemi ile mağdurun fotoğrafını ve sesini montajlayıp ürettiği cinsel içerikli görüntüyü henüz paylaşmadan yakalanmış olmasıdır. Kanımızca bu durumda huzurda ya da gıyapta hakaret teşkil edebilecek bir saldırıya yönelik bir fiil bulunmadığından hakaret suçu oluşmayacaktır. Bu durumda sadece sahte videoda kullanılan fotoğraf, ses kaydı gibi kişisel veri teşkil eden unsurlardan dolayı kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suçu (TCK m. 136) oluşacaktır.

3. Sanal Ortamda Flört Partnerine Rıza Dışı Cinsel İçerikli Yazı ya da Görüntü Yollama: “Sexting”

Cinsel içerikli mesajlaşma (*sexting*), cep telefonları veya internet üzerinden çıplak veya yarı çıplak fotoğraflar dâhil olmak üzere müstehcen mesajlar ve görüntülerin gönderilmesi veya paylaşılması olarak tanımlanmaktadır¹¹². Amerikan Ulusal Kayıp ve İstismara Uğrayan Çocuklar Merkezi’ ne (NCMC) göre bu adlandırma, “gençlerin cinsel içerikli mesajlar yazması, kendilerinin veya akran grubundaki diğer bireylerin müstehcen fotoğraflarını çekerek, bu fotoğrafları ve/veya mesajları akranlarına iletmesini tarif etmektedir”¹¹³. Ancak günümüzde

¹¹¹ “...sanık Hakan'ın, bir süre cinsel yakınlık boyutuna varacak düzeyde arkadaşlık ilişkisi içerisinde olduğu katılan Banu tarafından arkadaşlıklarına son verilmesine tepki olarak, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde üyelik işlemleri yapıp, katılan adına oluşturduğu sahte hesapta, katılanın rızası dahilinde çekilmiş resmini, profil fotoğrafı olarak kullandığı ve bu hesap üzerinden başka kişilere ait müstehcen görüntüleri yayınladığı iddia ve kabulüne konu olayda, Katılanın başını ve yüzünü gösteren, günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resminin, özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması karşısında, katılanın resmini, isim ve soy ismiyle birlikte hukuka aykırı olarak yayınlayan sanığın TCK'nın 136. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılması; ayrıca, oluşturduğu sahte hesapta, katılan tarafından yayınlanıyor algısı doğuracak şekilde cinsel içerikli görüntülere yer vererek, katılanın, onur, şeref ve saygınlığını rencide eden sanığın TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle sanık hakkında TCK'nın 134/2. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,... Bozmayı gerektirmiş olup,...” Y. 12. CD., T. 20.05.2014, E. 2013/22544, K. 2014/12128.

¹¹² SWEENEY, s. 103. ‘Cinsel içerikli mesajlaşma (*sexting*)’ teriminin ilk adlandırma açısından geçmişte Kanadalı bir haber basını olan The Globe and Mail’ in 2004 yılında ünlü futbolcu David Beckham ve asistanı arasındaki müstehcen metin mesajlarının tanımlandığı haberlere dayandığı belirtilmektedir. Bkz. MINOR, s. 309. Ayrıca bazılarında göre cinsel içerikli mesajlaşma (*sexting*) terimi Birleşik Krallık basınının ortaya attığı bir kavramdır. Diğer kişilere göre ise, terim önceleri cep telefonları üzerinden yazı temelli cinsel yazışmaları işaret etmekten, günümüzde cinsel içerikli fotoğrafların gönderilmesi olarak kullanılmaktadır. Bkz. GILLESPIE, s. 624. Öğretide müstehcen yazışmaların sadece cep telefonları ile yapılmasının “sexting” olarak ifade edildiği tanımlamalar da bulunmaktadır. Bkz. WEBB, s. 80. “Sexting” teriminin gençler ve ebeveynleri açısından tanımlamaları için bkz. MULDAVIN, s. 431-434.

¹¹³ WEBB, s. 80.

cinsel içerikli mesajlaşma (*sexting*) kavramı gençler arasındaki mesajlaşma ile sınırlı bir kavram olarak değil, yetişkinler de dâhil olmak üzere tüm kişiler arasındaki cinsel içerikli mesajlaşmaları kapsar şekilde kullanılmaktadır¹¹⁴. Dikkat edilecek olursa cinsel içerikli mesajlaşmada söz konusu olan cinsel içerikler (yazışma, görseller), gönderen kişinin kendi kendine üretmiş olduğu içerikler de olabilecektir. Bu anlamda kişi kendi üretmiş olduğu cinsel içerikteki metni ya da çıplak, yarı çıplak veya cinsel davranış içeren görseli duygusal ilişki yaşadığı kişiye “özel mesaj ya da fotoğraf” olarak göndermektedir¹¹⁵. Öğretide kişinin kendisini temsil eden cinsel içeriği, videoyu veya fotoğrafı paylaşması durumu “*birincil ‘sexting’*” olarak adlandırılmaktadır¹¹⁶. Başka bir kişinin ilettiği veya ürettiği cinsel içerikli materyalin aktarılması materyalin yayılmasına neden olunması ise “*ikincil ‘sexting’*” olarak adlandırılmaktadır¹¹⁷.

Dijital medya çağında, reşit olmayanlar arasında cinsel içerikli mesajlaşma büyük ölçüde sosyal etkileşim biçimi haline geldiğinden, bu kişiler arasındaki cinsel içerikli mesajlaşmaların suç soruşturması ya da kovuşturması konusu olması potansiyelinin de arttığı söylenebilecektir. Bir araştırmaya göre gençlerin en az yüzde yirmisinin çıplak veya yarı çıplak fotoğraf ve videolarını gönderip paylaştığı söylenmektedir¹¹⁸. Özellikle cinsel içerikli mesajlaşmaya konu olan yazışmalar ya da görüntülerin siber zorbalıkta, cinsel içerikli şantajda ya da flört istismarında kullanılabilmesi, içeriğin sanal ortamda uzun süreler kalabilmesi bu eylemlerin çocuklar üzerinde ciddi psikolojik zarara yol açmasına neden olabilmektedir¹¹⁹.

ABD’ de Arkansas, Connecticut, Florida, Louisiana, New Jersey, Rhode Island, Güney Dakota, Vermont ve Batı Virginia dâhil birkaç eyalet “cinsel içerikli mesajlaşma” ile ilgili bir hükmü kanunlarına eklemiştir¹²⁰.

Florida’ nın cinsel içerikli mesajlaşma yasası, cinsel siber taciz kapsamında bir başkasının kasıtlı ve kötü niyetli cinsel siber tacizi olduğunu belirtmektedir. “*Cinsel siber taciz, ciddi bir duygusal sıkıntıya neden olma niyetiyle, meşru bir amaç olmaksızın müstehcen bir görüntü yayınlamak anlamına gelir.*”¹²¹

¹¹⁴ GILLESPIE, s. 624; AKSOY RETORNAZ, s. 17.

¹¹⁵ GILLESPIE, s. 624.

¹¹⁶ AKSOY RETORNAZ, s. 17.

¹¹⁷ AKSOY RETORNAZ, s. 18.

¹¹⁸ MINOR, s. 310.

¹¹⁹ MULDAVIN, s. 444 vd.

¹²⁰ MINOR, s. 318-319.

¹²¹ MINOR, s. 319.

Çocuğun cinsel anlamda sömürsünün önlenmesi için birçok ülke cinsel içerikli görüntülerde çocuğun kullanılmasını, bu içerikli görüntülerin üretilmesi, paylaşılması ya da bulundurulması gibi eylemleri ulusal mevzuatlarında suç olarak düzenlemiştir. Bu durum da cinsel içerikli mesajlaşma eylemlerine konu olan yazışma ve görsellerin çocuk pornografisi olarak cezalandırılabilir eylemler şeklinde değerlendirilmesine yol açmaktadır. Örneğin ABD’ de on yedi yaşında birisinin kendisinin müstehcen bir fotoğrafını çekmesi ve bunu kimse ile paylaşmaması durumunda dahi çocuk pornografisi üretme ya da bulundurma eyleminden suçlu bulunabileceği belirtilmektedir¹²². ABD’ nin Pensilvanya eyaleti Ceza Kanununun “Cinsel içerikli görüntülerin küçük tarafından iletilmesi” başlıklı § 6321/(a)/1’e göre, kendisinin cinsel içerikli görüntüsünü içeren elektronik iletişimi bilerek ileten, yayan, yayınlayan ya da dağıtan küçük suç işlemiş sayılmaktadır¹²³. Aynı Kanun § 6321/(a)/2’ye göre ise, küçük bilerek 12 yaşında veya daha büyük bir küçüğün cinsel içerikli görüntüsünü bulundurur ya da bilerek görüntülerse suç işlemiş sayılmaktadır. Söz konusu Kanunun “Tanımlar” başlıklı § 6321/(g)’ye göre, küçük on sekiz yaşının altındaki kişileri belirtmektedir.

Birleşik Krallık’ ta Çocukların Korunması Kanunu 1978, bölüm 1, 1/a’ya göre, bir çocuğun herhangi açık saçık fotoğrafının ya da sözde/sahte/düzmece fotoğrafının alınması, alınmasına müsaade edilmesi ya da üretilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanun 1/b’ye göre aynı görsellerin yayılması ya da gösterilmesi, 1/c’ye göre başkaları tarafından yayılması ya da gösterilmesi amacıyla bu görsellerin bulundurulması, 1/d’ye göre reklam veren tarafından bu görsellerin yayıldığı, gösterildiği şeklinde anlaşılacak şekilde reklamın yayınlanması ya da yayınlanmasına neden olunması suç olarak düzenlenmiştir¹²⁴. Bu eylemler çerçevesinde söz konusu Kanun dikkate alındığında İngiltere ve Galler ülkelerinde bir gencin kendi cinsel içerikli görüntülerini alması ve bunu bir başkasına yollaması durumunda potansiyel olarak belirtilen suç çerçevesinde suçlu sayılması riski bulunduğu belirtilmektedir¹²⁵. Bu durum ise gençlerin cinsel kimliklerini ifade etme özgürlüğünün olup olmadığı tartışmalarını Avrupa İnsan Hakları

¹²² SWEENEY, s. 105.

¹²³

<https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=18&div=0&chpt=63§n=21&subsectn=0> (Erişim Tarihi: 29.07.2022).

¹²⁴ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/37> (Erişim Tarihi: 29.07.2022).

¹²⁵ GILLESPIE, s. 631.

Sözleşmesi m. 10 (ifade özgürlüğü)¹²⁶ ve m. 8 (özel hayata saygı hakkı)¹²⁷ çerçevesinde gündeme getirmektedir¹²⁸.

Cinsel içerikli mesajlaşma daha çok on sekiz yaş altı kişilerin, yani çocukların sözcüğü olduğu durumlarda ceza hukuku açısından ön plana çıkmaktadır. Zira yetişkin kişilerin duygusal ilişki içinde olduğu kişi ile karşılıklı rıza çerçevesinde cinsel içerikli görüşmesi ya da görüntü yollaması, gönderilen içeriğin TCK m. 226 “Müstehcenlik” suçu ile korunan hukuksal değeri ihlal etmemesi şartıyla suç teşkil etmemektedir. Bu durum bireyin kişiliği ile sıkı sıkıya bağlantılı olan cinsel mahremiyeti ve cinsel özerkliği¹²⁹ konusunda tasarrufta bulunma yetkisinin bir sonucudur. Yetişkin kişilerin tasarruf etme yetkisinin bulunduğu cinsel mahremiyet ve cinsel özerklik konusunda çocukların tasarrufta bulunma hakkının olup olmadığı ya da bu hak varsa çocuğun bu hakka ilişkin hangi sınırlar içinde tasarrufta bulunabileceği konusu tartışmaları beraberinde getirmektedir¹³⁰. Bu sınır çocuklar arasındaki cinsel içerikli mesajlaşma (“*sexting*”) eylemlerinin “çocuk pornografisi” çerçevesinde “müstehcenlik” suçu, özel hayatın gizliliği ya da diğer cinsel suçları oluşturup oluşturmayacağı tartışmasında belirleyici nitelikte olacaktır.

İlk olarak kendi hazırlamış olduğu mesaj ya da kendi görselini kullandığı içerikleri diğer bir çocuğa yollayan çocuk failin eyleminde cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenmesi suçunun oluşup oluşmadığının incelenmesi gerekir. Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için cinsel saldırı boyutuna varmayan, cinsel yönden “*ahlak temizliğine aykırı olarak*” mağduru rahatsız eden herhangi bir cinsel davranışın bulunması gerekmektedir¹³¹. Yargıtay, cinsel saldırı boyutuna varma eşiğine ilişkin değerlendirmenin bedensel (fiziki) temas olup olmamasına göre

¹²⁶ Çocuk pornografisi yasalarından daha az cezayı gerektirse dahi gençler arasındaki cinsel içerikli mesajlaşmayı suç sayan yasaların ifade özgürlüğünü kısıtlayan anayasaya aykırı uygulamalar olduğu belirtilmektedir. Bkz. SWEENEY, s. 105.

¹²⁷ Dudgeon v Birleşik Krallık (Başvuru No: 7525/76, 22.10.1981), AİHM Kararına göre cinsel kimlik, m. 8 (özel hayata saygı hakkı) kapsamında görüldüğünden bu madde çerçevesinde tartışılmıştır. Bkz. GILLESPIE, s. 634-635.

¹²⁸ GILLESPIE, s. 631.

¹²⁹ Cinsel özgürlüğün tasarruf edilebilir nitelikte olması nedeniyle mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı yönünde görüş için bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 497. Aynı yönde bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 333.

¹³⁰ Bu tartışmaya YCGK kararına konu bir olayda da vurgu yapılmaktadır: “...Burada uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için çocukların çıplak bedenlerine ait görüntüler de dahil olmak üzere özel hayatlarına ilişkin olarak her türlü konuda mutlak surette tasarruf özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır.” YCGK., T. 10.06.2014, E. 2013/551, K. 2014/311.

¹³¹ Madde gerekçesine göre, “Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız edilmesinden ibarettir.”

yapılacağını istikrarlı bir şekilde kararlarında belirtmiştir¹³². Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre¹³³, “...Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediği ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı belirlenirken sosyal hayatın gerekleri, tarafların konumları ile aralarındaki ilişki gözetilmeli”dir ve “...şikâyetçi ve sanık arasındaki yaş farkı, sanığın medeni durumu ve taraflar arasındaki sosyal ilişki...” gibi unsurlar da dikkate alınmalıdır. Karşılıklı iki çocuğun rızaya dayalı cinsel içerikli mesaj göndermesi durumunda bedensel temas içeren bir davranışın bulunmadığı açıksa da, bu eylemin muhatap çocuğu rahatsız edici bir davranış olup olmadığı tartışılması gereken bir sorundur. Zira Yargıtay da karşılıklı mesajlaşma ya da görüşmelerde “taciz rahatsız etme” unsurunun ne şekilde oluştuğunun tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹³⁴.

Konu esasen çocuğun cinsel özgürlüğü hakkında tasarrufta bulunma yeteneğinin sınırlarının ne olduğu ile ilgilidir. Türk ceza hukuku sisteminde TCK m. 103 (çocukların cinsel istismarı) ve TCK m. 104 (reşit olmayanla cinsel ilişki) düzenlemeleri dikkate alındığında 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun cinsel ilişki boyutuna varmamak koşuluyla cinsel özgürlüğü konusunda tasarruf yeteneğinin bulunduğu söylenebilir¹³⁵. Bu açıdan cinsel içerikli bir mesajı ya da cinsel içerikli kendi görüntüsünü karşılıklı rıza ile yollayan ya da benzer içerikteki mesajı alan 15 yaşını doldurmuş çocukların gerçekleştirmiş oldukları eylemlerde cinsel taciz suçu oluşmayacaktır. Ancak bu içeriklerin 15 yaşını doldurmamış çocuğa gönderilmesi durumunda kanımızca içeriğin objektif olarak “rahatsız edici” biçimde nitelendirilmesi ve cinsel taciz suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Örneğin 16 yaşında bir çocuğun kendi müstehcen görüntüsünü alıp, bu görüntüyü 14 yaşındaki arkadaşına onun rızası ile de olsa göndermesi, cinsel açıdan “rahatsız edici” davranış olarak kabul edilmeli ve cinsel taciz suçunun oluştuğu sonucuna varılmalıdır¹³⁶. 14 yaşında bir çocuğun kendi müstehcen

¹³² Y. 14. CD., T. 17.11.2020, E. 2016/4987, K. 2020/5046; Y. 14. CD., T. 12.10.2020, E. 2016/3632, K. 2020/3936; Y. 14. CD., T. 09.12.2019, E. 2016/5777, K. 2019/13122.

¹³³ YCGK., T. 04.12.2018, E. 2017/244, K. 2018/601.

¹³⁴ “...katılan ...'a cinsel içerikli mesajlar attığının iddia olunması, sanığın savunmalarında suçları kabul etmeyip katılan ile duygusal arkadaşlık yaptığını ve kendisinin attığı mesajlara karşılık olarak mesajlar aldığını ifade etmesi ve dosya içerisinde yer alan katılanın HTS kayıtlarında, suç tarihinde karşılıklı olarak çok sayıda mesaj atılıp alındığının ve katılanın sanığı toplamda 4 kez telefonla arayıp uzun süreler konuştuğunun anlaşılması karşısında, bu hususlar değerlendirilmeden, "taciz rahatsız etme" ögesinin nasıl oluştuğu tespit edilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile TCK'nın 105/1.maddesi uyarınca sanık hakkında cinsel taciz suçundan hükümlülük kararı verilmesi,...” Y. 4. CD., T. 19.10.2017, E. 2016/11510, K. 2017/22787.

¹³⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 474. Aynı yönde YCGK. T. 10.06.2014, E. 2013/551, K. 2014/311.

¹³⁶ “Sanığın, internet üzerinden irtibat kurduğu 14 yaşındaki mağdureyle cinsel içerikli yazışmalar yaptığı, ona cinsel ilişki teklif ettiği olayda; mevcut hâliyle bedensel temas içermeyen eylemlerin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden,...” Y. 6. CD., T. 19.02.2020, E. 2017/1556, K. 2020/722.

görüntüsünü alıp, bu görüntüyü 16 yaşındaki arkadaşına onun rızası ile de olsa göndermesi durumunda ise cinsel taciz suçunun oluşmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Aynı değerlendirme “özel hayatın gizliliği suçu” açısından da yapılabilir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında 15 yaşından küçük çocuğun çıplak bedeninin çocuğun rızası ile alınması durumunda, mağdurun üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hakkın bulunmadığına vurgu yapmıştır¹³⁷. Söz konusu olayda ayrıca 14 yaşındaki bir çocuğun müstehcen fotoğrafının üretilmesi ve bulundurulması eylemleri açısından TCK m. 226 “müstehcenlik” suçunun tartışılması gerekmektedir. Bu eylem nedeniyle şayet müstehcenlik suçunun da oluştuğu söylenebilirse, belirtilen suçlar ile müstehcenlik suçu farklı neviden fikri içtima ilişkisine girecektir.

Belirtilen tartışmalar da dikkate alındığında 15 yaşından küçük bir çocuğun herhangi bir çıplak fotoğrafının ya da cinsel ilişkisini içeren bir görselin üretilmesi durumunda müstehcenlik suçunun oluşup oluşmadığının üzerinde durulması gerekmektedir. TCK m. 226/3’ te müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 226/3, 2. cümleye göre aynı nitelikteki ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışı arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması veya bulundurulması eylemleri de suç olarak düzenlenmiştir. Müstehcenlik suçu ile korunan hukuksal değer¹³⁸ ve suçun TCK sistematığında “Topluma Karşı Suçlar” kısmının “Genel Ahlak Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi dikkate alındığında bu suçta çocuğun belirtilen eylemlere rızasının eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği söylenmelidir. Benzer sonuca içeriğini kendisinin oluşturduğu “müstehcenlik” teşkil eden ürünü bizzat kendisi üreten 15 yaşını doldurmamış çocuk açısından da ulaştırılması gerekmektedir. Müstehcenlik suçunun mağduru toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu için¹³⁹,

¹³⁷ “...Sanığın suç tarihinde cinsel ilişkiye girdiği 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak bedenini kendi rızası dahilinde cep telefonu kamerasıyla çekip kaydetmesi eyleminde, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleştirilmiş olsa bu eylem TCK’nun 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmakta olup sanığın cinsel ilişki sırasında mağdurenin bedenini görüyor olması da, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.” YCGK., T. 10.06.2014, E. 2013/551, K. 2014/311.

¹³⁸ Öğretide bu suçla korunan hukuksal değer, “genel ahlakın korunması bağlamında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocuk cinselliğinin istismarının, açıkçası çocuğun seks aracı, cinsel nesne olarak kullanılmasının, kısacası ‘çocuk pornografisinin’ önlenmesine ilişkin ferdi-kamusal yarar” olduğu belirtilmektedir. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 341. Diğer bir görüş ise, bu suçla korunanın çocuk hakları olduğu ve bu nedenle suçla çocuğun korunmasının amaçlandığı söylenmektedir. Bu görüşe göre, çocuğun pornografik bir ürünün ya da benzer bir fiilin konusu olmasının da engellenmek istenmiştir. Diğer taraftan çocuğun cinsel istismara karşı korunması da sağlanmak istenmiştir. Suç ile çocuğun korunması amacıyla aynı zamanda genel ahlak da korunmaya çalışılmaktadır. Bkz. ÖZBEK, s. 118-121.

¹³⁹ Hafizoğulları/Özen’ e göre, bu suçun mağduru kanunen genel ahlakı korumakla görevli kılınan kamu idareleri yanında, cinsel nesne olarak kullanılan çocuk veya çocuklardır. Bkz. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN,

15 yaşını doldurmamış çocuğun kendisine ait müstehcen içeriği üretmesi durumunda fail ile mağdur sıfatının aynı kişide birleşmesi durumu söz konusu olmayacaktır¹⁴⁰. TCK m. 226/3' deki düzenlemeye bakıldığında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması yasaklanmıştır. Çocuk kavramı, TCK m. 6/1-b' de henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. O halde 17 yaşındaki bir çocuğun kendi telefonu ile müstehcen nitelikteki kendi fotoğrafını oluşturması/yaratması/mevdana getirmesi bu suç tanımına uyacaktır. Söz konusu bu eylemin çocuk pornografisi ile eşdeğer tutulması ve ceza hukuku yönünden aynı sonuca bağlanması kanımızca yerinde değildir. 17 yaşındaki çocuğun eyleminde Yargıtay kararlarında da vurgu yapılan toplumun ortak edep ve ahlak temizliğine yönelik açık bir saldırı niteliği olmadığı, özellikle çocukların bu davranışın zararlı etkilerinden korunmasının gerekmemesi nedeniyle suçun oluşmadığının söylenmesi gerekmektedir¹⁴¹. 17 yaşındaki bir çocuğun kendine ait müstehcen içerikli bir fotoğrafı ürettikten sonra, bu fotoğrafı duygusal ilişki yaşadığı flört partnerine yollaması durumunda bu kişi de belirtilen nitelikteki ürünü bulundurduğu için TCK m. 226/3, 2. cümledeki suçu işlemiş sayılacaktır. Kanımızca bu durumda ilgili fotoğrafı bulduran kişinin eyleminin de çocuk pornografisi bulundurma eylemi ile eşdeğer tutulması yerinde olmayacaktır¹⁴².

Çocuğun kendi cinsel içerikli görüntüsünü üretmesi ve bu görüntüyü kendi gibi bir başka çocukla paylaşması eylemlerinin “müstehcenlik suçu” çerçevesinde cezalandırılmaması gerekliliği Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi (*Lanzarote Sözleşmesi*) Komitesi tarafından da dile getirilmiştir¹⁴³. Komiteye göre, “sexting” konusunda çocuğun yüksek yararının her zaman göz önünde tutulması

s. 341. *Gökcan/Artuç*’ a göre, bu suçun mağduru 18 yaşını tamamlamamış kimseler olan çocuklardır. Bkz. GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt 5, s. 7525.

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 124.

¹⁴¹ Ancak Yargıtay 15 yaşını doldurmuş çocuklara ait çıplak görüntülerin de TCK m. 226/3' deki müstehcenlik suçunun konusunu oluşturabileceğini belirtmektedir: “...suça sürüklenen çocuk ...’den ele geçen görüntülere ilişkin bilirkişi raporunda, 16 yaşında olan katılan ...’a ait cinsel içerikli fotoğraflar olduğunun belirtilmesi karşısında, iddianamede suça sürüklenen çocuk ...’nin yaşı büyük ve soruşturması ayrı yürütülen ..., mağdure ... çıplak görüntülerini almasını ve kendisine vermesini söylediği, yaşı büyük ...’ın bu görüntüleri ... isteği ile çektiği ve çıplak görüntüleri ... telefonuna gönderdiği şeklinde anlatılan eyleminin TCK’nın 226/3. maddesinin ilk cümlesinde tanımlanan müstehcenlik suçunu oluşturduğu, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan açılan davada değişen bu suç vasfı nedeniyle müstehcenlik suçundan ek savunma hakkı tanınarak yargılamaya devamla hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan beraat kararı verilmesi,...” Y. 18. CD., T. 15.11.2018, E. 2018/6751, K. 2018/15084.

¹⁴² Bu haksız sonucun önüne geçebilmek için, öğretilerde yeni suç tipi olarak düzenlenmesi gerekli olan “*Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme*” suçunun çocuk fail tarafından işlenmesi durumunda suçun şikâyete tabi olması gerektiği önerilmiştir. Bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 142-143.

¹⁴³ AKSOY RETORNAZ, s. 53.

gerekmektedir. Bu nedenle çocukların sadece özel kullanımları için kendileri tarafından cinsel içerikli görüntülerin oluşturulması, paylaşılması ve bulundurulmasının “çocuk pornografisi üretimi, bulundurulması, sunulması, dağıtılması, iletilmesi, tedarik edilmesi veya bilerek erişim sağlanması” anlamına gelmediğinin altının çizilmesi gerekmektedir. Komiteye göre, cinsel içerikli görüntüler çocuklar tarafından oluşturulduğunda, çoğu durumda bu çocukların manipülasyon veya zorlamaya maruz kalmış mağdurlar olduğu göz önünde bulundurularak bu çocukları cezalandırmak yerine, bu tür davranışların sonuçları konusunda eğitmeye ve kendilerini nasıl koruyacaklarını öğretmeye odaklanılmalıdır. Çocuklar gizli kalması amaçlanan cinsel görüntüleri ve videoları bilerek ifşa ederlerse, yalnızca son çare olarak “çocuk pornografisi” ile ilgili kasten işlenen suçlar nedeniyle işlem yapılmalı ve zararlı davranışların giderilmesine yönelik eğitim ve tedavi amaçlı tedbirler uygulanmalıdır¹⁴⁴.

Salt çıplak ya da yarı çıplak fotoğrafın başlı başına “müstehcen” sayılıp sayılmayacağı tartışması¹⁴⁵ bir tarafa bırakılacak olunursa, Yargıtay kararlarında çocuğun etek altı görüntülerinin alınması¹⁴⁶, çıplak fotoğraflarının şantajla ele geçirilmesi¹⁴⁷, sosyal medyadan arkadaşlık kurarak üst kısmı çıplak fotoğrafını göndermesinin sağlanması¹⁴⁸, MSN’ de görüntülü sohbet yaptıkları esnada çocuğun kıyafetini yukarıya doğru kaldırmasını sağlayarak göğüslerini gösteren fotoğraflarının gizlice çekilmesi¹⁴⁹, cep telefonu ile tamamen çıplak ve

¹⁴⁴ Aktaran AKSOY RETORNAZ, s. 53.

