

TOKAT GAZİOSMANPAŞA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

TOGÜHFD

Tokat Gaziosmanpaşa University
Faculty of Law Review



e-ISSN: 2980-1516

100*



***TOKAT GAZİOSMANPAŞA
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
TOGÜHFD***

Cilt I, Sayı 2, Ekim 2023

***TOKAT GAZİOSMANPASA
UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW
TOGUFLR***

Volume I, Number 2, October 2023

Tokat-2023



Dergimiz 2023 yılından itibaren *Heinonline* tarafından taranan dergiler arasındadır.



Dergimiz 2023 yılından itibaren *Jurix* tarafından taranan dergiler arasındadır.

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TOGÜHFD)

Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty Of Law Review (TOGUFLR)

Sahibi/Owner

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

İletişim Bilgileri/Contact Information

Adres: Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Taşlıçiflik Yerleşkesi
Merkez/TOKAT
e-posta: hukukfakultesi@gop.edu.tr, toguhfd@gop.edu.tr.
Telefon: 0 356 252 1616 Dâhili Numaralar: 3706, 3710, 3727, 3729.

Yayın Türü/Publication Type

Yaygın Süreli/Periodical

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TOGÜHFD), Mart ve Ekim ayları olmak üzere yılda iki sayı şeklinde elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Fakülte'ye ait olduğunu kabul ederler.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

Dergide yer alan eserlerin bir kısmı ya da tamamı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın, ticari amaçlarla elektronik veya mekanik bir kayıt sistemi kullanılarak kopyalanamaz, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.

TOKAT GAZİOSMANPAŞA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ KURULLARI

Baş Editör/ Editor in Chief

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler/Editors

Dr. Öğr. Üyesi İfakat BALIK	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Arş. Gör. Ayşe Nur Merve YAZICI	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri/Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Harun MURATOĞULLARI	İngilizce	Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ	İngilizce	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semih YUMAK	Almanca	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları/Deputy Editors

Arş. Gör. Ferhat ÇELİK	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Muhammed Kiomers GANBARI	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Burhanettin Onur KİREÇTEPE	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Taha KURT	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Başar PANCAROĞLU	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Kurulu/Editorial Board*

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (Baş editör)	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nihat BULUT	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat DOĞAN	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman EREN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet KALENDER	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Nurten YAYLACI	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Yayın Kurulu, unvan esas alınarak soyadına göre alfabetik sırayla dizilmiştir (*The academics in the Editorial Board are listed in alphabetical order*).

Danışma Kurulu/Advisory Board**

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cem BAYGIN	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Seda ÖZMUMCU	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Melikşah YASİN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Bülent ALGAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sinan OKUR	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ	Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Nagehan OKUMUŞ	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Danışma Kurulu, unvan esas alınarak soyadına göre alfabetik sırayla dizilmiştir (*The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order*).

Yayın İlkeleri

1. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, elektronik ortamda Mart ve Ekim aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir dergidir.
2. Yayımlanması talep edilen çalışmalar dergiye yalnızca DergiPark sistemi üzerinden gönderilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülmektedir.
3. Derginin Mart sayısında yayımlanması talebiyle gönderilecek çalışmaların son kabul tarihi 1 Ocak, Ekim sayısı için ise 1 Ağustos'tur. Bu tarihlerden sonra gönderilen çalışmalar sonraki sayı için değerlendirmeye alınır.
4. Yayın Kurulu/Editör Kurulu*, derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgülemeye ya da "Özel Sayı" olarak yayımlamaya karar verebilir.
5. Dergide, ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunma ve uygulamayı teorik yönden destekleme amacı doğrultusunda hukuk alanında yazılmış özgün bilimsel çalışmalar yayımlanmaktadır.
6. Dergide araştırma makalesi, derleme makale, karar incelemesi, eser değerlendirmesi ve çeviri türlerindeki çalışmalar yayımlanabilir. Çeviri türündeki çalışmalarda orijinal dildeki nüshaların da dergiye gönderilmesi gerekir.
7. Çalışmaların akademik ölçütlere uygunluğu, çift taraflı kör hakemlik sistemine göre bağımsız iki hakem tarafından değerlendirilmektedir.
8. Dergiye gönderilen çalışmaların, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve COPE (*Committee on Publication Ethics*)'un rehber ilkelerine uygun olarak hazırlanması gerekir. Anılan etik ilkelere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd/policy> linkinden ulaşılabilir.
9. Yazar adları Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Örneğin; Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ornek@gop.edu.tr, ORCID: 0000-1111-2222-3333).
10. Yazarlar ayrıca, <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) iletmelidirler.
11. Dergiye gönderilen çalışmalar, intihal incelemesine tabi tutulacak olup, benzerlik oranı Yayın Kurulu tarafından en fazla % 15 olarak belirlenmiştir.
12. Yazarların, çalışmaları ile birlikte "Etik Beyan Formu", "Telif Hakkı Devir Sözleşmesi" ve "Etik Kurul İznine Gerek Yoktur Beyan Formu"nu göndermesi gerekir. Belirtilen belgelere bağlantısından ulaşılabilir.
13. Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Fakülteye ait olduğunu kabul ederler.
14. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

* Editör Kurulu; baş editör ve editörlerden oluşur.

Yazım Kuralları

1. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce ve Almancadır.
2. Dergide yayımlanması istenen çalışmaların DergiPark sistemi üzerinden Microsoft Word yazılımı formatında ve zengin metin biçiminde (*.rtf) ve işbu başlıkta sıralanan yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Araştırma makalesi şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd> bağlantısından ulaşılabilir.
3. Dergiye gönderilen çalışmalarda *OSCOLA* (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) 4. Edisyon atıf sistemi esas alınmalıdır. Söz konusu atıf kurallarına ilişkin kısa bilgilendirmeye <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd/writing-rules> bağlantısından ulaşılabilir. Kısa bilgilendirme notlarında ayrıntısı bulunamayan hâller için https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf bağlantısında yer alan *OSCOLA* 4. Edisyon atıf kuralları kitapçığından faydalanılmalıdır.
4. Dipnot numaraları her türlü noktalama işaretinden sonra boşluk bırakılmadan verilmelidir. Örneğin; Hukuk, kurallar bütünüdür.¹
5. Araştırma makalelerinde en az 150 en fazla 300 kelimelik Türkçe öz ve İngilizce *abstract* bölümlerine yer verilmeli ve aynı dillerde 5 anahtar kelime (*keywords*) de çalışmaya eklenmelidir.
6. Metin içindeki yabancı kelimeler italik yazılmalıdır.
7. Türkçe eserlere yapılan atıflarda hiçbir yabancı kelimeye yer verilmemelidir. Örneğin; iki yazarlı veya editörlü eserlerde “and” yerine “ve” tercih edilmelidir. Benzer şekilde baskı kısaltması yapılırken “edn” yerine “bs”; “6th” yerine “6. bs” kullanılmalıdır.
8. Dergiye yayımlanması talebi ile gönderilen araştırma makalesinin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en az 5.000 en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Belirtilen sınırlar dışında kalan çalışmaların yayımı hususu editörlerin takdirindedir. Araştırma makaleleri dışındaki çalışmalar belirtilen kelime sınırlarına tabi değildir.
9. Çalışma metni, Times New Roman yazı tipinde 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
10. Paragrafın ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
11. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

(1) İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

Araştırma makalesi şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd> bağlantısından ulaşılabilir.

12. “GİRİŞ” ve “SONUÇ” başlıkları numaralandırılmamalıdır.
13. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Soyadları aynı olan farklı yazarlara ait kaynakların sıralanması ilk adların baş harflerine göre alfabetik olarak yapılır. Aynı yazarın farklı eserleri ise eski tarihten başlayarak sıralanır.
14. “KAYNAKÇA” başlığı metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.

OSCOLA ATIF SİSTEMİ HAKKINDA KISA BİLGİLENDİRME

Dergimiz OSCOLA 4. Edisyonu kullanmaktadır.

Kısaltmalarda nokta kullanılmaz. Aynı dipnotta birden fazla alıntı olması halinde alıntılar noktalı virgül ile birbirinden ayrılır. Aynı dipnotta birden fazla alıntı olması halinde kronolojik olarak en eskiden en yeniye olacak şekilde sıralanır.

Kitaplar

Dipnot olarak

Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. bs, Yetkin Yayınları 1993) 98

Aynı esere daha sonra yapılan atıflarda, sadece yazarın soyadı kullanılır ardından parantez içerisinde ilgili esere ilk atfın kaçınıcı dipnot olduğu yazılarak parantez kapatılır ve mükerrer atfın kaçınıcı sayfaya yapıldığı belirtilerek atf bitirilir.

Kapani (n 1) 57

Birden çok yazarlı kitaplarda üç yazar da dâhil olmak üzere üç yazara kadar bütün yazarların tam isimleri kullanılır. Üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise ilk yazarın tam ismi yazıldıktan sonra ve diğerleri anlamında vd. kısaltması kullanılır.

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

Mualla Öncel ve diğerleri, *Vergi Hukuku* (30. bs, Turhan Kitabevi 2021) 35

Kaynakçada

Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7. bs, Yetkin Yayınları 1993)

Editörlü Kitaplarda Kitap Bölümleri

Önce yazarın tam adı yazılır, ardından tek tırnak içerisinde bölümün adı yazılarak içinde kelimesi ile eser belirtilir. İngilizce eserlerde ise içinde yerine “in” kelimesi kullanılır. Ardından editörün ismi yazılır ve parantez içerisinde editör “ed”; İngilizce eserlerde ise “eds” şeklinde kısaltılır. Daha sonra kitabın adı ve kitapla ilgili atf bilgileri aynı kitaba atf yapılmış gibi yazılır.

Francis Rose, ‘The Evolution of the Species’ iç. Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks (OUP 2006)

Çeviri Kitaplar

David Ricardo, *Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri* (Barış Zeren, 1. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2008) 127

Makaleler

Dipnot olarak

Önce yazarın tam adı yazılır, ardından tek tırnak içerisinde makalenin adı yazılır. Parantez içerisinde yayın yılı yazıldıktan sonra cilt numarası yazılır cilt numarasından sonra varsa sayı numarası köşeli parantez içerisine yazılır, dergi ismi ve makalenin dergideki ilk sayfasının numarası yazılır.

Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması’ (2021) 70 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 899

İlgili makalede belirli bir sayfaya atıf yapılacağı durumlarda ilk sayfa numarasının ardından bir virgül konulur ve belirli sayfa numarası eklenir.

Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması’ (2021) 70 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 899, 904

Aynı esere yapılan mükerrer atıflarda makalenin dergideki ilk sayfası yazılmaz, doğrudan atıf yapılan sayfa yazılır.

Erten (n 1) 905

Kaynakçada

Erten R, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması’ (2021) 70 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 899

AB Düzenlemeleri ile Kurul ve Komisyon Kararları

Doğrudan AB resmi dillerinden birisinden atıf yapıldığında atfın da orijinal kaynağın kullanıldığı dil ile yapılması gerekmektedir. Resmi çevirinin kullanıldığı durumlarda atıf Türkçe yapılmalıdır.

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5 Case C–176/03

Commission v Council [2005] ECR I–7879, paras 47–48

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Doğrudan mahkemenin resmi dillerinden birisinden atıf yapıldığında atfın da orijinal kaynağın kullanıldığı dil ile yapılması gerekmektedir. Resmi çevirinin kullanıldığı durumlarda atıf Türkçe yapılmalıdır.

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004)

Türk Mevzuatına ve Türk Mahkeme Kararları

Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına atıflar; kanunun kabul tarihi ve numarası ile adının yazılmasının ardından parantez içinde Resmî Gazete Tarihi/Resmî Gazete Sayısı gösterilerek yapılır.

22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (RG 10.1.2017/29944)

Türk yargı kararlarına atıflar ise sırasıyla mahkemenin adı (varsa daire adı eklenir), esas numarası, karar numarası ve tarih yazılarak yapılır. Tarihlerde sayılar arasına nokta yerine eğik çizgi kullanılmalıdır.

Sözdar Oral, B no 2018/21028, (AYM, 13.9.2022), § 12

AYM, E 2021/107, K 2022/109, T 28.09.2022, § 12

Y 11 HD, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

D 9 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Ankara BİM 3 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Kısaltmalar

Türkçe eserlere yapılan atıflarda hiçbir yabancı kelimeye yer verilmemelidir. Örneğin; iki yazarlı veya editörlü eserlerde “and” yerine “ve” tercih edilmelidir. Benzer şekilde baskı kısaltması yapılırken “edn” yerine “bs”; “6th” yerine “6. bs” kullanılmalıdır.

Türkçe ve İngilizce dışındaki dillerde yapılan çalışmalarda kullanılacak kısaltmalar ilgili dile uygun şekilde yapılmalıdır. Örn; “ve” yerine “und”; baskı yerine “auf” kullanılmalıdır.

Kısa bilgilendirme notlarında ayrıntısı bulunamayan haller için https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf linkte yer alan OSCOLA 4. Edisyon atıf kuralları kitapçığından faydalanılmalıdır.

Publication Policy

1. *Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law Review is an electronic journal published twice a year in March and October.*
2. *Studies requested for publication should be sent to the journal only through the DergiPark system. All stages, including referee review, are carried out through the DergiPark system.*
3. *The deadline for acceptance of manuscripts to be published in the March issue of the journal is 1 January and 1 August for the October issue. Manuscripts submitted after these dates will be considered for the next issue.*
4. *The Editorial Board/Editorial Board* may decide to specialise an issue of the journal to a particular theme or gift, or to publish it as a "Special Issue".*
5. *The Journal publishes original scientific studies written in the field of law to contribute to the national and international literature and support the practice theoretically.*
6. *Research articles, review articles, decision reviews, work reviews and translations can be published in the journal. For translated works, the original language copies must also be sent to the journal.*
7. *The conformity of the manuscripts to the academic criteria is evaluated by two independent referees according to the double-blind refereeing system.*
8. *Studies submitted to the journal must be prepared by the Scientific Research and Publication Ethics Directive of the Council of Higher Education and the guidelines of COPE (Committee on Publication Ethics). The aforementioned ethical principles can be found at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd/policy>.*
9. *Author names should appear below and to the right of the title in Turkish and English and an asterisk should be placed at the end of the surname. In the starred footnote, the title, institution, field and e-mail address of the author should be stated. For example; Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement and Bankruptcy Law (example@gop.edu.tr, ORCID: 0000-1111-2222-3333).*
10. *Authors should also submit the scientific researcher number (ORCID information) to be obtained from <https://orcid.org/register>.*
11. *The studies submitted to the journal will be subjected to plagiarism review, and the similarity rate has been determined by the Editorial Board as a maximum of 15%.*
12. *Authors are required to submit the "Ethical Declaration Form", "Copyright Transfer Agreement" and "Declaration of No Need for Ethics Committee Permission Form" with their manuscripts. These documents can be accessed from the link*
13. *All publication rights of the works published in the journal belong to Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law. The authors agree that all publication and financial rights belong to the Faculty.*
14. *All responsibilities that may arise from the opinions put forward in the works published in the journal belong to the authors. The views/evaluations in the studies published in the journal do not bind the Faculty of Law and the journal boards.*

* Editorial Board includes the editor-in-chief and editors.

Writing Rules

1. *The written language of the journal is Turkish, English and German.*
2. *The manuscripts to be published in the journal should be sent via the DergiPark system in Microsoft Word software format and rich text format (*.rtf) and by the publication principles and spelling rules listed in this title. The research article template is available at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd>*
3. *The OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) 4th Edition citation system should be taken as the basis for the studies submitted to the journal. Brief information on these citation rules can be found at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd/writing-rules>. For cases that cannot be detailed in the brief information notes, the OSCOLA 4th Edition citation rules booklet available at https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf should be utilised.*
4. *Footnote numbers should be given after all kinds of punctuation marks without a space. For example; Law, is a set of rules.¹*
5. *Research articles should include an abstract of at least 150 and at most 300 words in Turkish and an abstract in English, and 5 keywords in the same languages should be included in the study.*
6. *Foreign words in the text should be italicised.*
7. *References to Turkish works should not include any foreign words. For example, "ve" should be preferred instead of "and" in works with two authors or editors. Similarly, when abbreviating the edition, "bs" should be used instead of "edn" and "6. bs" should be used instead of "6th".*
8. *The research article sent to the journal with a request for publication should consist of at least 5,000 and at most 20,000 words, including footnotes. The publication of studies outside the specified limits is at the discretion of the editors. Studies other than research articles are not subject to the specified word limits.*
9. *The text of the study should be prepared in Times New Roman font with 1.5 line spacing and 12 pt. font, and footnotes should be prepared with single line spacing and 10 pt. font. Footnotes are shown at the bottom of the page.*
10. *The first line of the paragraph should start 1.25 cm inside.*
11. *Headings in the text should be organised as follows: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd>*

I. BOLD AND ALL CAPITAL LETTERS

A. Bold and Capitalised First Letters Only

1. Bold and Capitalised First Letters Only

a. Thin and Capitalised First Letters Only

(1) Thin and Only the First Letters are Capitalised

The research paper template is available at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd>

12. *"INTRODUCTION" and "CONCLUSION" headings should not be numbered.*
13. *At the end of the study, there should be a bibliography where the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors. References by different authors with the same surname are listed alphabetically according to the initials of the first names. Different works of the same author are listed starting from the oldest date.*
14. *The title "REFERENCES" should be placed on the next page after the end of the text.*

BRIEF INFORMATION ABOUT OSCOLA CITATION SYSTEM

Our journal uses OSCOLA 4th edition.

For more information:

https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

Turkish Legislation and Turkish Court Decisions

References to the legislation of the Republic of Turkey are made by writing the date and number of the adoption of the law and the name of the law, followed by the Official Gazette Date / Official Gazette Number in brackets.

Industrial Property Law dated 22.12.2016 and numbered 6769 (OG 10.1.2017/29944).

References to Turkish judicial decisions are made by writing the name of the court (if any, the name of the department is added), the number of the basis, the decision number and the date, respectively. In the dates, a forward slash should be used between the numbers instead of a dot.

Sözdar Oral, B no 2018/21028, (Constitutional Court, 13.9.2022), § 12

AYM, E 2021/107, K 2022/109, T 28.09.2022, § 12

Y 11 HD, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

D 9 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Ankara BIM 3 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Abbreviations

No foreign words should be used in references to Turkish works. For example, in works with two authors or editors, "ve" should be preferred instead of "and". Similarly, when abbreviating the edition, "bs" should be used instead of "edn" and "6. bs" should be used instead of "6th".

The abbreviations to be used in studies conducted in languages other than Turkish and English should be made in the relevant language. For example; "und" should be used instead of "and"; "aufl" should be used instead of edition.



TOGÜHFD/TOGUFLR
Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi/
Tokat Gaziosmanpaşa University
Faculty Of Law Review



Cilt I/Volume I

Sayı 2/Number 2

Ekim 2023/October 2023

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKELELERİ/RESEARCH ARTICLES

Afetlerde Yerel Yönetimlerin Etkinliği Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Effectiveness of Local Governments in Disasters.....1-20

Doç. Dr. Ahmet GÜVEN / Saltuk Buğra KIZILKAYA

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Sigortacıya Verilen İbranamelerin Geçerliliği Sorunu

The Problem of the Validity of the Releases Given to the Insurer under the Compulsory Liability Insurance of Motor Vehicles.....21-41

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER

İslam Hukukunda Eşlerin Mali Mükellefiyetleri

Financial Obligations of Spouses in Islamic Law.....43-69

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA

Cicero'nun Yasa, Hukuk, Adalet ve Ceza Anlayışı Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on Cicero's Conception of Law (Lex), Jurisprudence (Ius), Justice (Iustitia) and Punishment (Poena).....71-109

Arş. Gör. Beşir BABAYİĞİT

Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakasının Gelişimi ve Güncel Meseleler

The Development of Post-Marital Maintenance Turkish Law and Current Issues.....111-136

Arş. Gör. Ferhat ÇELİK / Arş. Gör. Muhammed Kiomers GANBARI

Panoptikondan Data Diktatörlüğüne: Özgürlüğün Sonu mu?

From Panopticon to Dictatory of Data: The End of Freedom?.....137-162

Arş. Gör. Taha KURT

Afetlerde Yerel Yönetimlerin Etkinliği Üzerine Bir Değerlendirme*

An Evaluation on the Effectiveness of Local Governments in Disasters

Doç. Dr. Ahmet GÜVEN**

Saltuk Buğra KIZILKAYA***

Öz

Türkiye afetlerle mücadelede ağır bedeller ödeyen ve bu konuda önemli ölçüde canı yanmış bir ülkedir. Bu bağlamda yaşanan acı deneyimler, kamu yönetiminde bir bütünün parçasını teşkil eden Türk afet yönetim sisteminin ele alınarak bir değerlendirme yapılmasını gündeme getirmiştir. Çağdaş afet modelleri bütünlük yönetim çerçevesinde yerel yönetimlerin afet yönetiminde aktif katılım sergilemesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Nitekim afetlerin yerel nitelik arz etmesi yerel yönetimleri sürece ilişkin önemli bir paydaş haline getirmektedir. Bu çalışmada afet yönetiminin bir aktörü olarak konumlanan yerel yönetimlerin afetlerdeki etkinliği incelenmiştir. Çalışmada öncelikle afet ve afet yönetimini kavramsal açıdan ele aldıktan sonra afet yönetim mevzuatı ve bu mevzuat çerçevesinde gidilen kurumsal değişikliklere değinilmiştir. Akabinde afetlere ilişkin olarak yerel yönetimlere yasal düzenlemelerde verilen yetki ve sorumluluklar ele alınmıştır. Son olarak da yasal düzenlemeler çerçevesinde yerel yönetimlere verilen yetkilerin bir değerlendirmesi yapılarak bu konuda tespit edilen eksiklikler ortaya konmuş ve birtakım öneriler getirilmiştir. Çalışmanın ilgili kişi veya kuruluşlara afetler bağlamında yerel kapasitelerin güçlendirilmesi yönünde fayda sağlaması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Afet, afet yönetimi, yerel yönetimler, yerel yetkiler, etkinlik.

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 20.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 29.08.2023. **İntihal/Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü (e-posta/e-mail: ahmetguvenn@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5073-6345).

*** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Doktora Öğrencisi (e-posta/e-mail: saltukbugra6648@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6298-6608).

Abstract

Turkey is a country that pays a heavy price in combating disasters and has suffered considerably in this regard. In this context, bitter experiences have brought about an evaluation of the Turkish disaster management system, which constitutes a part of a whole in public administration. Contemporary disaster models emphasize the necessity of active participation of local governments in disaster management within the framework of integrated management. As a matter of fact, the local nature of disasters makes local governments an important stakeholder in process. In this study, the effectiveness of local governments positioned as an actor of disaster management in disasters is analysed. In the study, firstly, disaster and disaster management are discussed conceptually and then disaster management legislation and institutional changes within the framework of this legislation are mentioned. Subsequently, the authorities and responsibilities given to local governments in legal regulations in relation to disasters are discussed. Finally, an evaluation of the powers given to local governments within the framework of legal regulations has been made, the deficiencies identified in this regard have been revealed and some suggestions have been made. It is aimed that the study will benefit the relevant persons or organizations to strengthen local capacities in the field of disaster.

Keywords: *Disaster, disaster management, local governments, local authorities, efficiency.*

GİRİŞ

Günümüz çağdaş devlet yapısında neden olduğu yapısal hasarlar ve maliyetler bakımından önemli bir kamusal sorun alanlarından birisini afetler oluşturmaktadır. Nitekim afetlerin fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğurarak normal hayatı ve günlük faaliyetleri sekteye uğrattığı olması bu durumu kanıtlar niteliktedir. Daha evvel depremler başta olmak üzere birçok afete maruz kalmış Anadolu coğrafyasında yakın dönemde eşine az rastlanan ikili bir depreme daha tanık olunmuştur. 6 Şubat 2023 tarihinde 7,7 Mw ve 7,6 Mw büyüklüğünde Kahramanmaraş'ın Pazarcık ve Elbistan ilçesinde gerçekleşen bu yıkıcı deprem, 10 ilde şiddetini hissettirmiş ve birçok alanı etkilemiştir.¹ On binlerce can kaybı ve yüzbinlerce yaralanmalara sebebiyet veren bu depremin deyim yerindeyse bilançosu afetlerle mücadele konusunun ne denli önemli olduğunu bir kez daha gözler önüne sermiştir.

Afetler “hizmette yerellik önceliği” bağlamında kolektif hazırlığı gerektiren ve çok aktörlü bir biçimde yönetilmesi gereken bir süreci ifade etmektedir.² Afetlerin birçoğu yereldir ve oradaki yerleşik halkı en iyi tanıyanlar da yine yerel yönetimlerdir. Bu açıdan bakıldığında ülkemizin değişmez gerçeklerinden birisini teşkil eden afetlerde ilk müdahale de yerel yönetimler öncü birimlerdir. Afetler meydana geldiği bölgede yerel birimler açısından birçok

¹ Özlem Kılıç Ekici, ‘6 Şubat 2023 Depremleri’ (2023) TÜBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi 6, 11.

² Hikmet Yavaş, ‘Türkiye’de Doğal Afetlerin Merkez-Yerel İlişkiler Açısından Yönetim Sorunları’ (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 280, 280.

sonuç üretmektedir. İlk etapta dış kaynakların yerel müdahalelere ulaşımı zaman aldığından sürece ilişkin planlama ve hazırlık yerel kapasitelerden başlamaktadır.³ Afet yönetiminde önemli bir aktör olarak konumlanan yerel birimler yerel yönetim yasalarında birtakım yetkilerle donatılmışlardır. Afet ve acil durum planı yapma ve bu hususta gereken ekipmanların sağlanması yerel yönetimlerin görev ve sorumluluklarından sayılmaktadır. Bunların dışında yerel yönetimler birtakım hizmetleriyle de afete ilişkin katkılar sağlamaktadır. Risk azaltma faaliyetleri ve coğrafi ve kent bilgi sistemlerinin yanı sıra imar planları çerçevesinde inşaat ruhsatları, yapı denetim, kentsel dönüşüm gibi hizmetler sunmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle afet ve afet yönetimine kavramsal açıdan bir açıklama yapılması sonrasında ülkemizde özellikle depremden kaynaklı acı tecrübeler ve kayıplar dolayısıyla afet mevzuatı, her afet sonrası oluşan eksiklikleri gidermek amacıyla yeniden inşa edildiğinden geçmişten günümüze bu konuda yapılan yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Akabinde afet yönetiminin her aşamasında hayati bir öneme sahip olan yerel yönetimlerin afet yönetim sistemindeki görevleri incelenmiştir. Bu kapsamda yerel yönetimlerin afetlerdeki görevleri başlığı altında alt başlıklar olarak; bütünlük afet yönetiminin önemli aşamalarından olan *risk azaltma* faaliyetleri, belediyelerin kentler bünyesinde imar mevzuatını uygulayan birimler olması açısından *imar ve yapılaşmadaki yetkileri*, kentsel risklerin yönetim sorumluluğu bağlamında *kentsel dönüşüm* gerçekleştirme yetkisi ve son olarak teknolojinin gelişmesiyle birlikte il düzeyinde riskleri belirlemek amaçlı kurulan harita ve analiz yöntemi araçlarından *coğrafi ve kent bilgi sistemleri* ayrı ayrı ele alınmıştır. Çalışmanın asıl odak noktasını teşkil eden son bölümde ise afetlerde yerel kapasitelerin etkinliği üzerine değerlendirme yapılmıştır.

Böyle bir çalışmayla yerel yönetimlerin afetlere ilişkin ne gibi yetki ve sorumluluklara haiz olduğunu ortaya koyarak bunların ne derecede uygulanabilir nitelikte olduğunu tartışmak hedeflenmiştir. Yapılan değerlendirmeler, afetlerde yerel unsurların yalnızca afet öncesi değil afet sonrasında da etkinliğinin artırılması, Türkiye gibi afet açısından yüksek riskli olarak konumlanan bir ülkede afetler bakımından yasal düzenlemelerin birbirini tekrar eden bir boyuttan kurtarılması gerektiğini göstermektedir. Ayrıca yerel yönetimlerin afet yönetim sürecinin bir paydaşı ve afete muhatap olan ilk birimler olmaları hasebiyle bu alandaki yetki ve sorumluluklarının yeterli olmadığı tespitinden hareketle merkez-yerel işbirliği ve bütünlüğünde yapılacak iyileştirme ve bu birimlere yönelik olarak verilecek yeni yetkiler afet riskinin azaltılmasında etkili olacaktır.

I. AFET VE AFET YÖNETİMİ

Afet kavramına ilişkin alan yazında pek çok tanım bulunmaktadır. Ülkemiz açısından bu konuda birincil derecede sorumlu kurumu ifade eden AFAD'a göre afet; toplumun bütününde veya belli kesimlerinde fiziksel, ekonomik ve sosyal anlamda kayıplar meydana getiren günlük hayat ve beşeri faaliyetlerin kesintiye uğramasına yol açan, toplumun kendi

³ Ali Yeşildal, 'Doğal Afetlerle Mücadelede Yerel Yönetimlerin Rolü Ve Kapasite Sorunları: Esnek Şehir Uygulaması' (2020) 4 Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 87, 92.

imkânlarıyla çözüm üretme kapasitesinin yetersiz kaldığı doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olaylar şeklinde tanımlanmaktadır.⁴ Başka bir tanıma göre ise normal yaşamı aksatan, can ve mal kayıplarına yol açan, insanların karşılaştığı duruma yanıt vermesini ve uyumunu güçleştirecek boyutta, dışardan yardımı zorunlu kılan ekolojik olaylar afet olarak adlandırılmaktadır.⁵ Gerçekleşen olayın bir afet niteliği taşıması için gerek insanların gerekse çevre, mal ve iş sürekliliğini büyük ölçüde etkisi altına alarak zarar vermiş olması gerekmektedir.⁶

Afetler tarihin birçok döneminde toplumsal düzenin işleyişi bakımından bir tehdit unsuru olarak ele alınmıştır. Bu sebeple afetlere muhatap olan toplumlar afetlerle mücadele için çeşitli yönetim sistemi geliştirmiş ve uygulamışlardır. Bugün ki anlamıyla bu sistem afet yönetimi olarak anılmaktadır. Süreç yönetimi vurgusu yapılan afet yönetimi bir yönetsel faaliyet olup ulusal ölçekte kamu yönetimi faaliyetini ifade etmektedir.⁷ Kamu yönetimini oluşturan bütünün bir parçasını teşkil eden afet yönetimi Onuncu Kalkınma Planı'nda; *“afetlerin önlenmesi ve zararlarının azaltılması amacıyla afet öncesinde, afet sırasında ve afet sonrasında alınması gereken önlemlerin ve uygulanması gereken çalışmaların planlanması, yönlendirilmesi, koordine edilmesi, desteklenmesi ve etkin olarak uygulanabilmesi için toplumun tüm kesimlerini kurum ve kuruluşlarıyla faaliyetlere dahil eden, kaynakların belirlenen stratejik hedefler ve öncelikler doğrultusunda kullanılmasını sağlayan çok yönlü, çok disiplinli ve çok aktörlü bir yönetim süreci”* olarak tarif edilmiştir.⁸

Afet yönetimi, bir yerleşim yerinin maruz kalacağı muhtemel tehlikelerin ve bu tehlikelerin gerçekleşmesi durumunda meydana gelecek kayıp ve zararların asgari düzeye indirgenmesi amacıyla kurum ve kuruluşların ne zaman ne gibi görev ve yetkilere sahip olduğu, ne tür kaynaklar kullanacağını planlanması afet sırası ve sonrasında uygulanmasıdır.⁹

Afetler kaynaklarına göre doğa kaynaklı afetler ile teknolojik ve insan kaynaklı afetler olmak üzere iki ana grupta toplanmaktadır.¹⁰ Doğal afetler, (deprem, sel, çığ, heyelan vb.) meydana geliş nedeninin değiştirilemediği, zamanlamasının tam olarak saptanamadığı, etkisinin yoğun ve geniş ölçüde olduğu bir olaylar dizisi şeklinde tanımlanmaktadır. Teknolojik veya insan kaynaklı afetlere gelindiğinde ise (savaş, göç, nükleer kazalar vb.) bunlar teknolojik ve teknik anlamda yetersizlikler ve bir dizi ihmaller ile yönetim hataları sonucu ortaya çıkmaktadır.¹¹

⁴ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 'Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü' 25.

⁵ Yeşildal (n 3) 89.

⁶ Tayfun Özdikmen, *Afet ve Acil Durum Yönetimi* (4. bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 23.

⁷ Ali Utku Şahin, 'Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) 1 TESAM Akademi Dergisi 7, 8.

⁸ Onuncu Kalkınma Planı, 'Afet Yönetiminde Etkinlik' (Kalkınma Bakanlığı 2014) Özel İhtisas Komisyonu Raporu 3 <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Onuncu-Kalkinma-Plani-Afet-Yonetiminde-Etkinlik-Ozel-Ihtisas-Komisyonu-Raporu.pdf>. (Erişim: 10.05.2023).

⁹ Naci Büyükkaracıoğlu, 'Türkiye'de Yerel Yönetimlerde Kriz ve Afet Yönetim Çalışmalarının Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi' (2016) Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi 195, 205.

¹⁰ Yavaş (n 2) 282.

¹¹ E Ayşe Erkan, *Afet Yönetiminde Risk Azaltma ve Türkiye'de Yaşanan Sorunlar* (DPT Sosyal Sektörler ve

Türkiye’de afet türleri incelendiğinde ülkemiz açısından deprem, sel, çığ, endüstriyel kaza vb. türde afetler meydana gelmektedir. Türkiye’de rastlanan afetlerin %51’ini doğa kaynaklı afetler %49’unu ise teknolojik afetler oluşturmaktadır.¹² Can kayıplarının büyük çoğunluğunun depremler sonucunda gerçekleştiği göz önüne alındığında Türkiye’de, sayılanlar arasında en önemli afet türü depremler olmaktadır.¹³

II. AFETE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL SEYRİ VE KURUMSAL YAPILANMA

Ülkelerde afet yönetim sisteminin gelişimi, yaşanan afetin çeşitlerine göre şekil almaktadır. Ülkeler maruz kaldıkları afetin etkilerini afete ilişkin farklı mücadele yöntemleri uygulayarak gidermeye çalışmıştır. Türkiye, Alp-Himalaya deprem kuşağı üzerinde yer aldığından afet yönetim sisteminin temelini depremle mücadele üzerine kurmuştur.¹⁴ Türkiye’de deprem mevzuatı; ortaya çıkan her doğa kaynaklı afet sonrası olayın durumuna göre bir biçim almış, söz konusu duruma özgü bir yasa çıkarılmasıyla gelişmiştir. Böylelikle zaman içinde dağınık ve farklı kuruluşlar marifetiyle yürütülen bir yapı meydana gelmiştir. İlgili mevzuatın içeriği ise daha ziyade afetin etkisi altına aldığı insanlara yardım etme, yaraları sarma, müdahale ve yeniden inşa üzerine kurulu olmuştur.¹⁵

Türkiye’de afet yönetimi hususunda ilk yasal düzenlemeler 1940’lı yıllar itibariyle gerçekleşmiştir. 1939’da meydana gelen Erzincan depreminden bir yıl sonra 3773 sayılı “Erzincanda ve Erzincan Depreminde Müteessir Olan Mıntıklardan Zarar Görenlere Yapılacak Yapılar Hakkında Kanun” çıkarılmıştır. Geleneksel afet yönetimi şeklinin baskın olduğu döneme tekabül eden 18 Temmuz 1944 tarihinde ise 4623 sayılı “Yer Sarsıntılarında Evvel ve Sonra Alınacak Tedbirler Hakkında Kanun” çıkarılmıştır. Bu yasanın önemli özelliği merkezi yönetimin deprem öncesinde yapması gerekenler hakkında ilk kez bir düzenleme içeriyor olmasıdır. 1945’e gelindiğinde yine bu yasayla Bayındırlık Bakanlığı ve üniversitelerin iş birliği ile “Deprem Bölgeleri Haritaları” oluşturulmuş ve günümüzdeki adı “Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik” olan “Türkiye Yer Sarsıntısı Bölgeleri Yapı Yönetmeliği” hazırlanmıştır. 1956 yılında çıkarılan 6785 sayılı “İmar Kanunu” çerçevesinde ilk defa belediyelerin, yerleşim alanını belirleme ölçütünde doğal afet riskinin göz önünde bulundurulması ve yapı denetim, yapılaşma konularına önem verilmesi öngörülmüştür. 1958’de 7113 sayılı “Sivil Müdafaa Kanunu” çıkarılmıştır. Bu yasa kapsamında doğal afet sonrası arama-kurtarma ve ilk yardım çalışmalarının esasları belirlenmiştir. 1959 yılına

Koordinasyon Genel Müdürlüğü 2010) 6.

¹² Türken Çağlar, ‘Afet Yönetiminin Temel İlkeleri’ içinde Murat Yaman ve Erkan Çakır (ed), *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (1. bs, Nobel Akademik Yayıncılık 2020) 9.

¹³ B Burçak Başbuğ, ‘Türkiye’de Doğal Afet Sigortaları Kurumu’nun Başlangıcı ve Geleceği’ içinde Nihal Ekin Erkan, Erkan Güner ve Katalin Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (2007) 141.

¹⁴ Kılıç Ekici (n 1) 11.

¹⁵ AFAD, ‘Türkiye’de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2018) 16 <https://www.afad.gov.tr/kitaplar>. (Erişim: 10.05.2023).

gelindiğinde afet yönetiminde önemli bir gelişmeyi ifade eden ve bazı değişiklikler yapılmış olmak suretiyle halen yürürlükte olan 7269 sayılı “Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun” bir başka ifadeyle “Afet Kanunu” çıkarılmıştır. Bu yasa neticesinde daha önce çıkarılmış olan yasalar tek bir yasa çerçevesinde toplanmıştır. Afet zararlarının azaltılmasını amaçlayan bu yasa ile “Afetler Fonu” ve “Depremler Fonu” oluşturulmuştur.¹⁶

1985 yılında imar mevzuatını yeniden dizayn eden 3194 sayılı İmar Kanunu yürürlüğe girerek önemli bir yenilik olarak, imar planlarının yapılması ve yürütülmesi hususunda mahalli idarelere yetki verilmiştir. 1995’te 4123 sayılı “Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun”, bu kanun sonrası 17 Ağustos 1999 Marmara depremi sonucunda ise 4452 sayılı “Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu” çıkarılmıştır.¹⁷

1999 depreminde önceki uygulamaların etkin olarak işlemediği ortaya çıktığından afetin sonuçlarına ilişkin önlemlerin yanı sıra önleyici tedbirler olarak “Türkiye Acil Durum Yönetimi Başkanlığı” kurulmuştur. 2000 yılında bu kurum yeni bir kanun hükmünde kararname ile “Türkiye Acil Durum Yönetimi Genel Müdürlüğü” ne dönüştürülmüştür. Doğal afet sonucunda krizin yönetiminde sekreteryaya görevi ise Afet İşleri Genel Müdürlüğü’ne verilmiştir.¹⁸

2009 yılına gelinceye değin Türkiye’nin afetle ilgili müdahale ve iyileştirme konusunda referans alınan ve bugün de yürürlükte olan temel düzenleme 7296 sayılı yasa ve ilgili yönetmelik olmuştur.¹⁹ Sonraki dönemlerde ise yapılan çeşitli çalışmalarla mevzuat eksiklikleri giderilmeye çalışılmıştır. Afet yönetiminde dönemsel olarak farklı kanun ve yönetmeliklerin varlığı örgütsel anlamda da yeni değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda afetlere yönelik görev yürüten İçişleri Bakanlığı’na bağlı Sivil Savunma Genel Müdürlüğü ile Başbakanlık bünyesinde faaliyet yürüten Türkiye Acil Durum Yönetimi Genel Müdürlüğü kapatılmış, yetki ve sorumluluklar tek bir örgüt etrafında toplanarak kurumsal değişikliğe gidilmiştir.²⁰ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) ismini taşıyan bu kurum önce Başbakanlığa bağlı iken 2017 Anayasa değişikliği sonucu hükümet sisteminin değişmesiyle 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İçişleri Bakanlığı’na bağlanmıştır.²¹

¹⁶ Mehmet Aktel ve Nedret Çağlar, ‘Isparta İli Afet (Kriz) Yönetim Yapılanması Üzerine Bir Çalışma’ (2007) 12 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 147, 151; Muhammet Kemaloğlu, ‘Türkiye’de Afet Yönetiminin Tarihi ve Yasal Gelişimi’ (2015) 52 Akademik Bakış Dergisi 126, 128; Binali Tercan, ‘Türkiye’de Afet Politikaları ve Kentsel Dönüşüm’ (2018) 3 Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi 63, 109–110.

¹⁷ Erkan (n 11) 73–81; Ahmet Yazılıtaş, ‘Türk Afet Yönetim Sisteminde Risk Odaklı Yönetimin Önemi’ (2015) Türk İdare Dergisi 559, 564–565.

¹⁸ Aktel ve Çağlar (n 16) 153.

¹⁹ Kemaloğlu (n 16) 130.

²⁰ Adem Ceren, ‘Türkiye’de Afet Yönetimi ve Afetlerde Teknoloji Kullanımının Önemi’ (2023) 6 R&S - Research Studies Anatolia Journal 78, 87.

²¹ AFAD (n 15) 28.

III. AFETLERDE YEREL YÖNETİMLERİN GÖREVLERİ

Afet yönetimi ister merkezi isterse yerel düzeyde olsun hükümetlerin başlıca görevleri arasındadır.²² Afet yönetiminin temelinde, birçok kurum ve kuruluşlarca müşterek hazırlanan ve bu paydaşların görev ve yetkilerinin belirlendiği planın koordinesi yatmaktadır. Bu doğrultuda etkilediği alanın büyüklüğünün önemi olmaksızın hazırlanan afet planlarında belirlenen görevler, tüm birimlerce etkin uygulanmalıdır.²³

Şüphesiz yerel toplulukları en iyi tanıyan yerel yönetimlerdir. Doğal afetlerin ise çoğu yerel özellik taşımaktadır. Nitekim afetin başlangıcı, yerelde bir veya birkaç noktadan meydana gelmektedir. Bu bakımdan afetin yerel halkı bizzat ilgilendirmesi sebebiyle ilk müdahaleyi yapması beklenen de yerel yönetimler olmaktadır.²⁴ Zira dışardan gelecek yardım ve kaynakların ulaşımı ilk etapta hayli zaman almaktadır. Afet sonrası süreçte iyileştirme, yeniden inşa, ortak alanların düzenlenmesi gibi birçok konu yerel kapasitelerin sorumluluğundandır.²⁵

Bu bağlamda yerel yönetimler yerleşim alanlarında afet güvenliği bakımından yadsınamaz bir öneme sahip aktörlerdir. Çağdaş afet modelleri de bütünleşik yönetim çerçevesinde yerel yönetimlerin aktif katılım sergilemesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır.²⁶ Ülkemiz açısından yerel yönetimlerin afet sürecine etkin katılımı noktasında yapılan girişimler ancak yakın zamanda hız kazanabilmiştir. Türkiye’de afet yönetiminin sevk ve idaresi il kademelerinde vali tarafından yürütülmektedir. Afet öncesine ilişkin hazırlık yapma ve sonrası ile ilgili müdahalede bulunma noktasında sorumlulukları bulunan yerel yönetimler ise daha ziyade yardımcı birimler olarak konumlandırılmıştır.²⁷

Türkiye’de afet yönetiminin yerel aktörlerini temelde büyükşehir belediyeleri, il özel idareleri ve belediyeler teşkil etmektedir. Ayrıca ülke çapında gerek teknik gerek kültürel ve ekonomik alanlarda hizmet veren diğer yerel yönetim birimlerinden; üniversiteler, barolar, kitler vb. kuruluşlar da afet yönetimi konusunda görevlere sahiptir.²⁸ Örneğin üniversiteler bu konudaki bilgi ve tecrübelerini bünyelerindeki “araştırma ve uygulama merkezleri” ve lisansüstü programlarda gerçekleştirdikleri hizmetlerle afet yönetimine çeşitli katkılar sağlamaktadır.²⁹

Diğer birçok hizmet gibi afet ve acil durum bakımından da hizmet sağlayan yerel yönetimlere yönelik yasal düzenlemeler incelendiğinde; 5216 sayılı Büyükşehir Belediye

²² Ruşen Keleş, ‘Afet Yönetimi Açısından Türkiye’de Merkezi ve Yerel Yönetim’ içinde Nihal Ekin Erkan, Ayşe Güner ve Katalın Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (Nobel Yayın 2007) 18.

²³ Büyükkaracıgan (n 9) 205.

²⁴ Yeşildal (n 3) 92.

²⁵ Yakup Bulut ve Mehmet Kara, ‘Etkin Bir Afet Yönetiminde Merkez-Yerel İlişkilerinin Önemi: Hatay’da Bir Uygulama’, *Büyükşehir Yönetimi ve İl Yönetiminin Yeni Yüzü* (2016) 1049.

²⁶ Onuncu Kalkınma Planı (n 8) 18.

²⁷ Serpil Gerdan, ‘Yerel Yönetimlerde Afet Zararlarının Azaltılması Çalışmalarına Genel Bir Bakış’ (2019) 3 *The Journal of Social Science* 267, 271.

²⁸ Tercan (n 16) 105.

²⁹ Onuncu Kalkınma Planı (n 8) 19.

Kanunu³⁰, 5393 sayılı Belediye Kanunu³¹ ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu³²'nda bu birimlere sözü edilen alanda birtakım yetkiler verildiği görülmektedir. Nitekim Belediye Kanunu'nun "Acil Durum Planlaması" başlığını taşıyan 53. maddesi, "belediye; yangın, sanayi kazaları, deprem ve diğer doğal afetlerden korunmak veya bunların zararlarını azaltmak amacıyla beldenin özelliklerini de dikkate alarak gerekli afet ve acil durum planlarını yapar, ekip ve donanımı sağlar" şeklindedir. Yine aynı madde belediyeleri, yapılacak plan kapsamında halkın eğitimi için gerekli önlemler almakla yetkilendirmiştir. Bunlara ilave olarak belediyelerin, sınırları dışında gerçekleşen afet bölgelerine de destek sağlayabilecekleri öngörülmüştür. Şu halde Kanun'un 53. maddesinden hareketle belediyelerin afetlere ilişkin olarak; zarar azaltmak, acil durum planı yapmak, ekip ve donanımı sağlamak, afete dirençli bir toplum yaratılmasında önemli bir unsur olan halkın eğitimini sağlamak ve gerektiğinde kendi sınırları dışında meydana gelen afetlere yardım sağlamak anlamında yasal sorumlulukları bulunmaktadır. Kanununun 69. maddesi afet yönetiminde belediyelerin bir başka yetkisini düzenlemiştir. "Arsa ve Konut Üretimi" başlıklı bu madde, belediyelerin afete maruz kalanlara arsa tahsisi yapabileceğini içermektedir. Kanununun afet yönetiminde belediyelerin yetkisi ile ilgili son düzenlemesi ise 75. maddede hükme alınmıştır. Buna göre, afete maruz kalan bir belediyede hizmet aksaması yaşanması halinde ilgili belediye başkanı başka bir belediyeden yardım talep edebilecektir.

Büyükşehir Belediyelerinin afetlere ilişkin görevlerine gelinecek olursa bu görevler, Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7/u maddesinde sayılmıştır. Buna göre büyükşehir belediyeleri doğal afetle ilgili; plan ve hazırlık yapma, diğer afet bölgelerine araç-gereç malzeme desteği sağlama, itfaiye ve acil yardım hizmetlerini yerine getirme ve kamu kuruluşlarının afete önlem bakımından denetimini yapmakla görevlendirilmiştir. Kanununun 7. maddesinin z fıkrasında ise büyükşehir belediyelerinin ilçe belediyelerinden gelen talep doğrultusunda buralardaki tahliye ve yıkım konusunda destek verebileceği ifade edilmiştir.