¹⁴⁵ Öğretide çıplaklığın her zaman müstehcen nitelikte olmayacağı belirtilmektedir. *Hafizoğulları/Özen*’ e göre, çocukların çağın eğitsel gereklerine uygun olarak cinsellik karşısında korunması hariç; iğrenç, tiksindirici, aşağılayıcı, ayırıcı olmadıkça ve insanlığın kazanımı evrensel insani değerleri zedeledikçe, hangi form altında olursa olsun, cinselliğin her türlü ifadesinin bir yasağın konusu yapılmaması, yani müstehcen sayılmaması gerekir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 329. Müstehcenlik “topluma hakim olan ortak edep duygularının incitilmesi, her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine saldırılması şeklinde ortaya çıkmakta ve cinsel arzuları tatmine yönelen ve cinselliği tahrik ve istismar eden davranışlarla belirlenmektedir”. Bu tanım uyarınca “çıplaklık” her zaman müstehcen nitelikte değildir. Tartışmalar için bkz. AKSOY RETORNAZ, s. 94-95; ÖZBEK, s. 45-53; GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt 5, s. 7528-7530. Yargıtay’ a göre, “...Müstehcenlik normatif bir kavram olup toplumdaki topluma değiştiği gibi aynı toplum içinde toplumsal değerlere bağlı olarak da değişikliğe uğramaktadır. Bu kavramın varlığının tespitinde, toplumun belli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, toplumun genelinin ve demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekir. Buna göre suça konu ürünün toplumun ortak edep ve ahlak temizliğine yönelik açık bir saldırı niteliğinde olup olmadığı, özellikle çocukların bu davranışın zararlı etkilerinden korunması gerekip gerekmediği tespit edilip objektif olarak müstehcen olup olmadığı belirlenmelidir...” YCGK., T. 24.03.2015, E. 2014/603, K. 2015/66; “...suça konu ürünün toplumun ortak edep ve ahlak temizliğine yönelik açık bir saldırı niteliğinde olup olmadığı, özellikle çocukların bu davranışın zararlı etkilerinden korunması gerekip gerekmediği tespit edilip objektif olarak müstehcen olup olmadığı belirlenmelidir. Müstehcenlikte kamu yararına, genel ahlak ile sağlığa aykırılık ve tecavüz hâli vardır dolayısıyla cezai önlem ve yaptırım kamu düzeni ve yararı için zorunludur.” YCGK., T. 25.06.2020, E. 2018/461, K. 2020/323.

¹⁴⁶ Y. 4. CD., T. 22.12.2021, E. 2021/31435, K. 2021/29897.

¹⁴⁷ Y. 4. CD., T. 22.12.2021, E. 2021/14728, K. 2021/29898.

¹⁴⁸ Y. 4. CD., T. 15.12.2021, E. 2021/32664, K. 2021/29357.

¹⁴⁹ Y. 12. CD., T. 13.10.2021, E. 2021/5277, K. 2021/6888.

cinsel organı da görüntülenen fotoğraflarının kaydedilmesi¹⁵⁰, cinsel ilişki esnasında görüntülerin kaydedilmesi¹⁵¹, banyoda çıplak görüntülerinin cep telefonu ile çekerek CD' ye kaydedilmesi¹⁵² gibi durumlarda müstehcenlik suçunun oluşacağı belirtilmektedir.

E. Cinsel Sömürü Amacıyla Sanal Ortamda Çocuklarla Flört İlişkisi veya Cinsel Temas Kurmaya Yönelik Davranışlar (Siber Cinsel Uşaklaştırma: “Cyber Sexual Grooming”)

Günümüzde internetin yaygınlaşması ile birlikte özellikle sosyal medya ve bilişim alanı, henüz kendi cinsel mahremiyeti ve cinsel özerkliği konusunda yeterince olgunlaşmamış çocukların cinsel sömürü amacıyla kullanılabilmesi bir alan haline gelmiştir. Sanal alanın gerçek dünyadan bu konuda daha tehlikeli olmasının nedeni, bu alanın kullanıcılara gerçek kimliklerini ve yaşları gibi kişisel özelliklerini gizleyebildikleri elverişli bir anonimlik sağlamasıdır. Bu tehlikelerin başında bilişim alanında gerçekleştirilen çocuklarla flört ilişkisi veya cinsel temas kurmaya yönelik davranışları içeren bir üst kavram olan siber cinsel uşaklaştırma (İng. *cyber sexual grooming*) gelmektedir. Literatürde belirtilen davranışların içerdiği yöntemleri ifade etmek bakımından değişik kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bunlar; “çocuğun cinsel yönden uşaklaştırılması (*child sex grooming*)¹⁵³”, “cinsel uşaklaştırma (*sexual grooming*)¹⁵⁴”, “siber cinsel uşaklaştırma (*cyber sexual grooming*)¹⁵⁵” kavramlarıdır. Kavramın ifade ettiği yöntem ve eylemlere bakıldığında İngilizce “*groom*” kelimesinin uşak olarak çevrilmesi mümkün olduğu gibi, bir kişinin bir iş için yetiştirilmesi ya da hazırlanması anlamına gelen İngilizce (*groom someone for a job*) ifadesindeki anlamıyla da çevrilmesi mümkündür. Zira bu kavramın ve içerdiği yöntemlerin özünde çocuğun cinsel istismar ya da cinsel anlamda sömürülmesi için hazırlanması yer almaktadır¹⁵⁶.

“Çocuğun uşaklaştırılması (*child grooming*)”, cinsel suç faillerinin çocuklarla cinsel sömürü içeren ilişkiyi dikkatli bir biçimde başlatma ve sürdürme sürecini tanımlamak için

¹⁵⁰ Y. 12. CD., T. 07.07.2021, E. 2021/1557, K. 2021/5658.

¹⁵¹ Y. 4. CD., T. 04.03.2021, E. 2020/18348, K. 2021/7822.

¹⁵² Y. 14. CD., T. 23.12.2020, E. 2016/4160, K. 2020/6274.

¹⁵³ AKHTAR, s. 167 vd.

¹⁵⁴ MOHAN, LEE, s. 96 vd.

¹⁵⁵ DONICA, CHEW, MAJEED, s. 40 vd.

¹⁵⁶ Nitekim öğretilen cinsel uşaklaştırma (*sexual grooming*), bir failin cinsel anlamda istismar amacıyla aşama aşama (kademeli olarak) bir kişinin ya da organizasyonun güvenini kazandığı bir hazırlık süreci olarak tanımlanmaktadır. Bkz. POLLACK, MACIVER, s. 161. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kavramın odak noktası cinsel istismara hazırlık sürecidir.

kullanılan bir terimdir¹⁵⁷. Uşaklaştırmada bir yetişkin tarafından küçük çocuk ile arkadaş olunması ve suç teşkil eden cinsel temasta bulunmak için çocuğun koymuş olduğu engellemeleri azaltmak amacıyla onunla duygusal bağlantı tesis etme söz konusudur¹⁵⁸. Bir başka deyişle çocuğun uşaklaştırılmasında, gelecekte çocuğun istismarını gerçekleştirmek veya çocuğa pornografi sunmak örneğinde olduğu gibi diğer yollar aracılığıyla çocuğun cinsel istismarına zemin hazırlamak amacıyla fail ile çocuk arasında güveni içeren istikrarlı ve güvenilir bir ilişkinin tesis edilmesi söz konusudur¹⁵⁹. Uşaklaştırma çevrimiçi ya da yüz yüze (fiziksel) gerçekleştirilebilir¹⁶⁰. Olağandışı vakalarda fail tehdit ve fiziksel gücü de çocuğun istismarında kullanabilmektedir¹⁶¹.

Uşaklaştırma süreci çeşitli aşamaları içermektedir. Bu aşamalar; mağduru seçme aşaması, arkadaşlık ve ilişki-şekillendirme aşaması, sınırın ortadan kalkması (özel olma)/izolasyon aşaması ve son olarak cinselleştirme ve kontrolü sürdürme aşaması olarak belirtilebilir¹⁶². Uşaklaştırma, fail tarafından kullanılan bilinçli, kasıtlı ve dikkatli bir biçimde yürütülen bir yaklaşımdır. Uşaklaştırmanın amacı, cinsel istismara olanak sağlamak ve bunu gizli tutmaktır. Uşaklaştırma süreci, failin cinsel istismara hazırlık aşamasında kullandığı çeşitli yöntemleri kapsar. Ayrıca yöntemler, suça maruz kalanın suça ortak edilmesini ve gizliliğini sağlayarak taciz ilişkisinin sürdürülmesine destek olur¹⁶³. Yöntemler neticesinde çocuğun güveninin sağlanması çocuğun istismar edilmesini kolaylaştırıcı bir etki sağlar¹⁶⁴. Failin uşaklaştırma yöntemlerinde sağladığı başarı, çocuğun cinsel temasını yetkili otoritelere bildirmemesine de neden olmaktadır. Bu durum da failerin eylemleri karşılığında cezai herhangi bir yaptırıma maruz kalmadan uzaklaşmasını sağlamaktadır¹⁶⁵.

Çocukların cinsel anlamda istismar edilmesinde internet ya da bilişim alanının aracı olarak kullanılması ve bu alanlarda çocukların birer cinsel obje haline getirilmesi suretiyle cinsel sömürsünün yapılması uluslararası boyutta engellenmesi gereken bir tehlikedir. Bu

¹⁵⁷ KNOLL, s. 374. Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı Cinsel Suçluları Sorgulama, İzleme, Yakalama, Kaydetme ve Takip Etme Bürosu (*SMART*)' na göre uşaklaştırma (*grooming*), bir çocuğa erişim sağlamak ve onunla yalnız kalmaya zaman kazanmak amacıyla çocuk ve çocuğun etrafındaki yetişkinler ile güven inşa etmeyi kapsayan suçluların kullandığı yöntemdir. Bkz. POLLACK, MACIVER, s. 161.

¹⁵⁸ CHETOSKY, s. 4.

¹⁵⁹ EZIONI, s. 2.

¹⁶⁰ EZIONI, s. 2.

¹⁶¹ POLLACK, MACIVER, s. 161.

¹⁶² DONICA, CHEW, MAJEED, s. 44-45; CHETOSKY, s. 4, dp.16.

¹⁶³ KNOLL, s. 374.

¹⁶⁴ CHETOSKY, s. 5.

¹⁶⁵ CHETOSKY, s. 5.

kapsamda siber uşaklaştırma yöntemlerinin suç olarak kabul edilmesi gerekliliği *Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi*¹⁶⁶ nin “*Çocukların Cinsel Amaçlar İçin Teşvik Edilmesi*” başlıklı 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: “*Taraflardan her biri, 18. Maddenin 2. Fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa*¹⁶⁷ *ulaşmamış bir çocuğa, bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bir yetişkinin, 18. Maddenin 1a*¹⁶⁸ *fıkrası veya 20. Maddenin 1a*¹⁶⁹ *fıkrası uyarınca belirlenen suçlardan herhangi birini işlemek amacıyla kasten buluşma teklifinde bulunmasını, bu teklifi takiben söz konusu buluşmayla sonuçlanacak icra hareketlerinin gerçekleşmesi halinde, suç olarak düzenlemek için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.*”

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Birleşik Krallık (U.K.) Cinsel Suçlar Kanunu 2003, “*Çocuk ile cinsel iletişim*” başlıklı 15A bölümünde, siber uşaklaştırma yöntemlerini kapsar şekilde bir suça yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre [15A/(1)]¹⁷⁰, “*18 yaşında ya da daha büyük (A) kişisi şayet,*

(a) cinsel tatmin elde etmek amacıyla A, kasten (bilerek) diğer kişi (B) ile iletişim kurarsa,

(b) iletişim cinsel nitelikte ise ya da B’ yi (A ya da bir başkası) ile cinsel nitelikte iletişime geçmeyi teşvik etmeyi amaçlıyorsa,

(c) B 16 yaşının altındaysa ve A, B’ nin 16 veya daha büyük bir yaşta olduğuna kabul edilebilir şekilde inanmıyorsa suç işlemiş olur.” Singapur Ceza Kanununda (1871)¹⁷¹ ise, cinsel uşaklaştırma, özel olarak çocukların yaş aralığı dikkate alınarak düzenlenmiştir. Kanunun 376E maddesinde “16 yaşından küçük çocukların cinsel uşaklaştırılması”, 376EA maddesinde “16 yaşından büyük olan fakat 18 yaşından küçük olan çocukların sömürücü cinsel

¹⁶⁶ Sözleşme 25.11.2010 tarihli ve 6084 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Sözleşmenin resmi çevirisi için bkz. R.G., T. 10.09.2011, S. 28050.

¹⁶⁷ Sözleşme m. 18/2: “*Yukarıdaki 1. fıkra amacına uygun olarak, taraflardan her biri bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırına karar verir*”.

¹⁶⁸ Sözleşme m.18/1a’ya göre bu suçlar, kasten işlenen yasal olarak cinsel erginlik yaşına gelmemiş bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak, zor/güç/tehdit kullanarak çocukla cinsel faaliyetlerde bulunma, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak çocuğun istismarı ve zihinsel veya fiziksel özürüllüğü veya bağımlılığı sebebiyle çocuğun savunmasız durumundan yararlanarak istismar suçlarıdır.

¹⁶⁹ Sözleşme m.20/1a’ya göre bu suçlar çocuk pornografisi üretimi, teklifi veya sağlanması, çocuk pornografisi dağıtımı veya yayınlanması, kendisi veya başkası için çocuk pornografisi temin etme, çocuk pornografisine sahip olma ve bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bilerek çocuk pornografisine erişim sağlama suçlarıdır.

¹⁷⁰ Cinsel Suçlar Kanunu 2003 (*Sexual Offences Act 2003*) bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/15A> (Erişim Tarihi: 10.08.2022).

¹⁷¹ Singapur Ceza Kanunu için bkz. Singapur Devlet İnternet Sayfası (<https://sso.agc.gov.sg/>, Erişim Tarihi: 10.08.2022).

uşaklaştırılması”, 376EB maddesinde “16 yaşından küçük çocukla cinsel iletişime geçme”, 376EC maddesinde “16 yaşından büyük olan fakat 18 yaşından küçük olan çocuklarla sömürücü cinsel iletişime geçme” suçlarının düzenlendiği görülmektedir.

TCK açısından bakıldığında çocuğun cinsel uşaklaştırılması yöntemlerinin sanal ortamda kullanılması durumunda failin ceza sorumluluğu farklı suç tipleri ile ilişkilendirilebilecektir. Öncelikle çocuklara karşı cinsel istismar suçu işlemek ya da çıplak fotoğraf göndermesini sağlamakta olduğu gibi cinsel sömürü teşkil edebilecek davranışlara zorlamak için failin çocuk ile sanal ortamlarda arkadaşlık kurması ya da mesajlaşması eylemleri değerlendirilmelidir. Zira siber uşaklaştırma için failin öncelikle çocukla yakınlık kurması ve güven ilişkisi tesis etmesi gerekmektedir. Kanımızca çocuk ile sanal ortamda arkadaşlık etme ve mesajlaşma eylemleri iki açıdan incelenmelidir. Bunlar; çocuk ile cinsel içerikli olmayan görüşmeler ve cinsel içerikli görüşmelerdir.

Amacı cinsel istismar suçunu işlemek olan fail ileride çocuk ile fiziki ortamda buluşmak amacıyla çocukla sanal ortamda (internette) cinsel içerikli olmayan şekilde mesajlaşabilir, görüşebilir, arkadaşlık edebilir, yakınlık ve güven tesis ettikten sonra buluşma teklifinde bulunabilir. Bu gibi eylemlerde cinsel taciz ya da cinsel istismar suçuna teşebbüs etme suçunun oluşup oluşmadığının incelenmesi gerekmektedir. Cinsel istismar suçu açısından bakıldığında TCK m. 103/1-a’ da on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış” cinsel istismar olarak tanımlanmıştır. Acaba fail tarafından güven tesis edilmesi amacıyla çocuk ile gerçekleştirilen yazışmada herhangi bir cinsel içerik olmasa da tek başına yazışma eylemi, çocuğun güveni sağlandıktan sonra buluşma teklif edilmesi ya da fiziken çocukla buluşulması eylemleri “cinsel davranış” olarak kabul edilecek midir? Çalışmanın önceki başlıklarında belirtildiği üzere Yargıtay cinsel istismar suçunun oluşması için gerekli olan cinsel davranışların çocuğun “vücut dokunulmazlığını” da ihlal etmiş olmasını aramaktadır. Bu bakımdan bedensel (fiziki) temas içermeyen eylemlerde cinsel istismar suçunun oluşmadığının söylenmesi gerekecektir. Bu noktada sorulması gereken diğer bir soru ise, failin çocukla sanal ortamda cinsel içerikli olmayan yazışması, görüşmesi, ona buluşma teklif etmesi ya da onunla buluşması eylemleri, çocuğun vücut bütünlüğünü ihlal eden bedensel temasa yönelik olmaları sebebiyle cinsel istismar suçunun icra hareketi olarak değerlendirilebilir mi? TCK m. 35’ e göre suça teşebbüsten söz edilebilmesi için failin işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması, fakat elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamaması gerekmektedir. Dikkat edilecek olursa TCK’ da suça

teşebbüs konusunda failin suçu işleme iradesinin açıkça ortaya çıkmış olmasının icra hareketlerinin başlamış olduğunun kabulü için tek başına yeterli olduğu subjektif teori benimsenmemiştir. TCK m. 35 düzenlemesine bakıldığında objektif teorinin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Buna göre suç tipinde belirtilen hareketlerin ve bu hareketlerle zorunlu bağlantı ilişkisi içindeki hareketlerin fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda suçun icrasına başlandığı kabul edilecektir. Bu kapsamda olmayan hareketler ise, kanunun özel olarak suç olarak düzenlememesi durumunda cezalandırılmayan, suçun icrasını kolaylaştıran hazırlık hareketi niteliğindedir. Bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde iradesi ileride çocuk istismarı suçunu işlemek olan failin çocuk ile cinsel içerikte olmayan yazışması, görüşmesi, buluşma teklifinde bulunması¹⁷² ya da buluşması çocuğun cinsel istismarı suçu açısından hazırlık hareketi niteliğindedir. Yargıtay da kararlarını bu yönde vermektedir¹⁷³. Yargıtay çocuğun kolundan tutularak çekıştırıldığı olaylarda bedensel temas olması durumunda dahi, bu

¹⁷² “...sanığın, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlemediği, sanığın ilk eylemi gerçekleştirdikten sonra başka bir gün mağduru yanına çağırmasına karşılık mağdurun gitmemesi şeklindeki eylemin, belirtilen suçun icra hareketi olarak değerlendirilemeyeceği gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde sanığın cezasının TCK'nın 43/1. maddesi gereğince arttırılması suretiyle fazla ceza tayini...” Y. 14. CD., T. 24.03.2016, E. 2016/236, K. 2016/2925.

¹⁷³ “...Olay günü sanığın, lojmanın bahçesinde oynayan altı yaşındaki mağdureyi yanına çağırmasının ardından ağlayarak binaya girdiğini görünce takip ettiği ve bu sırada fiziksel bir temasta bulunmadan çevreden gelenlerce yakalandığı tüm dosya kapsamında anlaşılacakla, bu haliyle atılı suçun icrasına henüz başlanmayıp, bu ana kadar ki eylemlerin hazırlık hareketleri aşamasında kaldığı gözetilerek sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafisinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden,...” Y. 14. CD., T. 20.01.2021, E. 2016/8493, K. 2021/343; “...sanığın mağdureye söylediği cinsel içerikli sözleri müteakip odadan ayrılmasının ardından anılan sözlerden dolayı cinsel saldırıya uğrayacağı korkusuna kapılan mağdurenin kendisini balkonlu odaya kapatarak balkona çıkmasından sonra kapalı kapının zorlanması üzerine sanığın kendisine saldıracağından emin olarak balkon korkuluklarına iyice yaslandığı ve sanık ile tanık ... beyanıyla sabit olduğu üzere tanık ... içeri girip müdahale etmek istediği sırada mağdurenin aşağıya düşmesinden ibaret eylemde, gerek cinsel sözlerin sarfedildiği odadan sanığın ayrılmasına kadar geçen süre içinde, gerekse mağdurenin balkona çıkmasından sonraki süreçte mağdureye yönelik cinsel içerikli sözler söylediği sabit olan sanığın nitelikli cinsel saldırı suçunun hazırlık hareketlerini aşacak mahiyet ve derecede olmak üzere atılı suçun icrai hareketlerine başladığına dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemin cinsel taciz suçu kapsamında kaldığı gözetilerek bu suçtan hüküm kurulması yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyet kararı verilmesi,...” Y. 14. CD., T. 05.04.2017, E. 2017/428, K. 2017/1822; “...mağdurenin suç tarihinde kardeşiyle birlikte yolda yürüdüğü sırada karşısına çıkan sanığın, mağdureye yaşını ve adını sorduktan sonra kolundan tutarak çalılıklara sürüklediği, mağdurenin bağırıp çığlık atması ve tanık ...'nın yardım istemesi nedeniyle olay yerine gelen insanların olduğunu görmesi üzerine sanığın mağdureyi bırakarak olay yerinden kaçması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık hakkında her ne kadar çocuğun basit cinsel istismarı suçuna teşebbüsten mahkûmiyet hükmü kurulmuş ise de, sanığın o aşamaya kadar çocuğun cinsel istismarı suçunu işlemeye yönelik kastını ortaya koyan herhangi bir söz veya davranışta bulunmadığı, mevcut haliyle eylemlerin cinsel istismar suçuna hazırlık hareketleri niteliği taşıdığı anlaşıldığından çocuğun basit cinsel istismarı suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,...” Y. 14. CD., T. 24.05.2016, E. 2016/2110, K. 2016/5048.

temasının cinsel arzuları tatmin etmeye yönelik hareketlere başlanmış sayılmayacağına hükmetmiştir¹⁷⁴.

Çocuk ile sanal ortamda (internette) cinsel içerikli yazışma yapılması, görüşülmesi ve ardından buluşma teklifinde bulunulması ya da buluşulması durumunda failin ceza sorumluluğu ise farklılık arz edecektir. Ancak failin belirtilen eylemlerden doğan ceza sorumluluğu çocuğa karşı işlenen cinsel taciz suçu ve müstehcenlik suçu çerçevesinde çalışmanın cinsel içerikli yazışma (*sexting*) başlığı altında tartışıldığından burada sadece belirtilmekte yetinilecektir.

SONUÇ

Flört şiddeti, flört ilişkisinde bulunan partnere karşı gerçekleştirilen fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik zarara neden olan herhangi bir davranışı ifade etmektedir. Günümüzde bilgi iletişim teknolojilerinin gelişmesi ve internet kullanımının artması ile birlikte flört şiddeti teşkil eden davranışlar bilişim alanına taşınmıştır. Flört şiddetinin bir türü olan “dijital flört şiddeti” kavramı, dijital teknolojileri kullanan flört partnerini kontrol etme, tehdit etme veya ona baskı yapma gibi eylemleri içeren davranışlar için kullanılan genel bir kavramdır. Bu kavram kökeni itibariyle ceza hukukuna ait bir kavram değildir. Ancak dijital flört şiddeti kavramının içerisinde barındırmış olduğu yöntemlere bakıldığında, bu yöntemlerin ceza hukuku ile korunan birçok hukuksal değeri ihlal eden davranışı içerdiği görülmektedir. Bu nedenle ceza sorumluluğunun belirlenmesinde flört ilişkisi içindeki kişinin gerçekleştirmiş

¹⁷⁴ “...Bu eylemin 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunun hazırlık hareketleri niteliği taşıdığı ve henüz cinsel arzuları tatmin etmeye yönelik hareketlere başlanmadığı gözetilmeden, sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya teşebbüs niteliğindeki eylemi nedeniyle ayrıca çocuğun basit cinsel istismarı suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması,...” Y. 14. CD., T. 24.05.2016, E. 2014/5228, K. 2016/5025; Benzer yönde “... “...sanığın mağdura cinsel ilişki teklif etmesinin cinsel taciz suçunu oluşturduğu, mağdurun reddetmesi üzerine onu kolundan tutup içeri çekmesi eyleminin ise sanığın pasif durumda kalarak gerçekleştirmek istediği cinsel ilişki suçuna hazırlık hareketi sayılıp bu haliyle eylemin açılmış bir dava bulunmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsü oluşturacağı gözetilmeden,...” Y. 14. CD., T. 10.02.2015, E. 2013/5668, K. 2015/916; “...sanığın kendisine yaklaşip ben seni tanıyorum, ben de sizin gibi Malatyalıyım diyerek, elinden tutup ileride bulunan halı sahanın diğer tarafına doğru çekmeye çalıştığını, yaklaşık bir metre kadar kendisini çektiğini, kendisinin elini geri çekmesinden sonra kızım sen hasta mısın diyerek tekrar elini tuttuğunu, kendisinin durumdan rahatsız olarak yürümeye devam ettiğini, sanığın arkadan kendisine sahilde çay bahçem var, oraya yalnız gel, başkalarının haberi olmasın, çay bahçesinde kimse olmadığı zaman gel dediğini’ ifade etmesi karşısında sanığın eyleminin cinsel istismar suçu açısından hazırlık hareketleri boyutunda kaldığı, cinsel istismar suçunun icra hareketlerine başlanmadığı, ancak cinsel istismar suçu açısından hazırlık hareketi boyutunda olan bu eylemlerden sanığın mağdureyi elinden ve kolundan tutarak istediği yere götürmek istemesi ve bu şekilde mağdureyi bir metre kadar çekiştirmesi eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 109/2, 109/3-f, 109/5 ve 35. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması,...” Y. 14. CD., T. 27.06.2012, E. 2011/3748, K. 2012/7356.

olduğu yöntemin niteliğine göre, TCK' da ilgili suç tipi çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir.

Ceza hukuku açısından önem arz eden dijital flört şiddeti teşkil eden yöntemler beş ana başlık altında toplanabilir. Bunlar; 1. *Sanal ortamda flört partnerini kontrol etme ve ona baskı kurmaya yönelik davranışlar*, 2. *Sanal ortamda flört partnerinin itibarına zarar verici davranışlar*, 3. *Sanal ortamda flört partnerinin finansal istismarına yol açacak davranışlar*, 4. *Sanal ortamda flört partnerine ait cinsel içerikli görüntülerin rıza dışı paylaşılması, sahte olarak üretilmesi ya da bu görüntülerin paylaşılması tehdidi, flört partnerine rıza dışı cinsel içerikli yazı ya da görüntü yollama*, 5. *Cinsel sömürü amacıyla sanal ortamda çocuklarla flört ilişkisi veya cinsel temas kurmaya yönelik davranışlar* olarak belirtilebilir.

Dijital flört şiddeti yöntemleri içerisinde sanal ortamda gerçekleştirilen cinsel içerikli yazışma ve görüntülerin rıza dışı paylaşılması, bu materyallerin şantaj ya da korkutma aracı olarak kullanılması gibi yöntemler ön plana çıkmaktadır. Özellikle cinsel içerikli mesajlaşmaya konu olan yazışmalar ya da görüntülerin siber zorbalıkta, cinsel içerikli şantajda ya da flört istismarında kullanılabilmesi, içeriğin sanal ortamda uzun süre kalabilmesi bu eylemlerin çocuklar üzerinde ciddi psikolojik zarara yol açmasına neden olmaktadır. Bu nedenle bu gibi durumlarda özellikle çocuk faillerin cezalandırılmasından çok, belirtilen zararların oluşmasının engellenmesi için çocuklarda farkındalık yaratılması gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle çocukların cinsel mahremiyet konusunda bilinçlenmesi ve henüz ceza hukuku devreye girmeden belirtilen zararların ortaya çıkmasının engellenmesi gerekmektedir.