Bir diğer yerel yönetim birimi olan il özel idarelerinin afet konusundaki yetkileri belediyelerle örtüşmektedir. Tıpkı belediyeler gibi il özel idareleri de ilgili kanununun 69. maddesinde afetlere yönelik; acil durum planı yapma, ekip ve donanımı sağlama, halkı eğitime ve il dışında gerçekleşen afetlere yönelik destek sağlamakla görevlendirilmiştir. Bunun dışında il özel idaresi kanununda giderleri düzenleyen 43. madde; doğal afet nedeniyle yapılan harcamaları ayrı gider kaleminde göstermiştir.

Yukarıda sözü edilen kanunların ilgili maddelerinden anlaşılacağı üzere yerel yönetimlerin afet konusunda daha çok afet sonrası evrede yetkilendirildikleri görülmektedir. Bu doğrultuda afet öncesi aşamayı ifade eden risk azaltma hususunda görevlerinin artırılması gerekmektedir.³³ Öte yandan yerel yönetim birimlerine yönelik kanunlarda afetle ilgili

³⁰ RG. 23.7.2004/25531.

³¹ RG. 13.7.2005/25874.

³² RG. 4.3.2005/25745.

³³ Tekin Avaner ve Recep Fedai, 'Türkiye'de Afet Yönetiminde Kurumsal Yapılanma.' içinde Murat Yaman ve Erkan Çakır (ed), *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (1. bs, Nobel Yayın 2020) 29.

düzenlemelere yer verilmesi önemli bir unsur olmasına karşın her üç yasada da bu alandaki hükümlerin birbirinin tekrarı niteliğinde olması daha kapsamlı düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu gözler önüne sermektedir.³⁴

Yukarıda anlatılanların dışında yerel yönetimler başka türden hizmetleriyle de afet yönetimi alanına katkı sağlamaktadır. Nitekim yerel yönetimler bu alanda; risk azaltma faaliyetleri, imar planları çerçevesinde inşaat ruhsatları, yapı denetim ve kentsel dönüşümün yanı sıra coğrafi ve kent bilgi sistemleri gibi hizmetler sunmaktadır.³⁵

A. Risk Azaltma Çalışmaları

Belli bir anda ya da bölgede karşılaşılan tehlikeli bir durumun tahribat veya kayıp verme ihtimali risk olarak tanımlanmaktadır. Riskin derecesi, meydana gelen tehlikeli bir durumun boyutuna, mücadele edilmesinde yaşanan zorluğu göre farklılık arz etmektedir. Risk yönetiminin istenen düzeyde gerçekleştirilmesi, afetin ortaya çıkaracağı hasarın azaltılması noktasında önemli bir etkidir.³⁶

Risk azaltma kavramsal olarak meydana gelebilecek olası tehlikelerle çevresel bozulmaların afet sonucunu doğurmasına önlem almayı veya etkilerinin azaltılmasını sağlamak amacıyla gerek afet öncesinde gerekse afet esnası ve sonrasında alınması gereken önlem ve faaliyetleri ifade etmektedir.³⁷ Afet yönetiminin hazırlık, müdahale ve inşa sürecinden meydana gelmesine karşın risk azaltma, azaltma-hafifletmeyi de kapsayan bir süreçtir.³⁸ Risk yönetimi bütünleşik afet yönetiminde önemli bir aşamayı temsil etmektedir. Bu bağlamda afet yönetiminin ana odağı, kayıpların sonradan giderilmesinden ziyade risk yönetimi çerçevesinde afetin doğurabileceği kayıp olasılığını en aza indirmek amacıyla muhtemel zararların engellenmesi olmalıdır.³⁹

Risk azaltma çabalarında olası riskleri tespit edebilmek için bir zarar görülebilirlik değerlendirmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bunu sağlamak için de farklı afetlerin ne derece etki yaptığı bilimsel verilerle saptanarak karar vericilere sunulması gerekmektedir. Böylece tehlikelerin meydana getirebileceği riskler analiz edilmelidir. Ancak sözü edilen risklerin azaltılmasında bireyler de yeterli afet bilincine sahip olmalıdır. Nitekim afette yerel unsurların sahip olacağı eğitim ve bilinç, afete hazırlık noktasında önemli bir bileşendir. Topluluk esaslı afet yönetimi çerçevesinde afete karşı dirençli topluluklar yaratmak riskin azaltılmasında köşe taşlarından birisidir.

Yeni afet modeli doğrultusunda kriz yönetiminden risk yönetimi öncelikli bir anlayışın benimsendiği bütünleşik afet yönetimi yaklaşımında her bir toplumsal kurum ve aktör, afetin

³⁴ Hayriye Şengün, 'Afet Yönetiminin Hukuksal Boyutları', *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (1. bs, Nobel Yayın 2020) 57.

³⁵ Adem Esen, 'Ülkemizde Yerel Yönetimlerin Afet Önleme Çalışmaları; Sorunlar ve Öneriler' (2007) 489–496.

³⁶ Şakir Şahin, 'Türkiye'de Afet Yönetimi ve 2023 Hedefleri' (2019) 1 Türk Deprem Araştırma Dergisi 180, 189.

³⁷ Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü (n 4) 146.

³⁸ Yunus Emre Özer, 'Afet Konusundaki Algı ve Yerel Aktörlerin Sorumlulukları' (2017) Sayıştay Dergisi 1, 5.

³⁹ Ali Ekşi, 'Kamu Yönetiminde Değişimin Afet Yönetimi Uygulama Alanına Etkileri' (2016) 1 Hastane Öncesi Dergisi 27, 31.

tüm aşamalarında katılımcı rol üstlenmektedir.⁴⁰ Bu anlamda risk azaltma aşamasında yerel yönetimlere de görevler düşmektedir. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 52/b maddesine göre, AFAD'ın taşra teşkilatı olan İl Afet Acil Durum Müdürlüklerinin görevlerinden birisi de “*afet ve acil durum risk azaltma, müdahale ve iyileştirme il planlarını, mahalli idareler ile kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği ve koordinasyon içinde yapma, uygulama ve uygulamak*” olarak sayılmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere yerel yönetimler, afetlere yönelik olarak İl Afet Acil Durum Müdürlükleri ile birlikte risk azaltma çalışmalarının bir paydaşı olarak konumlandırılmışlardır. Ancak her ne kadar bu düzenlemeler yerel yönetimleri zarar azaltmada etkin hale getirmenin bir çabasını yansıtırsa da uygulamada bu durum beklenen seviyeye henüz ulaşmamıştır.⁴¹

B. İmar Uygulamaları ve Yapı Denetimi

1985 yılında imar mevzuatını yeniden dizayn eden 3194 sayılı İmar Kanunu, afetlerle ilgili politikaların çerçevesi hususunda temel yasalardan birini teşkil etmektedir. Kanunun yerel yönetimlere yönelik önemli bir yeniliği imar planlarının yapımı ve yürütülmesinde yerel yönetimlere yetki vermiş olmasıdır.⁴² Bu doğrultuda kentlerdeki imar mevzuatının uygulanmasından sorumlu birim belediyelerdir. Nitekim İmar Kanunu'nun 8. maddesi belediye sınırları içinde nazım ve uygulama planlarının belediyeler tarafından yapılacağını öngörmektedir. Ancak plan yapma ve onama hususlarında yetkilendirilen belediyeler bu planların denetiminde henüz istenen seviyeye ulaşmamıştır.⁴³

İmar ve yapılaşmada önemli görevleri bulunan yerel yönetimler, ilgili mevzuat çerçevesinde yapılacak yapıların veya hali hazırda yapılmış olanların kontrolüyle yükümlüdürler. Yapılarda deprem, zemin kayması, sel gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Bu tehlikeler karşısında zarar azaltma olarak; yapı onarımı ya da güçlendirilmesi ile yıkım veya tekrar inşa etme önlemleri gerekmektedir. Onarım, hasar görmüş bir yapının tekrar eski haline dönüştürülmesi çalışmasıdır. Güçlendirme ise hasarlı olup olmadığına bakılmaksızın yapı performansını artırmaya yönelik müdahaleleri içermektedir. Yıkım veya yeniden inşa, istenen yeterlilikte olmayan binaların yıkımı ve yeniden yapılmasını kapsar. İşte buradaki önlemler imar planı kararları doğrultusunda üretilmektedir.⁴⁴

Ülkemiz açısından imar kolluğu çerçevesinde yapı denetim görevi ise yine mahalli düzeyde gerçekleşmektedir. Bu doğrultuda yapı denetim işinde asıl görevli idareler; belediyeler ve il özel idareleridir. Ancak yapı denetim hususunda belediyelerin ve il özel idarelerinin özel kişilerden teknik anlamda destek aldıkları görülmektedir. Bu desteği sağlayan özel kişiler yapı denetim kuruluşlarının yanı sıra fenni mesullerdir. Yapı denetim kuruluşları belediyelere gerek proje gerekse yapı denetiminde yardım sağlayan şirketler durumundadır. Bu nedenle yerel

⁴⁰ Ruhi Can Alkın, ‘Bütünleşik Afet Yönetimine Sosyolojik Bakış: Toplumsal Yapı, İşlev ve Temel Kavramlar Işığında Bir Okuma Denemesi’ (2021) 5 Medeniyet ve Toplum Dergisi 18, 19.

⁴¹ Gerdan (n 27) 267.

⁴² AFAD (n 15) 22.

⁴³ Esen (n 35) 491.

⁴⁴ Büyükkaracıgan (n 9) 211.

yönetimlerin yapı denetim görevleri kaldırılmamıştır.⁴⁵

Türkiye’de yapı denetim süreci yapıların projelendirilmesinden bitimine kadar ki kurallara uygunluğun denetimini kapsar. Yapı kullanım izni ise bina yapımının tamamlandığı ve artık oturma alınmasında herhangi bir sakınca taşımadığının belediyeler ve il özel idarelerince kontrol sonrası belgelendirilmesini ifade etmektedir. Görüleceği üzere yerel yönetimlerin bu alanın kontrolünde önemli yetkileri bulunmaktadır.⁴⁶

Ülkemiz açısından afetlerde hasar gören yapıların büyük bir kısmının yapı kullanım izni olmadığı tespit edilmiştir. Bir kısmının ise yapı kullanım izni olmasına rağmen gereken kontroller yapılmadan belgeye sahip oldukları görülmektedir. Yerel yönetimlere burada düşen görev böylesi durumlarda yaptırım mekanizmasını harekete geçirmek olmalıdır. Yerel yönetimlerce, kaçak olarak inşa edilen ya da imara uygun olmadığı tespit edilenlerin denetimleri eksiksiz yerine getirilmelidir. Öte yandan kaçak yapılaşmaların affı gibi politikalarından vazgeçilmeli ve afet güvenliğinden mahrum yerleşmeler ortaya çıkarmamaya özen gösterilmelidir. Zira doğa olaylarının afete dönüşmesinin arkasında yatan önemli nedenlerden birisi de bireylerin doğa kaynaklı tehlikeler karşısında dayanıksız binalarda yaşamalarıdır. Yerel yönetimler konut ve planlamada afet tehlikelerini göz önünde bulundurarak karar vermelidir.⁴⁷

C. Kentsel Dönüşüm

Kentsel dönüşüm; kentlerde risk teşkil eden bölgelerin toplumsal, ekonomik ve mekânsal açıdan yeniden şekillendirildiği kentsel alanların düzenini ve kalitesini temin etmek amacıyla gerçekleştirilen planlama ve uygulama faaliyetleridir.⁴⁸

Afet amacıyla kentsel dönüşüm bakımından uygulanan temel yasal düzenleme 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanundur. 6306 sayılı kanunun ortaya çıkışında 1999’da meydana gelen deprem etkili olmuştur. Ancak ilk etapta kanunun çıkarılması depremin etkilerinin giderek azalması nedeniyle bir müddet bekletilerek ihmal edilmiştir. 2011’de meydana gelen Van depremi ise bu süreci yeniden tetikleyerek, zararların azaltılması ve kentsel dönüşüm uygulamalarının kolay bir biçimde yürütülmesi amacıyla 31 Mayıs 2021 tarihinde çıkarılmasında önemli bir etken olmuştur. Kanunun amacı ilk maddede, “*afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini oluşturmak üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kanunda afet kapsamına nelerin girdiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak ülkemiz bakımından temelde bu kapsamı depremler oluşturmaktadır. Depremin haricinde sel,

⁴⁵ Selman Özdemir, ‘Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları’ (2020) 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 182, 185–186.

⁴⁶ Büyükkaracıoğlu (n 9) 212.

⁴⁷ Murat Küçükşen ve Ozan Yetkin, ‘Afet Yönetimi ve Yerel Yönetimler’ içinde Murat Yaman ve Erkan Çakır (ed), *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (Nobel Yayın 2020) 151.

⁴⁸ Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü (n 4) 109.

heyelan gibi afet türleri de kentsel dönüşüm uygulanacak ortamlar sağlamaktadır.⁴⁹

Yerel yönetimlerin kentsel dönüşüme ilişkin görev ve sorumlulukları Belediye ve Büyükşehir Belediye Kanunu'nda belirtilmiştir. Nitekim Belediye Kanunu'nun 73. maddesinde belediyelerin belediye meclisinin alacağı karar doğrultusunda; “konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak” maksadıyla kentsel dönüşüm projeleri uygulayabileceği düzenlenmiştir. Kanuna göre sözü edilen bu hususlardan bir veya birkaçının varlığı kentsel dönüşüm uygulanabilmesi için yeterli olmaktadır. Kanun, büyükşehir belediye sınırlarında ise kentsel dönüşümde büyükşehir belediyelerini yetkilendirmiştir. Kentsel dönüşüm alanlarının belirlenmesi ve uygulanabilmesindeki usul ise yine kanunda öngörülen amaçlarla ilgili belediyenin talebi ve Cumhurbaşkanının bu yönde karar alması neticesinde gerçekleşmektedir.

Buradan anlaşılacağı üzere yerel yönetimler kentsel dönüşüm projeleri hazırlama ve uygulama hususunda yetkili birimlerdir. Diğer yandan yerel yönetimlerin kentsel dönüşüm alanlarında yaşayan yerleşiklere mağduriyet yaratmadan bu süreci yönetmesi gerekmektedir.

D. Coğrafi ve Kent Bilgi Sistemleri

Yerel yönetimler yetki alanı içerisinde bulunan insanların yanı sıra binalar, aktiviteler, arazi kullanımı konularında bilgi sahibi olmak durumundadır. Bu bilgilerin varlığı toplumun refahını sağlamak ve bölgenin yaşam durumunu geliştirmek için önem arz etmektedir. Yerel yönetimlerin görev alanı dâhilinde ihtiyaç duyduğu bilgilerin tespiti ve organizesi veri modeli anlamına gelmektedir. Veri modeli; insan, bina, aktivite ve şehir hakkında önemli ölçüde bilgi içermektedir. Veri modeli sözü edilen bilgilerin Coğrafi Bilgi Sistemleri (CBS) kapsamında etkin bir biçimde organize, analiz ve depolanması için gereklidir. Coğrafi Bilgi Sistemi yeryüzüyle ilgili bilgileri bir amaç doğrultusunda elektronik ortamda toplayan; depolama, kontrol etme ve görüntüleme esasına dayanan haritalama ve analiz yöntemidir. Bilgilerin doğru, hızlı ve eksiksiz sunulmasında destek sağlayan bu yöntemle ilgili yöreye ait parsel ve bina bilgileri, yerleşme planı hakkında bilgilerin değerlendirilmesi sağlanmaktadır.⁵⁰

Kent Bilgi Sistemi (KBS) ise bilgisayar ortamında kente ilişkin sosyo-kültürel gelişimlerin izlenmesi suretiyle gereken planlama ve çalışmaların koordinesine, alt üst yapının bakım ve iyileştirmesine, imar-kadastro-insan-toprak ilişkisinin sağlanmasına, ulaşım ve nüfus gibi analizlerin yapılmasına yardımcı olan bir yöntemi ifade etmektedir.⁵¹ Diğer bir deyişle kente yönelik hizmette etkinliğin sağlanması doğrultusunda gerekli bilgilerin elektronik ortama aktarılması neticesinde işlenirlik ve ulaşılmaya imkân sağlayan bir sistemdir. KBS kentle ilgili

⁴⁹ Gürsel Öngören, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (Öngören Hukuk Yayınları 2013) 22; Asaf Varol, ‘Afet Yönetimi, Afet Eğitimi ve Afet Farkındalığı: Amerika Örneği’ (2019) 29 Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 193, 193–204.

⁵⁰ Görol Banger, *Kent Bilgi Sisteminin Esasları* (1. bs, Nobel Akademik Yayıncılık 2011) 124; Büyükkaracıgan (n 9) 210.

⁵¹ Banger (n 50) 128.

sorunların gerçekçi bir şekilde kavranması ve bu minvalde getirilecek çözümlerin doğru formüle edilmesinde yardımcı olan önemli bir araçtır.⁵²

Yerleşim alanlarının jeolojik yapısı, fay hattı, toprak kayması gibi tehlikeler karşısında haritalandırma yapılması gerekliliği ülkemiz açısından da dikkate alınan bir husus olmuştur. Ülkemizde yerel yönetimlerin CBS ve KBS uygulamalarına geçişinde yasal düzenlemelerin etkili olduğu görülmektedir. Nitekim Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde belediyeler, mahalli müşterek nitelikte olmak koşuluyla coğrafi ve kent bilgi sistemleri yapmak veya yaptırmakla görevlendirilmişlerdir. Buna benzer bir biçimde Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7. maddesinde belirtildiği üzere coğrafi ve kent bilgi sistemleri kurmak büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin de görevleri arasında sayılmıştır. Bu yöntemlerin yerel yönetimler bakımından gerek kurum içerisindeki ihtiyaçlarda gerekse halka karşı sorumluluklarında destek sağlayan bir araç olması bu birimlerce tercih edilebilirliğini artıran bir unsur olmaktadır.⁵³

IV. AFETLERDE YEREL YETKİLERİN ETKİNLİK DEĞERLENDİRMESİ

Bulunduğu konum itibarıyla depremler başta olmak üzere heyelan, sel, çığ gibi birçok afete maruz kalan ülkemiz, yakın dönemde Türk afet tarihi açısından en fazla can ve mal kaybına sebep olan bir deprem daha yaşamıştır. Türkiye'de meydana gelen bu olaya bakıldığından afetlere ilişkin yeterli düzeyde etkin bir mücadele edilemediği ve risklerin azaltılmadığı görülmektedir. Etkin mücadele edilememesinin arkasında yatan faktörler olarak; önleme, risk azaltma, hazırlık gibi çalışmalara gerektiği kadar önem verilmemesinin yanında işbirliği ve koordinasyonda yaşanan aksaklıklar gösterilmektedir.⁵⁴

Afetler nedeniyle ortaya çıkan zararların telafisinde sorumluluk devlete yüklenerek “devlet baba” anlayışı çerçevesinde büyük tepkiler meydana getirmektedir. Türkiye'de afet analizcileri, devlete atfedilen “baba” rolü mantığıyla merkezîyetçi yapıyı devam ettirme eğilimlerini negatif olarak değerlendirmektedir.⁵⁵ Devlet baba anlayışı sistemin bütün merhalesinde kendisini gösteren ve tamamen değiştirilmesi de güç olan bir unsurdur. Sistem, birçok bakanlık ve ilgili kuruluşların müşterek hareket etmesini öne sürmesine karşın doğrudan riske maruz kalan kesimin bu sistemde aktif olarak yer almasını teşvik edici mekanizmalar veya araçlarda henüz istenen seviyeye ulaşamamıştır.⁵⁶

Güçlü merkezîyetçi yapının ortaya çıkardığı sorunlar haliyle afet yönetim alanında da görülmektedir. Türk afet yönetim sistemi yerelden çok merkezî yönetim ağırlıklı bir biçimde yürütülmektedir.⁵⁷ Diğer bir deyişle afet yönetiminde hiyerarşik yapı, yerel inisiyatifin önünde

⁵² Fikret Efe, ‘Kent Bilgi Sistemlerinin Oluşturulmasında Verilerin Disiplinlerarası Araştırma ve Analizlere Uygun Kurgulanması: E-Kent Modeli’ (2014) 8 Akademik İncelemeler Dergisi 127, 142.

⁵³ Maksud Emre Mülazımoğlu, ‘Kent Bilgi Sistemi ve Yerel Yönetimler Kocaeli Büyükşehir Belediyesi Örneği’ (2017) 4 Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 87, 92.

⁵⁴ Onuncu Kalkınma Planı (n 8) 9.

⁵⁵ Fahri Çakı, ‘Afet Yönetiminde Sivil Toplum ve Güven Algıları’ (2020) 6 Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi (SKAD) 1, 17.

⁵⁶ Yavaş (n 2) 294.

⁵⁷ Yavaş (n 2) 288.

konumlanmıştır. Bununla birlikte birçok ülkede de afet yönetim programı merkezi yönetimin elinde toplanmıştır. Merkezi role sahip bir yapıda karar ve kaynak ortamı, yerel yönetimlere afet faaliyetlerinde öncelik vermemektedir.⁵⁸ Zira afetzedelerle ortak kaderi paylaşan ve bölgeyi iyi tanıyan yerel yöneticiler çoğu zaman konunun dışında tutulmaktadır.⁵⁹ Böylesi bir ortamda da yerel yetkililer kaynakların çok azını afet alanına tahsis etmekte afet sonrasında da inisiyatif almakta çekinceli davranmaktadır.

Öte yandan afetlere ilişkin birçok çalışma, konuşma ve açık oturumlar ya da bilimsel toplantılarda göze çarpan durum, benzer kayıpların tekrar yaşanmaması adına mücadele için “ortak akıl” vurgusu yapılmasıdır. Ancak ortak aklın pratikte “ortak adımlar”la şekillenmesi çoğu kez ihmal edilmektedir.⁶⁰

Günümüz dünyasında yerel yönetim birimlerinden daha çok etkin olmaları ve verimli hizmet sunmaları beklenmektedir. Keza bugün artık kamu idarelerince yetkilerin tek elde kullanımından ziyade birlikte düzenleme ve birlikte yönetme anlayışı ön plana çıkmaktadır.⁶¹ Yetkiyi tek başına kullanmak yerine merkez-yerel bütünlüğü ve işbirliğinde bir çalışma anlayışının benimsenmesi gerekmektedir. Örneğin çok disiplinli, çok aktörlü bir afet yönetimini benimseyen Japonya’da ülkemizde yaşanan depremlerin şiddetinden daha yüksek şiddette depremler meydana gelmesine karşın ölüm sayıları çok daha az olmaktadır. Bu ülkede binaların kaliteli olmasının dışında belediyeler, afet gerçekleşmesi ihtimaline karşılık her türlü hazırlığı yapmaktan ve yürütmekten sorumlu birim olarak tarif edilmiştir.⁶²

Geçmişte edinilen tecrübeler ve çağdaş afet yönetimi yaklaşımları, güçlü yapılandırılmış yerel afet yönetimi kapasitesinin etkinlik ve risk azaltmada istenen seviyelere ulaşmak için desantralizasyonun ne denli önemli olduğunu gözler önüne sermektedir. Afetler bakımından yerel birimler yetki sahibi olmadığı zaman risk azaltma, imar, yapı denetim ve kentsel gelişme arasında doğrudan bağlantı kurmak zorlaşmaktadır. Bu durum ise toplumun kırılabilirliğini artırmaktadır. Ulusal afet yönetiminde koordinasyonun merkezi yetkililerin elinde bulunması gerekirken programlar ve kaynakların dağıtımında yerel yönetimlere yetki verilmesi daha isabetli bir tercih olacaktır. Zira yerel halka en yakın otoriteler olmaları bakımından yerel gerçeklikleri göz önüne alarak etkili bir afet yönetimi programını gerçekleştirecek olan yerel yönetimlerdir. Yerel yönetimlere kapasite oluşturma, bilgi ve kaynak elde etme ve karar alma süreçlerinde destek olma ileride meydana gelebilecek muhtemel tehlikelerle baş edebilmek için önem arz etmektedir.⁶³

⁵⁸ Fouad Bendimerad, ‘Afet Riskinin Artırılması ve Sürdürülebilir Kalkınma’ içinde Nihal Ekin Erkan, Ayşe Güner ve Katalin Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (Nobel Yayın 2007) 110–111.

⁵⁹ Nevin Peynircioğlu, ‘Afet Yönetimi Politikaları ve Afetlerin Ekonomik Boyutları’ içinde Nihal Ekin Erkan, Ayşe Güner ve Katalin Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (Nobel Yayın 2007) 92.

⁶⁰ Yavaş (n 2) 294.

⁶¹ Ekşi (n 39) 27.

⁶² Tevfik Erkal ve Mehmet Değerliyurt, ‘Türkiye’de Afet Yönetimi’ (2011) 14 *Doğu Coğrafya Dergisi* 147, 156.

⁶³ Bendimerad (n 58) 111.

Afet yönetiminde yerel yönetimlerin etkinliğini ülkemiz açısından inceleyecek olursak bu konuda temel görev ve yetkilerin merkezi yönetimin elinde toplandığı görülmektedir. Ancak yerel yönetim yasalarında bu alanla ilgili yerel birimlerin de görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Sözü edilen yetkilerin etkinlik ve yeterliliği ise tartışmalı bir durumdur. Örneğin yerel yönetimlere yasal düzenlemelerle afet ve acil durum planı yapma görevi verilse de bu planların içerik ve uygulanabilirliği beklenen düzeyde gerçekleşmemektedir.⁶⁴ Bununla birlikte acil durum planı adı altında yerel yönetimlerin afetle ilgili sorumluluklarının birçoğunun afet sonrası evreye tekabül eden “kriz” konumuna indirildiği görülmektedir. Bu bakımdan yerel yönetimlerin afet öncesi sürece ilişkin sakınım planları ve risk azaltıcı tedbirler bakımından da yetkilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim yasal mevzuat çerçevesinde sadece acil durum yönetimine ağırlık verilmesi yerel yönetimleri afetler öncesi aşamada etkisiz kılmaktadır. Dolayısıyla bu birimlerin afet riski konularında neler yapabileceklerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bu konuya ilişkin 6 Şubat 2023 depremleri sonrasında 09.04.2023 tarih ve 32158 sayılı Resmi Gazetede “Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in yayınlanmasıyla Büyükşehir Belediyeleri bünyesinde “Afet İşleri Daire Başkanı”, İlçe Belediyelerinde ise “Afet İşleri Müdürü” için norm kadro oluşturulması yerel yönetimlerin afet öncesi planlamaları açısından önemli bir gelişme olarak görülmektedir. Şüphesiz yerel yönetimler bünyesinde bu birimlerin kurulmuş olması bölge şartlarını bilenlerin sürece bir paydaş olarak katılmaları açısından önemli bir yenilik olmuştur.

Öte yandan afet öncesi yetkilerin artırılması gerekliliğiyle birlikte afet sonrası yetkilerin de genişletilmesi gerekmektedir. Örneğin konuya özellikle depremler açısından bakıldığında afet sonrası arama çalışmaları yapabilecek kapasitelerinin artırılması gerekmektedir. Yine afette enkaz ve molozların kaldırılması hayati bir önem taşıdığından enkaz kaldırma, onarma-güçlendirme gibi işlevlerin sorumluluğu da önceden dağıtılmış olması gerekmektedir.

Yerel yönetimlerin afetlerde bir diğer görevi ise bu alanda yerel halkın eğitim ve bilinçlenmesini sağlamak olarak ifade edilmiştir. Bu durum yerel halkın farkındalığının artırılması, afetlerin kendi hayatlarındaki kırılganlıklar ve olumsuz etkilerin farkında olmalarını sağlama sürecidir. Böylece yeterli bilgiye sahip olan bireyin afet öncesi, sırası ve sonrası süreci daha iyi anlaması sağlanmaktadır. Bu nedenlerle yerel yönetimlerce afetler karşısında yerel halkın duyarlılığını ve hazırlığını geliştirecek programların sayısı artırılması ve bu konuda gereken hassasiyetin gösterilmesi gerekmektedir.

Çalışmanın önceki bölümünde belirtildiği üzere imar ve yapılaşma konuları yerel yönetimlerin önemli görevleri arasında sayılmıştır. Nitekim imar planı yapılması ve yürütülmesinde yerel yönetimler yetkilendirilmiştir. Mahalli düzeyde yürütülen yapı denetim görevi ise bugün hala belediyeler ve il özel idarelerine ait bir yetkidir ve kaldırılmamıştır.

⁶⁴ Tolgahan Aydın, ‘Doğal Afet Yönetimi: Türkiye’de Doğal Afet Yönetimi Uygulamalarının Tarihsel Bağlamda Değerlendirilmesi’ (Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2014) 113–120.

Ancak bu yetki özel kişiler eliyle gördürülmektedir. Yapı denetim sisteminin hayata geçirilmesi neticesinde yapılaşmada eskiye kıyasla daha iyi bir seviyeye gelindiği bilirse de yakın dönemde maruz kalınan depremdeki can ve mal kayıpları, uygulamada etkin bir yapı denetiminin tam olarak gerçekleştirilemediğini ortaya koymuştur.⁶⁵ Geçmiş dönemlerde yapı denetim ile ilgili sorunlar ilgili kanun ve yönetmeliklerle aşılmaya çalışılsa da bu düzenlemelerin odağı daha ziyade uygulamada karşılaşılan sorunlar üzerine olmuştur. Bu doğrultuda imar ve yapılaşmanın bir parçasını teşkil eden yapı denetim sistemine bütüncül bir perspektiften bakarak bu alanın beklenen düzeyde sonuçlar vermesi için yeniden gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Buna ilave olarak siyasi otoriteler, denetimsiz ve güvensiz inşa edilen kaçak yapılaşmaların affedilmesi yönünde imar affi-barışı gibi popülist politikaları sağlıklı yerleşmeler oluşturulmasının önünde tutmamaya özen göstermelidir.

Afetlerin meydana getirdiği zararların fazla oluşunda göze çarpan nedenler arasında; plansız kentleşme, hızlı nüfus artışı, hızlı sanayileşme, gecekondulaşma gibi kaçak yerleşmeler, yapı ve yönetmeliklere uygunlukta denetim yetersizliği, yeterli teknik personelin bulunmayışı gibi unsurlar yer almaktadır.⁶⁶ Bu açıdan bakıldığında afet riski taşıyan bölgelerin tespiti ve dönüştürülmesinde kentsel dönüşüm uygulamalarının varlığı, zarar azaltma veya ortadan kaldırma anlamında önemli bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁷ Keza kentsel dönüşümle hedeflenenlerden birisi, afete dayanıklı olmayan yapıların mevcut haliyle iyileştirilmesi ya da yeniden yapılmasıdır. Ülkemizde yerleşim alanları ve konutların bazılarının afet riskiyle karşı karşıya olduğu gerçeğinden yola çıkıldığında, her ne kadar “rantsal dönüşüm”ün bir aracı olarak yoğun eleştirilere maruz kalsa da yaşanan olaylar kentsel dönüşüm uygulamalarına ihtiyaç duyulduğunu gözler önüne sermiştir. Dolayısıyla kentsel dönüşüm yasası meşru ölçülerde uygulandığında afet riski taşıyan bölgeler açısından önem arz etmektedir.

Deprem nedeniyle ortaya çıkan zararların minimum seviyeye indirebilmesi için önemli etkenler arasında mevcut yapıların özellikleri hakkında bilgi sahibi olmak gelmektedir. Bu bağlamda yerel yönetimler CBS tabanlı bir sistem ile kaçak binaları tespit edebilmeli, denetleyebilmeli ve hali hazırdaki riskleri ortaya koyabilmelidir. Yerel yönetimler deprem öncesi çeşitli senaryolar hazırlayarak hasar görme ihtimali bulunan binaları; bina tipi, kat, mesafe, deprem şiddeti ve ilgili yerin zemin yapısına yönelik unsurları belirlemelidir. İşte bu sözü edilen veriler coğrafi konum ile ilgili bir durumdur. Bu nedenle süreçte CBS gibi yöntemlerin sağladığı imkânlardan azami ölçüde faydalanılmalıdır. Böylece önlemlerin kısa sürede ve az maliyetli alınabilmesi sağlanmalıdır.⁶⁸

Görüleceği üzere gelişen bilgi teknolojilerinin yerel yönetimlere bir armağanı olarak sunulan Coğrafi ve Kent Bilgi Sistemi gibi uygulamalar afet yönetiminde verimliliği artıran

⁶⁵ Onuncu Kalkınma Planı (n 8) 54.

⁶⁶ Erkan (n 11) 94.

⁶⁷ Şengün (n 34) 58.

⁶⁸ Sefa Sarı ve Tarık Türk, ‘Depremde Meydana Gelebilecek Bina Hasarlarının Coğrafi Bilgi Sistemleri ile İncelenmesi’ (2020) 2 Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemleri Dergisi 17, 24–25.

yöntemlerdir. Bu bakımdan günümüzde kendisinden daha etkin hizmet beklenen yerel yönetimlerin CBS ve KBS gibi olanakları yetkin personel ile uygulamaya geçiş sürecini geciktirmeden yaygın biçimde kullanması gerekmektedir.

SONUÇ

Dünyada pek çok ülke afetler karşısında savunmasızdır. Bu afetler sebebiyle her yıl milyonlarca insanın hayatı olumsuz etkilenmektedir. Bu felaketler, can ve mal kaybına neden olduğu gibi hastalıkların yayılmasına, fiziksel ve ekonomik altyapılara zarar vermektedir. Sözü edilen etkileri azaltmak için de bir afet yönetim sistemine ihtiyaç duyulmuştur. Ulusal afet yönetiminde belirleyici rolü merkezi yönetimler üstlenmektedir. Ancak alan, kendine has doğası gereği çok paydaşlı çok disiplinli bir yapıyı zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla afet yönetiminde risk azaltmadan tutun iyileştirme aşamasına kadar ki bütün merhalede birçok aktör sorumluluk üstlenmektedir. Bu aktörler merkezi kurumlardan sivil toplum örgütlerine, yerel yönetim birimlerinden özel sektöre kadar çeşitlilik göstermektedir. Bu aktörlerin en önemlileri arasında yerel halka en yakın kuruluşlar olmaları bakımından yerel yönetimler gelmektedir.

Afetle ilgili olarak yerel yönetim yasalarında bu birimlere çeşitli yetkiler verilmiştir. Ne yazık ki bu düzenlemeler birbirini tekrar eden ve yeniden gözden geçirilmesi gereken mahiyettedir. Bu yetkilere bakıldığında acil durum ağırlıklı ve afet sonrası süreci ifade eden kriz odaklı yetkiler olduğu görülmektedir. Bu açıdan yerel yönetimler özelinde söz konusu eksikliklerin giderilerek afet öncesinde de etkinliklerinin artırılması gerekmektedir. Afete hazırlık noktasında yasal düzenlemelerin genişletilmesinin yanında afet sonrasına ilişkin arama-kurtarma, güçlendirme bakımından da kapasitelerinin artırılması gerekmektedir. Bunun yanında yerel yönetimler, imar planı yapımı ve yürütülmesi sürecinde afet tehlikeleri göz önünde bulundurularak kararlar almaya özen göstermeli, kaçak yapıları tespit etmeli ve imara uygunluk noktasındaki denetimlerini artırarak yaptırım mekanizmasını harekete geçirmelidir. Özel kişiler eliyle yürütülen yapı denetim görevinde ise bu alana ilişkin kendisinin de sahip olduğu donanımlı, yetkin personeller istihdam etmelidir. Diğer taraftan afet riski taşıyan veya taşımayan alanlarda sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri temin etmek adına önemli bir yöntem olan kentsel dönüşüm uygulamalarıyla da afet zararlarının azaltılması veya tamamıyla ortadan kaldırılması için meşru ölçülerde mücadele edilmelidir. Ancak bu görevini ilgili yöre halkının mağduriyetine yol açmadan yürütmeye özen gösterilmelidir. Bunun dışında afetlere dirençli toplum yaratmak amacıyla halka yönelik eğitimlere de hız verilmelidir. Son olarak CBS ve KBS tabanlı sistemlere başvurmanın afetlerle mücadeleye katkı sağlayacağı açık olduğundan bu yöntemlerin gelişmesini sağlayarak sunduğu kolaylıklardan istifade edilmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, 'T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD)'
- AFAD, 'Türkiye'de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri' (T.C. İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2018)
<https://www.afad.gov.tr/kitaplar>
- Aktek M ve Çağlar N, 'Isparta İli Afet (Kriz) Yönetim Yapılanması Üzerine Bir Çalışma' (2007) 12 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 147
- Alkın RC, 'Bütünleşik Afet Yönetimine Sosyolojik Bakış: Toplumsal Yapı, İşlev ve Temel Kavramlar Işığında Bir Okuma Denemesi' (2021) 5 Medeniyet ve Toplum Dergisi 18
- Avaner T ve Fedai R, 'Türkiye'de Afet Yönetiminde Kurumsal Yapılanma.' içinde Murat Yaman ve Erkan Çakır (ed), *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (1. bs, Nobel Yayın 2020)
- Aydiner T, 'Doğal Afet Yönetimi: Türkiye'de Doğal Afet Yönetimi Uygulamalarının Tarihsel Bağlamda Değerlendirilmesi' (Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans 2014)
- Banger G, *Kent Bilgi Sisteminin Esasları* (1. bs, Nobel Akademik Yayıncılık 2011)
- Başbuğ BB, 'Türkiye'de Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun Başlangıcı ve Geleceği' içinde Nihal Ekin Erkan, Erkan Güner ve Katalın Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (2007)
- Bendimerad F, 'Afet Riskinin Artırılması ve Sürdürülebilir Kalkınma' içinde Nihal Ekin Erkan, Ayşe Güner ve Katalın Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (Nobel Yayın 2007)
- Bulut Y ve Kara M, 'Etkin Bir Afet Yönetiminde Merkez-Yerel İlişkilerinin Önemi: Hatay'da Bir Uygulama', *Büyükşehir Yönetimi ve İl Yönetiminin Yeni Yüzü* (2016)
- Büyükkaracıoğlu N, 'Türkiye'de Yerel Yönetimlerde Kriz ve Afet Yönetim Çalışmalarının Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi' (2016) Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi 195
- Çağlar T, 'Afet Yönetiminin Temel İlkeleri' içinde Murat Yaman ve Erkan Çakır (ed), *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (1. bs, Nobel Akademik Yayıncılık 2020)
- Çakır F, 'Afet Yönetiminde Sivil Toplum ve Güven Algıları' (2020) 6 Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi (SKAD) 1
- Ceren A, 'Türkiye'de Afet Yönetimi ve Afetlerde Teknoloji Kullanımının Önemi' (2023) 6 R&S - Research Studies Anatolia Journal 78

- Efe F, 'Kent Bilgi Sistemlerinin Oluşturulmasında Verilerin Disiplinlerarası Araştırma ve Analizlere Uygun Kurgulanması: E-Kent Modeli' (2014) 8 Akademik İncelemeler Dergisi 127
- Ekşi A, 'Kamu Yönetiminde Değişimin Afet Yönetimi Uygulama Alanına Etkileri' (2016) 1 Hastane Öncesi Dergisi 27
- Erkal T ve Değerliyurt M, 'Türkiye'de Afet Yönetimi' (2011) 14 Doğu Coğrafya Dergisi 147
- Erkan EA, *Afet Yönetiminde Risk Azaltma ve Türkiye'de Yaşanan Sorunlar* (DPT Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü 2010)
- Esen A, 'Ülkemizde Yerel Yönetimlerin Afet Önleme Çalışmaları; Sorunlar ve Öneriler' (2007)
- Gerdan S, 'Yerel Yönetimlerde Afet Zararlarının Azaltılması Çalışmalarına Genel Bir Bakış' (2019) 3 The Journal of Social Science 267
- Keleş R, 'Afet Yönetimi Açısından Türkiye'de Merkezi ve Yerel Yönetim' içinde Nihal Ekin Erkan, Ayşe Güner ve Katalin Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (Nobel Yayın 2007)
- Kemaloğlu M, 'Türkiye'de Afet Yönetiminin Tarihi ve Yasal Gelişimi' (2015) 52 Akademik Bakış Dergisi 126
- Kılıç Ekici Ö, '6 Şubat 2023 Depremleri' (2023) TÜBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi 6
- Küçükşen M ve Yetkin O, 'Afet Yönetimi ve Yerel Yönetimler' içinde Murat Yaman ve Erkan Çakır (ed), *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (Nobel Yayın 2020)
- Mülazımoğlu ME, 'Kent Bilgi Sistemi ve Yerel Yönetimler Kocaeli Büyükşehir Belediyesi Örneği' (2017) 4 Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 87
- Öngören G, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (Öngören Hukuk Yayınları 2013)
- Onuncu Kalkınma Planı, 'Afet Yönetiminde Etkinlik' (Kalkınma Bakanlığı 2014) Özel İhtisas Komisyonu Raporu <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Onuncu-Kalkinma-Plani-Afet-Yonetiminde-Etkinlik-Ozel-Ihtisas-Komisyonu-Raporu.pdf>.
- Özdemir S, 'Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları' (2020) 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 182
- Özdikmen T, *Afet ve Acil Durum Yönetimi* (4. bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Özer YE, 'Afet Konusundaki Algı ve Yerel Aktörlerin Sorumlulukları' (2017) Sayıştay Dergisi 1

- Peynircioğlu N, 'Afet Yönetimi Politikaları ve Afetlerin Ekonomik Boyutları' içinde Nihal Ekin Erkan, Ayşe Güner ve Katalın Demeter (ed), *Afet Risk Yönetimi Risk Azaltma ve Yerel Yönetimler* (Nobel Yayın 2007)
- Şahin AU, 'Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) 1 TESAM Akademi Dergisi 7
- Şahin Ş, 'Türkiye'de Afet Yönetimi ve 2023 Hedefleri' (2019) 1 Türk Deprem Araştırma Dergisi 180
- Sarı S ve Türk T, 'Depremde Meydana Gelebilecek Bina Hasarlarının Coğrafi Bilgi Sistemleri İle İncelenmesi' (2020) 2 Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemleri Dergisi 17
- Şengün H, 'Afet Yönetiminin Hukuksal Boyutları', *Farklı Boyutlarıyla Afet Yönetimi* (1. bs, Nobel Yayın 2020)
- Tercan B, 'Türkiye'de Afet Politikaları ve Kentsel Dönüşüm' (2018) 3 Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi 63
- Varol A, 'Afet Yönetimi, Afet Eğitimi ve Afet Farkındalığı: Amerika Örneği' (2019) 29 Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 193
- Yavaş H, 'Türkiye'de Doğal Afetlerin Merkez-Yerel İlişkiler Açısından Yönetim Sorunları' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 280
- Yazılıtaş A, 'Türk Afet Yönetim Sisteminde Risk Odaklı Yönetimin Önemi' (2015) Türk İdare Dergisi 559
- Yeşildal A, 'Doğal Afetlerle Mücadelede Yerel Yönetimlerin Rolü Ve Kapasite Sorunları: Esnek Şehir Uygulaması' (2020) 4 Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 87

**Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında
Sigortacıya Verilen İbranamelerin Geçerliliği Sorunu***

*The Problem of the Validity of the Releases Given to the Insurer under the Compulsory
Liability Insurance of Motor Vehicles*

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER**

Öz

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında, meydana gelen trafik kazası neticesinde zarar gören veya sigorta şirketlerinden tazminat talebinde bulunan hak sahiplerine sigorta şirketleri tarafından ibranameler imzalatıldıktan sonra tazminat ödemesi yapılmaktadır.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu m 111/2 gereğince tazminat miktarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar iptal edilebilir. Fahiş olduğu açıkça belli olmayan ancak yetersiz tazminat miktarına ilişkin anlaşmaların da iptal edilebileceğini kabul etmek sigortacı ile hak sahipleri arasında yapılan ibra sözleşmelerini anlamsız hale getirecek ve ibra sözleşmeleri hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracaktır. Mevcut durumda yetersiz tazminat ödemelerini ihtiva eden ibra sözleşmelerine hiç değer izafe etmemek yerine bu sözleşmeleri kısmi ibra olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Uygulamada, ibranameler KTK m 111/2 denetimine tabi tutulmaktadır. İbranamelerin geçerliliği bakımından sadece KTK m 111/2 denetimi yapılması yeterli değildir. Neticede sigortacı ile hak sahipleri arasında imzalanan ibranameler sözleşme olduğundan, borçlar hukukunun genel hükümleri ve özellikle genel işlem koşulları denetimine de tabi tutulmalıdır.

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 05.09.2023, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 06.10.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta/e-mail: oguzcaner@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5822-1872).

Anahtar Kelimeler: İbra Sözleşmesi, sigorta, tazminat, makbuz, kısmi ibra.

Abstract

Within the scope of Compulsory Liability Insurance for Motor Vehicles, insurance companies have their beneficiaries sign a release agreement before they pay compensation to people who have been harmed as a result of traffic accidents.

In accordance with Highway Traffic Code article 111/2, agreements regarding the amount of compensation, which are clearly insufficient or exorbitant, may be cancelled. Accepting that agreements that are not clearly exorbitant but regarding the amount of insufficient compensation can also be canceled will render the release agreements between the insurer and the beneficiaries meaningless and result in the conclusion that the release agreements have never been made. In the current situation, it would be more accurate to accept these agreements as partial discharge instead of not assigning any value to the release agreements that contain insufficient compensation payments.

In practice, releases are subject to the supervision of Article 111/2 of the Highway Traffic Code. It is not sufficient to inspect the releases only within the scope of Article 111/2 of the Highway Traffic Code. After all, since the releases signed between the insurer and the beneficiaries are contracts, they must also be subject to the general provisions of the law of obligations and in particular to the general conditions of transaction.

Keywords: Release agreement, insurance, compensation, receipt, partial release.

GİRİŞ

Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracı işletenin zarar gören üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve kanunen yapılması zorunlu olan sorumluluk sigortasıdır.

Trafik kazası neticesinde zarar gören ve sigorta şirketlerinden tazminat talebinde bulunan kişilere uygulamada sıklıkla, sigorta şirketleri tarafından önceden hazırlanan ibranameler sunulmakta ve tazminat alacağına bir an önce kavuşmak isteyen hak sahipleri bu ibranameleri imzaladıktan sonra hak sahiplerine tazminat ödemesi yapılmaktadır.

Sigortacıya verilen ibranamelerin geçerliliği konusunda çalışmada öncelikle 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m 111/2 hükmü bağlamında değerlendirme yapıldıktan sonra, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (ZMSSGŞ) kapsamında sigortacıya verilen ibranameler ele alınacak, son olarak sigortacıya verilen ibranamelerin TBK hükümleri ve özellikle genel işlem koşulları bakımından denetlenmesi ayrıntılı şekilde incelenecektir.

I. GENEL OLARAK KARAYOLLARI ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Sözleşme hukukunun temel prensiplerinden olan sözleşme yapma özgürlüğü sigorta sözleşmeleri bakımından da geçerli olmakla birlikte, kamu yararı, ekonomik ve sosyal gereklilikler, zarar görenlerin korunması gibi sebeplerle bazı sigorta sözleşmelerinin akdedilmesi zorunludur.¹ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m 13/1’de Cumhurbaşkanının kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebileceği hükmüne bağlanmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m 1483 ve devamında kanun koyucu zorunlu sorumluluk sigortalarını düzenlemiştir. Ülkemizde yapılması zorunlu olan sigorta sözleşmelerinden biri de bu çalışmanın esasını oluşturan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) dır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 85/I’de işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu “*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar*” şeklinde hükme bağlanmıştır.² KTK m 91/1’de ise “işletenlerin, KTK m 85’in birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu” olduğu düzenlenmiştir.

Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracı işletenin zarar gören üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve kanunen yapılması zorunlu olan sorumluluk sigortasıdır.³

¹ Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (Güncelleştirilmiş On Yedinci Baskı, Onikilevha Yayınevi 2021) 223-224; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi 2021) 92-93; Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, *Sigorta Hukuku Dersleri* (6. Bası, Umutepe Yayınları 2021) 94.