Dijital flört şiddeti yöntemleri içerisinde önemi nedeniyle özellikle belirtilmesi gereken diğer bir yöntem ise çocuğun siber uşaklaştırılmasıdır. Bu yöntemde fail ileride çocuğun cinsel istismarını gerçekleştirmek ya da çocuğun kendisine ait müstehcen görüntüyü üretilip yollaması için sanal ortamda onun güvenini kazanmaya çalışmaktadır. Belirtilen amaca ulaşmak için fail tarafından gerçekleştirilen çocuk ile cinsel içerikli olmayan görüşmeler, buluşma teklifinde bulunma ve buluşma eylemi TCK m. 103 çocukların cinsel istismarı suçu açısından cezalandırılmayan hazırlık hareketi niteliğindeki davranışlardır. Söz konusu bu eylemler bazı ülkeler tarafından suç oluşturacak şekilde özel olarak düzenlenmiştir. Ulusal mevzuatımız açısından da belirtilen eylemlerin suç haline getirilmesi tartışılabilir. Ancak cinsel içerikli olmayan görüşmelerde ya da çocuk ile buluşma teklif edilmesi gibi davranışlarda failin cinsel istismar amacının mevcudiyeti, failin dış dünyaya yansıyan hareketleri ile açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bu durumun ortaya konulmasının güçlüğü karşısında ceza hukukunun son çare olma özelliği de dikkate alındığında, esas olanın çocukların bu gibi

durumlarda daha bilinçli davranabilmesi ve ailelerin internet kullanan çocuklar üzerinde gerekli gözetim ve kontrolü yerine getirebilmesi gerekliliğidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, B. (2017). Bilişim Alanında Suçlar (2. b.). Ankara.
- AKSOY RETORNAZ, E. E. (2021). Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake). İstanbul.
- AKHTAR, Z. (2014). Child Sex Grooming: ‘Culture’ Crime, Racial Stereotyping and the Environment”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22 (2), 167-196.
- AVŞAR BALDAN, G., AKIŞ, N. (2017). Flört Şiddeti. *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 43 (1), 41-44.
- BABAYİĞİT, B. (2021). Deepfake’in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Ferenda Öneriler. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (4), 655-703.
- BRITISH COLUMBIA SOCIETY OF TRANSITION HOUSES (2021). Responding to Teen Digital Dating Violence: BC Anti-Violence Worker Survey Results (Technology Safety Project).
- CANBERK, G., SAĞIROĞLU, Ş. (2007). Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma. *Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 22 (1), 121-136.
- CARLTON, A. (2020). Sextortion: The Hybrid “Cyber-Sex” Crime, *North Carolina Journal of Law & Technology*, 21 (3), 177-215.
- CHETOSKY, K. K. (2019). Minnesota v. Muccio: The Constitutionality of Minnesota’s Sexual Grooming Law. *Northwestern University Law Review Online*, 114, 1-22.
- CITRON, D. K. (2019). Sexual Privacy. *Yale Law Journal*, 128(7), 1870-1961.
- DONICA, T. L. H., CHEW, W. X., MAJEED, K. (2015). Understanding the behavioral aspects of cyber sexual grooming: Implications for law enforcement. *International Journal of Police Science & Management*, 17(1), 40-49.
- DOUGLAS, D. M. (2016). Doxing: a conceptual analysis. *Ethics and Information Technology*, 18, 199-210.
- DÜLGER M. V. (2022). Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku (9. b.). Ankara.
- ERALP, Ö. (2007). Hukukçular İçin Bilişim Terimleri Sözlüğü. Ankara.
- EZIONI, L. (2020). The Crime of Grooming. *Child and Family Law Journal*, 8 (1), 1-18.
- GILLESPIE, A. A. (2013). Adolescents, Sexting and Human Rights. *Human Rights Law Review*, 13 (4), 623-644.

- GÖKCAN H. T., ARTUÇ M. (2021). *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi (Cilt 1-6)*. Ankara.
- HAFIZOĞULLARI, Z., ÖZEN, M. (2017). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Toplum Karşı Suçlar*. Ankara.
- HINDUJA, S., PATCHIN, J. W.. *Digital Dating Abuse: A Brief Guide for Educators and Parents*. Cyberbullying Research Center, (cyberbullying.org, Erişim Tarihi: 10.04.2022).
- KETİZMEN, M.(2008). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara.
- KNOLL, J. (2010). *Teacher Sexual Misconduct: Grooming Patterns and Female Offenders*. *Journal of Child Sexual Abuse*, 19 (4), 371-386.
- KOCA, M. (2009). *Hukukumuzda TCK'nun 244. Maddesi Kapsamında Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu*, 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı Yargıtay Başkanlığı Yayını. Ankara.
- KOCA, M., ÜZÜLMEZ İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. b.)*. Ankara.
- MINOR, A. D. (2016). *Sexting Prosecutions: Teenagers and Child Pornography Laws*. *Howard Law Journal*, 60 (1), 309-324.
- MOHAN, S. C., LEE Y. (2020). *Sexual Grooming as an Offence in Singapore*. *Singapore Academy of Law Journal*, 32 (1), 96-123.
- MULDAVIN, K. (2019). *Cruel to be kind: The societal response to technology and youth sexual expression*. *Lewis & Clark Law Review*, 23 (1), 425-463.
- ÖZBEK, V. (2009). *Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)*. Ankara.
- POLAT, O. (2016). *Şiddet*. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), 15-34.
- POLLACK, D., MACIVER, A. (2015). *Understanding Sexual Grooming in Child Abuse Cases*. *Child Law Practice*. 34 (11), 161-168.
- RODRIGUEZ-DEARRIBA, M.L., NOCENTINI, A. L., MENESINI, E., SANCHEZ-JIMENEZ, V. (2021). *Dimensions and measures of cyber dating violence in adolescents: A systematic review*. *Aggression and Violent Behavior*, 58, 1-10.
- SNYDER, P., DOERFLER, P., KANICH, C., MCCOY, D. (2017). *Fifteen Minutes of Unwanted Fame: Detecting and Characterizing Doxing*. IMC (Internet Measurement Conference), November 1-3. London.
- SWEENY, J. (2012). *Sexting and Freedom of Expression: A Comparative Approach*. *Kentucky Law Journal*, 102 (1), 103-146.

- TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, R. M. (2020). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (18 b.). Ankara.
- WEBB, T. (2013-2014). The Brave New World of Cyber Crime Investigation and Prosecution. Nexus: Chapman's Journal of Law and Policy, 19, 77-86.
- WILKERSON, J. J. (2021). Revenge Porn: State Laws, Constitutional Challenges, and the Progress of Federal Legislation. University of Louisville Law Review, 60 (2), 301-330.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) (2002). World report on violence and health. (Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony B. Zwi and Rafael Lozano, Düzenleyenler) Geneva.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) (2013). Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence. Geneva.
- YAZICIOĞLU, R. Y. (2009). Hukukumuzda TCK'nın 243'üncü Madde Kapsamında Bilişim Sistemine Girme Eylemi. 9-10 Ekim 2008 Yargıtay Bilişim Hukuku Konferansı Yargıtay Başkanlığı Yayını. Ankara.
- YILDIZ, M. E. (2015). Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu. Ankara.
- YILDIZ, M. E. (2010). İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay'ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi. Ceza Hukuku Dergisi, 14 (5), 129-150.

İnternet Kaynakları

- Avrupa Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi Resmi Çevirisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 380, (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, Erişim Tarihi: 11.04.2022).
- Birleşik Krallık Cinsel Suçlar Kanunu 2003 (*Sexual Offences Act 2003*) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/15A> (Erişim Tarihi: 10.08.2022).
- Birleşik Krallık Çocukların Korunması Kanunu 1978 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/37> (Erişim Tarihi: 29.07.2022).
- Kalifornia Ceza Kanunu https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=13.&part=1.&chapter=8.&article= (Erişim Tarihi: 10.08.2022).
- Pensilvanya Ceza Kanunu <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=18&div=0&chpt=63&sctn=21&subsctn=0> (Erişim Tarihi: 29.07.2022).
- Singapur Ceza Kanunu Singapur Devlet İnternet Sayfası (<https://sso.agc.gov.sg/>, Erişim Tarihi: 10.08.2022).

Yargıtay Kararları (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) – Çalışmada alıntı kaynağı belirtilmeyen tüm kararlara Yargıtay Başkanlığı web sitesinden erişilmiştir.



ESKİ ORTA – ASYA TÜRK DEVLETLERİNDE KAĞAN SEÇME YÖNTEMLERİ*

The Methods of Choosing Khan in the Ancient Middle – Asian Turkish States

Aybars PAMİR*

ÖZ

Eski Orta – Asya Türk egemenlik anlayışında Gök-Tanrı'nın topluluk içinden bir aileyi seçerek, bu ailenin erkek üyelerinin hepsine egemenlikten pay verdiği düşüncesi hâkimdir. Bu erkek üyelerden hangisinin kağan yapılacağına dair mevcut dört sistemden hiçbiri, tek başına bir kural olarak Türk devletlerinde uygulanmış değildir. Değişik dönemlerde, değişik Türk devletlerinde değişik biçimde başa geçme yöntemlerine rastlanmış, ancak sonuç olarak da bir kişinin hükümdar yapılması Tanrı'nın takdirine bırakılmıştır. Söz edilen erkek üyelerden biri kağan yapıldıktan sonra, o kişi, ailesinin diğer erkek üyelerini ülkesinin çeşitli yerlerine yönetici olarak atamak zorundaydı. Kağan, atamaları yaptıktan sonra artık onların yönetim tarzına karışamazdı. Çünkü bu kişiler, egemenlikte payları olduğu için, buldukları ülkeyi istedikleri gibi yönetirler, kanun koyabilirler, vergi toplayabilirler ve ceza uygulayabilirlerdi. Fakat devletin ortak menfaatini ilgilendiren bir konuda tüm beylerin kağanın çağrısı üzerine merkeze gelmesi ve kurultay toplantılarına katılmaları icap ederdi. Aksi halde kağan onlara çok ağır cezalar uygulayabilirdi. Görüldüğü üzere; devlet muntazaman düzenli işleyen bir hiyerarşiye tâbi idi.

Anahtar Kelimeler: Kağan, Orta – Asya, Türk Egemenlik Anlayışı, Başa Geçme Yöntemleri, Gök Tanrı.

* **Gönderi:** 27.02.2022 - **Kabul:** 29.09.2022 | **Received:** 27.02.2022 - **Accepted:** 29.09.2022.

* Dr. Öğr. Üyesi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye
✉ aybarspamir@hotmail.com • ORCID 0000-0002-0596-1340.

Atıf Şekli / Cite As: PAMİR, Aybars (2022). Eski Orta – Asya Türk Devletlerinde Kağan Seçme Yöntemleri. ÇÜHAD, (2), 144-163.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

There is the principle of choosing a family in the tribe and giving parts of sovereignty to every male member of it by Tengri in the ancient Middle – Asian Turkish sovereignty concept. Four different systems have been accepted in choosing a kagan among these male members; however none of them was used as a basic rule in Turkish states. In different Turkish states, we can meet different kagan choosing systems in different terms, but as a result, we can also find that being the kagan among the male members of the tribe was always depended on Tengri's will. After one of the male members mentioned above was chosen as kagan, he had to appoint the male members of his family to different places of his country, as administrators. Once appointed, kagan could not interfere their style of administration. Since they had equal parts of sovereignty, they could rule their own countries freely, enact laws or taxes and punish guiltyies. However, when it is about the common interest of the state, by the kagans call, all the family members had to come to the capital and join the assembly. Otherwise, kagan could give them severe punishment. As it can be seen, the state was bounded by a very systematic hierarchy.

Keywords: Kagan, Middle – Asia, The Concept of Turkish Sovereignty, The Methods of Choosing Khan, Tengri.

GİRİŞ

Eski Orta – Asya Türk kamu hukuku düzeni, içerisinde henüz hiç araştırma yapılmamış, çok sayıda bakir konuyu barındırmaktadır. Oysaki sözü edilen döneme ait çok sayıda kurum, sonraki dönemlere ışık tutmasıyla ve bir ölçüde Müslüman – Türk devlet yapısına olan katkılarıyla incelenmeyi beklemektedir. Çalışmamızda, sözü edilen konulardan biri olan “*Kağan seçiminde uygulanan usuller*” ele alınmış ve konu eski Orta – Asya Türk egemenlik anlayışı açısından bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

Konunun incelenmesinde, öncelikle Türklerin ana yurdu olan Orta – Asya'nın coğrafi ve ekonomik şartlarının incelenmesi bir zorunluluk oluşturmuştur, zira bu konu değerlendirilmeden Türklerin kamu hukuku düzeninin anlaşılabilmesi mümkün değildir. Nitekim Orta Asya'nın Türkler için zorunlu kıldığı göçebe yaşam tarzı devletin oluşumu ve devamı aşamalarında Türk kağanını kabileleri sert bir otorite çerçevesinde bir araya getirme mecburiyeti ile karşı karşıya bırakmıştır. Kurulan devletin uzun süreli olabilmesi başta bulunan kağanın çok güçlü, karizmatik ve son derece disiplinli bir yönetim anlayışına sahip olmasına bağlıdır. Böyle bir ortamda devletin devamlılığı hem de güçlü bir biçimde sağlanabilir; aksi halde güçsüz hükümdarlar döneminde devlet kısa sürede çöker. Eski Orta – Asya Türk tarihi bunun çok sayıda örneğiyle doludur.

Aslına bakılırsa, Türklerin Orta-Asya'daki yaşam biçimi kağan seçimi için uygulanan esasları da yakından etkilemiştir. Bunlar “*İrsiyet Usulü*”, “*Fetih (Potlaç) Usulü*”, “*Kooptasyon Usulü*” ve “*Seçim Usulü*” başlıkları altında çalışmamızda ayrıntılı bir biçimde incelenmiş, sözü edilen usuller irdelenirken, her biri için tarihten ilginç örneklerle de yer verilmiştir.

Çalışmamız, adı geçen usullerin irdelenmesiyle birlikte, devleti oluşturan çeşitli organların konu çerçevesindeki işlev ve etkilerini de gözler önüne sermeyi amaçlamaktadır.

I. TÜRKLER'İN ANAYURDU ORTA-ASYA

Türklerin ilk anayurdu “*Orta Asya*” olarak bilinen yüksek yayladır. Bu yayla Güney’de Kven-Lün, Pamir, Hindikuş Dağları, Kuzey’de Sibiry Orman Bölgesi, Batı’da Hazar Denizi ve Doğu’da da Çin ile sınırlıdır. Bu geniş ülkenin coğrafi karakteri hemen hemen her bölgede benzerlikler göstermektedir. Bazı vaha adalarının ve Tarım, Seyhun, Ceyhun gibi ırmakların suladığı kimi verimli arazilerin dışında ülke tamamen bozkır veya çöldür. Bu coğrafi özellik Türkler için göçebe kültürüne elverişli bir zemin hazırlamıştır. Nitekim Türk kabileleri bir bölgede belli bir süre kaldıktan sonra, kuraklığın baş göstermesi ve yaşam koşullarının bozulmasıyla birlikte sık sık başka bölgelere göç etmek zorunda kalmışlardır. Bunun yanı sıra, daha kuvvetli kabilelerin baskısı da göçebeliği ortaya çıkaran temel nedenler arasında sayılabilir¹. Çinlilere göre ise, Türkler otları ve suları takip ederek yaşamaktaydılar. Bunun çok önemli bir ekonomik anlamı vardı: Türkler bir yere yerleşemedikleri için değil, hayvanlarına ot ve su bulmak için dolaşıyorlardı. Arabalar üzerinde ya da atlarla taşıdıkları çadırlarını hayvanları için elverişli yaylalara götürüyor, mevsimlere göre yer değiştiriyorlardı. Bu yüzden Çinliler Türkler için “*Arabaları Yüksek Tekerlekli Kavimler*” ismini koymuşlardı. At yetiştiriciliği, atların bakımı, arabaya koşulmak için hazırlanmaları, tedavileri vs. Türkler için oldukça dinamik, baş döndürücü ve süratli bir yaşam tarzını beraberinde getirmiştir. Nitekim göç ve akınların hep süratle yapılması gerekmiştir, zira düşmanların da çok süratli oldukları görülmektedir. Kazanmak ve hayatta kalabilmek için süratli ve disiplinli olmak şarttır. Bu nedenle de dış tehlikelere karşı daima tetikte bulunma zorunluluğu vardır; ordu halk, halk da ordudur. Nöbetçilik ve gözcülük sadece askerliğin değil, aynı zamanda sivil hayatın da bir gereğidir².

¹ Bilim insanlarıncı Orta – Asya tarihi bakımından birbirini izleyen belli yağışlı ve kuraklık dönemleri saptanmıştır. Bu çerçevede, Orta – Asya Türk kabileleri kabaca otuz beşer yıllık sürelerle belli bir çevrede yaşıyor ve sonra da o bölgeden ayrılmak durumunda kalıyorlardı. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇÖK, C., MUMCU, A., BOZKURT, G. (2015). Türk Hukuk Tarihi. Ankara, s. 19.

² ÖGEL, B. (1971). Türk Kültürünün Gelişme Çağları (Cilt II). İstanbul, s. 15-18.

İşte, Türk kağanları devlet işlerinde ve akınlarda tek dayanakları olan ordularına büyük güven duymuşlardır. Ordunun temelini ise asker ve halk oluşturmaktaydı. Yapılan akınlara sadece kağanın değil, aynı zamanda halkın da menfaatineydi. Devlet ve halkın menfaatleri iç içe geçmişti ve halk bir bakıma devletin kendisi sayılıyordu³. Çinliler bu noktada Türklüğün esas unsurunun kağanlarla beyler değil, Türk milleti (halkı) olduğunu çok iyi anlamışlar, o yüzden de her fırsatta Türk halkı ile kağanlarının aralarını açmaya çaba göstermişlerdir. Konuyla ilgili olarak Orhun Yazıtları'ndan alınan şu sözler bu gerçeği çok net yansıtmaktadır⁴: “Çin küçük kardeşleri büyüklere karşı ayaklandırdığı için, beyli – budunlu (aralarına) ayrılık soktuğu için...”

II. GÖÇEBE TARZI YAŞANTININ KABİLELERİ BİR ARAYA GETİRMEDEKİ ROLÜ

Göçebe vaziyette Orta-Asya'da yaşayan Türkler kış mevsimini kışlaklarında geçirir, demircilikle ve savaş zamanında kullanacakları silâhları yapmakla uğraşırlardı. Genellikle kendisine “kan” ya da “han” adını verdiğimiz kabile reislerinin önderliğinde oradan oraya göç eden kabileler, dış düşmanlara karşı koyabilmek veya gereksinimleri olan maddeleri yerleşik kültürlerden zorla elde edebilmek için en kuvvetli kabile reisinin etrafında birleşirler ve savaşa girişirlerdi. Bu şekilde, en kuvvetli kabilenin reisi birbirine yakın kabileleri bir araya getirerek devletini kurar ve kağan olurdu⁵. Kağan, tebaasını ganimetler ve toprak mülkü ile doyurduğu müddetçe başta kalır, idaresi altındaki devlet de giderek büyürdü⁶. Konu ile ilgili olarak Uygurlar döneminde yazılmış olan ve onların yaşayışları hakkında önemli bilgiler veren Kutadgu Bilig adlı eserin şu dizeleri ile karşılaşırız⁷:

*“Devletin olması için askere ihtiyacın var,
Askerin olması için servet dağıtman gerekir,
Servet edinmek için halkın zengin olmalıdır,
Halkın zenginliğini ise ancak örfler sağlar.”*

Kabile birliklerinin oluşturulması, aslında kağanın refah gölgesinde rahat etmek ve kendi kabilelerine daha iyi yaşam koşulları hazırlamak isteyen hanların da menfaatine

³ ÖGEL, s. 36-37.

⁴ THOMSEN, V. (1993). Çözülmüş Orhun Yazıtları. (V. KÖKEN, Çev.). Ankara, s. 92.

⁵ ÜÇOK, MUMCU, BOZKURT, s. 21.

⁶ RASONYI, L. (1993). Tarihte Türklük. Ankara, s. 58.

⁷ YUSUF HAS HACİP (1991). Kutadgu Bilig. (R. R. ARAT, Çev.). Ankara, B. 2057, 2058.

olmuştur⁸. Hanlar, özellikle kendi yayla ve meralarını düşmanların hücumundan korumak, akınlarda kazanç temin etmek ve süreklilik için çokça adam bulundurmak gibi çeşitli ihtiyaç ve zaruretlere karşısında bir kağanın idaresi altında birleşmişler, böylece büyük kabile birliklerini oluşturmuşlardır. Aslında süreklilik avlarının kabileleri birleştirmedeki rolü savaşlardan daha fazla olmuştur, denilebilir. Ünlü Türk – Moğol kabile reisi Temuçin⁹ bir seferinde komşu Curyat Kabilesine mensup avcılarla karşılaştığında, onlara her türlü yardım ve kolaylığı sağlamış, bu durum Curyatlar üzerinde son derece olumlu bir etki yaratmıştır. Curyatlar, Temuçin’in kendi halkına çok iyi baktığı izlenimini edinmişler, böylece, söz konusu kabilenin çok önemli bir bölümü Temuçin’in kabilesine katılmaya karar vermiştir. Temuçin, bu şekilde çok sayıda kabileyi bir araya getirerek onların hükümdarı olmuştur¹⁰.

Moğolların önde gelen kabile reislerinden Altan, Huçar ve Saça-Beki’nin Temuçin’i hükümdar yaparken O’na söyledikleri şu sözler ilgi çekicidir¹¹:

“Biz seni hükümdar yapmak istiyoruz, Temuçin! Sen kağan olursan, biz düşmanlara karşı öncü olarak yürürüz, onların en güzel kadın ve kızlarını, saraylarını, devlet ve milletlerini, güzel yanaklı kadın ve kızlarını, güzel bacaklı beygirlerini dörtlüye koşturarak sana getiririz. Vahşi hayvan avına çıktığın zaman, önde giderek onları sana doğru süreriz. Bozkır avlarının gövdesini toptan sana getiririz. Doğa avlarının butlarını toptan sana getiririz. Savaş günlerinde sana itaat etmezsek, bizi mal ve mülkümüzden, kadın ve eşlerimizden ayırarak kara kafalarımızı yer üzerine fırlat. Barış günlerinde ittifakı bozarsak, bizi kendi adamlarımızdan, kadın ve çocuklarımızdan ayırarak sahipsiz memlekete sür”.

Kabileler, bu örnekten kolayca anlaşılacağı gibi herhangi bir düşman kabileyeye hücum etmek yahut onun hücumunu püskürtmek için de bir araya gelirlerdi.

İşte, gerek süreklilik avlarında gerekse müşterek bir düşman karşısında bir araya gelebilmek için kabileler kendi bünyeleri içerisinde kurultaylar toplarlardı. Kabile kurultaylarında teşkilatlı herhangi bir müesseseye rastlanmamaktadır. Bunlar, rastlantısal olarak ortaya çıkan plân ve çeşitli fikirlerin tartışıldığı birer aile toplantısı niteliğindedirler. Bu toplantılara isteyen ve ilgi duyan herkes katılabilirdi. Dönemin oldukça demokratik sayılabilecek bu kurumlarında, kabilelerden hangisinin hanı başkanlığında bir araya gelineceğine dair karar alınırdı. Bunun için

⁸ VLADIMIRTSOV, B. Y. (1987). Moğolların İçtimaî Teşkilâtı. (A. İNAN, Çev.). Ankara, s. 127.

⁹ “Temuçin” Ünlü Moğol hükümdarı Cengiz Han’ın bu unvanı almadan önceki ismidir. “Cengiz Han” ise “Cihanşümül İmparator” anlamına gelmektedir.

¹⁰ VLADIMIRTSOV, s. 126 vd.

¹¹ MOĞOLLARIN GİZLİ TARİHİ (1995). (A. TEMİR, Çev.). Ankara, s. 57, 58.

her bir kabile kendi kabile reisini aday gösterir ve gösterilen adaylar arasında büyük çekişmeler yaşanır. Bu kişiler arasından birbirine dost ya da düşman olanları her zaman bulunabilir, ancak kağan seçiminden sonra tüm düşmanlıklar unutulur ve seçilen kağana mutlak sadakat gösterilirdi¹².

Kuvvetin kendisinde toplandığı kağan öldüğünde ya da onun sülâlesi ortadan kalktığında, kabileler yeni bir iktidar çevresinde toplanırlar, yeni bir devlet oluştururlardı. Bu durumda devlete bazı yeni katılmalar yaşanabilir, bir takım ayrılmalar da görülebilirdi. Bunun en güzel örneğini Temuçin'in babası Yesugey - Bağatur'un ölümünde cereyan eden olaylardan verebiliriz: Yesugey – Bağatur öldüğünde, özellikle Tayçit Kabilesi Moğollar'a bağlı durumdaki pek çok kabileyi kopararak beraberinde götürmüş, Moğol Devleti bu olay üzerine neredeyse yıkılmanın eşiğine gelmişti. Devleti söz konusu sıkıntıdan Yesugey – Bağatur'un büyük oğlu Temuçin (müstakbel Cengiz Han)'in kararlı ve kuvvetli yönetimi kurtarmıştır. Bozkır aristokrasisi geleneklerine göre yetişen Temuçin zamanla güçlenerek devleti tüm unsurlarıyla yeniden canlandırmış ve pek çok kabilenin tekrardan devlete katılmasını sağlamıştır¹³.

Yukarıdaki örneğe benzer çözümlerin göçebe imparatorlukları kurulduktan sonra da yaşanabildiği görülmektedir. Özellikle, zorla boyun eğdirilerek imparatorluk içine alınan kavimler buldukları her fırsatta merkezî devlete isyan ederler, yeterli gücü bulduktan sonra da o zamana dek hâkim vaziyetteki kavmi yenerek kendi yönetimleri altında yeni bir devlet kurmaya çalışırlardı¹⁴.

Buna karşılık, savaşız boyun eğerek imparatorluğa dâhil olan kabilelerin ise, ileride kendi reislerinin (han) idaresinde kalmalarına izin verilir, bu reisler imparatorluğu yöneten kağanın ailesinden olan “şad” veya “yabgu” denilen valilere tâbi tutulurlardı¹⁵.

Şu halde, kabile birliklerinin bir sonraki aşamasını göçebe imparatorlukları oluşturmaktadır. Göçebe imparatorluğunun başında kağan (hakan) bulunmaktadır. Kağanlar, kabilenin büyüğü veya soyun reisi sıfatıyla değil, kuvvetli, becerikli, idareli ve zengin kişiler olduklarından egemenliği ellerine geçirmektedirler.

¹² VLADIMIRTSOV, s. 127.

¹³ VLADIMIRTSOV, s. 117, 118.

¹⁴ ARSLAN, M. (1990). Eski Türk Devlet Anlayışı ve Çifte Hükümdarlık Meselesi. Fırat Üniversitesi Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu. Elazığ, s. 232.

¹⁵ RASONY, s. 61.

III. KAĞAN SEÇİMİ USULLERİ

A. Genel Olarak

Eski Orta – Asya Türk devletlerinde kağanlığın geçişini düzenleyen kesin bir gelenek yerleşmemiştir. Zaman zaman bazı eğilimlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Veliahd tayini, büyük ya da küçük oğulların tercih edilmesi gibi. Fakat esas olarak taht daima ilâhî takdire bırakılmıştır. Tanrı iradesi, seçtiğine kuvvet ve başarı vermektedir. Meselâ Göktürkler’de, kağanlığın Tanrı’ya bırakılmış bir talih işi olduğunu bir Çin kaynağı (Chou – Shu’daki bir rivayet) şöyle anlatmaktadır: “*Kardeşlerden birisini baş yapmak istediler ve hepsi birlikte büyük bir ağacın altına giderek aralarında şu şekilde anlaştılar: Ağaca doğru en yükseğe kim atlarsa, o kağanlığı ele geçirecekti. A-Shih-Na’nın oğlu, aralarında en küçük olmasına rağmen en yükseğe atlayabildi ve hepsi birlikte onu reis seçtiler*”¹⁶. Örnekte, Tanrı’nın hükümdar yapmak istediği kişiye güç verdiği inancı sezilmektedir. Bu düşünce karşısında bütün âdet ve teamüller hükümsüz kalmakta, hanedandan biri şu veya bu şekilde fiilen tahtı ele geçirdikten sonra, artık onun meşruiyeti nazarî ve hukukî bakımdan bir sorun olmaktan çıkmaktadır.

Durum böyle olmakla beraber, eski Orta-Asya Türk devletlerinin sistemlerinde kağan seçimi ve siyasal iktidarın intikali konusunda dört farklı usul karşımıza çıkmaktadır.

B. İrsiyet Usulü

Mevcut hükümdarın ölümünden sonra, yerine onunla aynı kutsallık ve güçte birinin geçmesi endişesi, yeni kağanın da aynı aileden olması gerektiği düşüncesini ortaya çıkarmış, bu da kağan seçiminde irsiyet usulünün uygulanmasına zemin hazırlamıştır¹⁷.

Bu usulde Gök Tanrı, topluluk içindeki bir aileye egemenlik hakkını bir bütün olarak vermekte ve bu ailenin erkek üyelerinin hepsi de devleti yönetmede eşit hak sahibi olmaktadır¹⁸. Söz konusu ailenin kutsallığına mutlak surette inanılmaktadır. Hanedan üyeleri bu sebeple kendilerini hep yüce bir soya bağlamak istemişler ve şecerelerini müşterek bir ataya götürmüşlerdir¹⁹. Bu noktada, bir inanışa göre kağanlar çoğunlukla gökten inen bir ışıktan gebe kalmış prensesin çocuklarıdır. Uygurlar’da, Kırgızlar’da, Moğollar’da ve Hitaylar’da bu inanış hâkimdir²⁰. Birçok Moğol oymağının büyükannesi sayılan Alangoa gökten inen bir

¹⁶ İNALCIK, H. (1959). Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Hakimiyet Telâkkisiyle İlgisi. S.B.F.D. XIV (I), s. 70. – TAŞAĞIL, A. (2018). Bilge Kağan’ın Vasiyeti. İstanbul, s. 49.