² Doktrinde motorlu araç işleteni ile araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin motorlu aracın işletilmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, motorlu aracın karıştığı trafik kazasından doğan bir zararın olması, zarara trafik kazasına karışan motorlu aracın sebebiyet vermesi, zarara işletilme halinde bulunan motorlu aracın sebebiyet vermesi ve motorlu aracın işletilmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerektiği ifade edilmiştir, Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları 2023) 320-322.

³ Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 2) 311.

II. KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI KAPSAMINDA SİGORTACIYA VERİLEN İBRANAMELERİN GEÇERLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Uygulamada trafik kazası neticesinde sigortacıya başvuran hak sahiplerine sigortacı tarafından ibraname adı altında belgeler sunulmakta ve ödeme yapılmadan önce, sigorta tazminatına bir an önce ulaşmak isteyen hak sahiplerine bu ibranameler imzalatılmaktadır⁴. Hak sahipleri bu belgeleri genellikle ihtirazı kayıt koymaksızın⁵ ve sigortacıyı tüm alacaklarından ve ferilerinden ibra ederek imzalamaktadırlar.⁶

Türk Borçlar Kanunu m 132’de ibra, “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerden biri olan ibra sözleşmesiyle alacaklı, borçlu ile yapacağı bir sözleşme ile alacak hakkından feragat etmektedir.⁷ Diğer bir ifadeyle alacaklı ile

⁴ Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü, ibranamelere ilişkin olarak Sigorta şirketlerine gönderdiği uyarı yazısında, Müsteşarlığa ulaşan şikayetlerden, sigorta şirketlerinin sigortalılara veya lehdarlara sigorta sözleşmelerine dayalı olarak yaptıkları tazminat ödemelerinde, tazminat ödemedi ibraname imzalatılmaları veya ibraname imzalamadığı gerekçesiyle tazminat ödemelerinin geciktirilmesi nedeniyle sigortacılık sektöründe yaygın olarak görülen bu yanlış uygulamanın ve bu hususa ilişkin şikayetlerin tekrerrüne mahal vermemek açısından bu yazıda belirtilen hususlarda azami dikkat gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Uyarı yazısının devamında ibranamenin borçlunun borcunu ifa ettiğine ve alacaklıya karşı artık herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığına dair bir belge olması nedeniyle, sigorta şirketlerinin sigortalıya veya lehdara ödeme yapmadan önce ibraname imzalatmaması ve ibraname imzalanmadığı gerekçesiyle de ödemelerin geciktirilmemesi hususunun üye şirketlere duyurulması talep edilmiştir. Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü 17.07.1998-46736 tarih ve sayılı yazısı.

⁵ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2014/6175, K 2016/988, T 27.01.2016 kararında “makbuz ve ibraname” başlıklı belge ile “bu tazminatı almakla kendilerini ve zimmelerini kesin ve dönüşümsüz ibra ettim” şeklinde ibranamenin bulunduğu uyuşmazlıkta, ibranamenin içeriğine göre davacıların davalı nezdinde hiçbir alacaklarının kalmadığını beyan ve tasdik ettiklerinin anlaşılmasına karşın mahkemece, anılan ibraname üzerinde durulmaksızın bilirkişi raporuyla belirlenen tazminat miktarından ödenen paranın mahsubu ile kalan miktardan davalının sorumlu tutulduğu ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.02.2023).

⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi, E 2017/945, K 2018/2195, T 19.10.2018’de “...Dava dosyasına ibraz edilen “Makbuz ve İbraname” başlıklı belge ile, davacının kendi adına asaleten, çocukları adına velayeten “sigorta poliçesi ile ilgili, tazminat bedelini nakden ve defaten aldığını, tarafına yapılan tazminat ödemesi dolayısıyla poliçe şartları yerine getirildiğinden, mevcut poliçe ve bahis konusu hasar nedeniyle sigorta şirketini her türlü talep ve dava haklarından ibra ettiğini, gayrikabili rücu surette beyan ettiğini bildirdiği...”, şeklindeki ifade ibranamenin kesin mahiyette olduğunu göstermektedir, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.03.2023).

⁷ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2. Auflage, Schulthess 1988) 398; Andreas Von Tuhr und Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II* (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984) 173; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1* (Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018) 542; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht* (Stämpfli, 2006) 493-494; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1-529* (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2011) 714; Selahattin Sulhi Tekinay vd, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi, 1993) 985; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Yetkin Yayınevi 2016) 1296.

borçlunun mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırarak, borçlunun borçtan kurtulmasına ilişkin yapmış oldukları sözleşme ibra sözleşmesidir⁸. Bu sözleşme ile alacaklı, malvarlığının aktifinde yer alan bir alacaktan kısmen veya tamamen vazgeçmekte, borçlu ise herhangi bir ifade bulunmadan borçtan kurtulmakta ve borç sona ermektedir.⁹

Hukuki mahiyeti itibariyle ibra, iki taraflı bir hukuki işlem, bir sözleşme olduğundan ibra sözleşmesinin alacaklı ile borçlu arasında yapılması şarttır.¹⁰ Alacaklının alacaktan vazgeçmeye ilişkin iradesinin borçlu tarafından kabulü gerekmektedir ki bu husus, TBK m 132’de de borcun tarafların yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılacağı şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır. Tasarruf işlemi mahiyetindeki ibra ile alacaklı, alacak hakkında tamamen veya kısmen vazgeçerek mevcut alacak hakkını ortadan kaldırmaktadır.¹¹

İbra ile birlikte alacak ve borç, doğrudan doğruya ve kesin olarak sona erer. Tam ibrada borcun tamamı sona ererken; kısmi ibrada borcun ibra edilen kısmı sona ereceğinden, borçlu borcun ibra edilen kısmı bakımından borçtan kurtulur.¹² Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça ibra ile asıl alacakla birlikte faiz, rehin, ceza koşulu gibi yan haklar da sona erer.¹³

Karayolları Trafik Kanunu m 111, *Sorumluluğa İlişkin Anlaşmalar* başlığı altında “*Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. - Tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir*” şeklinde hükme bağlanmış olup, uygulamada sulhname, feragatname, ibraname¹⁴ gibi ifadelerin kullanıldığı görülmekle birlikte işbu belgenin gerçek mahiyetinin ibra sözleşmesi olduğu kanaatine ulaşılmıştır. ZMSS Genel Şartları Ekindeki ifade de bu görüşü desteklemektedir.¹⁵

⁸ Von Tuhr und Escher (n 7) 173; Micheale Eichenberger, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (3. überarbeitete Auflage, Dike, 2016) Art 115, N 1; Oğuzman ve Öz (n 7) 542; Eren (n 7) 1296.

⁹ Eren (n 7) 1296.

¹⁰ Tekinay vd (n 7) 987; İbra iki taraflı, yani borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir hukuki işlem, sözleşme olması nedeniyle alacaklının, tek taraflı irade beyanıyla alacaktan vazgeçmesi hukuki sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla alacaklının vazgeçmeye yönelik beyanının borçlu tarafından kabul edilmesi gerekir. Bir sözleşme olması nedeniyle, sözleşmelerde aranan bütün koşullar ve unsurlar, ibrada da aranacaktır. Ayrıca ibra ile alacaktan vazgeçen alacaklının, tasarruf ehliyetine ve hukuksal işlem ehliyetine sahip olması gerekir, Von Tuhr und Escher (n 7) 173; Eichenberger, OFK (n 8) Art 115, N 1, 2; Bucher (n 7) 401; Eren (n 7) 1297.

¹¹ Eren (n 7) 1297.

¹² Eichenberger, OFK (n 8) Art 115, N 6; Honsell, Vogt und Wiegand (n 7) 716; Tekinay vd (n 7) 989; Eren (n 7) 1299; Oğuzman ve Öz (n 7) 546; BGE 109 II 329.

¹³ Eichenberger, OFK (n 8) Art 115, N 6; Tekinay vd (n 7) 989; Eren (n 7) 1299; Oğuzman ve Öz (n 7) 546.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2018/24, K 2020/78, T 04.02.2020, Legal İtihat Bankası (Erişim Tarihi 15.04.2023).

¹⁵ ZMSSGŞ Ek-2 m 11.

B. Sigortacıya İbrahim Edilmesi Gereken Belgeler ve İbraname

Karayolları Trafik Kanunu'nun "Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi" başlıklı m 99 hükmü "Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar" şeklindedir. Hüküm, 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle, önceki düzenlemede yer alan "kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu" ibaresi "zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri" şeklinde değiştirilmiştir.

Kanaatimizce KTK m 99 hükmünde yapılan bu değişiklik, hak sahibinin sigorta tazminatını alabilmek için sigortacıya iletmesi gereken belgeler bakımından ZMSSGŞ'na atıf yapılması hukuk güvenliğini zedelemektedir. Bu nedenle ZMSSGŞ ekinde sigorta tazminatını alabilmek için zorunlu olan belgelerin düzenlenmesinin isabetli olmadığı, özellikle zarar görenin korunması açısından sigorta tazminatına kavuşmak isteyen sigortalının, sigortacıya sunacağı belgelerin mutlaka kanunda düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Ek-6'da tazminat başvurusunda bulunan hak sahipleri tarafından 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 99 uncu maddesi uyarınca ilgisine göre eksiksiz olarak sunulacağı hükme bağlanmıştır.¹⁶ Karayolları Trafik Kanunu m 99 hükmünün göndermesiyle ZMSSGŞ Ek- 6 sigorta tazminatının ödenmesi için sigortacıya ibraz edilmesi zorunlu olan belgeler arasında ibraname bulunmamasına karşın, uygulamada hak sahiplerine, tazminat ödemediği önce ibraname imzalatılmaktadır.

C. Sigortacıya Verilen İbranamelerin Geçerliliği

1. KTK m 111/2 Hükmü Bağlamında İbranamelerin Geçerliliği

a. Genel Olarak

Karayolları Trafik Kanunu m 111 "Sorumluluğa ilişkin anlaşmalar" başlığı altında "Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. - Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Çalışmamızın esasını oluşturan KTK m 111/2 hükmü, mehz İsviçre Karayolları Trafik Kanunu (SVG) m 87/2'ye karşılık gelmektedir. Mehz kanun hükmünde, açıkça yetersiz tazminat miktarı belirleyen anlaşmaların akdedilmelerinden itibaren bir yıl içinde iptal edilebileceği hükme bağlanmıştır. İsviçre doktrininde SVG m 87/2 hükmü ile kanun koyucunun, trafik neticesinde zarar gören kişilere, özellikle aldatma, yanılma veya korkutma

¹⁶ RG 20.03.2020/31074.

nedeniyle Borçlar Kanunu kurallarına uygun şekilde sözleşmeyi iptal etme hakkından daha geniş kapsamlı bir koruma sağlamayı amaçladığı ifade edilmiştir.¹⁷

b. KTK m 111/2 Hükümünün Kapsamı

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2 zarar gören taraf ile KTK kapsamında tazminattan sorumlu kişi veya kişiler arasında yapılan anlaşmaları kapsadığından; zarar gören ile sigortacı arasında yapılan anlaşmaların bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir.¹⁸ KTK m 111/2 bağlamında yapılan anlaşmanın tarafları zarar gören ve tazminat yükümlüsü, işleyen veya sigortacıdır. Tazminat yükümlülüğünün tamamına ilişkin anlaşmalar gibi bir kısma ilişkin anlaşmalar da KTK m 111/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Karayolları Trafik Kanunu m 111/2 hükmü zarar gören ile kazadan hemen sonra, yargılama henüz başlamadan önce yapılan anlaşmalar gibi yargılama devam ederken yapılan anlaşmaları da kapsamaktadır.¹⁹

Karayolları Trafik Kanunu m 111/1'de hükme bağlanan sorumluluğu sınırlayan ve ortadan kaldıran anlaşmalar gibi KTK m 111/2'de hükme bağlanan ve tazminat miktarına ilişkin olarak yapılan anlaşmalar da Karayolları Trafik Kanunu'ndan doğan tazminat alacaklarına ilişkin anlaşmalardır. Bu nedenle hak sahibine karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olması gereken, ancak sorumluluğu Borçlar Kanunu'na dayanan tazminat yükümlüleri ile yapılan anlaşmalara KTK m 111/2 (SVG 87/2) hükmünün uygulanması mümkün değildir.²⁰ İbraname kapsamına dahil olmayan tazminatlar bakımından da KTK m 111/2 uygulama alanı bulmayacaktır. Bu hususa ilişkin olarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda isabetli şekilde, taraflar arasında imzalanan ibranamede sürekli - geçici iş göremezlik alacağına yer verilmediği, bu alaktan açıkça vazgeçildiğine ilişkin bir beyanın bulunmadığı, davalı sigorta şirketi vekilinin cevap dilekçesinde maluliyet zararının ödenmediğini ve yapılan

¹⁷ Philippe Weissenberger, *Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz* (Dike Verlag 2015) Art 87, N 4. İsviçre Federal Mahkemesi bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, meydana gelen trafik kazasından sonra zarar görenin kazanın meydana gelmesinde kusurlu olduğunu kabul ettiğine ilişkin anlaşma tutanağına sonradan itiraz etmesinin mümkün olduğunu ve bu durumda kusurlu olduğunu kabul eden kişinin temel hatasına düşmesi nedeniyle sözleşmeyi iptal edebileceğini kabul etmiştir, BGE 96 II 25.

¹⁸ Hans Giger, *Strassenverkehrsgesetz mit weiteren Erlassen OFK-Orell Füssli Kommentar* (9. Überarbeitete und Aktualisierte Auflage, 2022) Art 87, N 3; Weissenberger (n 17) Art 87, N 4; benzer şekilde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 40. Hukuk Dairesi, E 2019/1153, K 2020/3903, T 01.10.2020'de "... Öncelikle davalı sigorta şirketlerinden hasar dosyaları, ödemeye ilişkin belgeler ile bulunduğu ileri sürülen ibranameler getirtilip, ibranamenin hangi davacıya yapılan ödeme nedeniyle düzenlendiği saptanarak, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu belirtilen ibranamenin makbuz hükmünde olduğu ve ibranamenin imzasını taşımayan davacı yönünden hüküm ifade etmeyeceği de kabul edilerek, sonucuna göre hukuki durumun belirlenmesi gerekirken, bulunduğu ileri sürülen ibranameler davalı sigorta şirketlerinden getirtilip incelenmeden davanın reddine karar verilmesi doğru kabul edilmemiştir. Bu nedenle davacılar vekilinin dilekçesinde ileri sürdüğü istinaf nedeni isabetlidir. Kararın kaldırılma nedenine göre diğer istinaf sebepleri bu aşamada inceleme dışı bırakılmıştır..." şeklinde karar vermiştir, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2023).

¹⁹ Giger (n 18) Art 87, N 3; Weissenberger (n 17) Art 87, N 4; bu yönde bakınız, BGE 56 I 223.

²⁰ Giger (n 18) Art 87, N 3.

ödemenin bakıcı gideri olduğunu açıkça kabul ettiğini de göz önünde bulundurarak, ibranamenin dava konusu alacağı kapsamadığına karar vermiştir.²¹

c. KTK m 111/2 Gereğince İbranamelerin İptal Edilmesinin Şartları

(1) Genel Olarak

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2 gereğince tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir. Mevzu kanundaki (SVG 87/2) ifadeden farklı olarak, KTK m 111/2’de tazminat miktarına ilişkin fahiş anlaşmalar dışında, yetersiz olduğu açıkça belli olan anlaşmaların da iptal edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Hükümde mevzu kanundan farklı olarak düzenlenen bir diğer husus ise anlaşmaların iki yıllık süre içinde iptal edilmesidir. Mevzu kanunda anlaşmaların iptali için öngörülen bir yıllık süre KTK m 112/2’de, iki yıl olarak kabul edilmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2 gereğince sigortacıyla tazminat miktarına ilişkin olarak yapılan ibranamelerin iptal edilebilmesi için anlaşılan miktarın yetersiz veya fahiş olduğunun açıkça belli olması ve ibranamenin yapıldığı tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal hakkının kullanılması şarttır.

(2) Yetersiz veya Fahiş Olduğu Açıkça Belli Olan İbranamelerin Varlığı

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2 gereğince, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan ibranamelerin iptal edilebileceği mümkün olmakla birlikte; tazminata ilişkin bir ibranamenin ne zaman açıkça yetersiz ne zaman fahiş olacağını kanun koyucu hükme bağlamamıştır.

İsviçre doktrininde tarafların mutabık kaldığı tazminat miktarının açıkça yetersiz sayılıp sayılmayacağına, yargılama durumunda mahkeme tarafından verilecek asgari tutarda bir uzlaşma temelinde karar verilmesi gerektiği ve anlaşmanın imzalandığı andaki koşulların da bu hususta belirleyici olacağı ifade edilmiştir.²² Doktrininde SVG m 87/2 (KTK m 111/2) hükmünün uygulanabilmesi için kararlaştırılan tazminatın uygun miktara kıyasla açıkça yetersiz olması şartı nedeniyle, SVG m 87/2 (KTK m 111/2) hükmünün tazminat miktarında açık ve bariz bir fark olması gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiği ve bu farkın da OR m 21 (TBK m 28)’de düzenlenen aşırı yararlanmada edimler arasındaki açık orantısızlık kriterine

²¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi, E 2017/1080, K 2018/970, T 01.10.2018; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2020/396, K 2020/8782, T 21.12.2020’de “... İbra edilen maluliyet nedeni ile dosyada tazminat talep edilen maluliyet nedeni arasında farklılık olduğundan, taraflar arasındaki ödemenin kaynağı olan 18.08.2012 tarihli ibranamenin bu davayı etkilemesi düşünülemez. Bu durumda, KTK’nın 111. maddesindeki düzenlemenin açıkça “anlaşmalar veya uzlaşmalar”a yönelik olduğu, dava konusu edilen maluliyet nedeni hakkında taraflar arasında düzenlenmiş bir ibraname bulunmadığından bu davada 2 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanma imkanının söz konusu olmadığı gözetilerek mahkemece işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanlılgılı gerekçe ile verilen karar doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir...” şeklinde karar vermiştir, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2023).

²² Weissenberger (n 17) Art 87, N 4.

karşılık geldiği ve mahkemelerin yetersizlik kriterini uygularken ilke olarak her iki hüküm bakımından da aynı şekilde hareket etmesi ve OR m 21 (TBK m 28)'in uygulanması için gerekli olan ve doktrinde subjektif unsur olarak adlandırılan zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği veya deneyimsizliği şartlarının SVG m 87/2 (KTK m 111/2) kapsamındaki talepler bakımından dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmiştir.²³

İsviçre doktrininde hakimin kararlaştırılan tazminat miktarının açıkça yetersiz olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurması gereken hususlar şu şekilde ifade edilmiştir: Mahkemeler önüne gelen somut olayda öncelikle bütün durum ve koşulları dikkate alarak nesnel olarak uygun bir tazminat aralığı belirledikten sonra, belirledikleri tazminat miktarını kararlaştırılan tazminat ile karşılaştırmalı ve aradaki farkın kabul edilebilir mahiyette olup olmadığına veya tazminat miktarının açıkça yetersiz görünecek kadar bariz olup olmadığına karar vermelidir. Mahkemeler tazminat tutarını belirlerken, tarafların içinde buldukları durum ve koşulları ve özellikle müzakere sürecinin uzunluğunu da göz önünde bulundurularak tazminat miktarının açık oranda yetersiz olup olmadığı tespit etmeli ve neticede hakim, takdir yetkisini de kullanarak tazminat miktarının fahiş olup olmadığına karar vermelidir.²⁴ Bu hususa ilişkin olarak Federal Mahkeme, 750.000 CHF'lik bir farkın (tazminatın yaklaşık %20 sine tekabül eden) SVG m 87/2 gereğince, sözleşmenin iptali için yeterli olmadığını kabul etmiştir.²⁵

Tazminat miktarının yeterli olup olmadığı sözleşmenin yapıldığı tarihe göre belirlenecektir. Doktrinde isabetli şekilde ifade edildiği üzere, tazminat miktarının yeterli olup olmadığının tespitinde bütün koşullar göz önünde bulundurulmalı; özellikle yapılan anlaşmanın davanın hızlı ve mahkeme dışı çözülmüş olması nedeniyle zarar görene sunmuş olduğu avantajlı durum da dikkate alınmalıdır.²⁶

Yargıtay ise tazminat miktarının açıkça yetersiz olup olmadığının tespitine ilişkin olarak; mahkemece öncelikle bilirkişiden ödeme tarihi itibarıyla davalının sorumlu olduğu miktarın tespitinin istenmesi, bu tespitten sonra yapılan ödemenin açıkça yetersiz olup olmadığının belirlenmesi, açıkça yetersizliğin tespiti halinde ise, rapor tarihindeki verilere göre hesaplama yapılarak, davalı tarafından yapılan ödemenin de faiziyle güncellenerek mahsubu

²³ Weissenberger (n 17) Art 87, N 5; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2010/7740, K 2011/2870, T 30.03.2011 kararında da ibranamenin iptali için zarar görene (yetersizlik), zarar verene de (fahiş) iddiası ile iptal hakkı tanıdığını ve iptal sebebi olarak objektif bir unsur olan bu yetersizliğin veya fahişliğin açıkça belli olmasının şart olduğunu vurgulamıştır, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 15.05.2023).

²⁴ Weissenberger (n 17) Art 87, N 5.

²⁵ BGE 4C. 219/2001.

²⁶ Giger (n 17) Art 87, N 4.

sonucu ortaya çıkan farka hükmedilmesi gerekirken, eksik ve yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.²⁷

(3) İki Yıl İçinde İptal Hakkının Kullanılması

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2’de anlaşma ve uzlaşmalar için öngörülen iptal süresi mehzaz kanundan farklı şekilde iki yıl olarak düzenlenmiştir. Hükümde düzenlenen bu sürenin hukuki mahiyeti hak düşürücü süre olup, iki yıllık süre içinde iptal hakkını kullanmayan tarafın iptal hakkı ortadan kalkacaktır.²⁸ İki yıllık süre KTK m 111/2’den de açıkça anlaşıldığı üzere anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Hükümde yer alan iptal hakkı bozucu yenilik doğuran hak olması sebebiyle, tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile kullanılabilir.²⁹ Bu nedenle iptal hakkının kullanılması için ayrı bir dava açılması şart değildir. Yargıtay da KTK m 111/2 hükmünden yararlanabilmek için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmaması nedeniyle, iptal hakkının dava sırasında ileri sürülmesinin mümkün olduğu yönünde karar vermiştir.³⁰ Konuya ilişkin başka bir kararda Yargıtay, KTK m 111/2 hükmünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalini açıkça veya ayrıca istenmesine gerek olmadığını vurguladıktan sonra, iptal hakkının dava sırasında ileri sürülebileceğini ve yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklamasının da yeterli olduğunu isabetli şekilde kabul etmiştir.³¹

d. Sigortacıya Yetersiz Tazminat Ödemeleri Karşılığında Verilen İbranamelerin Hükümü

Yargıtay uygulamasında yetersiz tazminat ödemeleri karşılığında sigortacıya verilen ibranamelerin makbuz³² hükmünde olduğu kabul edilmektedir.³³ Yargıtay, davalı sigorta şirketi

²⁷ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2012/12049, K 2013/13564, T 08.10.2013, benzer yönde ödeme tarihi verilerine göre hesaplama yaptırılarak, bulunacak gerçek destek zararı miktarı ile davacılar ödenecek tazminat miktarı karşılaştırıldıktan sonra kısmi ödemenin KTK 111 maddesi de dikkate alınarak yetersiz olup olmadığına karar verilmesi gerektiğine ilişkin karar için bakınız, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2011/2773, K 2012/4375, T 10.04.2012, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2023).

²⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2014/6175, K 2016/988, T 27.01.2016; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2016/14362, K 2019/5911, T 13.05.2019; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 40. Hukuk Dairesi, E 2019/1803, K 2021/631, T 20.04.2021, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2013).

²⁹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E 2015/14904, K 2017/10387, T 13.11.2017’de “... İbra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine dair bir irade açıklamasının da yeterli olduğu...” yönünde karar vermiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 09.06.2023).

³⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E 2021/12871, K 2022/7059, T 07.04.2022, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2023).