¹⁷ ARSLAN, s. 235.

¹⁸ ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 201 vd.

¹⁹ CİN, H., AKGÜNDÜZ, A. (1989). Türk Hukuk Tarihi. Konya, s. 40.

²⁰ İNALCIK, s. 75.

ışıkta hamile kalmış, dünyaya getirdiği çocuklar da bütün insanların hükümdarı olmuşlardır²¹. Cengiz Han'ın bu soydan geldiğine inanılmaktadır. Bir diğer inanişe göre ise, hükümdar soyu Tanrı'nın gönderdiği bir kurtla çiftleşen bir prens veya prensesten inmiştir. Kurt menşei efsanesi M.Ö. II. Yüzyılda Wu –Sun'lara kadar gidebilmektedir. Göktürk ve Moğollar'da da bu efsaneye rastlanmaktadır²².

Bu inanışlardan hangisi kabul edilirse edilsin, kağan ve ailesi mutlak olarak kutsal sayılmakta, tahta geçecek olan kağanın da mutlaka bu soydan gelmesi şart koşulmaktadır. İrsiyet sisteminin gereği budur. Söz konusu şart yerine getirilmek koşuluyla “*Primogenitur (En Büyük Çocuk = Evlâd-ı Ekber)*” ya da “*Senioratus (Hanedanın En Yaşlı Erkek Üyesi)*” sistemlerinden birinin kağanı belirlemede uygulanması fark yaratmamaktadır. Zaten, pratikte de bu sistemlere değişik zamanlarda başvurulmuş, bazen yaşça en büyük oğul (ya da kız), bazen de sülâlenin en yaşlı erkek üyesi mevcut kağandan sonra tahta çıkarılmıştır.²³ Tahtın kanunî telâkki edilen varisi mevcut olduğu zaman, o kişi hiçbir problem olmadan kağan yapılmış (bu takdirde kurultayın rolü bu kimsenin kağan olma hakkını kabul ve onamaktan ibarettir), kağanlık makamının boş ve hanedanın da çökmüş olduğu durumlarda ise, daima halka büyük hizmetleri ile tanınmış, meziyet ve irade sahibi, hükümdar olmak için lâzım gelen bütün şartları haiz üstün nitelikli kişiler kurultayca kağan seçilmişlerdir. Bumin Kağan ve Kutluk Kağan'ın başa geçmeleri bu şekildedir.

Söz konusu seçime başka bir örnek olmak üzere, Kuzey Çin'de Hun Çao Devleti'ni kuran Lyö-Yuan'ın “Tan-hu²⁴ (kağan)” ilân edilmesine dair şu hadiseyi verebiliriz: Lyö-Yuan'ın akrabalarından biri Kuzey Çin'e bağlı olarak yaşayan Hun beylerini topladığı bir toplantıda şu sözleri söylemiştir: “... *Hun Devleti bugün egemenlikten mahrumdur. Bütün beylerimiz Çin Sülâlesi'nin esiridirler. Fakat biz, bugün zayıf isek de, sayımız yirmibin kadardır. Niçin Çin'deki karışıklıklardan istifade etmiyoruz? Bugünkü fırsatı kaçırmayalım. Şefimiz Lyö-Yuan cesurdur, büyük bir hükümdar olabilmek için gerekli bütün vasıflara sahiptir. Eğer Gök-Tanrı Hun Devleti'ni ihya etmek, diriltmek taraftarı olmasaydı, bize Lyö-Yuan gibi bir şefi gönderir*

²¹ VLADIMIRTSOV, s. 75; Moğolların Gizli Tarihi, s. 8.

²² İNALCIK, s. 76.

²³ ARSLAN, s. 237.

²⁴ “Tan-hu” ya da “Şan-yu” Türkçe “Tengri – Kut” olan unvanın Çince karşılığıdır. “Gökten kudret alan” anlamına gelen bu unvan Çin hükümdarlarının almış buldukları unvana benzetilerek kullanılmıştır. Çince'deki ifade “Tian – zi” olup “Göğün Oğlu” anlamındadır. Türkler Tan-hu unvanını “Göğün Oğlu” anlamında kullanmamışlar, Gök Tanrı'yı en yüce varlık olarak tanıyıp, Türk hükümdarını “Gökten Kudret Alan” biçiminde tarif etmişlerdir. Türk hükümdarı böylece dünyevî yetkilerine kutsal bir güç katmış olmaktadır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OTKAN, P. (2018). Tarihçinin Kayıtlarına (Shi Ji) Göre Hunlar. İstanbul, s. 29.

miydi?” Çin kaynaklarının bildirdiğine göre, bu nutuk Hunlar üzerinde çok etkili olmuş, sonunda Lyö-Yuan ittifakla Tan-hu seçilmiştir²⁵.

Göktürk hükümdarı Bilge Kağan’ın kitabesinde yer alan şu ifadeler, bu devlette taht verasetinin nasıl gerçekleştiği hususunda bizlere fikir vermektedir: “*Babam kağan öldüğünde kendim sekiz yaşında kaldım, töre mucibince amcam kağan oldu*”²⁶. Bu cümledeki “*töre mucibince*” ifadesinden, egemenliğin ailenin en yaşlı erkek üyesine geçtiği sonucu çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak, bir başka Göktürk Kağanı İşbara Kağan’ın ölümünde cereyan eden şu hadise de zikredilebilir: İşbara öldüğünde, oğlu çok küçük yaşta idi. Bu sebeple, devletin ileri gelenleri toplanmış ve O’nun (İşbara’nın) küçük kardeşini kağan yapmışlardır. Fakat yeni kağan bir nezaket gereği olarak İşbara Kağan’ın oğluna bir elçi göndererek kendisinin İşbara Kağan’ın soyunun yaprakları, hâlbuki oğlunun ise kütüğü olduğunu hatırlatmış, bu sebeple de kendisini kağanlık tahtına davet etmiştir. Ancak, İşbara’nın oğlunun amcasının “*hem kendisinin hem de ailenin büyüğü*” olması sebebiyle yapılan daveti reddettiği ve kağanlığı amcasına bıraktığı görülmektedir²⁷.

Göktürkler’de çoğunlukla vefat eden kağanın yaşça en büyük olan oğlu, o yoksa veya reşit değilse yaşça en büyük kardeşi, o da yoksa amcası veya amcasının oğlu kağan yapılmış, ancak her batın için yaşça en büyük olanın kağan seçilmesi bir kural oluşturmuştur²⁸. Fakat yukarıda da izah edildiği üzere, verasetin intikali hiçbir zaman kesin kurallarla saptanamamış, kağanlık hep Gök-Tanrı’nın ilâhî gücüne bırakılmıştır. Nitekim Bilge Kağan, kitabesinde amcası öldükten sonra Tanrı irade ettiği ve kendi talihi olduğu için kağanlık tahtına oturduğunu söylemektedir²⁹.

Uygurlar’da da, çoğunlukla tahtın babadan oğula (büyük oğula) geçme âdetine rastlanmaktadır. Yusuf Has Hâcîp, ünlü eseri Kutadgu Bilig’de “*Çok eski bir atasözü vardır: Babanın tahtı ve adı oğula kalır*”³⁰ ve başka bir yerde de “*Ey hükümdar, bak! Ülkeyi senden*

²⁵ ARSAL, S. M. (1947). Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul, s. 270, 271.

²⁶ Kutluk Kağan’ın ölümünden sonra Kapgan Kağan’ın başa geçmesi ile ilgili olarak Çin kaynakları ile Orhun Yazıtları’nda yer alan bilgiler arasında bir çelişki söz konusudur. Nitekim Çin kaynaklarına göre Kapgan Kağan tahtı gasp etmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PAMİR, A. (2016). Büyük Göktürk Hükümdarı Bilge Kağan ve Eski Türk Orta – Asya Kamu Hukukundaki Yeri. ÇÜHFD, III (V), s. 15. Orhun Yazıtlarına göre ise, Kutluk Kağan’ın ölümünde oğlu Bilge Kağan çok küçük yaşta olduğu için tahta töre gereği amcası Kapgan Kağan geçmiştir. THOMSEN, s. 100.

²⁷ ÖGEL, s. 23.

²⁸ CİN, AKGÜNDÜZ, s. 40.

²⁹ THOMSEN, s. 106.

³⁰ Kutadgu Bilig, B. 110.

önce yöneten senin baban idi”³¹ sözleriyle, iktidarın babadan oğula intikal etmesi geleneğini doğrulamaktadır.

Uygurlar’da kağanlığa hep “Yağlakar” soyundan gelen kimseler geçerdi. Bunlar, aynı zamanda isimlerinin sonunda bu kabilenin adını taşırlardı³². Uygur kağanlarından To-Lo-Szu Kağan 794 yılında arkasında hiçbir halef bırakmadan ölünce, kendisiyle herhangi bir akrabalığı olup olmadığı bilinmeyen Kutluk Bilge (unvanı “Ay ve Gökte Kısmet Bulmuş, Kahraman, Büyük Bilge Kağan’dır) kağan yapılmıştır. Kutluk Bilge Kağan Yağlakar soyundan olmadığı halde, kendisinden sonra kağan olan oğulları ve torunları isimlerinin arkasında hep bu adı taşımışlardır. Bir Çin kaynağına göre, Kutluk Bilge Kağan aslında To-Lo-Szu Kağan’ın evlâtlığı idi. Karabalsagun Yazıtı’na göre ise, Kutluk Bilge Kağan’ın tahta çıkışı şöyle gerçekleşmiştir³³: “794 senesinde To-Lo-Szu Kağan öldüğünde, kendisi (Kutluk Bilge Kağan) bütün prenslerin ve Uygur ileri gelenlerinin en yaşlısı imiş. Bütün Uygur valileri, nazırları, ordu komutanları, sınır valileri onu desteklemiş, hatta tahta çıkması için teşebbüste bile bulunmuşlar. Kendisinin Uygurlar’a saadet verdiğinden, otağında yaptığı savaş plânlarıyla çok uzak bölgelerdeki savaşları kazandığından söz etmişler. Kendisi esirgeyici, koruyucu, kendi halkını daima müdafaa edici, yalnız Uygur ülkesi için değil, bütün dünya düzeni için kanunlar çıkartan bir kağan olarak tanınmış”.

Böylece, Uygurlar’da evlâtlık alınan oğulların bile kağan yapılabildiği sonucuna ulaşabilmekteyiz. Bunlar, soyluların çocukları arasından alınan ve saray muhafız kıtalarına yerleştirilen çocuklardı ve kendilerine “Tutunç Oğul (Tutulmuş Oğul)” adı verilmekteydi. Göktürk Devleti ise, çok katı törelere sahip bir devlet olduğundan, böyle bir uygulamaya sahne olmamıştır³⁴.

Moğollar’da ise, Cengiz Han’ın atalarının Gök-Tanrı’nın takdiri ile yaratılmış bir bozkurt ve eşinin ise beyaz bir dişi geyik olduğunun varsayıldığı bilinmektedir. Bu soydan gelen Alangoa’nın, kocası Dobun Mergan’dan iki oğlu vardı. Kocasının ölümünden sonra üç oğlu daha dünyaya gelince, daha önceki iki oğlu anneleri hakkında dedikodu yaparak “Bizim annemiz, kocası ve erkek akraba kardeşleri olmadığı halde üç erkek çocuğu doğurdu. Evde yegâne erkek, şu Maalih Baiyutlar’dan olan kimsedir. Bu üç çocuk ondan olsa gerektir” dediler. Bu dedikoduları anneleri Alangoa duydu, bunun üzerine “Siz, bu üç çocuk hakkında ananızdan

³¹ Kutadgu Bilig; B. 5151.

³² ÖGEL, s. 30.

³³ İZGİ, Ö. (1987). Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi. Ankara, s. 22, 23.

³⁴ ÖGEL, s. 27.

şüphe ederek aleyhimde dedikodu yaptınız. Şüphenizde haklısınız, fakat her gece sarışın bir adam çadırın bacasından sızan ışık vasıtasıyla girerek karnımı okşuyor ve onun nuru vücuduma geçiyordu. Çıkarken de, güneş veya ayın nurları üzerinden sarı bir köpek gibi sürünerek çıkıyordu. Siz nasıl böyle düşünmeden konuşuyorsunuz? Bu hadise üzerinde fikir yürütülürse, onların Tanrı oğlu oldukları meydana çıkar. Kardeşlerinizi kara başlı insanlarla mukayese ederek nasıl öyle konuşabiliyorsunuz? Onlar, bütün insanların hükümdarı oldukları zaman, halk hakikati anlayacaktır” sözleriyle kendini savundu³⁵.

Bu anlatılanlar, Türklere çok yakın gelenekleri olan Moğollar’da da egemenliğin Tanrısal kökene dayandırıldığını göstermekte ve irsiyet sisteminin önemini ortaya koymaktadır. Nitekim Cengiz Han’ın ünlü kanunnamesinde, Cengiz Han’ın evlâd-ı ahfadından olmayan hiçbir kimsenin kendini han ilân edemeyeceği ifade edilmiş, bu soydan olmak koşuluyla, statüleri eşit olan zevce ve hatunlardan olan oğulların hepsinin de taht üzerinde eşit hakkının bulunacağı belirtilmiştir³⁶. Ayrıca, kanın temizliğine de bütün kabile üyelerince önem verilmiş, bu husus onlar tarafından çok sıkı takip edilmiştir. Bu konuda, Cengiz Han’ın karısı Börte’nin Merkitler tarafından esir alınarak Çilger isimli bir pehlivana verildiği hadise üzerinde durmak yerinde olacaktır: Börte esir alındığı zaman gebe imiş. Esaretten kurtarılıp getirildiğinde bir oğul dünyaya getirmiş. Çocuğun adını Coçi koymuşlar. Coçi Cengiz Han’ın büyük oğlu olarak kabul edilmiş, ancak onun menşei hakkındaki dedikodular da hiç eksik olmamıştır. Cengiz Han veliahtlık meselesini oğullarıyla konuşurken, ikinci oğlu Çağatay’ın şu sözleri söylediği bilinmektedir: *“Baba! Sen Coçi’den bahsediyorsun, onu mu varis yapmak istiyorsun? Fakat o Merkitler’den getirilmiştir. Bizi idare etmesine müsaade edebilir miyiz?”*³⁷.

Bütün bu anlatılanlardan çıkarılacak sonuca gelince; eski Orta-Asya Türk devletlerinde, egemenlik hakkı irsiyet usulü gereğince sadece Tanrı tarafından seçildiğine inanılan bir ailenin erkek üyelerine aittir. Bu aile üyelerinden birisinin şu veya bu ölçüte göre kağan olması doğrudan Tanrı’nın iradesinin bir sonucudur. Başka bir aileye mensup herhangi bir kimsenin ise egemenlik yetkisini kullanabilmesi asla düşünülemez.

C. Fetih (Potlaç = Şölen = Toy) Usulü

Aristokratik bir yapı gösteren eski Türkler’de üst soylu sınıfa yükseliş bir tür şeref yarışının sonunda elde edilirdi ki, buna fetih (potlaç) adı verilirdi. Üstünlük kazanmak amacıyla

³⁵ Moğolların Gizli Tarihi, s. 3-7, 8.

³⁶ ARSLAN, s. 237.

³⁷ VLADIMIRTSOV, s. 83.

bir boy beyi, dostluk kurmak istediği bir başka beyin boyuna ziyafet verir, mal yağmalatırdı. Beylerden hangisi daha üstün bir ziyafet verir ve mal yağmalatırsa, o boy diğerinden daha üstün bir şeref kazanır, böylece sosyal statüsü yükselirdi. Bu yarış beyler arasında derece farkı ve hiyerarşi doğurur, en şerefli sayılan bey öteki beylerden üstün tutulur ve saygı görürdü. Bu şekilde toplumda beyler arasında astlık – üstlük ilişkisi kurulur ve toplumsal piramit oluşturulurdu.

Fetih usulünü, daha ziyade boy ve il kademesinde iktidarın intikalini sağlayan örfi bir hukuk kurumu olarak ele almak doğru olur. Nitekim bu usul, sadece kabile aşamasında özel bir önem ifade etmiş, kabilelerin birleşerek imparatorlukları oluşturdukları aşamada ise iktidarın el değiştirmesini sağlayamaz olmuştur³⁸.

D. Kooptasyon Usulü (Veliahd Tayini)

Bu sistemde hükümdar, sağlığında kendisinden sonra saltanat sürecek olan kimseyi önceden belirlemektedir. Bizzat hükümdar tayini ya da vasiyette bulunmak şeklinde ortaya çıkan bu usulün amacı veraset sisteminden doğabilecek taht kavgalarını önlemek ve siyasî iktidarın intikalini istikrarlı bir yola sokmaktır³⁹. Yine, bu yolla eski Türk devletlerinde sıkça görülen devletin iki veya daha fazla bağımsız alana ayrılması ve bu suretle parçalanmasının önüne geçilmek istenmiştir⁴⁰.

Bu sistemin örneklerine Orhun Yazıtları ve Ergenekon Destanı'nda rastlanmaktadır. Örneğin, Göktürk Devleti'nin kurucusu Bumin Kağan'ın oğlu Kara Kağan hastalıktan ölmeden önce yerine oğlu She-tu'nun değil kardeşi Mukan'ın kağan olmasını istemiş, O'nun bu vasiyetine uyulmuştur. Bu taht değişikliğinin Göktürk Devleti üzerinde çok olumlu bir etkide bulunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Çin kaynakları Mukan'ın zeki, bilgili, taktikçi, askerini çok iyi kumanda eden ve olağanüstü cesur kişiliğinden bahsetmişlerdir⁴¹.

Mukan, ölmeden önce oğlu Ta-Lo-Pien'in değil de, kardeşi Taspar'ın tahta geçmesini vasiyet etmiş, bu vasiyete de uyulmuştur. Taspar Kağan devleti epey güçlendirmiş, yeni ve çok güçlü bir devlet teşkilatlanması oluşturmuştur⁴².

³⁸ ARSLAN, s. 236 vd.

³⁹ ARSLAN, s. 238.

⁴⁰ ARSLAN, s. 235.

⁴¹ TAŞAĞIL, A. (1995). Göktürkler. Ankara, s. 19.

⁴² TAŞAĞIL, s. 27, 28.

Taspar'ın ölümünden sonra devlet adamları, O'nun vasiyeti doğrultusunda Ta-Lo-Pien'i kağan yapmak istemişlerdir. Ancak halk, annesinin Türk olmaması sebebiyle bu kişiyi kağanlığa kabul etmemiştir. Kurultayda yapılan tartışmalardan da bir sonuç çıkmayınca, Kara Kağan'ın oğlu She-tu gelerek eğer Taspar'ın oğlu ve tamamen Göktürk soyundan gelen An-Lo kağan olursa ona itaat edeceğini, hâlbuki Ta-Lo-Pien kağan seçilirse, devleti korumak gerekeceğini, bunun için de uzun mızrağı ve keskin bıçağı ile sınırlarda bekleyeceğini belirtmiştir. She-tu çok kuvvetli, karizmatik, cesur ve kahraman bir kişiliğe sahip olduğu ve devlet meclisinde de çoğu zaman etki sağlayabildiği için, kurultayda hiç kimse O'na kaşı gelmeye cesaret edememiş, neticede An-Lo'nun kağan yapılmasına karar verilmiştir. Tahta çıkamayan Ta-Lo-Pien ise An-Lo'nun kağanlığını bir türlü hazmedememiş, devamlı elçiler göndererek O'nu rahatsız etmiş ve korkutmuştur. Sonuçta, devlet içinde kontrolü tam olarak sağlayamadığı gerekçesiyle An-Lo kağanlıktan indirilmiş, yerine She-tu kağan yapılmıştır. Bu duruma hiç itiraz etmeyen An-Lo'nun da She-tu'ya olan bağlılığını bildirdiği görülmektedir. She-tu başa geçtikten sonra “*İşbara Kağan*” unvanını alacaktır. Bir türlü kağan olamadığı için çok öfkeli olan Ta-Lo-Pien ise Kuzey'e çekilerek A-po Kağan unvanını almış, tıpkı An-Lo'ya yaptığı gibi İşbara Kağan'a da elçiler göndererek onu rahatsız etmiştir. A-po Kağan bununla da kalmayarak İşbara Kağan'a karşı dış destek arayışına girmiş, 582 yılının Ekim ayında Çin'e bir elçi göndererek Çin hükümdarına hediyeler sunmuştur⁴³.

Söz konusu örnekten, kooptasyon usulünün kağan seçiminde mutlaka uygulanmadığı, kağanın isteğine rağmen halk, beyler ve kurultayın farklı kararlar alabildiği, ama sonuç olarak mutlaka, Tanrı'nın belirlediği kağan soyundan gelen kişilerin hükümdar seçildiği gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda, değişik bir örnek olarak Cengiz Han'ın üçüncü oğlu Ögedey'i veliaht ataması ve bunu diğer oğullarına tasdik ettirmesi hadisesinden de bahsetmek yerinde olacaktır. Cengiz Han ölünce, O'nun hatırasına son derece bağlı olan Moğollar kurultayda Ögedey'i hanlık tahtına oturtmuşlar, böylece Cengiz Han'ın vasiyetini yerine getirmişlerdir. Kendi kuvvetleriyle birlikte devletin merkez kısmı da bu şekilde Ögedey'in emrine verilmiştir⁴⁴. Ancak Ögedey'in hükümdar olur olmaz kardeşlerine söylediği şu sözler bir hayli ilgi çekicidir: “*Babam Cengiz Han tarafından vasiyet edilmiş tahta oturdum. Sonra, benim arkamdan “hangi meziyetine dayanarak tahta çıktı?” diyenler olmaz mı?*”⁴⁵. Bu sözlerden, kağan olabilmek için

⁴³ TAŞAĞIL, s. 35.

⁴⁴ Moğolların Gizli Tarihi; s. 190, 191.

⁴⁵ ARSLAN, s. 237; İNALCIK, s. 72.

sadece atanmış olmanın yeterli olmayabileceği, aynı zamanda şahsî meziyetlerin, yeteneğin ve çeşitli alanlarda başarılar kazanmış olmanın da önemli olduğu vurgulanmak istenmektedir. Tabii kurultaya erken gelmek, hatta daha da önemlisi, şahsî ilişkileri sayesinde veya pazarlıkla nüfuzlu kabile beylerinin desteğini almak da bazen kağan olmaya yardımcı hususlar olarak belirtilebilir.

E. Seçim Usulü

Eski Türkler, genelde Batı'da rastlanılan seçimli monarşi sistemini çok sınırlı bir biçimde kendi devlet sistemlerinde uygulamışlardır. Seçmen heyetinin kurultay şeklinde bir araya geldiği görülmektedir. Beyler ve seçkin kişilerden oluşan kurultaya onun kurulduğu yerdeki bölge temsilcileri de katılır, kurultayda kağan seçiminin onaylanması da dâhil, çok sayıda önemli devlet sorunu görüşülüp karara bağlanırdı⁴⁶.

Kağan seçiminin, her şeyden önce Gök – Tanrı tarafından kut verildiğine inanılan belli bir ailenin üyeleri arasından yapılması gerekirdi. Bundan sonra ise sıra, seçimin kurultayda onaylanmasına gelirdi.

Hun Devleti'nde mevcut kağanın ölümü sonrasında genellikle yedi seçkin kabilenin reisi vezirlerle bir araya gelerek saray ortasına siyah bir keçe döşerler, yeni kağanı getirip bu keçenin üzerine oturturlardı. Beyaz elbise içindeki beyler yeni kağana biat ettikten sonra ona şöyle seslenirlerdi: *“Yukarıda güneşe bak, baki olan Tanrı'yı itiraf eyle. Sen onun gölgesisin. Kendi tedbirini O'nun muradına uydur. Aksi halde sana sadece bu siyah keçe kalır”*. Beyler daha sonra kırmızı elbiseler giyip, başlarına da birer sorguç (kotuz) takarlar ve kağana tacını giydirirlerdi⁴⁷. Töreni müteakip kurultayın, yukarıda belirtildiği üzere bu seçimi onaylaması gerekirdi. Hunlar'da bu kurultayın Motun (Mete) (MÖ. 209 -174) döneminden beri görev yaptığı bilinmektedir. Sözü edilen kurultaya taşıdığı önemden ötürü *“Devlet Meclisi”* ya da her yıl güz mevsiminde (Ekim ayında) toplandığı için *“Güz Kurultayı”* adı verilmiştir. Bu kurultayın görevleri arasında *“kağanlığın tasdik edilmesi”* görevi de bulunuyordu. Ancak Güz Kurultayı'nın asıl görevi şüphesiz ordunun teftiş edilmesi, er ve hayvan sayımının yapılması ve kimi askerî manevraların yapılmasıydı; zira artık yerleşik uluslara (başta Çin olmak üzere) savaş açılması vakti gelmiştir; çünkü onların ambarları dolmuştur⁴⁸. Bu kurultayda kimi memleket meseleleri üzerinde de görüşmelerde bulunulur, gerektiğinde idarenin yetkilerinin

⁴⁶ Kurultayların üyeleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. PAMİR, A. (2015). Eski Orta-Asya Türk Hukuku'nda, Kurultay Müessesesi. ÇÜHFD, II (III), s. 36 vd.

⁴⁷ CİN, AKGÜNDÜZ, s. 33.

⁴⁸ ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 24.

genişletilmesine ve yeni töre hükümlerinin konulmasına da karar verilirdi. Sözü edilen kurultaya hatun, prensler, şehzadeler (teginler), askerî – sivil bütün vazifeli beyler ve yüksek memurlar, devlete bağlı bütün Hun boyları ve yabancı zümre temsilcileri katılırdı⁴⁹, daha doğrusu katılmak zorundaydı; çünkü mecliste (ve bu münasebetle düzenlenen ziyafette) bulunmak Devlet'e ve Kağan'a sadakatin bir göstergesiydi. Aksi durum ise itaatsizlik ve isyanla aynı anlamda idi⁵⁰.

Konu ile ilgili olarak Dede Korkut'ta yer alan güzel bir örneği paylaşalım: Hikâyeler'de Bayındır Han'ın toy ve kurultayına gelmeyen Dış Oğuz'un düşman olarak kabul edildiği anlatılmıştır.⁵¹ Manas Destanı'nın bir bölümünü oluşturan Köketey Destanı'nda da, Köketey Han şöyle demektedir: “*Aşıma gelmeyişi yağma ederim*”⁵².

Hun hükümdarları devlet idaresiyle ilgili karar alırlarken de gelişigüzel hareket edemezler, aldıkları kararlar kurultayın onayına tâbi tutulurdu. Bu durum, kağana gerek seçilmesi, gerek egemenlik hakkını kullanması aşamalarında bir sınır getirmiş, onun mutlak bir monark haline gelmesini engellemiştir. Ancak bu usulü bugünkü anlamıyla tam bir demokratik uygulama şeklinde de anlamamak gerekir, zira kağanlık seçiminin belli süreler dâhilinde yapılması söz konusu olmadığı gibi, seçme hakkı da yalnızca sınırlı bir zümreye tanınmış bulunuyordu⁵³.

Göktürk Devleti'nde de Hunlar'dakine benzer bir kurultay görev yapmaktaydı. Kağanın seçilmesi aşamasında yeni hükümdarın tıpkı Hunlar'da olduğu gibi vefat eden hükümdarın sülâlesine mensup biri olması gerekiyordu. Ayrıca bu seçimi büyük beylerden oluşan bir kurultayın kabul etmesi ve onaylaması da şarttı.

Eğer vefat eden hükümdarın sülâlesinden yeni kağan seçilebilecek hiç kimse kalmamış ise, kurultayın yeni bir bey ya da kahramanı kağan seçebilmesi mümkündü. Ayrıca, bir savaşın kaybına neden olan, kağanlık görevinde başarı sağlayamayan, halkına refah temin edemeyen, kanunlara ve töreye aykırı hareket eden bir kağanın, diğer hükümdar adaylarının veya kabile reislerinin çabalarıyla görevinden azledilebilmesi, hatta öldürülebilmesi de mümkündü⁵⁴.

⁴⁹ KAFESOĞLU, İ. (1980). Eski Türkler'de Devlet Meclisi – Toy. Birinci Millî Türkoloji Kongresi. İstanbul, s. 205, 206.

⁵⁰ SHIRATORY, K. (1930). On the Territory of the Hsiung-nu Prince Hsiu – tu. S.V, Tokyo, s. 27 vd.

⁵¹ KUDRET, C. (1986). Dede Korkut Hikâyeleri. İstanbul, s. 185 vd.

⁵² ÖGEL, B. (1982). Türkler'de Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar). Ankara, s. 74.

⁵³ EROĞLU, H. Atatürk ve Cumhuriyet. Atatürk ve Atatürkçülük Dizisi, No. 8, s. 8.

⁵⁴ CİN, AKGÜNDÜZ, s. 40, 41; SİĞRİ, Ü., ERCİL, Y. (2007). Türklerde Yönetim Gelenekleri ve Türk Yönetim Tarihi. İstanbul, s. 80.

Göktürkler’de kağan seçiminin tamamlanabilmesi için gerekli olan formalite merasimleri ise şöyle özetlenebilir: Seçilen kağan bir keçe üzerine oturtulur ve dokuz defa kaldırılıp dolaştırıldıktan sonra, her defasında önüne eğilinerek selâmlanırdı. Bu selâmlama işi bittikten sonra, kağan bir ata bindirilir ve at üzerindeyken ipekli bir kumaş ile boğazı sıkılarak baygın bir hale sokulurdu. O sırada, kağanlığının ne kadar süreceği kendisinden sorulur, onun yarı baygın bir şekilde vereceği cevaplardan türlü hükümler çıkartılırdı. Törenin sonunda halka büyük ziyafetler çekilirdi⁵⁵.

Göktürkler’deki kurultay tıpkı Hunlar’daki örneğindeki olduğu gibi kağanın aldığı kararları denetleyici bir rol de oynamış, bu şekilde kağanın egemenliğine bir sınır getirmeye çalışılmıştır⁵⁶.

Hunlar’da ve Göktürkler’deki bu meclisin bir benzeri de Uygurlar’da yer almıştır. Bu devlette meclis (toy) kağanı güçlü idareciler ve kumandanlar arasından da seçebilirdi⁵⁷. Toyu oluşturan kişilerin (toyguların) çoğunluğu hükümdar ailesi dışından geliyordu. Kağan ise toyun doğal başkanı durumundaydı. Ancak, kağanın seçilmesi veya seçimin onaylanması konularında toya başka bir devlet görevlisinin başkanlık etmesi gerekiyordu ki, bu kişi devlet baş müşaviri olarak nitelendirilebilecek olan Aygucı (Üge = Öge) denilen kişiydi. Aygucunun hükümet başkanı olması da kuvvetle muhtemeldir. Bu kişi, hükümdar ailesi dışından seçilirdi⁵⁸.

⁵⁵ ÖGEL, s. 52 vd. Sözü edilen törende seçilen kağanın keçe üzerine oturtulması ve havaya kaldırılması halk tarafından gerçekleştirilmekteydi. Böylece kağan seçimine halkın da katılmakta olduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır. TAŞAĞIL, A. (2001). Bilge Türk Tonyukuk. İstanbul, s. 66.

⁵⁶ Büyük Göktürk Kağanı Bilge Kağan’ın Göktürk şehirlerinin etrafının surlarla çevrilmesi ve Budizm ile Taoizm’in öğrenilmesi yolundaki iki teklifinin kurultay tarafından kabul edilmemiş olmasını onun bu yetkisinin bir göstergesi olarak belirtebilmek mümkündür. Bilge Kağan’ın tekliflerinin kurultayca kabul edilmemesinde, bu büyük hükümdarın ünlü veziri, Çin asıllı devlet adamı Tonyukuk’un yol göstericiliği büyük bir rol oynamıştır. Nitekim Tonyukuk’a göre, Çinliler gibi yerleşik hayata geçmek ve böylece şehirlerin etrafını surlarla çevirmek Türkler’in askerî gücünü çok zayıflatırdı. Çünkü Türkler, sayıca az bir orduya sahip olsalar da, göçebe hayat tarzının verdiği dinamizm ile savaş meydanlarında büyük üstünlük göstermekteydiler. Şayet surlarla çevrili şehirler inşa edip içinde oturulursa, eski gelenekleri değişir ve Çin’deki Tang Hanedanı’na karşı yenilgi kaçınılmaz olurdu. Öte yandan, Bilge Kağan’ın ülkede Budizm’in kabul edilmesi ve şehirlere bu dinin tapınaklarının inşa edilmesi yolundaki düşüncesi de Tonyukuk’a göre yanlıştı; zira O’na göre, çok büyük bir dinî hoşgörü ve din serbestisi içinde yaşayan Türk ulusunu zorla bir dine sokmaya çalışmak doğru değildi. Üstelik Budizm dininin ilkeleri Türkleri zayıflatır, onların savaşçı karakterini bozardı. KAFESOĞLU, s. 206. Bilge Kağan, Veziri’nin tavsiyelerinden derin şekilde etkilenmiş ve söylediklerine uymuştur. Bu durum, Bilge Kağan’ın asla mutlak egemen bir hükümdar gibi davranmak istemediğini, bilâkis devlet yönetiminde istişareye ne kadar değer verdiğini kanıtlamaktadır. Vezir Tonyukuk’un devlet yönetimindeki rolü ve başarıları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CLAUSON, S. G. (1971). Some Notes on the Inscription of Tonyuquq. Budapest, s. 130 vd.; TAŞAĞIL, Bilge Türk Tonyukuk, s. 82.

⁵⁷ KAFESOĞLU, İ. (2014). Umumi Türk Tarihi Hakkında Tespitler, Görüşler, Mülâhazalar. İstanbul, s. 151.

⁵⁸ KAFESOĞLU, s. 207-209.

SONUÇ

Eski Orta – Asya Türk egemenlik anlayışı Gök-Tanrı'nın topluluk içinden bir aileyi seçerek, o ailenin tüm erkek üyelerine egemenlikten pay vermesi esasına dayanmaktadır. Peki bu üyelerden hangisi kağan olacaktır? Bu çok önemli sorun Gök-Tanrı'nın inayetine bırakılmıştır: Tanrı, içlerinden hangi erkek üyeyi kağan olarak seçecek olursa, ona devleti yönetme kudretini de vermiş sayılacaktır. Şu durumda, seçilen kağanın ailenin diğer erkek üyeleri için ülkesini çeşitli parçalara ayırarak, onları bu değişik ülkelerin başına yönetici olarak atamasından başka bir çare kalmamaktadır. Aslında bu bölümlenimin ülke yönetimini kolaylaştırdığı da söylenebilir. Üstelik egemenlik hakkının doğrudan sahibi durumundaki bu erkek üyeler buldukları bölgelerde son derece rahat ve serbest bir yönetim gösterebilmekteydiler. Nitekim onların hepsinin de yönetme, hukuk kuralı koyma, vergi toplama ve cezalandırma yetkisi kesinlikle vardı. Kağan onların bu yetkilerine hiçbir biçimde karışmazdı. Ancak, devletin ortak menfaatini ilgilendiren konularda, tüm beylerin müşterek hareket etmesi bir zorunluluktur. Buna uymayan, örneğin kağanın çağrısına rağmen kurultay toplantılarına gelmeyen beyler kağana itaatsizlik etmiş sayılır ve en ağır cezalara çarptırılırlardı.

Sözü edilen devlet yapısı, eski Türk devletlerinde yüzyıllarca sonu gelmeyen taht kavgalarının önemli bir sebebini oluşturmuştur. Nitekim kağan olamamayı içlerine sindiremeyen beyler, yakaladıkları ilk fırsatta tahtı ele geçirebilmek için büyük mücadelelere girişmişler, bu durum Türk devletleri için oldukça yıpratıcı sonuçlar doğurmuştur. Şu halde, devletin bekası için her daim güçlü bir hükümdara ve onun yönetimine ihtiyaç duyulduğunu söylemek hiç de zor olmayacaktır. Güçsüz hükümdarlar döneminde ise devletin uzun süre ayakta kalamayacağı ve kolayca çözüleceği açıktır.

Görüldüğü üzere, Gök-Tanrı'nın inayetine rağmen baştaki kağanın tahtı her an bir tehlike altındadır. Başa geçme yöntemlerinden hiçbiri, hiçbir Türk devletinde kesin bir kural dâhilinde belirlenememiş ve uygulanamamıştır. O sebeple değişik Türk devletlerinde, değişik dönemlerde farklı başa geçme yöntemleri uygulanmış, her seferki kağan seçiminde devleti her an güçlü ve ayakta tutabileceğine inanılan karizmatik bir liderin etrafında toplanılmış, yeni kağanın hükümdarlığı ise, hangi usulle belirlenmiş olursa olsun, hemen doğrudan Tanrı'nın inayetine bağlanmıştır.

Zaten, hali hazırda Çin gibi bir devletin sürekli biçimde Türk devlet düzenini karıştırmaya yeltenmesi ve Orta – Asya'da mevcut çok sayıda kabilenin çeşitli sebeplerle dış baskılar oluşturması gerçeği varken, bir de taht için mücadelelerin yaşanması eski Türk

devletleri için büyük bir kâbus ve bazen de yıkım getirmiştir. Bunun yegâne sebebi, hiç kuşkusuz eski Orta – Asya Türk egemenlik anlayışıdır.

Sözü edilen olumsuzluk, sonraki yüzyıllarda Türklerin kurduğu Müslüman - Türk devletlerine de sirayet etmiştir. İslâm kaynakları devlet yönetimi ile ilgili konularda çok az düzenleme getirdiği için, Türkler Müslümanlığı benimsedikten sonra kurdukları devletlerde de eski Orta-Asya devlet düzeninden ve egemenlik anlayışından etkilenmişlerdir. Söz edilen durum Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde de net bir şekilde gözlemlenebilmektedir. Ancak Osmanlılar eski Türk egemenlik anlayışından sıyrılıp İslâm egemenlik anlayışına geçiş yaptıktan sonradır ki, devleti çok sarsan taht kavgalarını önleyebilmiş ve uzun yüzyıllar ayakta kalabilmişlerdir. Şüphesiz, bu devleti yıpratın ve sonunda yok olmaya sürükleyen bir yığın sebep üzerinde durulabilir. Ancak bunlar şu an için konumuzu aşmaktadır. Geldiğimiz noktada son söz olarak şunlar söylenebilir:

Tarih, ele aldığı her konuda sonraki dönemlere ışık tutabildiği ve gerekli derslerin çıkartılabılmesine olanak sağladığı sürece görevini yapıyor demektir. Orta-Asya devletlerinin tarihinden günümüze kadar uzanan süreçte ele alınan ve incelenen bütün müesseseler tarih boyunca toplumların en iyiyi ve güzeli bulma yolunda attıkları adımları bizlere göstermektedir. Bu müesseseler içinde günümüz koşullarına göre elbette çok geride veya yetersiz sayılabilecek olanları mevcuttur. Ama bunların eksiklikleri günümüzün şart ve ihtiyaçları göz önünde bulundurularak değerlendirilebilirse, o zaman tarihî incelemelerin hakkı yeterince verilmiş sayılır. Hemen her konuda olduğu gibi, çalışmamızın konusunu oluşturan öğelerin de bu bakış açısı ile ele alınması ve incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, eski Orta-Asya egemenlik anlayışının doğurduğu sorunlar göz önünde tutulduğunda, günümüzün çağdaş modern egemenlik anlayışı olarak kabul edilen “*Ulus – Egemenliği*” ilkesinin önemi ve değeri çok daha iyi anlaşılacaktır.

KAYNAKÇA

- ARSAL, S. M. (1947). Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul.
- ARSLAN, M. (1990). Eski Türk Devlet Anlayışı ve Çifte Hükümdarlık Meselesi. F.Ü. Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu. Elazığ, s. 223 – 239.
- CİN, H., AKGÜNDÜZ, A. (1989). Türk Hukuk Tarihi. Konya.
- CLAUSON, S.G. (1971). Some Notes on the Inscription of Tonyuquq. Budapest.
- EROĞLU, H. Atatürk ve Cumhuriyet. Atatürk ve Atatürkçülük Dizisi, No. 8.
- İNALCIK, H. (1959). Osmanlılar'da Saltanat Veraseti Usulü ve Hakimiyet Telâkkisiyle İlgisi. S.B.F.D., XIV (I), s. 69-94.
- İZGİ, Ö. (1987). Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi. Ankara.
- KAFESOĞLU, İ. (1980). Eski Türkler'de Devlet Meclisi – Toy. Birinci Millî Türkoloji Kongresi, İstanbul, s. 205 – 209.
- KAFESOĞLU, İ. (2014). Umumi Türk Tarihi Hakkında Tespitler, Görüşler, Mülâhazalar. İstanbul.
- KUDRET, C. (1986). Dede Korkut Hikâyeleri. İstanbul.
- MOĞOLLARIN GİZLİ TARİHİ (1995). (A. TEMİR, Çev.). Ankara.
- OTKAN, P. (2018). Tarihçinin Kayıtlarına (Shi Ji) Göre Hunlar. İstanbul.
- ÖGEL, B. (1971). Türk Kültürünün Gelişme Çağları. C. II, İstanbul.
- ÖGEL, B. (1982). Türkler'de Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar). Ankara.
- PAMİR, A. (2016). Büyük Göktürk Hükümdarı Bilge Kağan ve Eski Türk Orta – Asya Kamu Hukuku'ndaki Yeri. ÇÜHFD, III (V), s. 13-36.
- PAMİR, A. (2015). Eski Orta-Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi. ÇÜHFD, II (III), s. 11 – 50.
- RASONYI, L. (1993). Tarihte Türklük. Ankara.
- SHIRATORY, K. (1930). On the Territory of the Hsiung-nu Prince Hsiu – tu, S.V. Tokyo.
- SİĞRİ, Ü., ERCİL, Y. (2007). Türklerde Yönetim – Türk Gelenekleri ve Yönetim Tarihi. İstanbul.
- TAŞAĞIL, A. (1995). Göktürkler. Ankara.

TAŞAĞIL, A. (2018). Bilge Kağan'ın Vasiyeti. İstanbul.

TAŞAĞIL, A. (2021). Bilge Türk Tonyukuk. İstanbul.

ÜÇOK, C., MUMCU, A., BOZKURT, G. (2015). Türk Hukuk Tarihi. Ankara.

THOMSEN, V. (1993). Çözülmüş Orhun Yazıtları. (V. KÖKEN, Çev.). Ankara.

VLADIMIRTSOV, B. Y. (1987). Moğolların İçtimaî Teşkilâtı. (A. İNAN, Çev.). Ankara.

YUSUF HAS HACİP. (1991). Kutadgu Bilig. (R. R. ARAT, Çev.). Ankara.



ANTİK ATİNA'DA HUKUK VE EKONOMİK BÜYÜME*

Law and Economic Growth in Ancient Athens

Edward M. HARRIS*

Çevirenler

Eda YILDIZ**


Atıl Buğra KARADAŞ***


ÇEVİRENLERİN TAKDİMİ


Polis dergisinin Ocak 2022 sayısında, Eskiçağ tarihçisi Edward M. Harris'in bu çeviriye konu olan kitap incelemesi yayınlandı. Profesör Harris, yaptığı incelemede Federica Carugati'nin Creating a Constitution başlıklı çalışmasını ele alıyor. Çalışmanın literatürdeki konumunu, hayli sert bir eleştiriyile beraber belirlemeye çalışıyor. Öyle ki yaptığı incelemenin nihayetinde vardığı sonuç, bu çalışmanın literatürde önemli bir yeri olmadığı yönünde oluyor. Öte yandan Profesör Harris'in, çalışmanın literatüre katkı sunmadığını düşünmesi, bizi bu çeviriyi yapmaktan alıkoymadı. Bunun iki sebebi var. Bunlardan ilki, eserde Carugati'nin çalışması eleştirilirken aynı zamanda bilhassa Atina demokrasisi hakkındaki güncel literatürdeki kimi önemli eserlerin okuyucuya tanıtılıyor oluşudur. Literatürün bu ele alınış biçiminin, özellikle kariyerinin başındaki araştırmacılara faydalı olacağını düşündük. Bununla bağlantılı ve ikinci olarak kitap incelemelerinin yaygınlaşmasına katkıda bulunmayı amaçladık.

- **Makalenin özgün atf bilgisi:** HARRIS, Edward M. (2022). Law and Economic Growth in Ancient Athens. Polis: The Journal for Ancient Greek and Roman Political Thought, 39 (1), 203-212.

Gönderi: 19.10.2022 - **Kabul:** 26.12.2022 | **Received:** 19.10.2022 - **Accepted:** 26.12.2022.

- * Prof. Dr., Durham Üniversitesi Klasikler ve Antik Tarih Bölümü, Durham, UK 
edward.harris@durham.ac.uk.

- ** Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye  bogaeda77@gmail.com • **ORCID** 0000-0002-2682-6770.

- *** Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye  abkaradas@ybu.edu.tr • **ORCID** 0000-0002-3020-9222.

Atf Şekli / Cite As: HARRIS, Edward M. (2022). Antik Atina'da Hukuk ve Ekonomik Büyüme. (E. YILDIZ, A. B. KARADAŞ, Çev.). ÇÜHAD, (2), 164-184.

İntihal / Plagiarism: Bu çeviri bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This translation has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Zira özenle yapılmış bir kitap incelemesi hem potansiyel okuyucuya literatürü tanıtmakta hem de bilimsel eleştirinin ve yanlışlanabilirliğin imkanını ortaya koymaktadır.

Anayasa teorisi, anayasa tarihinden soyut düşünülemez¹. Anayasa tarihiyse kuruluş, teşkilatlanma ve yönetimin, bir diğer deyişle devleti oluşturan kurumların tarihidir². Bir toplumun teşkilatlanması ve geliştirdiği siyasa ile toplumdaki ekonomik gelişmeler arasında bir etkileşim vardır³. Çevirisini yapmış olduğumuz kitap değerlendirmesinin konu edindiği eser, Antik Yunan toplumunda ekonomik ilişkilerle siyasa arasındaki etkileşimi açıklama gayesini taşımaktadır. Kitap değerlendirmesindeyse yazarın savları, literatürde bu etkileşimin nasıl belirlendiği hususunda kurulan fikri bağlantılar ile ortaya atılan savların delillendirilme biçimleri ele alınmakta ve tartışılmaktadır. Çevirmen olarak bizler, Anayasa tarihinin liberal anayasacılık hareketleri ve bununla bağlantılı gelişmelerden yahut anayasa değişikliklerinin izlenmesinden ibaret olmayabileceğini⁴ göstermek bakımından bu çeviri eserdeki tartışmaların önem taşıdığını düşünüyoruz. Siyasal teşkilatlanma ve ekonomik yapı ilişkisinin tarihinin, demokratik kurumların gelişiminde oynadığı bir rol olduğu tezi üzerine etraflı tartışmaların yapıldığı bu çalışmayı, Anayasa tarihi bakımından incelenmeye değer buluyor ve Türk Anayasa Hukuku literatürünün istifadesine sunuyoruz. İfade edilen konuların önemine dikkat çekmek için kitap değerlendirmesinin çevirisini yapmayı tercih etmemizin bir sebebi elbette var. Şöyle ki, bir Anayasa Hukuku teorisi kurma faaliyeti, tarihsel ve kültürel bağlam ile bunlar çevresinde yükselen düşünceler, akımlar, önemli şahsiyetler ve siyasi teşkilatların kuruluşu ve gelişmesiyle ilgili atılmış adımlar arasında doğru ilişkilendirmeyi kurmayı gerektirir⁵. Bu da sayılan veriler arasında kurulan ilişkiler üzerine spekülatif tartışmalar yapmayı zorunlu kılmaktadır. Sonraki bölümde çevirisi yer alan kitap değerlendirmesi, demokratik kurumlar ve ekonomik gelişmeler arasında kurulan bağlar üzerine eleştirel yaklaşımları ve tartışmaları güncel literatür eşliğinde sunması bakımından, bu anlamda örnek teşkil etmektedir. Bu verimli inceleme, Türk yazınında eleştiri kültürüne mütevazı bir katkıda bulunduğu takdirde, çeviri hedefine ulaşmış olacaktır.

¹ GRIFFIN (1999), s. 2129; BENEDICT (1999), s. 2018.

² GRIFFIN (1996), s. 59-87; GRIFFIN (1999), s. 2116.

³ BENEDICT (1999), s. 2015; ACKERMAN, s. 7-8; GILLMAN, s. 45 vd., s. 86 vd., s. 101 vd.; BENEDICT (1985), s. 293.

⁴ ZUCCA, s. 482; SCHÜTZE, s. 40-42.

⁵ BENEDICT (1999), s. 2019; JACOBSON, SCHOR, s. 6.

ÇEVİRİ

Federica CARUGATI, *Creating a Constitution: Law, Democracy and ;Growth in Ancient Athens*, Princeton University Press, 2019.

Creating a Constitution (Bir Anayasa Yaratmak) eserinde Federica Carugati, Klasik Atina'nın siyasal iktisadı üzerine yapılan çalışmalara yeni bir yaklaşım getirme iddiasını taşımaktadır⁶. Bu kapsamda önce, “istikrarlı, büyümeyi teşvik edici bir demokratik anayasanın nasıl ortaya çıkabileceğini” göstermeyi hedeflemiştir. Daha sonra yazar, ‘anayasaların kurumsal ödünleşmeleri mümkün kılmak suretiyle üstlendiği tabana yayılmayı geliştirici rolü’ vurgulamayı amaçlamıştır (s. 17). Yazar, son olarak hukuksallığın ve hukukun üstünlüğünün Atina'nın esas teşkilatındaki rolünü öne çıkarmış, buna karşın Atina'da etkin bir devletin varlığını yadsımıştır (s. 17).

‘Kriz Öncesi Atina’ başlıklı birinci bölüm (s.21-37), Atina tarihinin Drakon’dan⁷ Peloponnesos Savaşı’na⁸ kadar olan kısmının aceleci ve yüzeysel bir anlatımından ibarettir. Carugati burada (s.22), S. Forsdyke’in ve R. Osborne’un “erken dönem Yunan hukukunun, magistratların⁹ gücünü sınırlayarak elitler arası mücadelenin sınırlarını belirleme eğiliminde olduğu” yönündeki sorgulanmaya açık görüşünü tekrarlamaktadır. Bu görüşü desteklemek için sadece Dreros Kanunu’na¹⁰ atıf yapmakta ve van Effenterre/Ruzé ile Koerner tarafından derlenen yasaların ortaya koyduğu delilleri es geçmektedir¹¹. Her iki çalışmaya da yazarın kaynakçasında rastlanmamaktadır. Aynı bölümde Drakon Kanunu¹² (s. 23-24) ve Solon

⁶ Carugati (s. 16) hukuki kurumların ekonomik büyümedeki rolünün literatürde genelde görmezden gelindiğini iddia etmiştir fakat bu iddiada bulunurken kendisinin görmezden geldiği eserler bulunmaktadır. Bkz. HARRIS (2006), s.141–280; BRESSON, özellikle s.225-260.

⁷ Aristaechnus’un *arkhon*’luğu (*αρχων*) sırasında (muhtemelen M.Ö. 621/620) Atina kanunlarını ilk kez yazıya geçiren kanun koyucudur (ç.n). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, ‘Draco’. Çalışmanın çeviri bölümünde dipnotta çevirmen notu (ç.n.) ibaresi bulunan kısımlarda kendisine atıf verilen eserler, aksi belirtilmedikçe çevirmenler tarafından eklenmiştir.

⁸ M. Ö. 431 ilâ 404 yıllarında Delos Birliği (Atina ve müttefikleri) ile Peloponnesos Birliği (Sparta ve müttefikleri) arasında gerçekleşen savaştır (ç.n.). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, ‘Peloponnesian War’.

⁹ Magistratlar, klasik dönemde varlıklarını nadiren koruyabilen krallıkların varisleridir. İrsi kralda toplu halde bulunan yetkiler, magistratlarda bölünmüş halde görülür. (ç.n.). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, ‘magistracy, Greek’.

¹⁰ Antik Yunan hukukunun tespit edilebilen en eski belgesi olarak kabul edilir (ç.n.). Bkz. MEIGGS, LEWIS, s. 2-3.

¹¹ VAN EFFENTERE, RUZÉ (1994-1995) KOERNER.

¹² Atina şehrinin yönetimine katılımı düzenleyen ve cezaî hükümlerinde çok ağır yaptırımlara yer verilen kanundur (ç.n). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, ‘Draco’.

Reformları¹³ (s.24-26) birkaç sayfada özetlenmiş, *Atinalıların Devleti*'nin 9.1 pasajının¹⁴ yanlış bir yorumuna dayanılarak ve hiçbir delil gösterilmeden kanun koyucunun borç köleliğini kaldırdığı iddia edilmiştir. Aynı şekilde Solon'un kanunlarında yer alan, oğullarını eğitmeyen babaları cezalandırmaya yahut ihracata yönelik hükümlere ilişkin öne sürülen diğer tezler için de delil gösterilmemiştir (Bu konuya ilişkin delil ancak geç tarihli bir kaynak olan Plutarkhos'ta bulunabilmektedir¹⁵).

Kleisthenes¹⁶ üzerine kaleme alınmış kısa bölümde Tiran Hippias'ın¹⁷ Spartalılar tarafından kovulduğu gerçeği göz ardı edilmiş ve J. Ober'in L.J. Samons tarafından önemli ölçüde tenkit edilen 'demokrasinin temeli' analizi eleştirmeksizin kabul edilmiştir. Yazar, '5'inci Yüzyıl Atina'sında Demokrasi' (*Democracy in Fifth-Century Athens*) (s. 27–30) anlatısında Hansen'de yer alan birkaç noktayı özetlemiştir¹⁸. 'Demokrasi ve İmparatorluk' (*Democracy and Empire*) (s. 30–33) bölümünde Carugati, Atina emperyalizminin pembe bir tablosunu çizme konusunda Morris'i takip etmektedir. Bu tabloda Naksos, Thasos, Samos, Potidaia, Trakyalı Khalkidikililer, Amphipolis, Torone ve diğer bazı isyanlar buharlaşmıştır. Ayrıca yazar Atinalıların 'bütün imparatorlukta tek bir para birimini (Atina baykuşu) dayattığını' iddia etmiştir. Bu görüşün, bulunan sikke definelerinin varlığı karşısında ayakta kalması zor görünmektedir.

Birinci bölüm, Atina'nın Peloponnesos Savaşı'ndaki mağlubiyetine ilişkin kısa bir değerlendirmeye sona ermektedir (s. 33-37). Bu yenilgiyi yazar, 'Halk Meclisinin (Ekklesia/ἐκκλησία) yaptığı yasalarla verdiği sözleri yerine getirememesine' bağlamıştır (s. 34; karşı. s. 39, 43, 55, 64). Bu tespitini de Halk Meclisi üzerindeki denetimin yetersizliği ve verilen kararların arşivlenmesine ilişkin prosedürlerin yokluğu sebebine dayandırmıştır. Acaba Atinalılar gerçekten sözleşme ve ittifaklar için güvenilir taahhütlerde bulunma yetisinden

¹³ Solon tarafından Atina'da siyasal katılımı geniş alt sınıf kitlelere nispeten açan ve toplumsal sınıflar arasındaki gerginliği gidermek amacıyla çıkarılan kanunlarla gerçekleştirilmiş reformlardır (ç.n.). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, 'Solon'.

¹⁴ ARISTOTLE, 9.1. Çalışmada klasik eserlere yapılan atıflar, çeviri sırasında belirli eserlerden faydalanılarak takip edilmiştir. (ç.n.). İlgili analizler için bkz. HARRIS (2006), s.249-269.

¹⁵ PLUTARCH, 22.1-24.1.

¹⁶ Yaptığı reformlarla şehir yönetimine katılımın soyla olan ilişkisini kesen, Beş Yüzler meclisini kuran ve Atina demokrasisinin kurucularından olarak görülen siyasetçidir. (ç.n.). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, 'Cleisthenes (2): Athenian Politician'.

¹⁷ İktidarı M. Ö. 527-510 arasında sürmüş olan, kardeşi Hipparchus'un öldürülmesinden sonra sert bir yönetim sergileyen ve nihayetinde iktidardan defedilen tirandır. (ç.n.). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, 'Hippias 1'.