³¹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2010/7740, K 2011/2870, T 30.03.2011; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E 2014/6175, K 2016/988, T 27.01.2016, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2023).

³² Doktrinde makbuz, alacaklının belirli bir edimi teslim aldığı gösteren yazılı açıklama şeklinde tarif edildikten sonra, alacaklı tarafından imzalanarak düzenlenen makbuzun, alacaklı tarafından borçluya verilmesi ile borçlunun ifayı ispatlama imkanına kavuşacağı ve makbuzun edimin yerine getirilmesi sırasında verilebileceği gibi öncesinde veya sonrasında da verilebileceği, ayrıca makbuzun bilgi (tasavvur) açıklaması mahiyetinde bir belge olduğu kabul edilmektedir, Mustafa Alper Gümüş, ‘Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler’ (2011) 17 [1-2] MÜHFHAD 351, 351.

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2018/24, K 2020/78, T 04.02.2020, Legal İçtihat Bankası (Erişim Tarihi

tarafından yapılan yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmaların geçersiz sayılması gerektiğini, bu anlamda zararın gerçek miktarı tespit edildikten sonra hüküm tesis edilmesinin; ibra sözleşmesinde belirlenen miktar ile zarar arasında fark bulunması durumunda, bir diğer ifadeyle ibra sözleşmesinde belirlenen tazminatın yetersiz olması durumunda verilen ibranamenin makbuz hükmünde olduğunu kabul etmiştir.³⁴

Yargıtay bir belgenin ibra sözleşmesi mi yoksa makbuz niteliğinde mi olduğu, diğer deyişle, borcun sona ermesine mi neden olduğu, yoksa borçtan belli bir miktarın indirilmesi olarak mı değerlendirileceği hususunun, TMK m 2 kapsamında değerlendirilmesinin ve esas alacak ve tazminat miktarı ile ibra belgesi verilmesine neden olan alacak arasında açık oransızlık bulunması halinde bu belgenin makbuz olarak kabul edilmesinin ve neticede davalı tarafından yapılan ödemelerin miktarı tespit edilmek suretiyle, tazmin edilecek miktar ile davalı tarafından yapılan ödemelerin miktarı arasında açık oransızlık bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra sonuca varılması gerektiğine karar vermiştir.³⁵ Benzer şekilde Bölge Adliye Mahkemesi de ödenmesi gereken tazminat miktarı ile ödenmiş olan miktar arasında fahiş fark olduğunun saptanması halinde, davacı tarafından daha önce verilen ibranamenin makbuz hükmünde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini vurguladıktan sonra, rapor tarihindeki verilere göre tazminat hesabı yapılmasını ve zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince davalı tarafından yapılan ödemeye hesap tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmak suretiyle bulunacak güncel ödeme tutarının hesaplanan zarar tutarından mahsup edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁶

Doktrinde Yargıtay'ın iş hukukunda düzenlenen ibra sözleşmelerinde kullandığı makbuz hükmünün, yetersiz ya da fahiş olduğu tespit edilen ibra sözleşmeleri bakımından

10.04.2013).

³⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E 2018/4028, K 2019/1197, T 11.02.2019'da "...Davaya konu kaza nedeniyle davacıda oluşan iş gücü kaybı oramı ile zararın belirlenmesinden önceki aşamada, davalı sigortacı tarafından yapılan ödeme nedeniyle verilen ibranamaya konu bedelin yetersiz olduğunun davacı tarafça iddia edildiği; 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111/2. Maddesi gereği, ibra tarihinden sonraki 2 yıl içinde yetersizlik iddiasının ileri sürüldüğü; zarar ile kapsamı belli olmadan verilen ibranamenin ancak makbuz hükmünde olduğu dikkate alındığında, önceki davada verilen kararın kesin hüküm teşkil etmemesine..." karar verildiği görülmüştür, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E 2015/9066, K 2018/3714, T 02.04.2018 tarihli kararında "... dosya içindeki bu belgenin içeriği gözetildiğinde davacı ile aracın ZMMS sigortacısı arasında düzenlenen bu belge makbuz hükmünde olup, davalıların meydana gelen zarar sebebiyle tüm sorumluluğunu bertaraf eder mahiyette değildir. Kaldı ki Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. Maddesinde hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmaların geçersiz olduğu; tazminat miktarlarına ait olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmaların yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Davacı ile sigortacı arasında düzenlenen belgenin tarihi olan 06.08.2013 ile dava tarihi olan 05.06.2014 tarihi de dikkate alındığında 2 yıllık sürenin geçmediği de anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece davacının talep hakkı olduğu kabul edilerek, işin esasına girilmek suretiyle, davacının gerçek zararı belirlenerek yapılan bu ödemenin de zarar düşülmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken hatalı gerekli ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmayıp bozulmasına..." karar verilmiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 09.06.2023).

³⁵ Yargıtay 17. HD E 2010/3778, K 2011/3493, T 14.04.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 09.06.2023).

³⁶ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi, E 2019/384, K 2021/1125, T 10.06.2021, Legal İçtihat

uygulanması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre hizmet sözleşmelerinde ibrayı düzenleyen TBK m 420/3 de “*Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur*” açıkça hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmelerinin içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmünde olduğu düzenlenmesine karşın KTK m 111/2’de buna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı; KTK m 111/2 uyarınca ibra sözleşmelerinin iptali talebiyle açılan davalarda yetersizlik ya da fahişlik incelemesi yapılmaksızın ve sözleşmenin iptaline karar vermeksizin geçerli olan bir ibra sözleşmesinin hukuki niteliğinin makbuz olarak değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.³⁷

2. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Kapsamında Sigortacıya Verilen İbranamelerin Durumu

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda ibranameye ilişkin düzenleme 04.12.2021 tarihli ve 31679 sayılı Resmî Gazete ile yapılan değişikle getirilmiştir. ZMSSGŞ EK-2 m 11 “*İbraname olsun ya da olmasın sigorta şirketi tarafından önceden ödeme yapılmış bir tazminat uyuşmazlık olması durumunda tazminat ödeme tarihi hesap tarihi kabul edilerek (ödeme tarihindeki ücretler ve ödeme tarihinde yürürlükte olan mevzuata uygun ödemeye esas kriterler dikkate alınarak) tazminat hesabı yapılır ve hesaplanan tazminat ile yapılan ödeme tutarı karşılaştırılır. Hak sahibi lehine fark çıkması durumunda güncel veriler üzerinden yeniden hesaplama yapılır. Bu tutardan, geçmişte yapılan ödemenin hesap tarihindeki değeri düşülerek kalan tutar hak sahibine ödenir*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

ZMSSGŞ Ek-2 m 11 düzenlemesi ile sigorta şirketleri tarafından ibraname alınarak yapılan tazminat ödemesine ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı halinde, tazminat ödeme tarihi hesap tarihi kabul edilerek, ödeme tarihindeki ücretler ve ödeme tarihinde yürürlükte olan mevzuata uygun ödemeye esas kriterler dikkate alınarak tazminat hesabının yapılacağı, hesaplanan tazminat ile yapılan ödeme tutarı arasında hak sahibi lehine fark çıkması durumunda güncel veriler üzerinden yeniden hesaplama yapılacağı ve bu tutardan geçmişte yapılan ödemenin hesap tarihindeki değeri düşülerek kalan tutarın hak sahibine ödeneceği hükme bağlanmıştır.

3. Genel Hükümlere Göre Sigortacıya Verilen İbranamelerin Geçerliliği

a. Genel Olarak

Diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi ibra sözleşmesinin de geçerli olması için tarafların karşılıklı irade beyanlarının ibra sebebi üzerine uyuşması gerekir. Bu sözleşmenin zorunlu unsurlarını alacaklı ve borçlunun belirli bir alacağı ortadan kaldırma iradeleri oluşturur. Taraflar bu iradelerini açıkça beyan edebilecekleri gibi, örtülü olarak da beyan edebilirler. İbra

Bankası (Erişim Tarihi 10.04.2023).

³⁷ Gülşah Yılmaz, ‘Sigorta Şirketleri ile Yapılan İbra Sözleşmelerinin Karayolları Trafik Kanunu m. 111/2 Uyarınca İptali’ (2018) 83 İzmir Barosu Dergisi 59, 66–69.

sözleşmesinde ibra edilen borcun bütün kapsamıyla kesin olarak belirtilmesi gerektiğinden, genel ifadeler ile içeriği tam ve belli olmayan ibra sözleşmelerinin dar yorumlanması gerektiği doktrinde isabetli şekilde ifade edilmiştir.³⁸

Türk Borçlar Kanunu m 132’de borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borcun tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa dahi ibra, şekilde bağlı olmadan yapılabilir.³⁹ Şekil serbestisi kısmi ibrada geçerli olduğu gibi tam ibrada da geçerlidir. Her ne kadar kural olarak ibra bakımından kanun koyucu TBK’da şekil serbestisi prensibini kabul etse de usul hukukunda şekil ispat şartı olarak öngörülmüşse ibra da ancak bu şekilde ispat edilebilir.⁴⁰

Sigortacıyla akdedilen ibra sözleşmeleri kapsamında sigortacıya verilen ibranameler, yanılma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma sebeplerine dayanarak iptal edilebilir. Yargıtay da konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda,⁴¹ bir araç hasarında sigorta şirketi tarafından yapılan ödemeye ilişkin olarak, alınan ek raporda belirlenen miktar ile şirket tarafından ödenen miktar arasında “önemli bir orantısızlık bulunmadığını” bu nedenle sigorta şirketi tarafından yapılan ödemeyi kabul ederek sigorta şirketine ibraname veren davacının, müzayaka halinde olduğu ve müzayaka altında yapılan ödemeyi kabul ettiği hususlarını kanıtlayamaması gerekçesiyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

b. İbranamelerin Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi

(1) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m 20/I’de genel işlem koşulları “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir” şeklinde hükme bağlanmıştır. Sözleşmede yer alan bir şartın genel işlem koşulu sayılabilmesi için bu koşulların ileride çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanılmak amacıyla hazırlanması; sözleşme koşullarının sözleşmenin bir tarafınca önceden tek yanlı olarak hazırlanması ve karşı tarafa

³⁸ Eren (n 7) 1298.

³⁹ Von Tuhr und Escher (n 7) 174; Bucher (n 7) 402; Schwenzler (n 7) 494; Honsell, Vogt und Wiegand (n 7) 716; Eichenberger, OFK (n 7) Art 115, N 4; Tekinay vd (n 7) 988; Oğuzman ve Öz (n 7) 542; Eren (n 7) 1299; BGE 111 II 143.

⁴⁰ Bucher (n 7) 402; Eren (n 7) 1299; Oğuzman ve Öz (n 7) 543.

⁴¹ Yargıtay 11. HD E 2004/9620, K 2005/6306, T 16.06.2005’te “... araçta ek raporla belirlenen rakam da dahil olmak üzere meydana gelen toplam hasar miktarının 23.143.111.500 TL olduğu, davacıya ödenen 20.004.138.00 TL ile bu rakam arasında önemli bir orantısızlık bulunmadığı, davacının yapılan ödemeyi kabul ederek karşılığında ibraname verdiği, davacının müzayaka halinde olduğu ve müzayaka altında yapılan ödemeyi kabul ettiği hususlarının da kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararının onanmasına...” karar verilmiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 09.06.2023).

sunulması; hazırlanan sözleşme koşullarının genel ve soyut nitelikte olması ve nihayet sözleşme koşullarının taraflar arasında kurulan sözleşmenin kapsamı içinde genel hükümler arasında bulunması gerekir.⁴²

Türk Borçlar Kanunu m 20/I gereğince, bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli bu koşulların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde önem arz etmemektedir. Bu hüküm gereğince, önceden hazırlanan koşulların çok kapsamlı veya bir ya da birkaç cümleden oluşması bu koşulların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez.⁴³ Genel işlem koşullarının varlığı halinde sözleşmenin karşı tarafı, kendisine göre daha üstün konumda bulunan tarafın kendisine sunduğu sözleşme muhtevasına müdahale etme imkanından yoksundur.⁴⁴

Kanaatimizce sigortacı tarafından düzenlenen ve hak sahiplerinin sigortacıyı ibra ettiği sözleşmelerin, sigorta sözleşmesinden sonraki aşamada düzenlenmesi ve sigorta sözleşmesinin devamı ve eki mahiyetinde olması, bu ibranamelere ilişkin sözleşmelerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesine engel değildir. Hal böyleyken uygulamada sigortacıya verilen ibranamelerin KTK m 111/2 hükmü dışında, irade sakatlığı ve özellikle aşırı yararlanma hükümleri kapsamında geçerli olup olmadığı incelenmiş, tespit edebildiğimiz kadarıyla hiçbir Yargıtay kararında sigortacı tarafından düzenlenerek sigortalı veya lehdara sigorta tazminatına ulaşması için sunulan ibranameler genel işlem koşulu denetimine tabi tutulmamıştır.

Sigorta tazminatını talep eden ve tazminat alacağına hak kazanan kişilerin sigortacıya vermiş oldukları ibranameler bakımından genel işlem koşulu denetimi hususunda temelde ikili bir ayırım yapılabilir. Hak sahiplerinin tüketici olması ve olmaması durumunda sigortacıya verilen ibranamelere ilişkin uygulanacak hükümler farklılık arz edecektir. Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki kısmında hak sahiplerinin tüketici olması ve olmaması durumlarına göre sigortacıya verilen ibranameler, ayrı başlıklar altında incelenecektir.

(2) Hak Sahiplerinin Tüketici Olduğu Sözleşmelerde Sigortacıya Verilen İbranamelerinin Denetlenmesi

i. Genel Olarak

Sigorta ettirenin tüketici olması ihtimalinde sigortacıya verilen ibranamelerin geçerliliği sorunu uygulamada oldukça göz ardı edilen hususlardandır. Tüketicinin Korunması Hakkında

⁴² Galip Servet Akman, *Sorumsuzluk Anlaşması* (Sulhi Garan Matbaası, 1976) 88; Oğuzman ve Öz (n 7) 161; Sevilay Uzunallı, 'Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi' (2013) LXXI [2], İÜHFM 383, 383; Genel işlem koşullarının unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Ayşe Havutçu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi' (2011) 4, İzmir Barosu Dergisi, 23, 33 vd; Umut Yeniocak, 'Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi' (2013) 107 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 75, 78 vd.

⁴³ Havutçu (n 42) 35.

⁴⁴ İsmail Atamulu, 'Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yüğü' (2018) XIII (1) ERÜHFD 101, 108; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Baki İlkay Engin, 'Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması' (2010) Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu 75 vd.

Kanun m 3’de tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tarif edildikten sonra; tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tarif edilmiştir.⁴⁵

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m 3’de de açıkça düzenlendiği üzere, sigorta sözleşmeleri sigortalının tüketici olması durumunda tüketici işlemi mahiyetinde olduğundan, kanaatimizce tüketicilerle akdedilen sigorta sözleşmeleri ve özellikle sigortacıya verilen ibranameler de tüketici işlemi kapsamında değerlendirilmelidir.

Uygulamada sigorta şirketleri tarafından düzenlenen ibranameler, hak sahiplerinin sigorta tazminatına ulaşabilmeleri için bir araç olarak kullanılmakta ve ibranameleri imzalamaması ihtimalinde sigorta tazminatına kavuşamayacağını düşünen hak sahipleri, iş bu ibranameleri imzalamak durumunda kalmaktadırlar.⁴⁶

ii. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kapsamında Sigortacıya Verilen İbranamelerini Geçerliliği

Hak sahibinin tüketici olması durumunda sigortacıya verilen ibranameler bakımından üzerinde durulması gereken ilk husus, bu ibranamelerin haksız şart denetimine tabi olup olmayacağını tespitidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m 5/1’de haksız şart, “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*” şeklinde tarif edilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m 5/3’te ise bir sözleşme şartının önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmiş ve sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu nedenle kanaatimizce matbu şekilde sigortacı tarafından düzenlenen ve tüketiciye sunulan ibranameler bakımından da sigortacının ibra edilmesi şartlarının müzakere edildiğini iddia eden sigortacının bunu ispat etmesi, aksi takdirde iş bu ibranamelerin haksız şart olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁴⁵ Tüketici işlemi kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, ‘Adi İş, Ticari İş, Tüketici İşlemleri Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi’ Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (2012) s. 396, 397.

⁴⁶ Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü 17.07.1998-46736 tarih ve sayılı “... Müsteşarlığımıza ulaşan şikayetlerden, sigorta şirketlerinin sigortalılara veya lehtarlarına sigorta şirketlerinin sigortalılara veya lehtarlarına sigorta sözleşmelerine dayalı olarak yaptıkları tazminat ödemelerinde tazminat ödemedi ibraname imzalattıkları veya ibraname imzalanmadığı gerekçesiyle tazminat ödemelerini geciktirdikleri anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sigorta şirketlerinin sigortalıya veya lehtara ödeme yapmadan önce ibraname imzalatmaması ve ibraname imzalanmadığı gerekçesiyle de ödemelerin geciktirilmemesi...” şeklinde duyuru yayınlamıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m 5/5'te ise faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın tüketici sözleşmelerinde haksız şartlara ilişkin bu hükmün uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Sigorta şirketlerinin faaliyetlerini kanun ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmeleri nedeniyle sigorta şirketleri tarafından hazırlanan sözleşmelere ve bu anlamda ibranamelere de tüketici sözleşmelerinde haksız şartlara ilişkin hükmün uygulanacağı şüphe götürmez.

Neticede uygulamada sigorta şirketleri lehine verilen ibranameler matbu şekilde tüketiciye sigorta tazminatının ödenmesi için sunulmakta ve hak sahibi tüketici, iş bu tazminata bir an önce kavuşmak maksadıyla kendine sunulan ibranameleri imzalamak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle hak sahibi tüketicinin imzaladığı ibranamelerin tüketici hukuku bakımından haksız şart mahiyetinde olduğu şüphe götürmeyeceği gibi verilen bu ibranamelerin TKHK m 5 uyarınca kesin olarak hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Zira tüketici tarafından hiçbir şekilde müzakere edilme olanağı bulunmayan ve tüketiciye sunulan ibra sözleşmelerini geçerli kabul etmek, tüketici hukukunun temel prensiplerine ve tüketiciyi koruma ilkesine açıkça aykırı olacaktır.

iii. Hak Sahiplerinin Tüketici Olmadığı Sözleşmelerde Sigortacıya Verilen İbranamelerinin Genel İşlem Koşulları Bakımından Denetlenmesi

Tüketici olmamaları nedeniyle TKHK himayesine ve dolayısıyla haksız şart denetimine tabi olmayan tüketici sözleşmeleri dışında kalan sigorta sözleşmelerinde ibranamelerin geçerliliği sorunu çalışmamız bakımından önem arz eden hususlardan biridir. Sigorta ettiren sigorta şirketine karşı adi borçlu olabileceği gibi tacir de olabilir. Bu durumda tüketici dışında kalan bu adi borçlular ve tacirler bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, dolayısıyla bu ibranamelerin genel işlem koşulları denetimine tabi olup olmayacağı sorunu oldukça önem arz etmektedir.

Sigortacının muhatabı olan tüketici ve tacir olmayan kişiler bakımından TBK'nın genel hükümlerinin, dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, sigortacıya verilen ibranameler bakımından uygulanacağına ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin tacirler bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür.

Doktrinde bu hususta ileri sürülen ilk fikre göre tacirler arasında kurulan genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde tacirlerin tüketici gibi TBK anlamında düzenleyenin karşı tarafı olarak yazılmamış sayılma veya kesin hükümsüzlük yaptırımı ile korunmaya ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu fikre göre, genel işlem koşullarına ilişkin TBK düzenlemesinin temel amacı, sosyal adalet düşüncesi ile zayıfın korunması olduğundan, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin ticari sözleşmeler bakımından uygulanmaması gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre TBK m 20/son "*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır*" hükmünün

amacı, düzenleyen bakımından kanunun uygulanmasını genişletmektir. Neticede tacirler arasındaki ilişkilerle ilgili olarak TTK m 54 ve devamında hükme bağlanan haksız rekabete ilişkin özel hükümlerin varlığı, bu uyuşmazlıklara TBK hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Bu nedenle genel işlem koşullarına ilişkin TBK hükümlerinin ticari sözleşmelerde uygulanması mümkün olmadığı gibi, TTK m 20 vd hükümleri ile TTK m 54 vd hükümleri yarışmaz.⁴⁷

Bu hususta ileri sürülen diğer bir fikre göre 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerde kişi bakımından uygulama alanı ile ilgili olarak bir sınırlama yapılmadığından; genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler bakımından da uygulama alanı bulur.⁴⁸ Bu görüş taraftarlarına göre 6098 sayılı TBK'nın ilgili hükümleri sözleşmeyi düzenleyen karşı tarafı tacir olsun veya olmasın herkese uygulanır. Bu görüş taraftarlarına göre genel işlem koşullarını ihtiva eden bir uyuşmazlık söz konusu ve sözleşmenin karşı tarafı tüketici dışında bir kimse ise (tacir, tüketici olmayan alıcı vs) sadece Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşulları ile ilgili hükümleri (m 20-25) uygulanacak, 4077 sayılı Kanun hükümleri hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacaktır.⁴⁹

Kanaatimizce de TBK m 20 ve devamı hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun mehz Alman hukukunun aksine hükmün uygulanacağı kişiler bakımından bir sınırlama getirmemesi, sigortacının muhatabı olan ve tüketici olmayan kişiler bakımından sigortacı ile yapılan ibra sözleşmelerinin TBK m 20 ve devamında hükme bağlanan genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Bu nedenle sigortacı tarafından tazminat hakkı sahiplerine imzalatılan ibranameler bakımından genel işlem şartı denetimi yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

4. De Lege Feranda Önerimiz

Yukarıda ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere KTK m 111/2'nin uygulamasına ilişkin olarak gerçek zarar miktarı ile ödenen tazminat miktarı arasındaki farka göre ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Sigortacının hak sahibine ödediği tazminat ile gerçek zarar arasında fahiş fark bulunması halinde sigortacıya verilen ibranameler KTK m 111/2'de hükme bağlanan diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla iptal edilirken; sigortacı tarafından hak sahibine yapılan tazminat ödemesi ile gerçek zarar arasında fahiş fark bulunmamakla birlikte, yapılan

⁴⁷ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1, 1, *Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (Genişletilmiş 2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019).

⁴⁸ Havutçu (n 42) 31; Murat Aydoğdu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2013) 8 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 571, 573; Doktrinde "Haksız şarta ilişkin hükümlerin sadece tüketicilere, haksız rekabete ilişkin hükümleri tacirlere, tüketicilere ve esnaflara; genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin ise tüketicilere, tacirlere ve esnafa uygulanabileceği; haksız şarta ilişkin hükümlerin ise tüketici dışındaki kişilere uygulanmasının mümkün olmadığı" ifade edilmiştir, Bahtiyar ve Biçer (n 45) 429.

⁴⁹ Oğuzman ve Öz (n 7) 170; Aydoğdu (n 48) 592.

tazminat ödemesinin yetersiz olması durumunda ise sigortacının yapmış olduğu ödemenin makbuz hükmünde olduğunun kabul edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce KTK m 111/2 hükmünde değişiklik yapılarak mehz İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'nda olduğu gibi açıkça yetersiz tazminat miktarlarına ilişkin sözleşmelerin iptal edilebileceği hükme bağlanmalıdır. İsviçre doktrininde de isabetli şekilde ifade edildiği üzere SVG m 87/2 (KTK m 111/2) hükmünü getiren kanun koyucunun amacı, trafik kazası neticesinde zarar gören kişilere genel hükümlerle tanınan aldatma, yanıma veya korkutma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkından daha geniş bir kapsamlı koruma sağlamaktır. Bu nedenle sadece tazminat miktarının açıkça yetersiz olması durumunda verilen ibranamelerin iptali gündeme gelmelidir ki aksinin, yani açıkça yetersiz (fahiş) olmayan ancak yetersiz olan ödemelere ilişkin ibra sözleşmelerinin de iptal edilebileceğinin kabulü, yapılan ibra sözleşmelerine hiçbir hukuki sonuç bağlamamak anlamına gelecektir.