¹⁸ HANSEN (1999), s. 125-160, s. 178-265; 30'uncu sayfadaki *euthyna* (εὐθύνα) ifadesi *euthynai* (εὐθύναι) olarak yazılmalıdır.

yoksunlar mıydı? Sözleşme bağtılamak için ettikleri yeminler yalan beyandan mı ibaretti? Halk Meclisinin kararnamelerinin tümü içi boş taahhütler miydi? Peki ya güvenilir taahhütlerde bulunan 5. yüzyıl kararnameleri içerisinde yer alan katılaştırıcı kuralları nasıl değerlendirmek gerekir¹⁹? Çalışmada iddia edilen ‘sözleşme ve ittifaklar için güvenilir taahhütlerde bulunmaya yeterli olmama’ durumunun Sicilya’daki felaketle, 20.000’den fazla kölenin firar etmesiyle, 411 iç karışıklığıyla ve *Aegospotamoi*’deki felaketle olan bağlantısının gösterilmediği görülmektedir²⁰. Kaldı ki ifade edilen şekilde bir nedensellik ilişkisi kurmak da güçtür. Keza eserde Peloponnesos Savaşı’nda alınan yenilginin Thukydides tarafından ifade edilen sebepleri dikkate dahi alınmamıştır²¹.

‘Esas Teşkilat ve Konsensüs’ (*Constitution and Consensus*) başlıklı ikinci bölümde, demokrasinin güvenilir taahhütlerde bulunmaya yeterli olmaması temasına ilişkin açıklamalar, M. Ö. 411-403 arasındaki olayların hızlı ve boşluklarla dolu bir incelemesiyle devam etmektedir (s. 38-74). Carugati burada, *patrios politeia* (*πατριος πολιτεια*)²² üzerindeki konsesüsle ilgili bir tartışmaya değinmiş fakat bu konuda çok fazla delil olmadığını kabul etmek durumunda kalmıştır (s. 44-46). ‘Dört Yüzler’ ve ‘Beş Binler’ hakkındaki kısa açıklamalarda (s. 46-51) *Atinalıların Devleti’nde* yer alan²³ ve bu rejimlerin amaçlarını anlamada anahtar niteliğindeki önemli belgeler tartışılmamaktadır (s. 51-53). Yazar, Beş Binler Anayasasının ‘ tarafların Dört Yüzler’i iktidarda tutması niteliğinde olmaktansa karşılıklı olarak verilmiş tavizlerin dökümü niteliğinde olduğu’ spekülasyonunda bulunmakla beraber Atina’daki siyasetçilerle Samos’taki liderler arasında böylesi bir anlaşmaya ne zaman varıldığını açıklamamıştır. Carugati ayrıca Theramenes’i harekete geçiren etkenleri ve bir karma anayasa yapma arzusunu görmezden gelmektedir²⁴. 409 Restorasyonu’ndan sonrasıyla ilgili olarak yazar, ‘410/409 yılında gücünü kabul ettiren demosun (*δεμος*) 5’inci Yüzyıl’ın demosu olmadığı’ aksine onun ‘*kanunlarca kuşatılmış* bir demos olduğu’ iddiasını ortaya atmıştır (s.55). Şu hâlde M. Ö. 411’den önceki demokrasinin kanunlarca kuşatılmış olmak yönünden M. Ö. 409 Restorasyonu’ndan sonraki demokrasiden ne farkının olduğunu sormak gerekir. Peki

¹⁹ Yazıtlara ve erken bibliyografyaya atıfla bkz. HARRIS (2006), s. 23-25.

²⁰ Peloponnesos Savaşı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. THUCYDIDES; ISOCRATES; KAGAN (1980); KAGAN (1987); KAGAN (2004); ROBERTS; XENOPHON (2006); XENOPHON (1986) (ç.n.).

²¹ THUCYDIDES, 2.65. Karş. ISOCRATES, 8.124-128; 15.230-236.

²² Ecdadın Anayasası- Siyasal iktidarın atalardan tevarüs etmiş örgütlenme biçimi (ç.n.). Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, ‘Patrios Politeia’.

²³ ARISTOTLE, 30-31.

²⁴ XENOPHON, (1986), 2.3.48.

ya, Perikles'in cenaze söylevindeki²⁵ Atinalıların kanunlara saygılı olduğu yolundaki ifadeler, hakimlerin kanunlara uygun hareket etmek üzere verdiği yargısal yemin²⁶ ve Konseyin kanunlara uygun olarak yönetme yemini bu çerçeveye nasıl oturmaktadır²⁷? Fakat bunlar, yazara göre kanunları uygulamak için etkin mekanizmalar değildirler (s. 55). Bununla birlikte yazar tarafından ifade edilen olgunun tek delili M. Ö. 406'daki generaller yargılamasıdır ki bunun da açıkça alışılmışın dışında bir olay olduğunu belirtmek gerekir.

Carugati, 'Otuzlar' başlığı altında (s. 56–60) kaleme aldığı bölümde bir yenilik ortaya koymamaktadır. 'Kendi Kendini Uygulayan Atina Anayasası' (*The Athenian Self-Enforcing Constitution*) başlıklı bölümde ise, M.Ö. 403 ve sonrasının reformları ele alınmaktadır (s.62-71). Yazar, 403 yılındaki Af Antlaşması'nın 'geçmişin zararlarını hatırlamaktan kaçınma (s.63) niteliğinde olmadığına inanmaktadır. Burada, Carawan'ın '*mē mnēsikakein*' (*μη μνησικακεῖν*) ifadesine getirdiği ve Joyce tarafından detaylı bir şekilde çürütülen²⁸ bakış açısını takip etme hatasına düşmüştür. Sonuç olarak Carugati, oligarklara siyasi kan davalarına karşı temel bir usuli koruma sağlayan *paragraphē* (*παράγραφη*)²⁹ yolunun öngörülmesini bütünüyle görmezden gelmektedir. Yazarın, mahkemelerin iş görme maliyetlerinin azalmasına katkıda bulunmuş olması ihtimal dahilinde olan kamusal arabulucular konusunu da atladığı görülmektedir³⁰. Öte yandan Carugati, Canevaro'nun *nomothesia* (*νομοθεσία*) usulüne ilişkin yeni kaynak analizini isabetli bir şekilde takip etmekte ve Hansen'in Dem. 24.20-23'te³¹ yer alan belgenin doğruluğuna ilişkin savunusunu reddetmektedir (s. 64-65)³². Yazar tarafından tartışılan *Nomothetai*'nin (*νομοθεται*) tanımlanması ile ilgili meseleye (s.65), günümüzde artık çözüme ulaşmıştır: *Nomothetai*, bir Halk Meclisi oturumudur³³.

²⁵ THUCYDIDES, 2.37.

²⁶ ANTIPHON, 5.8, 85, 96.

²⁷ Konsey yemini için bkz. RHODES, s.190-199.

²⁸ JOYCE, ss. 37-54; CARAWAN, E. (2013). *The Athenian Amnesty and Reconstructing the Law*. Oxford'daki ciddi kusurlar için bkz. HARRIS (2015a), s. 175-176 ve NYVLT (2016), s. 512-519; Yazar bu atfında, E. Carawan tarafından kendisinin bir çalışması hakkında yazılan inceleme yazısına kendi ismiyle, P. Nyvlt tarafından E. Carawan'ın bir çalışması için yazılan inceleme yazısına P. Nyvlt'in ismiyle atıf vermiştir. Yazarın çalışmasının bütünlüğünü bozmamak adına, bu tutarsızlığı korumayı tercih ettik (ç.n.).

²⁹ Bu konuda bkz. ISOCRATES, 18.2-3; HARRIS (2015b), s. 7-36.

³⁰ HARRIS (2018a), s. 213-220, önceki çalışmalara atıfla.

³¹ İlgili belge için bkz. DEMOSTHENES (1935), 24.20-23 (ç.n.).

³² CANEVARO (2013), s. 139-160. Hansen'in *nomothesia* hakkındaki görüşlerini müdafaa çabası hakkında detaylı bir reddiye için bkz. CANEVARO (2018), s. 70-124. Karş. CANEVARO (2020), s. 26-36.

³³ DEMOSTHENES (1930), 20.93 ile HARRIS (2018b), s.207-208 ve bunu takiben CANEVARO (2020) s. 27, 4. not.

Carugati, yeni önlemlerin 'demosun taahhütlerindeki güvenilirliğini geliştirdiğini' (s. 64) iddia etmekte fakat bunun nasıl gerçekleştiğini açıklamamaktadır. Öngörülen usullerin kendilerine yönelik bir inceleme, Atinalıların daha ziyade kanunların devamlılığını³⁴ ve kanunlar arasındaki çatışmaların giderilmesini³⁵ önemsediklerini göstermektedir³⁶. Yeni önlemler genel olarak 'hukukun üstünlüğünün kuruluşunda ciddi ilerleme sağlamıştır' (s.72). Yine de yazar, hukukun üstünlüğünün kanun önünde eşitlik, kamu görevlilerinin hesap verebilirliği, mahkemelerin erişilebilirliği ve usuli hakkaniyet gibi veçhelerinin hangi ölçüde uygulandığı konusunu göz ardı etmiştir. Halihazırda 5'inci yüzyılda uygulamada oldukları da dikkate alındığında bu veçhelerden bahsedilmemesinin, yeniliklerin fazlasıyla yüceltilmesi sonucunu doğurduğu anlaşılmaktadır. Carugati, Atinalıların taahhütlerini yerine getirmedeki ünlerini artırmada en öne çıkan edimlerinden biri olan, Otuzlar döneminde alınan Sparta borçlarının geri ödenmesine atıf yapmayı da ihmal etmiştir. Son olarak yazar, hukukun üstünlüğünün maddi hakları içeren geniş anlamını yanlış anlamış, usuli haklardan oluşan bir liste sunmuştur (s.72). Oysaki usuli hakların vurgulandığı tanım, hukuk devletinin dar anlamında söz konusudur³⁷.

'Atina Politikasında İstikrar ve Yenilik' (*Stability and Innovation in Athenian Policy*) başlıklı üçüncü bölüm (s. 75-107), 4'üncü yüzyıl Atina'sında istikrarın kaynaklarını (s. 75) ve refahın sebeplerini araştırmaktadır (s.77). Carugati, Atina hukukunun ve alınan siyasi kararların ayrıntılarına çok fazla yer ayırmamaktadır. Zira yazara göre 'Meclis'te ve Konsey'de alınan siyasi kararlara dair bulgular, yalnızca tek bir politikacının bir on yıllık dilimde yaptıklarıyla sınırlıdır (s.78)'. Bu görüş, P. Liddel'in bu çağa dair onlarca kararnameyi derleyen *Decrees of Fourth-Century Athens (4. Yüzyıl Atina Kararnameleri)* (Cambridge 2020) başlıklı çalışmasının varlığı karşısında şaşırtıcıdır. Ardından yazar, 'Konsey ve Meclis toplantılarını düzenleyen usul kurallarına ilişkin bilginin kısıtlı olduğu' (s. 79) iddiasında bulunmaktadır. Bu iddiası Aristoteles'in *Atinalıların Devleti* (42-69) çalışmasını ve *Inscriptiones Graecae'daki* (IG) yüzlerce Atina kararnamesini tetkik eden araştırmacıları hayli şaşırtacağı benzerdir. Yazarca bölümün devamında mahkemelerdeki 'Aktörler ve Tercihler' (s. 81-89) incelenmektedir. J. Ober ve D. Cohen'in yargısal süreçlerin elitlerin tekelinde olduğu görüşü, yazarca doğru bir şekilde ve Hansen gibi birçok araştırmacının da halihazırda yaptığı gibi, reddedilmiştir (s.81-84). Mahkemelerin üyeleri, şehir ve kırsal ile orta sınıflarla zenginler

³⁴ DEMOSTHENES (1935), 24.139-143.

³⁵ DEMOSTHENES (1930), 20.92-93.

³⁶ Yazar çalışmanın devamında bu hedefin önemini fark etmektedir (s. 72).

³⁷ Hukuk devletinin geniş ve dar anlamları için bkz. BINGHAM (2010); HARRIS (2016a). s. 73-87.

arasından kurayla belirlenmekteydi (s. 84-87). Yazar, toplumsal örgütlenmelerin buradaki rolüne de değinmekle beraber (s.87-88), bunların mahkemelerle olan ilişkisinin ne olduğunu açıklamamıştır.

Atina mahkemelerinin kararlarını nasıl verdiği meselesini incelerken Carugati, oy verenlerin tercihlerini analiz etmek amacıyla Randall Calvert tarafından modern seçimlerde seçmen tercihlerini incelemek için formüle edilen metodolojiyi kullanmıştır. Fakat bu, *Klasik Dönem* Atinası'nda verilmiş mahkeme kararlarını analiz etmek için uygun bir metodoloji olmayıp, yargısal yemin altında verilen sözlerin varlığını da bütünüyle görmezden gelmektedir (s. 89-95). Hukuka aykırı bir teklife³⁸ yahut bir kanuna³⁹ karşı açılan bir davada yapılmış bir konuşmayı analiz etmek yerine yazar, *Leo v. Ernie* isiminde bir varsayımsal dava yaratmıştır (s.95-97). Bu varsayımsal davada Ksenophon'un *Poroi*'de⁴⁰ yer alan teklifine dayanarak Ernie, 'yabancılara daha fazla toprak verilmesini' önermekte, bu öneri Eratosthenes isimli bir diğer hayalî karakter tarafından reddedilmektedir. Carugati'nin burada anlamadığı, Ksenophon'un yeni bir uygulama teklif etmek yerine, zaten uygulamada olana (egktêsis ges/ ἔγκτησις γῆς) daha geniş bir alan sağlamayı (egkektêsthai/ἐγκεκτῆσθαι) önermiş olduğudur. Zira yabancılara münferiden verilen her toprak için kanun çıkarmak gerekmemekteydi. Halihazırda J. Pećirka'nın yapmış olduğu ve Carugati'nin kaynakçasında rastlanmayan derlemeye göre, kanuna uygun bir kararname çıkarmak gerekmemekteydi (örn. IG II³ 337, 367, 379)⁴¹. Bu sebeple, Leo'nun teklifi lüzumsuzdu ve bu varsayımsal dava, Atina hukuk sisteminde asla söz konusu olamazdı. Öte yandan yazar, varsayımlarda bulunmayı somut kanıtların değerlendirilmesine tercih etmiş ve devam eden sayfaları ve eserde yer alan yedi grafiği (s. 97-104) Atinalı hakimlerin önlerine asla gelemeyecek bir davada nasıl karar vereceklerini speküle etmeye ayırmıştır.

Üçüncü bölümün sonunda yazar (s.104), Lanni'nin mahkeme kararlarının *ad hoc* nitelik taşıdığına yönelik görüşlerini haklı bir şekilde reddetmektedir. Bunun yerine hakimlerin 'davranışlarını kısmen yasalara kısmen de topluluklarının ortalama üyesinin yasanın kendi yorumuna dayalı olarak neyi haksız göreceğine dair inançlarına göre biçimlendirdiğine' inanmıştır. Burada iki problem bulunmaktadır. İlk olarak Carugati, davalının belirli bir kanunu ihlal edip etmediğine karar verildiği şikâyet (engklêma/ ἐνγκλήμα) yolunun anahtar rolüne

³⁸ Örn. AESCHINES, 3; DEMOSTHENES (1926), 18; DEMOSTHENES (1935), 22, 23; HYPERIDES, s. 405-423.

³⁹ DEMOSTHENES (1930), 20; DEMOSTHENES (1935), 24.

⁴⁰ XENOPHON, 2.1-7.

⁴¹ PEĆIRKA. Bahsedilen ilgili IG cildi için bkz. <http://telota.bbaw.de/ig/> (ç.n.).

değınmemiştir⁴². İkinci olarak, ortalama Atinalının kanunların anlamı hakkındaki düşüncesinin hakimlerce nasıl tespit edildiğini ortaya koymamıştır. Oysaki bir davanın taraflarınca bu tür tespitler, önceki davalarda verilen kararlara başvurmak yoluyla yapılmaktaydı. Bu yol, mahkemelerce de takip edilmiş gözükmektedir⁴³. Fakat yazar, bu açık durumu hiçbir sağlam gerekçe olmaksızın görmezden gelmiştir. Yazar mahkemelerin “hukukta ve politika belirlemede siyasal istikrarı zedeleden yeniliği teşvik eden bir iş birliği için alan yarattığını” göstermek istemiştir (s.107). Fakat bu görüş, mahkemelerin hukuka göre fertlerin suçluluğuna veya masumiyetine karar verme ve suçluları, kısmen de toplumsal normları ihlal etmekten caydırmak için, cezalandırmadan ibaret olan rolünü ciddi bir şekilde yanlış açıklamaktadır. Zira politika mahkemelerde değil Mecliste ve Konseyde belirlenmekteydi⁴⁴. Hukuka aykırı kararnamelere ve kanunlara ilişkin davalar, politikaları tartışmak yerine yasamanın içsel tutarlılığını sağlamaya yönelikti. Bu konuya ilişkin Demosthenes'te, hukuka aykırı kararnameyle ilgili bir davada politikaya ilişkin meseleleri gündeme getirmenin ‘utanmazca’ görüldüğü yaklaşımı açıklayan pasaj⁴⁵, Carugati tarafından tartışılmamıştır.

Refahın Kurumsal Temelleri (*The Institutional Foundations of Prosperity*)’ (s. 108–139) başlıklı dördüncü bölüm, Atina’daki maliye ve ekonomi politikasını ve Atinalıların haraç toplamadan ve ‘sosyal düzeni tehlikeye sokmadan’ (s.108) nasıl yeni gelir kaynakları bulduklarını incelemektedir. Kurumların zenginlik ve ekonomik büyüme üretmedeki rolü, müteveffa Douglass North gibi araştırmacıların ve Alain Bresson gibi yeni kurumsalcı iktisatçıların dikkatini cezbetmiştir⁴⁶. North ve diğerleri büyümede üç temel faktörün önemini vurgulamıştır: 1) işlem maliyetlerini düşürmede devletin rolü, 2) mülkiyet haklarının yatırımlara teşvik yaratmadaki önemi ve 3) sözleşmelerin ifasını sağlayacak güçlü bir üçüncü tarafa yönelik ihtiyaç⁴⁷. Bunların hiçbiri, yazarın tartışmalarında kendisine yer bulamamıştır.

⁴² Şikâyet yolu ve Atina hukukundaki yeri için bkz. HARRIS (2013a), s. 143-162; SCHEIBELREITER, s. 211-250; Carugati şikâyet yolu ve etkisi hakkında hiçbir şekilde farkındalık göstermemiştir.

⁴³ Tutarlılığı sağlamak adına önceki kararların kullanımı için bkz. HARRIS (2013b), s.246- 273. Adli retorikten (*forensic oratory*) bahsedilen önceki kararlara ilişkin bir liste için bkz. HARRIS (2018c), s. 42-74. Kanunun taç ile ödüllendirmelerde uygulanması bakımından tutarlılık için bkz. HARRIS (2017), s. 105-117.

⁴⁴ Bkz. ARISTOTLE, 4.10.1298a4–1299a3 (müzakereye dayalı süreçler), 4.12.1300b14–4.13.1301a15 (yargısal süreçler).

⁴⁵ DEMOSTHENES (1935), 23.100-23.101.

⁴⁶ Başarılı bir özet için bkz. OGILVIE, CARUS, s. 415-514.

⁴⁷ ISOCRATES 7.32–7.34; DEMOSTHENES (1939), 56.48–56.50; Yazar North’un eserleri içinden güvenilir taahhütlerde bulunmaya ilişkin (NORTH (1993), s. 11-23), ve (NORTH, WEINGAST, s. 803-832) eserlerine atıf verirken ekonomik büyümeye (NORTH, (1990)) ve mülkiyet haklarına ilişkin (NORTH, THOMAS) çalışmalardan faydalanmamaktadır.

Bu bölümde, *Agoranomoï* (Ἀγορανομοί),⁴⁸ *astynomoi* (ἀστυνόμοι),⁴⁹ *sitophylakes* (σιτοφύλακες),⁵⁰ *metronomoi* (μετρονόμοι)⁵¹ gibi resmi görevlilerin görevlerine ilişkin hiçbir açıklama mevcut değildir; burada yalnızca Nicophon'un yasasındaki *dokimastai* (δοκιμασται) tartışılmaktadır (s. 119)⁵². Bölümde mülkiyet haklarına ve ödünç alma ve verme düzenine ilişkin mülk kayıtlarının etkisine ilişkin bir tartışmayı aramaksa beyhudedir⁵³. Yatırım amacıyla verilen borçlar için anahtar niteliğinde olan aynı teminata ilişkin düzenlemeler de Carugati'nin anlatısında yer almamaktadır⁵⁴. Carugati'nin *Dikai emporikai* (δικαί ἐμπορικαί)⁵⁵ aracılığıyla sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin yazdıklarıysa derinden kusurludur (aşağıda bkz.). Yazar esas olarak zenginlerden kamu geliri elde etme yöntemlerini dikkate almakta fakat kurumların zengin ve orta sınıf mensubu Atinalıların yatırım yapmasına ve kâr etmesine nasıl olanak verdiğini açıklamamaktadır. Atinalıların ne ölçüde Doğu Akdeniz'deki genel ekonomik gelişmelerden faydalandığına dair bir inceleme de söz konusu değildir⁵⁶. Yazar, son olarak emekte yaygın uzmanlaşma⁵⁷ ve ithalata ilişkin arkeolojik buluntular gibi refah göstergelerine ilgi göstermemektedir⁵⁸. Sonuç itibarıyla 4'üncü yüzyıl Atina'sında refahı açıklama çabası yetersiz kalmaktadır.

Carugati, çalışmanın dördüncü bölümündeki anlatısını üç alt başlığa ayırmaktadır: 'İç Savaş Sonrası' (*After the Civil War*) (s. 115-123), 'Sosyal Savaş (357-355) Sonrası' (*After the Social War*) (s. 123-133) ve 'Chaeronea Sonrası (338)' (*After Chaeronea*) (s. 133-139). Yazar,

⁴⁸ ARISTOTLE, 51.1.

⁴⁹ ARISTOTLE, 50.2.

⁵⁰ ARISTOTLE, 51.3.

⁵¹ ARISTOTLE, 51.2.

⁵² Carugati'nin bu resmi görevlileri gözden kaçırmamasının sebebi (s. 18 ve bilhassa bkz. s. 31), Atina'da uyuşmazlıkların çoğunun resmi görevlilerin müdahalesi olmaksızın çözüldüğünü iddia eden Hunter'ı (HUNTER, s. 143-149) eleştirmeksizin takip etmesidir. Hunter tarafından ele alınan pasajlardan hiçbirisi, yazarın iddiasının kanıtlamaya yaramamaktadır ki bilakis, bunlardan bir tanesinde resmi bir görevli mevcuttur. Hunter'ın, kendisi tarafından gözden kaçırılan kaynaklarla yapılan bir reddiyesi için bkz. HARRIS (2013b), s. 21-59, 349-53.

⁵³ Mülkiyet kayıtları için bkz. FARAGUNA (1997), s. 1-33; FARAGUNA (2000), s. 65-115; GAME. Ödünç alma ve ödünç vermedeki etkileri için bkz. HARRIS, (2016b), s. 116-146.

⁵⁴ HARRIS (2006), s. 163-239 (önceki uygulamalara referansla).

⁵⁵ BRILL'S ENCYCLOPEDIA OF THE ANCIENT WORLD NEW PAULY, 'Emporikai dikai' (ç. n.).

⁵⁶ Devletlerarası geniş çaptaki ticaretin bir delili olarak amforaların taşınması konusu için bkz. PANAGOU, s. 207-229; Bu çalışma yazarın Atina Üniversitesinde 2010 yılında tamamladığı doktora tezine dayalıdır.

⁵⁷ Mesleklerin güncellenmiş bir listesi için bkz. LEWIS, s. 129-174. Carugati bunun yanında Atina'da zanaate dayalı üretime ilişkin bir çalışmayı da es geçmektedir. Çalışma ve özeti için bkz. ACTON (2014) ve ACTON (2016).

⁵⁸ VAN ALFEN, s. 277-298.

erken 4'üncü yüzyıl'ın *merismos* (μερισμός)⁵⁹, *eisphora* (εἰσφορά)⁶⁰ ve donanma için öngörülen *symmorai* (συμμορίαί) sistemleri⁶¹, *dodekate* (δώδεκατε) yasası⁶², *Nikophon* yasası ve yurttaş olmayanların onurlandırılması⁶³ gibi ekonomik önlemlerinin üstünkörü bir anlatısını sunmaktadır (s. 115-123)⁶⁴. Kamu maliyesine ilişkin bir tartışmada Leopold Migeotte'nin değerli sentezinden ve birçok eserinden⁶⁵ bahsedilmemesi talihsizliktir. Laurion madenleri hakkındaki kısa anlatıdaysa, Lauffer'in köleler hakkındaki önemli çalışması es geçilmekte⁶⁶ ve P. Van Alfen'in, devletin çıkarılan gümüşten pay aldığına dair hiçbir delil olmadığına yönelik görüşünü eleştirmeden Harpocraton'daki *ἀπομονή* (*apomone*) ile Suda'daki *ἀγράφου μετάλλου δίκη*'nin (*agraphou metallou dike*) varlığını görmezden gelerek aynen alıntılanmaktadır⁶⁷. Pire'nin rolüne ilişkin bir bölümde *dikai emporikai* ile ilgili ciddi bir hata yapılmıştır. Bu hata yazarın, *dikai emporikai*'lerde kendini mahkeme önünde savunma ayrıcalığının vatandaş olmayanları içine alacak şekilde genişletilmiş olduğuna yönelik inancında kendini göstermektedir. Bu inanç gerçeği yansıtmamaktadır. Şöyle ki, yazıtlara (örn. *IG I3 10*), *nautodikai*'ye⁶⁸ ilişkin delillere ve [Dem.] 7.11-13⁶⁹ gibi pasajlara göre, *metoikosların* (μέτοικος) ve yabancıların, Atina mahkemelerine erişebildikleri dönem 5. yüzyıl idi⁷⁰. Kaldı ki bu konu, Gauthier tarafından da etraflıca çalışılmıştır⁷¹. Yazar, aylık davaların (*dikai emmenoi/díkai ēmmēnoi*)⁷² doğasına ilişkin olarak, Hansen ve Velissaropoulos'un, bu kavramın en geç bir ay içerisinde yargılaması başlayan davaları ifade ettiğini gösteren çalışmalarını gözden kaçırmıştır⁷³. Bunun yanında Carugati, Demophantus kararnamesinin Dört Yüzler idaresinden sonra çıkarıldığını iddia etmektedir (s. 133-134). Bu, yanlışlığını göstermiş

⁵⁹ BRILL'S ENCYCLOPEDIA OF THE ANCIENT WORLD NEW PAULY, 'Merismos' (ç.n.).

⁶⁰ THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, 'Eisphora' (ç.n.).

⁶¹ THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, 'Symmorai' (ç.n.).

⁶² Atina Tahıl Vergisi Kanunu (MÖ 374/3) için bkz. STROUD (ç.n.).

⁶³ Atina'da yabancılar, ticari faaliyetlerini teşvik etmek için onurlandırılabilmekteydi. Bu konuda bkz. CARUGATI, s. 120-123 (ç.n.).

⁶⁴ Yazarca Kea aşiboyası hakkındaki kararnameye ilişkin gerçekleştirdiği tartışmada (s. 119) kaçırdığı önemli bir katkı için bkz. LYTLE, ss. 520-550.

⁶⁵ Detaylı çalışmalar için bkz. MIGEOTTE (2010-2014); İlgili sentez için bkz. MIGEOTTE (2014).

⁶⁶ LAUFFER (1955-1956).

⁶⁷ Yazarın bibliyografisinde rastlanmayan bir başka eser için bkz. FARAGUNA (2006), s. 141-160.

⁶⁸ Denizde seyahat eden kişileri içeren yargılamaları yürüten magistratlar. (ç.n.) Bkz. THE OXFORD CLASSICAL DICTIONARY, 'Nautodikai'.

⁶⁹ DEMOSTHENES, (1930) 7.11-7.13.

⁷⁰ Oysaki *dikai emporikai* 4'üncü yüzyılın ortalarında ortaya çıkmış bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. (ç.n.). (Bu konuda bkz. REED, s. 89).

⁷¹ GAUTHIER; yazarın bibliyografisinde eksik olan bir başka eser.

⁷² SMITH, s. 400 (ç.n.).

⁷³ HANSEN (1983), s. 167-175; VELISSAROPOULOS, s. 241-245.

olduğum bir tarihtir⁷⁴. Son kısımdaysa M.Ö. 350 yılından sonra kamu gelirlerinde görülen artış dikkate alınmakla beraber, bu gelir artışını yaratan ekonomik büyümenin sebepleri incelenmemiştir (s. 133–139).

5. Bölüm, ‘Seçilmeyen Yollar’ (*The Paths Not Taken*) iki başlığa ayrılmıştır. Birinci başlıkta Atina’daki refah, klasik dönem Siraküza’sı ve M.Ö. 1’inci yüzyıl Roma’sıyla karşılaştırılmaktadır (s. 141–155). Yazar, M.Ö. 403 yılından sonra siyasal istikrarsızlık yaşamış olması halinde ‘Atina’nın muhtemelen önem arz eden hiçbir büyüme tecrübe etmemiş olduğunu’ ifade etmektedir ki bu, diğer topluluklarla mukayeseyi gerektirmeyen bariz bir yargıdır (s. 155). Diğer bölümde Atina’nın oligarşi altında bulunsaydı 4’üncü yüzyıldaki ekonomik performansının nasıl olabileceği hakkında spekülasyonlarda bulunmaktadır (s. 155–72). Yazar, Pire’nin rolüne odaklanmakta ve oligarkların limana özgülenmiş kaynaklara sahip olamayacaklarını Otuzların *metoikos* ve tacirlere yönelik tutumuna ve Platon’un Yasalar’ındaki Yaşlı Oligark’ın görüşlerine dayanarak iddia etmektedir⁷⁵. Daha sonra Carugati, varsayımdan başka hiçbir şeye dayanmadan demokratik ve oligarşik büyüme arasındaki farkı bir grafikte ölçmektedir (s. 171, şekil 5.2). Peki ama, Otuzlar ne kadar tipiktir? Zira Korinthos ve Aegina’daki oligarşik yönetimler, tıpkı 6’ncı yüzyıldaki Samos’lu Polycrates’in yaptığı gibi, limanlarını geliştirmekte gayet yetkinlerdi⁷⁶. Görüldüğü üzere, yapılan bu girişimin hedefini kavramak hayli güçtür.

Çalışmada ‘Pire Coğrafyası’ (*Pireaus’ Geography*) (s. 179-186) ve ‘Pire Tarihi’ (*Pireaus’ History*) (s. 187-203) üzerine ve Yunanistan’ın başka yerlerindeki limanlar üzerine tartışmaları, Pire’nin nüfusuna dair başkaca tabloları ve limanın bugüne kadarki tarihini içeren iki ek bölüm mevcuttur. Bütün bunların kitabın esas argümanı ile olan alakasını anlamak son derece güçtür.

Çalışmanın kaynakçası oldukça karmaşıktır. Dergilerde veya çok yazarlı çalışmalarda yer alan birçok makalenin bulunduğu sayfa aralığı verilmemiştir⁷⁷. Taylor’ın çalışmasına atıf

⁷⁴ Lycurgus’un *Against Leocrates*’te (124–27) açıkça belirttiği gibi, kararnamele Dörtyüzler döneminden sonra değil Otuzlar döneminden sonra çıkarılmıştır. Bu konuda bkz. HARRIS (2013-2014), s. 121-153, yazarın kaynakçasında eksik olan bir eser.

⁷⁵ PLATO, 704b, 705a.

⁷⁶ HEREDOTUS, 3.60.

⁷⁷ Örn. Carawan’ın 2002 ve 2007 tarihli çalışmalarıyla (CARAWAN (2002); CARAWAN (2007)), Canevaro’nun 2016 tarihli çalışması (CANEVARO (2016)). Çalışmada isimleri zikredilen bu eserler, okuyucu için kolaylık olması adına çevirmenler tarafından kaynakçaya eklenmiştir. Takip eden dipnotlarda yanında (ç.n.) ibaresi bulunan her atıf, bu kapsamdadır. Buna karşın, atıflarda yapılan açıklamalar yazarın kendisine aittir (ç.n.).

verilirken (2007b)⁷⁸ (s. 226), standartlaşmış kullanım *Hesperia* yerine 'Journal of the American School of Classical Studies at Athens' adı (italik olmayan bir şekilde) kullanılmış, fakat Crosby'nin çalışmalarına atıf verilirken (1950 ve 1957)⁷⁹ bu yola gidilmemiştir. Kitapların başlıklarında italik yazı bazen kullanılmış, bazen kullanılmamıştır⁸⁰. Bazı kitaplar için yayın yeri ve yayınevi adı verilmiş⁸¹ fakat bazıları için yalnızca yayınevi adı verilmekle yetinilmiştir⁸². Boardman *et alii* (1982)⁸³ atfında DOI sayısı verilirken diğer kitaplar için bu yapılmamıştır. Markle'nin 1985 tarihli denemesi⁸⁴ CRUX adı verilen gizemli bir çalışmanın içinde sayılmış fakat başkaca hiçbir detay verilmemiştir. *Loeb* çevirilerine verilen atıflar da oldukça tuhaf görülmektedir. Çalışmanın revizyondan geçip geçmediği merak konusudur.

Carugati genel olarak, Atina'nın 4'üncü yüzyılda yeni sahip olduğu güvenilir taahhütlerde bulunma kabiliyetinden kaynaklanan refahına ilişkin esas iddialarını ispatlamamıştır. Aynı şekilde ekonomik büyümede altta yatan faktörleri de incelememiş ve birçok delili gözden kaçırmıştır. Tıpkı J. Ober gibi, Carugati de modern teoriyi tutup tarihsel bağlamını göz önüne almaksızın antik olguların içine fırlatma eğilimindedir. Yazar ne yazık ki, North ve Weingast'ın, 1688'in *Muhteşem Devrim*'iyle iktidara gelen servet sahiplerinden müteşekkil parlamentoda görüşlerin çoğul temsilinin sağlandığını ve mülkiyet haklarının koruma altına alındığını iddia eden çalışmasının etkisi altında kalmıştır. Anayasalar ve büyüme arasındaki bağlantıya dair olan bu görüş, artık haklı bir şekilde sorgulanmakta ve 17'nci yüzyıl Polonya'sından Württemberg'ine ve 18'inci yüzyılın Felemenk Cumhuriyetine kadar birçok karşı örnekle tekzip edilmektedir⁸⁵. Sonuç olarak Carugati'nin kitabı yetersiz kuramsallaştırılmış olmaktan ziyade, yanlış kuramsallaştırılmıştır. Atina'nın kamu maliyesine ilişkin daha güvenilir bir anlatı için okuyucular D. Rohde'nin yakın tarihli çalışmasına bakmalıdır⁸⁶.

⁷⁸ TAYLOR (ç.n).

⁷⁹ CROSBY (1950), CROSBY (1957) (ç.n).

⁸⁰ Conophagos'un 1980 tarihli (CONOPHAGOS) ve Wolff'ün 1970 tarihli çalışması (WOLFF) (ç.n).

⁸¹ Örneğin, Cohen'in 1995 tarihli (COHEN) ve Davies'in 1971 tarihli çalışması (DAVIES) (ç.n).

⁸² Örneğin, Bang'ın 2009 (BANG), Figueira'nın 1981 (FIGUEIRA), Finley'in 1973b tarihli çalışmaları (FINLEY) (ç.n).

⁸³ BOARDMAN, EDWARDS, HAMMOND, SOLLBERGER (ç.n).

⁸⁴ MARKLE (ç.n).

⁸⁵ Bu makalenin birkaç ampirik çalışmaya çokça atıfla yapılan detaylı bir reddiyesi için bkz. OGILVIE, CARUS.

⁸⁶ ROHDE.

KAYNAKÇA

- ACKERMAN, B. (1998). *We The People: Transformations* (Cilt II). Cambridge, MA.
- ACTON, P. (2014). *Poiesis: Manufacturing in Athens*, New York ve Oxford.
- ACTON P. (2016). *Industry Structure and Income Opportunities for Households in Classical Athens. The Ancient Greek Economy, Markets, Households and City-States.* (E.M. HARRIS, D.M. LEWIS, and M. WOOLMER, Düzenleyenler), Londra.
- AESCHINES (1919). *The Speeches of Aeschines.* (C. D. ADAMS, Çeviren), Cambridge.
- ANTIPHON (1941). 'On The Murder of Herodes'. (K. J. MAIDMENT, Çeviren) *Minor Attic Orators I: Antiphon, Andocides.* Cambridge.
- ARISTOTLE (1935). *The Athenian Constitution, The Eudemian Ethics On Virtues and Vices.* RACKHAM H. (Çeviren), (T.E. PAGE, E. CAPPS, W.H.D. ROUSE, Düzenleyenler), Cambridge.
- BANG, P.F. (1981). *Labor: Free and Unfree. A Companion to Ancient History.* (A. ERSKINE, Düzenleyen), Batı Sussex.
- BENEDICT, M. L. (1985). *Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-Faire Constitutionalism.* *Law and History Review*, 3 (2), 293-331.
- BENEDICT, M. L. (1999). *Constitutional History and Constitutional Theory: Reflections on Ackerman, Reconstruction, and the Transformation of the American Constitution.* *The Yale Law Journal*, 108 (8), 2011-2038.
- BINGHAM, T. (2010). *The Rule of Law*, Londra.
- BOARDMAN, J. EDWARDS, I., HAMMOND, N., SOLLBERGER, E. (Düzenleyenler) (1982). *The Cambridge Ancient History.* Londra.
- CADOUX, T.J ve RHODES, P.J. (2012). *Cleisthenes (2): Athenian Politician.* *The Oxford Classical Dictionary* (4. Baskı), Londra.
- CANEVARO, M. (2013). *Nomothesia in Classical Athens: What Sources Should We Believe?.* *Classical Quarterly*, 63 (1), 139–160.
- CANEVARO, M. (2016). *The Procedure of Demosthenes' Against Leptines: How to Repeal (and Replace) an Existing Law.* *Journal of Hellenic Studies*, 136, 39-58.
- CANEVARO, M. (2018). *The Authenticity of the Documents at Demosth. Or. 24.20–23, the*

- Procedures of Nomothesia and the So-called ἐπιχειροτονία τῶν νόμων'. *Klio*, 100 (1), 70–124.
- CANEVARO, M. (2020). On Dem. 24.20– 23 and the So-Called ἐπιχειροτονία τῶν νόμων: Some Final Clarifications in Response to M.H. Hansen. *Klio* 102 (1), 26–36.
- CARAWAN, E. (2002). The Athenian Amnesty and the Scrutiny of the Laws. *Journal of Hellenic Studies*, 122 (1), 1-23
- CARAWAN, E. (2007). The Trial of the Arginusai Generals and the Dawn of 'Judicial Review'. *Dike*, 10 (1), 19-56.
- CARAWAN, E. (2013). *The Athenian Amnesty and Reconstructing the Law*. Oxford.
- CARUGATI, F. (2019). *Creating a Constitution*. Princeton.
- COHEN, D. (1995). *Law, Violence, and Community in Classical Athens*. Londra.
- CONOPHAGOS, C. E. (1980). *Le Laurium antique*. Atina.
- CROSBY, M. (1950). The Leases of the Laureion Mines. *Hesperia*, 19 (3), 189-312
- CROSBY, M. (1957). More Fragments of Mining Leases from the Athenian Agora. *Hesperia*, 16 (1), 1-23.
- DAVIES, J.K. (1971). *Athenian Propertied Families, 600-300 B.C.* Londra.
- DEMOSTHENES (1926). *Orations, Volume II: Orations 18-19: De Corona, De Falsa Legatione*. (C. A. VINCE, J. H. VINCE, Çevirenler), Cambridge.
- DEMOSTHENES (1930). *Orations, Volume I: Orations 1-17 and 20: Olynthiacs 1-3. Philippic 1. On the Peace. Philippic 2. On Halonnesus. On the Chersonese. Philippics 3 and 4. Answer to Philip's Letter. Philip's Letter. On Organization. On the Navy-boards. For the Liberty of the Rhodians. For the People of Megalopolis. On the Treaty with Alexander. Against Leptines*, (J. H. VINCE, Çeviren), Cambridge.
- DEMOSTHENES (1935). *Orations, Volume III: Orations 21-26: Against Meidias, Against Androtion, Against Aristocrates, Against Timocrates, Against Aristogeiton 1 and 2*. (J. H. VINCE, Çeviren), Cambridge.
- DEMOSTHENES (1939). *Orations, Volume VI: Orations 50-59: Private Cases*. (A. T. MURRAY, Çeviren), Cambridge.
- EDER, W. (2006). 'Merismos'. *Brill's Encyclopaedia of the Ancient World New Pauly*,

Leiden.

- EHRENBERG, V., RHODES, P. J. (2012). 'magistracy, Greek'. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.
- FARAGUNA, M (1997). Regisztrazioni catastali nel mondo Greco: il caso di Atene. *Athenaeum*, 85 (1), 1–33.
- FARAGUNA, M (2000). A proposito degli archivi nel mondo Greco: terra e registrazioni fondiari. *Chiron*, 30, 65–115.
- FARAGUNA, M. (2006). La città di Atene e l'amministrazione delle miniere di Laurion. *Symposion 2003: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. (H.A RUPPRECHT, Düzenleyen), Viyana.
- FIGUEIRA, T.J. (1981). *Aegina, Society and Politics*. New York.
- FINLEY, M.I. (1973). *The Ancient Economy*. Berkeley ve Los Angeles.
- GAME, J. (2009). *Actes de vente dans le monde grec: Témoignages épigraphiques des ventes immobilières*. Lyon.
- GAUTHIER, P. (1972). *Symbola. Les étrangers et la justice dans les cités grecques*. Nancy.
- GILLMAN, H. (1993). *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham/London.
- GOMME, A.W, CADOUX, T.J. ve RHODES, P.J. (2012). 'Solon'. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.
- GRIFFIN, S. M. (1996). *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton, NJ.
- GRIFFIN, S. M. (1999). *Constitutional Theory Transformed*. *The Yale Law Journal*, 108 (8), 2115-2163.
- HANSEN, M.H. (1983). Two Notes on the Athenian dikai emporikai. *Symposion 1979: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. (P. DIMAKIS, Düzenleyen), Viyana.
- HANSEN, M.H. (1999). *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, Norman.
- HARRIS, E. M. (2006) *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society, and Politics in Classical Athens*, Cambridge.

- HARRIS, E.M. (2013a). The Plaintiff in Athenian Law and Legal Procedure. *Archives and Archival Documents in Ancient Societies*. (M. FARAGUNA, Düzenleyen), Trieste.
- HARRIS, E.M. (2013b). *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Londra.
- HARRIS, E.M. (2013–2014). The Document at Andocides 1.96–98. *Tekmeria*, 12, 121–153.
- HARRIS, E. M. (2015a). Review of Carawan. *Classical Review*, 65 (1), 175-176.
- HARRIS, E.M. (2015b). The Meaning of the Legal Term Symbolaion, the Law about Dikai Emporikai and the Role of the Paragraphe Procedure. *Dike*, (18), 7-36.
- HARRIS, E.M. (2016a). From Democracy to Rule of Law? Constitutional Change: Die Athenische Demokratie im 4. Jahrhundert: Zwischen Modernisierung und Tradition. (C. TIERSCH, Düzenleyen), Stuttgart.
- HARRIS, E.M. (2016b). The Legal Foundations of Growth in Ancient Greece: The Role of Property Records. *The Ancient Greek Economy, Markets, Households and City-States*. (E.M. HARRIS, D.M. LEWIS, and M. WOOLMER, Düzenleyenler), Londra.
- HARRIS, E.M. (2017). Applying the Law about the Award of Crowns to Magistrates: (Aeschin. 3.9–31): Epigraphic Evidence for the Legal Arguments at the Trial of Ctesiphon. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 202, 105–117.
- HARRIS, E.M. (2018a). Trials, Private Arbitration, and Public Arbitration in Classical Athens or the Background to [Arist.] *Ath. Pol.* 53, 1–7. *Athenaion Politeiai tra storia, politica e sociologia: Aristotele e Pseudo-Senofonte*. (C. BEARZOT, M. CANNEVARO, T. GARGIULO, and E. PODDIGHE, Düzenleyenler), Milan.
- HARRIS, E.M. (2018b). Some Recent Developments in the Study of Ancient Greek Law. *Journal of Ancient Civilizations*, 33 (2), 187-266.
- HARRIS, E.M. (2018c). The Athenian View of an Athenian Trial. The Use and Abuse of Law in the Athenian Courts. (C. CAREY, I. GIANNADAKI ve B. GRIFFITH-WILLIAMS, Düzenleyenler), Leiden.
- HEICHELHEIM, F.M., RHODES, P.J. (2012). 'Eisphora'. *The Oxford Classical Dictionary* (4. Baskı), Londra.
- HEICHELHEIM, F.M., RHODES, P.J. (2012). 'Symmoria'. *The Oxford Classical Dictionary* (4. Baskı), Londra.
- HERODOTUS (1921). *The Persian Wars, Volume II: Books 3-4*. (A. D. GODLEY, Çeviren)

Cambridge.

HORNBLOWER, S. (2012). ‘Patrios Politeia’. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.

HORNBLOWER, S. (2012). ‘Peloponnesian War’. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.

HUNTER, V. (1994). Policing Athens: Social Control in the Attic Lawsuits, 420-320 B.C., Princeton.

HYPERIDES (1954). Against Philippides. Minor Attic Orators, Volume II: Lycurgos, Dinarchus, Demades, Hyperides, (J. O. BURTT, Çeviren), Cambridge.

ISOCRATES (1980). Isocrates with an English Translation in three volumes. (George NORLIN, Çeviren), Cambridge.

JACOBSON, G., SCHOR, M. (2018). Introduction: the comparative turn in constitutional theory. Comparative Constitutional Theory. (G. JACOBSON, M. SCHOR Düzenleyenler), Cheltenham/Northampton, MA.

JOYCE, J. (2014). Μὴ μνησικακεῖν and “All the Laws” (Andocides On the Mysteries 81–82): A Reply to E. Carawan. Antichthon, 48, 37–54.

KAGAN, D. (1987). The Fall of the Athenian Empire. Ithaca.

KAGAN, D. (2004). The Peloponnesian War. Londra.

LAUFFER, S. (1955-1956) Die Bergwerkssklaven von Laureion, (Cilt I-II). Wiesbaden.

LEWIS, D. M. (2020). Labour Specialization in the Athenian Economy: Occupational Hazards. Skilled Labour and Professionalism in Ancient Greece and Rome. (E. STEWART, E. M. HARRIS ve D.M. LEWIS, Düzenleyenler), Cambridge ve New York.

LYTLE, E. (2013). Farmers into Sailors: Ship Maintenance, Greek Agriculture and the Athenian Monopoly on Kean Ruddle. Greek, Roman, and Byzantine Studies, 53 (3), 520-550.

KOERNER, R. (1993). Inschriftliche Gesetzestexte der frühen griechen Polis. Köln.

MARKLE, M. (1985). Jury Pay and Assembly Pay at Athens. History of Political Thought, 6 (1/2), 265-297.

MCDOWELL, D. M. (2012). Draco. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.

- MCDOWELL, D. M. (2012). Autodikai. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.
- MEIGGS, R. ve LEWIS, D. (1969). A Selection of Greek Historical Inscriptions to the End of the Fifth Century B.C.. No. 2, Londra.
- MIGEOTTE, L. (2010–2014). Économie et finances publiques des cités grecques. Lyon.
- MIGEOTTE, L. (2014). Les finances des cités grecques aux périodes classique et hellénistique. Paris.
- NORTH, D. C. (1990). Institutions, Institutional Change, and Economic Performance, Cambridge ve New York.
- NORTH, D. C. (1993). Institutions and Credible Commitment. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 149 (1), 11-23.
- NORTH, D. C., THOMAS, R. P. (1973). The Rise of the Western World: A New Economic History, Cambridge.
- NORTH, D. C., WEINGAST, B. R. (1989). Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England. Journal of Economic History, 49 (4), 803-832.
- NYVLT, P. (2016). Review of Carawan. Eirene, 52, 512-517.
- OGILVIE, S., CARUS, A.W. (2014). Institutions and Economic Growth in Historical Perspective. Handbook of Economic Growth, (P. AGHION, S. N. DURLAUF, Düzenleyenler), Amsterdam.
- PANAGOU, T. (2016). Patterns of Amphora Stamp Distribution: Tracking Down Export Tendencies. The Ancient Greek Economy, Markets, Households and City-States. (E.M. HARRIS, D.M. LEWIS, and M. WOOLMER, Düzenleyenler), Londra.
- PEČÍRKA, J. (1966). The Formula for the Grant of Enktesis in Attic Inscriptions. Prag.
- PLUTHARCH (1967). Solon, Plutharch's Lives I: Theseus and Romulus, Lycurgus and Numa, Solon and Publicola. (B. PERRIN, Çeviren), (E.H. WARMINGTON, Düzenleyen), Cambridge.
- REED, C.M. (2003). Maritime Traders in the Ancient Greek World. Londra.
- RHODES, P.J. (1972). The Athenian Boule. Londra.
- ROBERTS, J.T. (2017). The Plague of War: Athens, Sparta and the Struggle of the Ancient

Greece. Londra.

ROHDE, D. (2019). Von der Deliberationsdemokratie zur Zustimmungsdemokratie: Die öffentlichen Finanzen Athens und die Ausbildung einer Kompetenzelite im 4. Jahrhundert v. Chr.. Stuttgart.

SCHEIBELREITER, P. (2018). Nomos, Enklema und Factum. Symposion 2017. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte. (G. THÜR, U. YIFTACH ve R. ZELNICK-ABRAMOVITZ, Düzenleyenler), Viyana.

SCHÜTZE, R. (2019). Constitutionalism(s). The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law. (R. MASTERMAN, R. SCHÜTZE, Düzenleyenler) Cambridge/New York, NY/Melbourne, VIC/New Delhi.

SMITH, W. (1878) (Düzenleyen), A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. New York.

STROUD, R.S. (1998). The Athenian Grain-Tax Law of 374/3 B. C. *Hesperia*, 29, Supplements, iii-v, vii, ix-xi, xiii, xv, 1, 13, 15-117, 119-140.

TAYLOR, C. (2007). From the Whole Citizen Body: The Sociology of Election and Lot in the Athenian Democracy. *Hesperia*, 76 (2), 323-345.

THOMAS, R. (2012). Hippias 1. The Oxford Classical Dictionary (4. Baskı), Londra.

THUCYDIDES (2009). The Peloponnesian War. (M. HAMMOND, Çeviren), Londra.

THUR, G. (2004). Emporikai dikai. Brill's Encyclopaedia of the Ancient World New Pauly, Leiden.

VAN ALFEN, P. (2016). Aegean-Levantine Trade, 600–300 BCE: Commodities, Consumers, and the Problem of Autarkeia. The Ancient Greek Economy, Markets, Households and City-States. (E.M. HARRIS, D.M. LEWIS, and M. WOOLMER, Düzenleyenler), Londra.

VAN EFENTERRE, H., RUZÉ, F. (1994-1995). Nomina. Recueil d'inscriptions politiques et juridiques de l'archaïsme grec I, II. Roma.

VELISSAROPOULOS, J. (1980). Les naulères grecs: Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénisé. Cenevre

WOLFF, H.J. (1970). 'Normenkontrolle' und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie. Heidelberg.

XENOPHON (1925). Poroi. Xenophon: Scripta Minora, (E. C. MARCHANT, Çeviren),

Cambridge.

XENOPHON (1986). *Hellenica: Books 5-7*. (C. L. BROWNSON, Çeviren), Cambridge.

XENOPHON (2006). *Hellenica: Books 1-4*. (C. L. BROWNSON, Çeviren), Cambridge.

ZUCCA, L. (2009). Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law. *European Constitutional Law Review*, 5 (3), 481-500.

<http://telota.bbaw.de/ig/>.

LİSANS
ÖĞRENCİ MAKALELERİ

UNDERGRADUATE STUDENT
ARTICLES



ORD. PROF. SADRI MAKSUDÎ ARSAL'IN ENTELEKTÜEL BİYOGRAFİSİ

Intellectual Biography of Sadri Maksudî Arsal

Hakan Tunahan ÖNDER*

Makalemizin mevzusu Ord. Prof. Sadri Maksudî Arsal'ın entelektüel biyografisi ve fikri gelişimidir. Arsal'ın tafsilatlı bir biyografisini kaleme almaktaki amacımız, Türk Hukuk İnkılabının fikrî zeminini ve zihinsel arka planını aydınlatmamızda yardımcı olacağı kanaatiyle eski hukuk kurum ve kuruluşlarımızla inkılap sonrası kurum ve kuruluşlarımızın arasındaki farkları ortaya koymaktır.

Doğum tarihi ihtilaflıdır, sebebi Rus takviminin Julian'dan Gregorian'a geçmesi ve Gregorian'dan Hicriye geçerken yapılan kayıt yanlışlığıdır¹. *İnalcık*'a göre Doğum tarihi 1880'dir², Türk Dili ve Edebiyatı Ansiklopedisine göre 1880³, *Pakalın*'a göre 1882⁴, *Carra de*

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. Sınıf Öğrencisi, İstanbul, Türkiye ✉ hanlider5@gmail.com • ORCID 0000-0001-5882-8351.

Atıf Şekli / Cite As: ÖNDER, Hakan Tunahan (2022). Ord. Prof. Sadri Maksudî Arsal'ın Entelektüel Biyografisi. ÇÜHAD, (2), 186-197.

İntihal / Plagiarism: Bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenen bu çalışma hakem incelemesinden geçmemiştir. / This work, which was checked via a plagiarism software, did not reviewed by any referee.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

¹ MİFTAHOV, A. (2003). From Russia To Turkey: An Intellectual Biography of Sadri Maksudi Arsal (1878-1957). The Institute of Economics and Social Sciences of Bilkent University, Ankara, s. 5.

² İNALCIK, H. (2015). Tarihe Düşülen Notlar (2. b., Cilt 2). Timaş Yayınları. İstanbul, s. 9.

³ Türk Dili ve Edebiyatı Ansiklopedisi Heyeti (1977). Türk Dili ve Edebiyatı Ansiklopedisi (1. b., Cilt 1). Dergah Yayınları. İstanbul, s. 161.

⁴ PAKALIN, M. Z. (1930). Encyclopédie Biographique de Turquie. İstanbul, s. 279.

Vaux'a göre 1879⁵, Akpınar'a göre 1880⁶, Ayda'ya göre iki rivayet var ilki 1880⁷ ve 1879⁸, Taymas'a göre 1879⁹, Sadri Maksudî ise TBMM Âzay-ı Kiramına Mahsus Terceme-i Hal Varakasına kendi eliyle 1881 yazmıştır¹⁰, ayrıca Kamutay Albümünde de 1881 olduğu yazılıdır¹¹. Ancak başka vesika bunun yanlış olabileceğini gösteriyor, Tataristan Cumhuriyeti Merkez Arşivinde bulunan bir vesikada 23 Temmuz 1878'de doğduğu yazıyor¹². Arsal'ın kendi eliyle yazdığı daha doğru görünmektedir çünkü nüfusa hemen kaydolmamış olması ihtimali vardır.

Taşsu köyü imamı Nizamettin Molla'nın ve Meftuha Hanım'ın en küçük oğulları olarak dünyaya geldi. Ağabeyi Hadî Maksudî¹³ pedagog bir mütefekkir¹⁴.

Sadri Maksudî, evvela köy okulunu bitirdi. Müteakiben 1888'de Allâmiye medresesine girdi. Rus tahakkümünü iliklerine kadar hissettiği devre, bu devredir. Ağabeyi Hadî Bey ile kitap dükkânlarını burada gezmeye başlamış ve ilme olan ilgisi burada kuvvetlenmiştir. Medresede Arabî sarf ve nahvini öğrendi ayrıca İstanbul'da neşredilen kitapları okuyarak İstanbul Türkçesini geliştirdi. 14 yaşındayken Robinson Crusoe romanını okudu ve çok beğendi. Ardından Kazan Türkçesine çevirdi ve bu bir mecmuada neşredildi. İlk çalışması budur. Ayrıca Tabakat-ul-arz isimli kitabı Osmanlı Türkçesinden Kazan Türkçesine çevirdi. Sadri Maksudî, 1895 tarihinde medreseyi bitirir.

Sadri Maksudî, aktüel ve sosyal meselelerde Rusça'nın önemini idrak ederek Rusça öğrenmeye niyet eder¹⁵. Ağabeyi Hadî ile birlikte Türkçülük düşüncesinin mütefekkirlerinden Tercüman gazetesi kurucusu İsmail Gaspıralı¹⁶'nın daveti üzerine Kırım Zincirli Medreseye gelirler. Gaspıralı İsmail Bey'in Sadri Bey üzerindeki tesiri büyüktür. Türklük şuurunu ona

⁵ CARRA de VAUX, B., Les Penseurs de L'Islam (5. Cilt). Paris, s. 404.