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2'ye ilişkin *de lege feranda* önerimizi sunduktan sonra sigorta şirketi tarafından yapılan yetersiz ödemelerin akıbeti üzerinde de durmakta fayda vardır. Kanaatimizce her ne kadar Yargıtay sigorta şirketleri tarafından yapılan yetersiz ödemeler karşılığında hak sahiplerinden alınan ibranamelerin makbuz hükmünde olduğunu kabul etse de; sigortacının yaptığı ödeme karşısında sigortacıya ibraname verilmesi ve sonrasında yapılan tazminat ödemesinin yetersiz olduğunun tespit edilmesi durumunda sigortacıya verilen ibranamenin makbuz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Daha önce de ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere makbuz, alacaklının belirli bir edimi teslim aldığını gösteren yazılı açıklama olup, makbuzun bilgi (tasavvur) açıklaması mahiyetinde bir belge olmasına karşın; tasarruf işlemi mahiyetinde olan ibra ile borç sona ermektedir.

Kanaatimizce mevcut KTK m 111/2 hükmünün uygulanmasında yetersiz tazminat ödemeleri karşısında sigortacıya verilen ibranameleri makbuz olarak kabul etmek yerine kısmi ibra olarak kabul etmek, borçlar hukukunun genel ilkelerine daha uygun olacaktır. Sigortacı tarafından tazmin edilen yetersiz ödemelerinin kısmi ibra olarak kabul edilmesi sonucunda borcun ibra edilen kısmı sona erecek ve taraflar arasında daha önceden yapılan ibra sözleşmesine de hukuken bir değer izafe edilmiş olacaktır.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına 04.12.2021 tarihli ve 31679 sayılı Resmî Gazete ile eklenen Ek-2 m 11'de sigortacıya ibraname verilmiş olsa dahi sigorta şirketi tarafından önceden yapılmış tazminat ödemesine ilişkin ihtilafın varlığı halinde tazminat hesabının yeniden yapılacağı ve hak sahibi lehine fark çıkması durumunda, lehe olan bu tutardan geçmişte yapılan ödemenin düşülerek hak sahibine ödeme yapılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce ZMSSGŞ Ek-2 m 11 düzenlemesinde yer alan "*İbraname olsun ya da olmasın...*" ifadesi borçlar hukuku kurallarına tamamen aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki daha önce de ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere ibra, borcu sona erdiren sebeplerden biridir ve taraflar aralarındaki mevcut borcu ortadan kaldırarak bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kararlaştırırlar. İbra, bir tasarruf işlemi olduğundan, bu sözleşmeyle alacaklı alacak hakkını doğrudan doğruya ve kesin olarak etkilemekte, hakkından kısmen veya tamamen vazgeçmekte

ve mevcut alacak hakkını ortadan kaldırmaktadır. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde ibra sözleşmesinin hiçbir hukuki değeri olmadığı şeklinde anlaşılabilir ZMSSGŞ Ek-2 m 11’de düzenlenen “*İbraname olsun ya da olmasın ...*” ifadesinin ivedilikle genel şartlar metninden çıkarılması, bunun yerine tazminat ödemesine ilişkin olarak sigortacıya önceden verilen ibranamelerin kısmi ibra olarak kabul edileceğinin genel şartlara eklenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında, meydana gelen trafik kazası neticesinde zarar gören veya sigorta şirketlerinden tazminat talebinde bulunan hak sahiplerine sigorta şirketleri tarafından uygulamada sıklıkla ibranameler imzalatıldıktan sonra tazminat ödemesi yapılmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu m 111/2’de tazminat miktarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmaların iptal edileceği düzenlense de, hükmün mehz İsviçre Karayolları Trafik Kanunu m 87/2’de olduğu gibi sadece fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmaları ihtiva edecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir. Fahiş olduğu açıkça belli olmayan ancak yetersiz tazminat miktarına ilişkin anlaşmaların da iptal edilebileceğini kabul etmek sigortacı ile hak sahipleri arasında yapılan ibra sözleşmelerini anlamsız hale getirecek ve ibra sözleşmeleri hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracaktır. Mevcut durumda ise yetersiz tazminat ödemelerini ihtiva eden ibra anlaşmalarına hiç değer izafe etmemek yerine bu anlaşmaları kısmi ibra olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Sigortacı tarafından önceden düzenlenen ve hak sahiplerine tazminat alacaklarını ödmeden önce imzalatılan ibranameler bakımından çoğu zaman tek başına KTK m 111/2 hükmünün uygulanması eksik olacaktır. Neticede sigortacı ile hak sahipleri arasında imzalanan ibranameler sözleşme olduğundan, borçlar hukukunun genel hükümlerine ve özellikle genel işlem koşulları denetimine de tabi tutulmalıdır. Burada da hak sahiplerinin tüketici olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmalı, hak sahiplerinin tüketici olması durumunda TKHK, tüketici olmaması durumunda ise TBK hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına 04.12.2021 tarihinde eklenen Ek-2 m 11’deki “*İbraname olsun ya da olmasın...*” ifadesi taraflar arasında akdedilen ibra sözleşmelerinin hukuken bir değeri olmadığı şeklinde anlaşılabilirliğinden, ZMSSGŞ Ek-2 m 11’de düzenlenen “*İbraname olsun ya da olmasın ...*” ifadesinin ivedilikle genel şartlar metninden çıkarılması, bunun yerine tazminat ödemesine ilişkin olarak sigortacıya önceden verilen ibranamelerin kısmi ibra olarak kabul edileceğinin genel şartlara eklenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akman GS, *Sorumsuzluk Anlaşması* (Sulhi Garan Matbaası 1976)
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1 254, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Atamulu İ, 'Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü' (2018) XIII [1] Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101
- Aydoğdu M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2013) 13 [2] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 571
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası Yetkin Yayınları 2023)
- Bahtiyar M ve Biçer L, 'Adi İş, Ticari İş, Tüketici İşlemleri Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2012) Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan 396
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2. Auflage, 1988)
- Eichenberger M, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (3. überarbeitete Auflage 2016)
- Engin Bİ, 'Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması' (2010) Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu 75
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Yetkin Yayınları 2016)
- Giger H, *Strassenverkehrsgesetz mit weiteren Erlassen OFK-Orell Füssli Kommentar* (8. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, 2014)
- Gümüş MA, 'Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler' (2011) 17 [1-2] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 351
- Havutçu A, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi' (2011) 76 [2] İzmir Barosu Dergisi 29
- Honsell H, Vogt NP und Wiegand W, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529* (5. Auflage, 2011)
- Kayıhan Ş ve Günergök Ö, *Sigorta Hukuku Dersleri* (6. Bası, Umuttepe Yayınları 2021)
- Kender R, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (Güncelleştirilmiş On Yedinci Baskı, Filiz Yayınevi 2021)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1* (Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018)
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht* (2006)

Tekinay SS vd, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Yayınevi 1993)

Tuhr A und Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II* (1984)

Uzunallı S, 'Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi' (2013) LXXI [2] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 383

Weissenberger P, *Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz* (2015)

Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi 2021)

Yeniocak U, 'Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi' (2013) [107] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 75

Yılmaz G, 'Sigorta Şirketleri ile Yapılan İbra Sözleşmelerinin Karayolları Trafik Kanunu m. 111/2 Uyarınca İptali' (2018) 83 [1] İzmir Barosu Dergisi 59

İslam Hukukunda Eşlerin Mali Mükellefiyetleri*

Financial Obligations of Spouses in Islamic Law

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA**

Öz

Aile, insanın doğup büyüdüğü ve medeni ilişkileri öğrendiği vazgeçilmez bir kurumdur. Diğer hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da insanların tüm eylemlerine dair birtakım düzenlemeler getirmektedir. Bu bağlamda insanların aile kurmalarını teşvik etmiş ve ailede tarafların ne gibi hak ve sorumlulukları olduğunu ortaya koymuştur. Çünkü iki farklı aile ortamında yetişen tarafların ortaklaşa hukuki bir eylemde bulunmaları zorunlu olarak bu hak ve mükellefiyetleri meydana getirmektedir.

İslam hukukunda evliliğin taraflara sağladığı birçok hak ve onları mükellef kıldığı birçok sorumluluk olmakla birlikte biz bunlardan sadece mali mükellefiyetleri ele alıp inceleyeceğiz. Mali mükellefiyet dediğimiz şey; çeyiz, mehir ve nafakadır.

İslam tarihi boyunca sosyal bir vakıa olarak yaygın bir şekilde kadının kendisi veya daha çok ailesi tarafından hazırlanan çeyiz, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kadın için hukuki bir mükellefiyet olarak görülmemiştir. Mehir ve nafakanın ise şartlarının oluşması halinde erkek için mali bir mükellefiyet olduğu hususunda İslam hukukçuları ittifak etmişlerdir. Biz bu çalışmamızda eşlerin bu mali mükellefiyetlerinin hangi şartlarda ve hangi nitelikte gerekli olduğunu dört fıkıh mezhebini dikkate alarak açıklayacağız.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, aile, çeyiz, mehir, nafaka.

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 20.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 11.09.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta/e-mail: huseyin.karayaka@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9687-4751).

Abstract

The family is an indispensable institution in which a person is born and grows up and learns marital relations. Like other legal systems, Islamic law also introduces a set of regulations regarding all actions of people. In this context, it encouraged people to start a family and revealed what rights and responsibilities the parties have in the family. Because the parties who grew up in two different family environments, to take a joint legal action, necessarily create these rights and obligations.

In Islamic law, although there are many rights that marriage provides to the parties and many responsibilities that make them responsible, we will only examine the financial obligations. What we call financial liability; dowry, mahr and alimony.

The dowry, which was prepared by the woman herself or mostly by her family, as a social phenomenon throughout the history of Islam, was not seen as a legal obligation for women according to the majority of Islamic jurists. Islamic jurists have unanimously agreed that mahr and alimony are a financial obligation for men if the conditions are met. In this study, we will explain under what conditions and in what quality these financial obligations of the spouses are necessary, taking into account the four sects of fiqh.

Keywords: *Islamic law, family, dowry, mahr, alimony.*

GİRİŞ

İslam, insanın içinde doğup büyüdüğü ve hayatı ilk defa öğreneceği bir kurum olması münasebeti ile aileye büyük önem vermiştir. Çünkü aile insan neslinin devamı için zorunlu bir vesile olduğu gibi dünyevi ilişkilerde de insanın çıkar ilişkilerinden uzak, sevgi ve merhamete dayalı huzur bulduğu bir ortamdır.¹ Ayrıca insanın yaratılış gayesine uygun, dini, hukuki ve ahlaki bir zeminde yetişmesi için bir vasıtaadır. Bu sebeple İslam, aile kurmayı teşvik etmiştir.²

Aile kurmanın yolu aralarında evlenme engeli olmayan bir erkekle bir kadının usulüne uygun bir şekilde yapılmış olan nikâh ile bir araya gelmelerinden geçer.³ Böylece evlilik birliği kurulmuş ve hayat ortaklığı başlamış olur. Bu ortak hayat birlikteliği insana birtakım haklar sağladığı gibi birtakım sorumluluklar da yükler.⁴ Zira hukuki bir bağ ile iki insanın bir arada olduğu her durumda kaçınılmaz olarak bu hak ve yükümlülük ilişkisi doğar.

İslam hukuku insanların evlenmelerini meşru görerek evliliği belli bir hukuki zemine oturtmuş ve taraflara belli haklar tanıdığı gibi belli sorumluluklar da yüklemiştir. Bu hak ve sorumlulukların bir kısmı sosyal konular olduğu gibi diğer bir kısmı da mali konulardır. Zira

¹ en-Nisâ 4/1; er-Rûm 30/21.

² en-Nûr 24/32; Muhammed b İsmâil Buhârî, *Şahîh-i Buhârî* (Sultaniyye Matbatu'l Kubra el-Emiriyye 1311) 'Nikâh', 3; Müslim b. Haccâc Müslim, *El-Câmi'u's-Şahîh* (Dâru İhyai'l Kutbi'l Arabiyye 1374) 'Nikâh', 1.

³ Ahmed bin Muhammed Kudûrî, *Muhtasarı Kudûrî* (Kâmil Muhammed Muhammed Uveyza ed, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye 1997) 145.

⁴ en-Nisâ 4/34-35, 129.

ortak hayatı paylaşan eşler arasında sosyal ilişkilerin yanında mali ilişkilerin ortaya çıkması tabii bir durumdur. Çünkü evlilik birlikteliği devam ettiği sürece eşler hem bu birliğin ihtiyaçlarını hem de kendi ferdi ihtiyaçlarını karşılamak için para harcamak zorundadırlar. Bu da taraflardan biri için mali bir hak olurken diğer taraf için mali bir sorumluluk demektir.⁵

İslam hukukuna göre genel manada dini ve hukuki mükellefiyet noktasında erkekle kadın eşit olmakla birlikte⁶ evlilik hukuku içerisinde eşlerden her birinin ortak hak ve sorumlulukları olduğu gibi ayrı ayrı hak ve sorumlulukları da vardır. Karşılıklı iyi muamele, sevgi, saygı, sadakat, birbirinin cinsel yönlerinden istifade etme, birlikte oturma, çocukların bakım ve eğitimi eşlerin ortak hak ve sorumluluklarıdır.⁷

Bir yandan kadın ve erkeğin fitrî özellikleri, öte yandan erkeğin toplum hayatındaki konumu göz önünde tutularak aile reisliği/sorumluluğu erkeğe verilmiştir.⁸ Bu sorumluluk gereği ailenin tüm mali masrafları erkeğin uhdesindedir.⁹ İslam hukukunda evliliğin erkeğe ait kılınmış olduğu bu malî sorumluluklar mehir ve nafakadır.¹⁰ Erkek için birer hukuki mükellefiyet olan bu durumlar kadın için ise birer haktır. Evlilikte eşler arası mal ayrılığı usulünü benimseyen İslam hukukuna göre kadın zengin bile olsa aile giderleri için bir harcamada bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹¹ İslam hukukçularının çoğunluğuna göre evlilik kurulma aşamasında kızın kendisine verilen mehirle veya şahsi malı ile çeyiz yapma zorunluluğu olmadığı gibi ailesinin de çeyiz yapma zorunluluğu yoktur. Buna göre oturulacak evin, eşyalarıyla birlikte hazırlanması nafaka mükellefiyeti kendisine ait olan erkeğe aittir. Bu sebeple olsa gerek klasik fıkıh kitaplarında çeyiz konusu daha çok mali mükellefiyetler bağlamında değil örf ve adet gereği yapılan çeyizlerin daha sonra bir sorun yaşandığında taksimi, kime ait olacağı bağlamında ele alınmıştır.¹² Fakat Malikilerin çoğunluğu başta olmak üzere bazı hukukçulara göre kadın kendisine verilen mehire denk bir şekilde ve örf ve adete göre çeyiz hazırlamak zorundadır.¹³ Bu sebeple biz bu çalışmamızda eşlerden her biri için mali mükellefiyet sayılan çeyiz, mehir ve nafaka konularını ele alıp inceleyeceğiz.

Evlilikle oluşan ve mali bir durum olan miras ise eşlerin birbirlerine karşı bir mükellefiyeti değil, eşlerden birinin ölmesi halinde diğer eşin elde edeceği hukuki bir haktır.

⁵ el-Bakara 2/228; en-Nisâ 4/20-21; et-Talâk 65/7.

⁶ Âl-i İmrân 3/195; en-Nahl 16/97.

⁷ Seyyid Sâbık, *Fikhü's -Sünne* (3. Baskı, Daru'l Kitabi'l Arabiyye 1977) 2/153-154; Abdülvehhâb Hallaf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye Fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye* (2. Baskı, Daru'l-Kutübü'l-Mısriyye 1938) 75.

⁸ el-Bakara 2/228; en-Nisâ 4/34; Buhârî, "Ahkâm", 1, "Nikâh", 90; Müslim, "İmâre", 20.

⁹ el-Bakara 2/233; et-Talâk 65/6-7.

¹⁰ Hallaf (n 7) 75.

¹¹ Zahirî hukukçu İbn Hazm'a göre zengin olan kadın, kocasının nafakasını teminle yükümlüdür. Bkz; Ebû Muhammed b Ali İbn Hazm, *El-Muhallâ Bi'l-Âsâr* (Abdülgaffâr Süleyman el-Bendârî ed, Daru'l Fikir) 9/255.

¹² Muhammed b Ahmed Serahsî, *El-Mebsût* (Daru'l- Ma'rife 1993) 5/214-215; Alaeddin Kâsânî, *Bedâ'î'u's-Şanâ'i' Fi Tertîbi's-Şerâ'i'* (Daru'l-Kutübü'l-İlmiyye) 2/309.

¹³ Sâbık (n 7) 2/167.

Diğer bir ifade ile geride kalan eşin ölen eşi sebebi ile elde ettiği hukuki bir haktır.¹⁴

I. KADININ MALİ SORUMLULUĞU: ÇEYİZ

A. Kavramsal Tahlil

Cehâz/cihâz, Arapçada “yolcunun, gelinin ve sefere çıkacak ordunun ihtiyaç duyacağı eşya, gıda maddesi, silâh vb malzemeler” anlamına gelir.¹⁵ Türkçede anlam daralmasına uğrayarak **çehiz/çeyiz** olarak yaygınlık kazanmış ve sadece gelin için hazırlanan eşya anlamına gelmektedir.¹⁶ Terim olarak çeyiz, “kocasının evinde kullanılması amacıyla kadın ve ailesi tarafından hazırlanan eşyalar” olarak tanımlanmaktadır.¹⁷

Kur'an-ı Kerim'de kelime fiil kalıbında “cehheze” şekliyle “yolcu için yapılan hazırlık” anlamında iki yerde geçmektedir.¹⁸ Kelime hadis kaynaklarında daha çok “orduya asker hazırlama” manasında kullanılmakla birlikte¹⁹ “gelin için yapılan hazırlık” manasında da kullanılmıştır. Bu manada özellikle Hz. Peygamberin, kızı Fatıma için hazırlatmış olduğu çeyizlik eşya tek tek sayılır.²⁰ Tabii Hz. Peygamberin bu uygulaması bir taraftan o gün toplumda var olan uygulamanın bir gereği olarak evlenen kızına bir katkı amacı taşımaktadır. Diğer taraftan da damadı Hz. Ali'nin, daha önce kendisine kol kanat geren ve vefat eden amcası Ebu Talib'in oğlu olması münasebeti ile adeta O'na da “babalık” yaptığını göstermektedir.

Klasik fıkıh eserlerinde çeyiz konusu iki noktada ele alınmaktadır. Birincisi kadının çeyiz hazırlamak zorunda olup olmadığıdır. Hukukçuların çoğunluğuna göre, kadınlar çeyiz hazırlamak zorunda değildir. İkinci nokta ise evliliğin bir şekilde son bulması halinde çeyiz eşyalarının paylaşılması meselesidir. Giriş bölümünde de ifade ettiğimiz gibi fıkıh kitaplarında daha çok evliliğin sona ermesinden sonra, edinilmiş mallar olan çeyiz eşyalarının paylaşılmasında nasıl bir yol takip edileceği konusu işlenmektedir. Bu konuda öncelikle eşyanın kendisine ait olduğunu iddia eden kişi bunu delille ispatlıyorsa ona göre hüküm verilir. Şayet iddia sahibi bunu ispatlayamıyorsa bu noktada genel olarak kullanımı erkeğe ait olan eşyaların erkeğe, kadının kullandığı eşyaların ise kadına verileceği kabul edilmektedir. Ancak her ikisine ait olma ihtimali bulunan eşyaların paylaşımında ittifak edilen belli bir yöntem olmayıp ikisi arasında yarı yarıya paylaşılır diyenler olduğu gibi erkeğe ait olduğunu

¹⁴ Sâbık (n 7) 2/153.

¹⁵ Muhammed b Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (3. Baskı, Daru Sadır 1414) 'chz', 5/325; Muhammed bin Ebu Bekir er-Râzî, *Muhtar'us-Sıhah* (Yusuf eş-Şeyh Muhammed ed, 5. Baskı, el-Mektebetü'l Asriyye 1999) 63; Muhammed b Yakub Firuzabadi, *El-Kamusü'l-Muhit* (8. Baskı, Müessesetü'r-Risale 2005) 507.

¹⁶ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim. 31.01.2023.

¹⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (Bilmen Basım ve Yayınevi) 2/12; Sâbık (n 7) 2/167.

¹⁸ Yûsuf 12/59, 70. **وَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ** “Yüklerini hazırlayınca,” (Yûsuf; 59); **فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ** “Yûsuf, onlar için yüklerini hazırlattığı zaman.” (Yûsuf; 70).

¹⁹ Buhârî (n 2) ‘Cihad ve Siyer’ 37; Ahmed b Ali en-Nesâî, *Es-Sünen* (Hasan Abdü'l Mün'im Şelebi ed, Müessesetü'r-Risale 2001) ‘Cihad’, 19.

²⁰ Kelimenin gelin için yapılan hazırlık manasındaki kullanımı için bkz; Ahmed b Muhammed İbn Hanbel, *El-Müsned* (Müessesetü'r-Risale 2001) 2/121, 211, 44/620, 45/575; en-Nesâî (n 19) ‘Nikâh’, 5546.

söyleyenler de vardır.²¹ Bu hususta daha çok örfün esas alındığı görülmektedir.²² Bu ikinci nokta bizim konumuzun dışında olduğu için bu kadarla yetinip bunun detayına girmiyoruz.

B. Çeyizde Amaç ve İçerik

Hem geçmişte hem de günümüzde İslam ülkelerinde çeşitli şekillerde var olan çeyiz uygulaması dini, hukuki hükümlerin değil, sosyal yapının bir ürünüdür.²³ Çeyiz hazırlamakla psikolojik olarak kızın koca evine alışana kadar yabancılık çekmesini ve başı eğik olmasını önlemek, yeni aile kuran eşlerin hayatını kolaylaştırmak ve böylece evlilikle amaçlanan mutluluğa katkı sağlamak gibi birçok amacı bulunmaktadır.

Çeyiz olarak verilen şeyler insanların toplumsal hayatına ve sosyo-ekonomik statülerine göre farklılık arz etmektedir. Örneğin tarım ve hayvancılığa dayalı toplumlarda kızın kendisinin ve annesinin hazırlayıp veya bir başkasına hazırlattığı el işlemesi denilen sanatsal özelliği olan bazı eşyalar ve evin içinde kullanılan araç gereçlerin yanında ayrıca evin geçimine katkı sağlamak amacıyla canlı hayvan verildiği de olmaktadır. Bunlar da özellikle mayalıklar denilen dişi hayvanlardan verilir ki üreyip çoğalmaları mümkün olsun ve böylece ailenin geçimine sürekli bir katkısı olsun. Şehir kültürünün yaygınlık kazandığı yerlerde ise el işlemeli eşyalardan daha çok evin temel ihtiyaçları olan beyaz eşya, mobilya grupları ve mutfak eşyası gibi şeylerin olduğu görülmektedir. Yeni kurulacak olan evin ihtiyaçlarının karşılanması için bazen aileler düğünden önce konuşarak kimin ne alacağı belirlenir. Kızın ailesi kendilerinin alması gereken eşyayı çeyiz sorumluluğu gereği alırlar. Bazen de önceden karşılıklı belirlenen şeylerin dışında kızın ailesinin ve akrabalarının düğün hediyesi olarak çeyizlik eşya aldıkları olmaktadır. Birçok bölgede hem varsa eksiklerin giderilmesini sağlamak hem sosyo-ekonomik statüsünü ortaya koymak hem de gerektiğinde bir ispat vasıtası olması amacıyla tüm bu çeyiz eşyalarının sergilendiği ve çeyiz senedi de denen çeyiz defterlerine kaydedildiği bilinmektedir.²⁴

C. Kadının Çeyiz Hazırlamasının Hukuki Mahiyeti

İslâm hukukunda koca, yüklendiği nafaka mükellefiyetinin bir gereği olarak evlilik sırasında oturacakları evi ve ev için gerekli tüm eşyaları hazırlamakla yükümlüdür.²⁵ Bu sebeple

²¹ Abdullah b Ahmed İbn Kudâme, *El-Muğni* (Abdullah et-Türkî ed, Dâru Alemlî Kütüp 1997) 14/333-335.