⁶ Akpınar, T. (1991). Sadri Maksudi Arsal. İslam Ansiklopedisi (Cilt 3). Türkiye Diyanet Vakfı. İstanbul, s. 396.

⁷ AYDA, A. (1977). Ölümünün 20. Yılında Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal. Kültür Bakanlığı. Ankara, s. 3.

⁸ AYDA, A. (1991). Sadri Maksudi Arsal. Kültür Bakanlığı. Ankara, s. 9.

⁹ TAYMAS, A. B. (1959). Kazanlı Türk Meşhurlarından İki Maksudiler. Sıralar Matbaası. İstanbul, s. 11.

¹⁰ TBMM Âzay-ı Kiramına Mahsus Terceme-i Hal Varakası.

¹¹ Kamutay Albümü (1935). s. 76.

¹² MİFTAHOV, 5.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TAYMAS, İki Maksudiler; TAYMAS, A. B. (2000). 1917'den 1919'a Rus İhtilâli'nden Hatıralar 1.Turan Kültür Vakfı. İstanbul, s. 14-16.

¹⁴ AYDA, 1991,s. 12.

¹⁵ TAYMAS, İki Maksudiler, s. 19-20.

¹⁶ Gaspıralı İsmail'in fikir hayatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERCİLASUN, A. B. (1991). İsmail Gaspıralı'nın Fikirleri. Türk Kültürü Dergisi. (337-338), s. 329-336.

Gaspıralı aşlamıştır. Turancılık fikri ondan mülhemdir. Bu tesiri somutlaştıran nişâne ise Sadri Bey'in "Benim manevi babam İsmail Gaspıralıdır" sözüdür¹⁷.

Maksudî Rusça öğrenmek amacıyla Rus öğretmen okuluna kayıt oldu. Burada pek verimli bir okuma devresi geçirdi daha sonra yüz yüze görüşeceği Tolstoy'u bundan başka Rousseau, Darwin gibi filozofları okudu. Bu okumalar ona Fransızca'nın önemini gösterdi.

1898'de 19 yaşında iken yegâne romanı olan Maişet'i kaleme aldı. Kazan edebiyatı uzmanlarınca ihtilâflı bir mesele olsa da bazı kaynaklarda Kazan Türkçesinin ilk romanı olduğu mukayyettir¹⁸.

1901 senesinde Rus muallim mektebini bitiren Sadri Maksudî Yasnaya Polyana'ya giderek meşhur Rus muharrir ve düşünürü Tolstoy ile tanışır. Saatlerce muhtelif hususlarda sohbet ederler husûsiyle felsefe üzerine olan bu sohbetten Tolstoy da hoşnut olmuştur.

1901 yılının Eylül ayında Bahçesaray'a yönelen Maksudî, İstanbul'da tahsiline devam etmek istediğini söyleyince Gaspıralı ona İstanbul'dan ziyade Paris'e gitmesinin daha münasip olacağını İstanbul'daki münevverlerin Paris'e kaçmış olduğunu söyleyerek onu Paris'e gitmesi için teşvik eder.

İstanbul'da Hâce-i Evvel Ahmet Mithat Efendi ile konuşmasında da aynı telkinatı alan Maksudî kararını kesinleştirir.

1901 Kasımında Paris'e ayak basar. Mütevâzı ve mutedil bir hayat sürmeye başlar. Buna rağmen Paris'te tiyatrolara devam eder. Sorbonne'da hukuk okumaya karar verir. Ancak lisan muafiyetini halletmek için bir sene Fransızca ve Latince öğrenir. Paris'te fakülte dışında pek çok ilmî enstitü ve cemiyet vardır ve bunlara da devam eder.(Mesela Ecole des Hautes Etudes Sociales ve Collège de France gibi köklü ihtisas mekteplerine. Burada meşhur sosyoloji âlimi Durkheim'ın derslerini takip eder).

¹⁷ AYDA,1991, s. 20.

¹⁸ Abdurrahman Sa'di (1926). Tatar Edebiyatı Tarihi. Tataristan Devlet Neşriyatı Yayınları. Kazan, s. 121.

O devrede Kazanda çeşitli Türk münevverler mukimdir. Ahmet Rıza Beğ, Abdullah Cevdet, Yahya Kemal¹⁹. Akçuraoğlu Yusuf²⁰, Ferit Tek²¹ vs. Bu münevverler ona ilgi gösterirler. Özellikle Akçuraoğlu Yusuf ile hem ilmî hem de ülküsel bir yakınlık oluşturur.

Rus-Japon harbinin Paris matbuatında yer bulması üzerine her yerde Rusça bilen gazeteci aranmağa başlanmıştır ki Maksudî Beğ de bu minvalde bir gazetede vazifeyi üzerine almıştır. Bununla birlikte maddî sıkıntıları def etmiştir.

Bu sırada Rusya'da siyasî bazı hadiseler vukua gelmiştir. Maksudî'nin Akçuraoğlu Yusuf ile yegâne tartışma mevzusu bu olmuştur.

Rusya içerisindeki siyasî karmaşayı müteakiben Türkler de kendi hürriyetleri için muhtelif teşebbüslerde bulunmaya başladılar. Aynı zamanda Usûl-i Kadim ve Usûl-i Cedid tartışması da devam etmekteydi. Sadri Maksudî'nin bu hareket içerisindeki mevkisi pek mühimdir.

Duma meclisinin çar tarafından dağıtılmasını müteakiben 3. Müslümanlar kongresi Mekerce'de tesis edilir. (Müslümanlar kongresi olarak isimlendirilmişse de gayrimüslim Türklerde bu birliğe dâhildi.). Gaspıralı'nın isteği üzerine Maksudî merkez komitesi üyeliğine seçilir.

Dumada adaylığını koyan Maksudî seçimi kazanır. Müteakiben Duma Başkanlık Divanına âzâ seçilir. Petersburg'da vazifesi haricinde Türkiyat ve dil âlimi Radloff'un²² ilmî meclislerine devam etmiştir. Türk dili hususundaki fikirleri bu surette inkişaf etmiştir.

1909'da Rus Parlamentosu âzâlarıyla beraber İngiltere'ye seyahat etmiştir. "İngiltere'ye seyahat" isimli kitabı bu seyahatten edindiği intibaları ve Türk-İngiliz milletleri arasındaki içtimaî ve fitrî ihtilafları konu etmektedir.

Osmanlıda Türkçülük cereyanı inkişaf etmeye devam etmekteydi ve Türk Yurdu Mecmuası neşredilmeye başlanmıştır. Akçuraoğlu Yusuf ondan bu mecmuada yazmasını

¹⁹ BEYATLI, Y. K. (2017). Çocukluğum, Gençliğim, Siyasî ve Edebî Hatıralarım (8. b.). İstanbul Fetih Cemiyeti Yayınları. İstanbul, s. 111.

²⁰ Yusuf Akçura hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEMİR, A. (1987). Yusuf Akçura. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları. Ankara.

²¹ Ferit Tek hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖVSA, İ. A. (1946). Türk Meşhurları. Yedigün Neşriyat. İstanbul, s. 377.

²² Radloff için bkz. YILDIZ, N. (1991). Radloff, Friedrich Wilhelm. TDV İslam Ansiklopedisi (Cilt 34). İstanbul, s. 388.

istiyordu. Rus parlamentosu âzâsı olduğundan “Can Bey” müstearını kullanmak suretiyle birkaç yazı yolladı²³.

4. Dumaya seçilmesine Ruslar tarafından mani olunması üzerine açıkta kalan Maksudî, avukatlık yapmak maksadıyla Rus Hukukunun fark derslerini verdi.

4. Müslümanlar meclisinde eğitimin önemi üzerine bir konferans veren Maksudî, Gaspıralı'nın vefatı üzerine Yıldız Gazetesinde üzüntülerini bildiren bir yazı kaleme aldı.

Maksudî'ye geçici hükümetten teklif gelir Türkistan idarî komitesinde vazifeli olacaktır.

Teklifi millî bir vazife kabul ederek üzerine alır. 1917'de 1. Bütün Müslümanlar Kongresi tesis edildi. Kongrede Türk tarihinde ilm-i küll mertebesini kazanmış Zeki Velidi Togan, meşhur tavrini sundu. Üniterizm - Federalite tartışması vuku buldu. Mehmet Emin Resulzade'nin²⁴ teklifi federalite, oy çokluğu ile kabul edildi. Federalizm kararına rağmen Türkler arasındaki bağlantının kopmaması için merkezi kurulun açılması kabul edildi ve Maksudî Bey de bu kuruluşa bağlı şuraya âzâ tayin edildi.

Rusya'da iç savaş devam ederken Maksudî, kurmayı planladığı muhtariyetin kanunlarını ve devlet nizamını hazırlamaya başladı. 22 Temmuz 1917'de İç Rusya ve Türk-Tatarlarının Millî-Medenî Muhtariyeti ilan edildi. Bu tam bir hürriyet olmasa dahi hürriyete susamış Türklük zaviyesinden büyük manaları olan bir zaferdi. Muhtariyet heyeti reisi olarak Maksudî intihab edildi. Merkez-i Hükümet olarak Ufa seçildi. Kurulan muhtariyetlerin Moskova Kongresi tarafından Cumhuriyet sınıfında mütalaa edilmesine uygun olarak Sadri Maksudî, reis-ul cumhur kabul ediliyordu (22 Temmuz 1917-25 Nisan 1918)²⁵.

Müteakiben Rusya'da Bolşevik-Menşevik çatışması Bolşevikler lehinde hitam bulunca Maksudî'nin başına ödül kondu. Maksudî, muhtelif vasıtalarla Bolşeviklerden saklanarak Musa Carullah'ın²⁶ vasıtasıyla Finlandiya'ya iltica etti²⁷.

Burada Ali Fuat Cebesoy'un aracılığı ile ailesini getirmek için teşebbüslerde bulundu.

²³ Mesela bkz. Can Bey (1911). Türk Yurdu, 1 (1), s. 14-15.

²⁴ Mehmet Emin Resulzade için bkz. AKPINAR, Y. (2008). Resulzâde, Mehmed Emin. TDV İslam Ansiklopedisi (Cilt 35). İstanbul, s. 2.

²⁵ AYDA, 1991, s. 105.

²⁶ Musa Carullah için bkz. HEYET (2002). Ölümünün 50. Yıldönümünde Musa Carullah Bigiyef (1875-1949). Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları. Ankara.

²⁷ AYDA, 1991, s. 113.

Finlandiya'daki Türk tarihiyle ilgili kitapları tetkik etti. Paris Barış Kongresinde Millî Muhtariyet Millet Meclisi'nin isteğiyle âzâ seçildi. Bundan dolayı Paris'e geçmek için önce Stockholm'e geçti, müteakiben Almanya üzerinden Paris'e geçti²⁸.

Paris'te evvela biriktirdiği notları kullanarak Türk tarihiyle ilgili bir kitap yazmağa başladı²⁹.

Aynı zamanda Societe Asiatique'in toplantılarını takip etti. Sorbonne'da Türk-Tatar kavimleri tarihi okutmaya başladı.

Türkiye'de harbin son bulmasını müteakiben Türk Ocakları'nın ilmî ve sosyal teşebbüsleri çoğalmıştı. Sadri Maksudî de bu teşekkül bünyesinde yer almak istiyordu ve Türkiye'ye gelerek takrirler vermek istediğini mektupla bildirdi. Olumlu geri dönüş almasını müteakiben İstanbul'a ayak bastı. Çeşitli takrirler yayınladı. Ve Mustafa Kemal Atatürk ile görüştü. M. Kemal Atatürk onu Türkiye'ye davet etti. Maksudî, bu teklife müspet cevap verdi. Evvela Telif ve Tercüme Heyeti âzâsı oldu sonra Yeni kurulan Ankara Mekteb-i Hukukunda Umumî Amme Hukuku ve Türk Hukuk Tarihi derslerini verdi.³⁰ Türk Tarih Kurumunun teşekkülünde mühim vazifeler îfâ etti. Türk Ocaklarında kültür heyetinde yer aldı. İskitler üzerine muhtelif etütler yazdı.

Lisan inkılabı üzerine çeşitli fikirleri birtakım mercilerde savundu. Sadeleşme taraftarı olmasına rağmen müfrit öz Türkçeciliğin aleyhinde oldu³¹.

Bu devreden sonra M. Kemal Atatürk'ün davetlerine daha sık iştirak etmeye başladı. Çeşitli siyasî, sosyal ve iktisadî meselelerin tartışıldığı davetlerde fikirlerini dile getirdi. Ayrıca Şebinkarahisar ve Giresun mebusluğu ve TBMM Avrupa Konseyinde Danışma Meclisi Heyet Başkanlığı yaptı³². 20 Şubat 1957'de vefat etmiştir.

Sadri Maksudî'nin Cumhuriyet devrindeki yenilik hamlesindeki yeri diğer Tatarlar gibi önemlidir. Türk tarih tezinde, Lisan inkılabında ve içtimaî ve siyasî pek çok değişimde onların muhtelif tesirleri olmuştur³³.

²⁸ AYDA, 1991, s. 115-120.

²⁹ CARRA de VAUX, s. 407.

³⁰ GEDİKLİ, F. (2017). Yolunu Kendi Kazan Bir Yolcu: Türk Hukuku Tarihçisi Sadri Maksudi Arsal. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 273-288.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERCİLASUN, A. B. (2017). Sadri Maksudi Arsal ve Türk Dili. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 167-180.

³² PULTAR, G. (2017). Dedem Sadri Maksudi Arsal (1878-1957). İÜHFİM, . İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 61.

³³ HEYET (2008). Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce: Milliyetçilik. İletişim Yayınları. İstanbul, s. 283-287.

Maksudî ve bazı Tatarlar, inkılapların fikri zemininde görev almışlardır.³⁴ Ağaoğlu Ahmet, Akçuraoğlu Yusuf ve Sadri Maksudî gibi kişiler hayatlarının belli bir bölümünü Fransa'da geçirmiş ve Fransız aydınlanmasının teorik zeminini idrak ederek Türkiye'deki inkılap hareketlerinde de fikri katkılar sağlamışlardır. Laikliği³⁵ ve Türklüğü ön plana çıkarmışlar ve geleneksel Osmanlı kültürüne zaten aşına olmadıklarından doğrudan inkılapçı olmuşlardır.

SONUÇ

Sadri Maksudî Arsal, çok yönlü bir hukukçu ve dil bilginidir. Hayatın cilvesi ile farklı coğrafya ve kültürleri görmüş ve uluslararası bir bakış açısına sahip olarak entelektüel faaliyetlerini gerçekleştirmiştir. Nitekim bahsettiğimiz üzere bu birikimini hem modern Türkiye'nin kuruluşunda hem de kültürel değişimimizin kritik dönemlerinde ortaya koymuştur. Onun entelektüel altyapısını ortaya koymak Türkiye'deki bazı hukukî, siyasî ve sosyal kurumların zihin mimarisini gözler önüne sereceği için bu çalışmamızın literatürde önemli bir yeri dolduracağına inancımız tamdır.

Eserleri:

- Maişet³⁶ (Kazan, 1908)
- İngiltere'ye Seyahat³⁷ (Kazan, 1912)
- Türk Dili İçin³⁸ (1930)
- Orta Asya Türk Devletleri (1934)
- İngiliz Amme Hukukunun İnkişaf Safhaları(1940)
- Hukuk Tarihi Dersleri (1941)
- Umumî Hukuk Tarihi(1942)

³⁴ AYDA, A. (1957). Babam Sadri Maksudi.,Cumhuriyet, nr.11.709,11 Mart 1957.

³⁵ Mesela bkz. ARSAL, S. M. (1940). Teokratik devlet ve Lâik devlet. Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle Tanzimat 1. İstanbul, s. 59-95.

³⁶ Maksudî'nin yegâne romanıdır. Töre eleştirisi, çeşitli pedagojik ve felsefi görüşleri içeren bu eser Maksudî'nin ilk telif eseridir.

³⁷ Maksudî'nin İngiltere seyahatine dair intibalarını içeren ders verici nitelikte eser. Bu eserde İngiliz medeniyetine dair değerlendirmeler ve demokrasiye dair muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Bir inceleme için bkz. SİBGATULLİNA, A. (2017). 'Rusya Müslümanlarının Bir Nemunesiyem': Sadri Maksudi'nin Avrupa'ya Seyahatı. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 207-211.

³⁸ C. Brockelmann'ın Mukaddimesini yazmış olduğu bu kitap, Maksudî'nin lisan meselesindeki görüşlerini konu edinir.

- Hukuk Felsefesi Tarihi(1946)³⁹
- Türk Tarihi ve Hukuk(1947)
- Milliyet Duygusunun Sosyolojik Esasları⁴⁰ (1955)
- İskitler-Sakalar (1933)
- Orta Asya Türk Devletleri (1934)
- Teokratik Devlet ve Laik Devlet (1940)

Ayrıca Kutadgu Bilig⁴¹ hakkında bir araştırması ve “Turquisme”⁴² gibi matbu olmayan eserleri, pek çok makalesi, takriri ve fıkra yazıları vardır⁴³.

³⁹ Bir tetkik için bkz., GÜRLER, S. (2017). Dilde, Fikirde, İşte Sadri Maksudi: Hukukun Umumî Esasları ve Hukuk Felsefesi Tarihi Kitapları Üzerine Bir Değerlendirme, İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 239-272.

⁴⁰ Bu eserinde milliyetçilik mevzusunda çeşitli fikirleri ve yorumları tenkit etmiş ve Milliyetçiliği ilmî bir zemine oturtmuştur. Garpta ve Şarkta mevcut olan Milli hissiyat ve buna bağlı olguların vasıflarını açıklayan Maksudi’nin bizce en mühim eseri hakkında kıymetli bir etüt için bkz. ERCİLASUN, A. B. (1988). Sadri Maksudi ve Milliyet Duygusunun Sosyolojik Esasları. TK, s. 301. Ayrıca bkz., ERGAN, N. G. (2017). Sadri Maksudi Arsal’da Millet ve Milliyet. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 219-238.

⁴¹ Bir eleştiri için bkz. ŞEKER, F. (2017). Kutadgu Bilig Nasıl Okunamaz? Sadri Maksudi Örneği. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 289-298.

⁴² Bir tetkik için bkz. ÜSTEL, F., TURHAN, A. V. (2017). Sadri Maksudi’nin Yayınlanmamış Bir Eseri: Turquisme, İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 213-218.

⁴³ Basılmayan bazı eserleri hakkında bilgi için bkz. BİRİNCİ, A. (2014). Tarihin Kara Kitabı Tarihçiliğimizde Usûl ve Ahlâk Meseleleri. Hitabevi. Ankara, s. 41, dipnot. Eserlerine dair dikkate değer bir tetkik için bkz. BİRİNCİ, A. (2017). Türk Hukuk Tarihçisi Sadri Maksudi’nin Hayat Hikayesi ve Eserleri. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 75-122. Ayrıca bkz. YÖRÜK, A. A. (2017). Sadri Maksudi Arsal İçin Bir Bibliyografya Denemesi. İÜHFİM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 123-163.

KAYNAKÇA

- AÇA, Mehmet, “Çarlık Rusyası ve Sovyetler Birliğinde Yeni Ulusların İnşası Adına Tatar Nüfuzunu Kırma Girişimleri”, 2019, s. 15.
- AKÇURA, Y. (1978). Türkçülük, Türkçülüğün Tarihi Gelişimi”, Türk Kültür Yayını.
- AKÇURA, Y. (2012). Hatıralarım. Hece Yayınları. Ankara.
- AKPINAR, Y. (2008). Resulzâde, Mehmed Emin, TDV İslam Ansiklopedisi (Cilt 35). İstanbul.
- ARSAL, S. M. (1941). Hukuk Tarihi Dersleri. Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatından. Ankara.
- ARSAL, S. M. (1943). Hukuk İlmi ve Sosyoloji Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlmi. AÜHFD, 1 (1), s. 20-34.
- ARSAL, S. M. (1945). Farabi'nin Felsefesi. İÜHFM, 10 (3-4), s. 620-634.
- ARSAL, S. M. (1945). Hukuk Felsefesi Tarihi. Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını. İstanbul.
- ARSAL, S. M. (1947). Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul Üniversitesi Yayını. İstanbul.
- ARSAL, S. M. (1948). Umumî Hukuk Tarihi. İstanbul Üniversitesi Yayınları. İstanbul.
- ARSAL, S. M. (1977). Dostum Yusuf Akçura. Türk Kültürü, s. 346-354.
- ARSAL, S. M. (2018). Milliyet Duygusunun Sosyolojik Esasları. Ötüken Neşriyat. İstanbul.
- ATSIZ, N. (1931). Gençlik ve Mefkûre. Atsız Mecmua, (2).
- AYDA, A. (1957). Babam Sadri Maksudi. Cumhuriyet, nr. 11.709, 11 Mart 1957.
- AYDA, A. (1977). Ölümünün 20.Yılında Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal 1880-1957 Hayatı ve Eserleri. Kültür Bakanlığı Yayınları. Ankara.
- BERKTAY, H. (2018). Cumhuriyet İdeolojisi ve Fuat Köprülü. Kopernik Kitap. İstanbul.
- BEYATLI, Y. K. (2017). Çocukluğum Gençliğim Siyâsî ve Edebî Hatıralarım (Haz. N. S. Banarlı). İstanbul Fetih Cemiyeti. İstanbul.
- BİRİNCİ, A. (2014). Tarihin Kara Kitabı Tarihçiliğimizde Usûl ve Ahlâk Meseleleri. Hitabevi. Ankara.
- BİRİNCİ, A. (2017). Türk Hukuk Tarihçisi Sadri Maksudi'nin Hayat Hikayesi ve Eserleri. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 75-122.
- CARRA de VAUX, B. (1926). Les Penseurs De l'İslam. Paris.

- DELİORMAN, A. (2009). Türk Yurdunun Bilgeleri. Timaş. İstanbul.
- EKİNCİ, Y. (1997). Gaspıralı İsmail. Ocak Yayınları. Ankara.
- ERCİLASUN, A. B. (2017). Sadri Maksudi Arsal ve Türk Dili. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 167-180.
- ERCİYEŞ, R. B. (1956). Yirmi Senelik Türk Hukuk Bibliyografyası. Müşterek Yayınları. İstanbul.
- ERGAN, N. G. (2017). Sadri Maksudi Arsal'da Millet ve Milliyet. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 219-238.
- ERGİN, O. N. (1977). Türkiye Maarif Tarihi. Eser Matbaası. İstanbul.
- GEDİKLİ, F. (2017). Yolunu Kendi Kazan Bir Yolcu: Türk Hukuku Tarihçisi Sadri Maksudi Arsal. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 273-288.
- GEORGEON, F. (2006). Osmanlı-Türk Modernleşmesi 1900-1930 (Çev. H. BERKTAY). Yapı Kredi Yayınları. İstanbul.
- GÖKMAN, M. (1968). Atatürk ve Devrimleri Tarihi Bibliyografyası. Milli Eğitim Basımevi. İstanbul.
- GÖVSA, İ. A. (1946). Türk Meşhurları. Yedigün Neşriyat. İstanbul.
- GÜRBÜZ, M. (2017). Paris Barış Konferansı ve Sadri Maksudi'nin Türkiye'yi Savunma Mücadelesine Bir Örnek. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 191-206.
- GRANDA, C. (1971). Atatürk'ün Uşağının Gizli Defteri. Fer Yayınları. İstanbul.
- GÜRLER, S. (2017). Dilde, Fikirde, İşte Sadri Maksudi: Hukukun Umumî Esasları ve Hukuk Felsefesi Tarihi Kitapları Üzerine Bir Değerlendirme. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 239-272.
- HEYET (1967). Sadri Maksudi Özel Sayısı. Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü. Ankara.
- HEYET (1977). Türk Dili ve Edebiyatı Ansiklopedisi. Dergah Yayınları. İstanbul.
- HEYET (2002). Ölümünün 50. Yıldönümünde Musa Carullah Bigiyef (1875-1949). Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları. Ankara.
- HEYET (2002). Türk Dünyası Edebiyatçıları Ansiklopedisi. Atatürk Kültür Merkezi Yayınları (Cilt 1). Ankara.

- HEYET (2008). Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Milliyetçilik. İletişim Yayınları. İstanbul.
- HEYET (2010). İkinci Türk Tarih Kongresi – Kongrenin Çalışmaları, Kongreye Sunulan Tebliğler. Türk Tarih Kurumu. Ankara.
- HEYET, (2010). Birinci Türk Tarih Kongresi - Konferanslar Müzakere Zabıtları. Türk Tarih Kurumu. Ankara.
- HEYET (1940). Tanzimat 1. Maarif Matbaası. İstanbul.
- İNALCIK, H. (2015). Tarihe Düşülen Notlar (Cilt 2). Timaş Yayınları. İstanbul.
- KIRIMER, C. S. (2003). Cafer Seydahmet Kırimer’in Günlüğü (Haz. İ. Otar - Ö. Özcan). Polatlı Kırım Türkleri Kültür ve Dayanışma Derneği. Ankara.
- MİFTAHOV, A. (2003). From Russia To Turkey: An Intellectual Biography Of Sadri Maksudi Arsal (1878-1957). The Institute of Economics and Social Sciences of Bilkent University. Ankara.
- PAKALIN, M. Z. (1930). Encyclopédie Biographique De Turquie. Hamit Matbaası. İstanbul.
- PULTAR, G. (2017). Dedem Sadri Maksudi Arsal (1878-1957). İÜHFM, . İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 43-74.
- ROEVUORI, Y. (1965). Maksudi ve Türk-Fin Münasebetleri. (Çev. A. Yeğen). Ankara.
- SANÇAR, N. (1973). İsmet İnönü ile Hesaplaşma. Afşın Yayınları. Ankara.
- SARINAY, Y. (1994). Türk Milliyetçiliğinin Tarihi Gelişimi ve Türk Ocakları 1912-1931. Ötüken Neşriyat. İstanbul.
- SAYMEN, F., TANİLLİ, S. (1960). Türk Hukuk Kroniği 1955-1958. İstanbul Üniversitesi Yayınları. İstanbul.
- Sırat-ı Müstakim Mecmuası, 5 (121).
- SİBGATULLİNA, A. (2017). ‘Rusya Müslümanlarının Bir Nemunesiyem’: Sadri Maksudi’nin Avrupa’ya Seyahatı. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 207-211.
- ŞEKER, F. (2017). Kutadgu Bilig Nasıl Okunamaz? Sadri Maksudi Örneği. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı), s. 289-298.
- T. C. Başbakanlık Cumhuriyet Arşivi, Ankara, 30-18-1-2 / 86 - 32 – 4, 30-1-0-0 / 40 - 236 – 3, 30-18-1-1 / 13 - 16 – 10, 490-1-0-0 / 611 - 120 – 1.

- TANİLLİ, S., AYBAY, R. (1967). Türk Hukuk Bibliyografyası 1959. İstanbul Üniversitesi Yayınları. İstanbul.
- TAYMAS, A. B. (1959). Kazanlı Türk Meşhurlarından İki Maksudîler. İstanbul.
- TAYMAS, A. B. (1966). Kazan Türkleri – Türk Tarihinin Hazîn Yaprakları. Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü. Ankara.
- TAYMAS, A. B. (1968). Rus İhtilalinden Hatıralar. Ötüken Neşriyat. İstanbul.
- TBMM Âzayı Kiramına Mahsus Muhtasar Tercüme-i Hal Varakası.
- TEKİN, A. (1999). Edebiyatımızda İsimler ve Terimler. Ötüken Neşriyat. İstanbul.
- TEMİR, A. (1987). Yusuf Akçura. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları. Ankara.
- TOGAN, A. Z. V. (1934). On Yedi Kumaltı Şehri ve Sadri Maksudi Bey. Türkistan-Bilik / Bürhaneddin Matbaası. İstanbul.
- TOGAN, Z. V. (1981). Bugünkü Türkili Türkistan ve Yakın Tarihi. Enderun Kitabevi. İstanbul.
- TOGAN, Z. V. (2019). Hatıralar. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları. Ankara.
- Türk Yurdu Mecmuası (1911'den 1926'ya tüm sayılar).
- ÜSTEL, F., TURHAN, A. V. (2017). Sadri Maksudi'nin Yayınlanmamış Bir Eseri: Turquisme. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 213-218.
- YILDIZ, N. (1991). Radloff, Friedrich Wilhelm. TDV İslam Ansiklopedisi (Cilt 34). İstanbul.
- YÖRÜK, A. A. (2017). Sadri Maksudi Arsal İçin Bir Bibliyografya Denemesi. İÜHFM, 75 (Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı), s. 123-163.