²² Üzeyir Köse, 'İslâm Aile Hukuku Açısından Çeyiz' [2019] Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 98, 98; Hallaf (n 7) 104-105.

²³ Abdülazim Mahmud ed-Dîb, 'Çeyiz', *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1993) 296 297; Sâbık (n 7) 2/167; Köse (n 22) 102.

²⁴ İbrahim Özbay, 'Çeyiz Senedine İlişkin Davalarda Söz Konusu Olabilecek Çeşitli Hukuki Sorunlar' (2010) 6 Legal Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Dergisi 501, 505-511; Ayşegül Karakelle ve Tevhide Özbağı, 'Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Bağlamında Çeyiz Geleneği "Erzurum Örneği"' (2019) 23 Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi 668, 670, 680-681.

²⁵ Serahî (n 12) 5/180182; Kâsânî (n 12) 4/23; Burhaneddin Merğînânî, *El-Hidâye* (Talal Yusuf ed, Daru İhyai't Tûrasi'l Arabî) 2/288; Yahyâ b Şeref en-Nevevî, *Minhacü't-Talibin ve Umdeti'l-Müftin Fi'l-Fıkh* (Daru'l Fikir 2000) 262-263; Muhammed b Ebi Bekr İbn Kâdî Şühbe, *Bidâyetü'l-Muhtâc Fi Şerhi'l-Minhâc* (Daru'l Minhac 2011) 3/401-412; Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi* (7. Baskı, Mehîr Vakfı Yayınları 2021)

Hanefi, Şafii ve Hanbeli hukukçulara göre hukuken, evlenme sırasında kadının ne aldığı mehirle ne de kendi malından koca evine eşya götürme, diğer bir ifadeyle çeyiz hazırlama mecburiyeti vardır.²⁶ Tabii gerek kızın kendisinin gerekse ailesinin yeni kurulan aileye maddi katkıda bulunmak amacıyla çeyiz hazırlamalarına mani bir durum da söz konusu değildir. Diğer bir ifade ile erkeğin nafaka sorumluluğu içerisinde oturacakları evin ve kullanacakları tüm eşyanın var olması kızın buna katkı sağlamasına mani değildir. Haddi zatında İslam toplumlarında var olan uygulamalar da bu gerçeği göstermektedir.

Hanefi hukukçularından İbn Abidin (ö 1252/1836), daha önce bazı bölgelerde var olan bir uygulamayı dile getirerek erkeğin kadına çeyiz hazırlaması şartıyla mehir miktarından daha fazla bir mal, para vermesi durumunda örfi olarak böyle bir uygulama varsa kadının çeyiz hazırlaması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü Hanefilere göre akdin ruhuna ve tabiatına uygun olup örf haline gelen şartlar geçerlidir.²⁷ Ancak koca bu durumda çeyiz hazırlamadan gelen kadını çeyizsiz olarak kabul ettiğine dair zifaktan sonra uzun bir süre susup çeyiz talebinde bulunmazsa mehirden fazla olarak verdiği o mal veya para koca adına teberru sayılır. İbn Abidin bu uygulama zamanımızda bilinmemektedir diye de eklemektedir.²⁸ Anlaşıldığı kadarıyla İbn Abidin'in gündeme getirdiği bu uygulamanın dayanağı tamamen örfidir.

Genel uygulamalarında Hanefi mezhebini esas alan Osmanlı hukukçuları, diğer mezheplerin görüşlerine de yer vermekle birlikte Hanefi mezhebini merkeze alarak hazırlamış oldukları Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde de net bir şekilde ifade ettikleri üzere kadının çeyiz hazırlama yükümlülüğü yoktur. Bu durum Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde "*Mehir menkûhenin malı olup onunla cihâz yapmağa cibr olunamaz*" şeklinde ifade edilmiştir.²⁹ Bu hüküm Hanefi mezhebinin bu konudaki asıl görüşünü ifade etmektedir. İbn Abidin'in gündeme getirdiği durum örfi ve istisnai bir uygulamadır.

Maliki hukukçular ise cumhurdan farklı düşünerek kadının, kendisine verilen mehire denk ve örfeye uygun bir şekilde çeyiz hazırlama yükümlülüğünün olduğunu söylemektedirler.³⁰ Çünkü onlara göre mehir tamamen kadının hakkı değildir. Zira örf, kadının koca evinde ihtiyaç duyacağı çeyizi hazırlaması şeklinde devam etmekte ve koca da mehiri zaten bu amaca yönelik vermektedir. Ancak Malikiler, kadının bu yükümlülüğünün olabilmesi için; mehrinin kendisine zifaktan önce tamamının veya bir kısmının para cinsinden nakit olarak ödenmesi gerektiğini veya kocanın kadına çeyiz yapmasını şart koşmasını ya da örf gereği böyle bir uygulamanın olmasını şart koştuklarıdır. Ayrıca koca çeyiz hazırlanması için mehirden ayrı bir mal veya

37, HAK m 70; İbn Kudâme (n 21) 11/355.

²⁶ Sâbık (n 7) 2/167; Hallaf (n 7) 103; İbn Hazm (n 11) 9/108-109; Hüseyin bin Avde el-Avayişe, *El-Mevsûatü'l-Fıkhiyyeti'l-Müyesera* (Mektebetü'l-İslamiyye 1429) 5/179.

²⁷ Hüseyin Karayaka, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti* (1. Baskı, Kitap Dünyası Yayınları 2022) 158-162.

²⁸ Muhammed Emîn b Ömer İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr* (Şirketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî 1966) 3/158, 585; ed-Dîb (n 23) 297.

²⁹ Çeker (n 25) 41, HAK m 89.

³⁰ Abdullah b Abdurrahman İbn Ebû Zeyd, *En-Nevadir ve'z-Ziyadat Ala Ma Fi'l-Müdevvene ve Gayriha Mine'l-Ümmehat* (Muhammed el-Hacci ed, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî 1999) 4/484.

para vermeyi taahhüt etmişse ya da örf bu şekilde ise kadın bu fazla parayı almadıkça çeyiz hazırlama mecburiyetinde değildir. Mezhebin genel görüşü bu olmakla birlikte bazı Maliki hukukçuları bunun uygulanagelen örften başka bir dayanağı bulunmadığını da belirtmişlerdir. Diğer bir ifade ile kadının çeyiz hazırlaması gerektiği düşüncesinin dayanağı örfür.³¹

Malikilerin kadının çeyiz hazırlama yükümlülüğünün olabilmesi için ileri sürdükleri şartlara dikkatlice bakıldığında, bu yükümlülüğün hukuki bir gereklilikten ziyade ya mehir verilirken çeyiz hazırlanması şartına veya örfi uygulamaya bağlı olduğunu görmekteyiz. Böyle bir şart ve uygulamanın olmaması durumunda ise Malikilere göre de kadının çeyiz hazırlama yükümlülüğünün olmadığını ifade edebiliriz.

Malikilerin kadının çeyiz hazırlaması gerektiği hususundaki görüşlerini isabetsiz bulan zahiri hukukçu İbn Hazm (ö 456/1064), bunun “Kadınlara mehirlerini borcunuzu öder gibi verin. Eğer onun bir kısmını size gönül razısıyla verirlerse onu da âfiyetle yiyin.”³² ayeti ile çeliştiğini ifade etmektedir. Yine o, erkek ister razı olsun ister olmasın nikahlı olduğu sürece kadının onun malı üzerinde mehir ve nafaka ve boşamışsa *müt’a* hakkı olduğunu, fakat erkeğin kadının malı üzerinde herhangi bir hakkı olmadığını söyler.³³

Evlenecek kadının kendisinin veya anne ve babasının, kadının yeni kuracağı evi için hazırladıkları çeyiz hususu, kızın ailesi ister zengin ister fakir olsun Hz. Peygamber döneminden beri İslam toplumlarında sosyal bir vakıa olarak farklı şekillerde uygulanmaktadır. Fakat bu uygulamaya rağmen bu husus yukarıda ifade ettiğimiz İbn Abidin’in dile getirdiği uygulama ve Malikilerin örfeye dayalı veya şarta bağlı olarak zorunlu görmelerinin dışında İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından hukuki bir zorunluluk olarak görülmemektedir. Bunun sebebi bir yandan kadın ve erkeğin fitrî özellikleri, öte yandan kadın ve erkeğin toplum hayatındaki konumu göz önünde tutularak aile reisliğinin/sorumluluğunun erkeğe verilmiş olmasıdır.³⁴ Bu sorumluluk gereği örfi olarak uygulanan çeyiz ile temin edilen evin tüm eşyaları da dahil olmak üzere ailenin tüm mali masrafları erkeğin uhdesindedir.³⁵

Mali bir zorunluluk olmamakla birlikte kadınların gerek elde ettikleri mehirde gerekse diğer mallarından gönüllü olarak eşleri ve ailesi için harcama yapmalarına Kur’an’da izin verilmiş ve bu durum hadislerde teşvik edilmiştir.³⁶ Bir defasında Hz. Peygamber (s.a.v.) “Ey kadınlar, süs eşyalarınızdan dahi olsa sadaka veriniz.” buyurmuş, bunun üzerine bazı sahabe

³¹ Vehbe Zühaylî, *El-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu* (Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy ve H Fehmi Ulus trs, Risale Yayınevi 1994) 9/246; Sâbık (n 7) 2/167-168; ed-Dîb (n 23) 297; Köse (n 22) 102-103; Muhammed b Ahmed İbn Rüşd, *El-Beyân ve't-Tahsil: Ve's-Şerhu ve't-Tevcihu ve't-Ta'lilu Fi Mesaili'l-Müstahrece* (Muhammed Hacci ed, 2. Baskı, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî 1988) 5/21; Abdülaziz b İbrahim İbn Bezîze, *Ravzatü'l-Müstebîn Fi Şerhi Kitabi't-Telkin* (Abdüllatif Zükağ ed, Daru İbn Hazm) 1/748; Abdülvehhâb b Alî Kadi Abdülvehhab, *Kitâbü't-Telkin Fi'l-Fıkhî'l-Maliki* (Ebu Üveys Muhammed ed, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye 2004) 1/115.

³² En-Nisâ, 4/4.

³³ İbn Hazm (n 11) 9/109.

³⁴ el-Bakara 2/228; en-Nisâ 4/34; Buhârî (n 2) ‘Ahkâm’, 1, ‘Nikâh’, 90; Müslim (n 2) ‘İmâre’, 20.

³⁵ el-Bakara 2/233; et-Talâk 65/6-7

³⁶ en-Nisâ 4/4.

kadınları eş ve akrabalarına böyle bir yardım yapıp yapamayacakları konusunda tereddüt edince konuyu Hz. Peygambere sormaya karar vermişlerdir. Konu Hz. Bilâl vasıtasıyla Rasûlullah'a sorulunca o; "O kadınların bu durumda iki ecirleri olur, akrabayı gözetmek ecri ve sadaka vermek ecri." buyurmuştur.³⁷ Evlilik aşamasında kadının kendisi veya ailesi tarafından çeyiz ile yapılan mali destek ile yeni kurulan evin ihtiyaçları giderildiği için bu, hem bu hadisin işaret ettiği üzere manevi mükafata vesile olur hem de evlilikle amaçlanan ailenin mutluluğuna katkı sağlar.

Eşlerin mali mükellefiyetleri dediğimiz şey evlilikle oluşan bu yeni ailenin mali giderlerinin kimin tarafından karşılanacağı meselesidir. Bu da en az iki kişiden ibaret olan ve tüzel kişiliği de olmayan bu evlilik birliğinin kimin tarafından yönetileceği, aile reisinin kim olacağı ile doğrudan ilgilidir. Yukarıda giriş bölümünde ifade ettiğimiz üzere İslam hukukunda erkeğin aile reisi olacağı hükmü benimsendiğinden ailenin tüm mali giderlerini karşılamak onun sorumluluğundadır. Bu sebeple olsa gerek kadının, yeni kurulacak ailenin mali giderlerinin bir kısmını karşıladığı çeyiz hazırlığı sosyal sorumluluk gereği yaygın bir şekilde uygulanmasına rağmen İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından hukuken zorunlu görülmemiştir.³⁸

Günümüzde kadınlar da erkekler gibi toplumsal ve ekonomik hayatta aktif olarak var olmaktadır. Bunun neticesinde fiilen evlilik öncesinde veya evli iken birçok kadın da gelir getiren bir işte çalışmakta, birçok karı-koca yeni kuracakları evi beraber hazırlamakta ve evin giderlerine ortak katkıda bulunmaktadırlar. Bu durum klasik anlamdaki kadın-erkek rollerinde de değişikliğe sebep olmuştur. Malikilerin çeyizin hukuki gerekliliğini örfi uygulamalara dayandırmaları ve günümüzdeki toplumsal değişimin neticesi olarak kadınların da ev ekonomisine katkıda bulunmaları gerçeğinden hareketle İslam hukuku açısından çeyizin hukuki gerekliliği belli bir düzenlemeye tabi tutulabilir. Daha doğrusu haddizatında toplumda sosyal gereklilik olarak var olan uygulamanın hukuki bir formata uyarlanması olabilir. Böylece ileride bir anlaşmazlık çıkması halinde problemin kolayca çözülmesine imkan sağlanmış olur. Zira

³⁷ Buhârî (n 2) 'Zekat', 48 (no. 1466); en-Nesâî (n 19) "İşretü'n-nisa", 9156-9158.

³⁸ Evlilik birliğinin yönetimi yani aile reisliği, dolayısıyla ailenin mali giderlerinin kimin tarafından karşılanacağı sorunu Türk medeni hukukunda zamanla farklılık arz etmiştir. 743 sayılı eski Medeni Kanun'da "Koca, birliğin reisi", hükmü yer almakta ve buna bağlı olarak birliği yönetim yetkisinin de kocada bulunduğu kabul edilmekteydi. Birliğin reisi olan koca, evin seçiminden ve eşinin ve çocuklarının uygun şekilde geçiminden sorumluydu (743 sayılı MK m 152/II). Kadın ise, birliğin mutluluğunu sağlamak için gücü yettiği kadar kocasının yardımcısı ve danışmanı sayılıyordu ve eve bakma sorumluluğu da kadındaydı (743 sayılı MK m 153/II). Bu kanun farklı kültürün eseri olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınmış olmasına rağmen bu konudaki düzenleme İslam hukukunun bu konudaki görüşüyle uyumaktadır. Fakat daha sonra çıkarılan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, kadın ve erkeklerin toplumdaki rollerinin değişmesini dikkate alarak eşlerin aile birliğini beraberce yöneteceklerini ifade etmiş (TMK m 186/2.), eşlerin oturacakları konutu birlikte seçeceklerini (TMK m 185/1) ve birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacaklarını hükme bağlamıştır (TMK m 186/3). Görüldüğü üzere bu yeni TMK hem ailenin yönetimini hem de ailenin giderlerini eşler arasında eşitlik esasına göre düzenlemiştir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz; Ahmet Kalender, 'Evliliğin Genel Hükümleri' in Metin İkizler, Tüzüner Özlem (ed), *Medeni Hukuk II-Aile Hukuku* (Adalet Yayınevi 2023) 211-216; Damla Gürpınar, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergi 1293, 1294-1295.

İslam toplumlarında var olan çeyiz uygulamasında yeni kurulan aile için bir maslahat var ki çeyiz bu kadar yaygın bir kabul ve uygulamaya sahiptir. Hem maslahatın hem de örfün şer'î delillerden olması hasebiyle ayrıca kadınların eşlerine mali destekçi olmalarına dair yukarıda ifade ettiğimiz hadisin teşviki ile böyle bir hukuki düzenlemenin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü İslam hukukuna göre aile içi sorumlulukların sınırlarının tespitinde nasslar kadar geleneğin ve sosyal yapının da etkisi vardır. Tabii şunu da kabul etmek gerekir ki her bölgenin sosyal şartları, örf ve adeti değişik olacağından aile içinde örfe ya da bölgesel şartlara bağlı olan davranış biçimlerinin sınırlarını çizerek bunu bir hukuk normu haline getirmek oldukça zordur.³⁹

II. KOCANIN MALİ SORUMLULUĞU

İslam hukukunda bütün yönleriyle usulüne uygun olarak gerçekleştirilen evlilik akdi, karı-kocayı, onların ailelerini ve toplumu ilgilendiren çok yönlü hukukî ve sosyal hak ve sorumluluklar doğurmaktadır. Konumuz eşlerin mali mükellefiyetleri olduğu için buraya kadar kadının hukuki olarak mali bir sorumluluğunun, çeyiz hazırlamasının gerekli olup olmadığını ifade ettik. Şimdi ise kocanın hukuki olarak mali sorumluluğunun ne olduğunu ele alacağız. Bu bağlamda evlilik devam ederken kocanın malî sorumlulukları mehir ve nafakadır. Boşanma olmuşsa iddet süresince ödenecek olan iddet nafakası ve belli bazı durumlarda verilecek olan *müt'adır*.⁴⁰

A. Mehir

1. Kavramsal Tahlil

Bir fıkıh terimi olan mehir, erkeğin evlenme esnasında kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği para veya maldır. Başka bir ifadeyle evlilikte kadının nikâh akdi veya zıfâf sonucunda hak kazandığı maldır ki bu, kadın için bir ekonomik ve sosyal güvence mahiyetindedir.⁴¹ Mehir özellikle evlilik bir şekilde son bulmuşsa –ki bu durumda o güne kadar ödenmeyen mehir muaccel hale gelir- kadın için çok daha anlam ifade eder. Çünkü evlilik devam ederken kadının her türlü ihtiyacı kocası tarafından nafaka sorumluluğu altında karşılanmaktadır. Kocasının ölmesi veya boşanma durumunda iddet nafakasının süresinin bitmesi halinde mehir kadın için bir güvencedir. Mal ile mübadelesi kabil olan yani ekonomik değeri olan bir menfaat ve insan emeği de mehir olabilir. Kitap, Sünnet ve fıkıh literatüründe mehir kelimesi ile eş anlamda; “nikah”, “*saduka*”, “*nihle*”, “*farîza*”, “*ecr*”, “*hıbâ*”, “*ukr*”, “*alâik*” ve “*tavl*” kelimeleri de kullanılır.⁴²

³⁹ Nuri Kahveci, *İslam'a Göre Aile Bireylerinin Sorumlulukları* (Hikmetevi Yayınları 2017) 63.

⁴⁰ Hallaf (n 7) 75; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (5. Baskı, Nesil yayınları 1996) 338–341; Sabri Erturhan, *Temel Fıkıh Bilgileri* (Hikmet Yayınevi 2017) 94–98; Kahveci (n 39); Muhammed Muhiddin Abdülhamid, *El-Ahvâlü's-Şahsiyye* (3. Baskı, Matbaatü's-Saadet 1966) 122–129; Bilmen (n 17) 2/115-169, 414–495.

⁴¹ Abdülhamid (n 40) 132.

⁴² Kemâleddin İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr* (Şirketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî 1970) 3/316-317; Karaman (n 40) 338; Abdülhamid (n 40) 132; İbn Kudâme (n 21) 7/209; Bilmen (n 17) 1/115; Mehmet Akif Aydın, 'Mehir',

2. Delilleri, Gerekliliği ve Hak Sahibi

Mehir Kur'an'daki "Kadınlara mehirlerini borcunuzu öder gibi verin. Eğer onun bir kısmını size gönül razısıyla verirlerse onu da âfiyetle yiyin."⁴³ "... Bunlardan başkasını, iffetli yaşamak ve zina etmemek kaydıyla, mallarınızla (mehir ile) istemeniz size helâl kılındı. Onlarla karı-koca ilişkisi yaşamamanıza karşılık kararlaştırılmış olan mehirlerini verin."⁴⁴ "Ey peygamber! Mehirlerini verdiği eşlerini, ... sana helâl kıldık."⁴⁵ ayetlerin açıkça emirleri ve bu konudaki hadisler ile gerekli kılınmıştır.⁴⁶ Bu ayet ve hadislerin emirleri doğrultusunda bu konuda İslam hukukçuları da ittifak etmiştir.

Kitap ve Sünnet'te mehir ödemenin gerekliliği üzerinde durulmasına rağmen bunun nikahın şartı mı yoksa sonucu mu olduğu hususu açıklanmamıştır. Malikiler hariç diğer mezheplere göre mehir evliliğin şartlarından değil sonuçlarından biridir.⁴⁷ Bu nedenle taraflar kararlaştırmamış bile olsa evliliğin kurulması ile hukuk gereği kadın mehir almaya hak kazanır. Hatta mehrin verilmeyeceği açıkça ifade edilse dahi kadın, mehr-i misile hak kazanır.⁴⁸ Bu sebeple mehir, başlangıçta yok sayılamaz ve iskat edilemez. Fakat daha sonra kadın, isterse bu hakkından vazgeçebilir ve mehrini kocasına bağışlayabilir.⁴⁹ Kur'an'da mehir belirlemeden evlenen çiftlerin boşanmaları halinin düzenlenmesi (Bakara 2/236) mehir belirlenmeyen evliliklerin geçerli olduğunu gösterir.⁵⁰ Bu da nikâhın bir satım akdi, mehrin de satış bedeli olmadığını açıkça gösterir. Çünkü nikah akdi bir satım akdi olarak görülmüş olsaydı mehir miktarının belirlenmesi akdin temel şartlarından biri olur ve belirlenmemesi durumunda akit geçersiz olurdu.⁵¹ Mehir, kadının bedeli değil evlilik içi ilişkinin ve bir ömür boyu beraber

DİA (TDV Yayınları 2003) 389 389.

⁴³ en- Nisâ 4/4. وَأَثَرَا النِّسَاءِ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا

⁴⁴ en- Nisâ 4/24-25.

⁴⁵ el-Ahzâb; mehirle ilgili diğer ayetler için bkz; el-Bakara 2/236-237; en-Nisâ 4/20, 24, 34; el-Mâide 5/5.

⁴⁶ Buhârî (n 2) 'Nikah', 50-52; Müslim (n 2) 'Nikah', 13 (no. 76-78); Muhammed b Yezîd İbn Mâce, *Sünenü İbn Mâce* (Şuayb el-Arnâvud ed, Daru'r Risale el Alemiyye 2009) 'Nikah', 17; Süleyman b Eş'as Ebû Dâvûd, *Sünen-i Ebû Dâvûd* (el-Mektebetü'l Asriyye) 'Nikah', 2105-2113.

⁴⁷ Malikilere göre mehir verilmesi nikahın sıhhat şartlarından biridir. Evlenme sırasında mehir belirlenmemişse veya mehir tayini kanuna aykırı olarak yapılmışsa veyahut da hiç mehir verilmeyeceği şart koşulmuşsa, bu durumlarda evlenme fasit olarak hükümsüz sayılır. Fakat tenkitler karşısında, Malikiler bu konuda birtakım ince ayrımlar yapmak yoluna gitmişlerdir. Buna göre taraflar fiilen birleşmişlerse yani zifaf vuku bulmuşsa, evlenme artık feshedilmez. Zifaf vakıası akidde mehir sebebiyle mevcut olan sakatlığı kapatmaktadır. Bu takdirde kadın mehr-i misle hak kazanır. Malikilere göre mehire ya nikahla ya da zifafla hak kazanılır. Malikilerin bu konudaki görüşlerinin detayı için bkz; Zühaylî (n 31) 9/198-201; Ebû Bekr b Hasan Kışnavî, *Eshelü'l-Medarik Şerhi İrşadi's-Salik* (3. Baskı, Daru'l Fikir) 2/105-108; Ali b Ahmed Adevi, *Hâşiyetü'l-Adevi Ala Kifayeti't-Talibi'r-Rabbani* (Yusuf eş-Şeyh Muhammed ed, Daru'l Fikir 1994) 2/39; Bilmen (n 17) 2/116; Ahmed b Guneym İbn Mühenna, *El-Fevakihü'd-Devani Şerhi Ala Risaleti İbn Ebî Zeyd El-Kayrevani* (Daru'l Fikir 1995) 2/4.

⁴⁸ Merğînânî (n 25) 1/198.

⁴⁹ Kâsânî (n 12) 2/274-275; Bilmen (n 17) 2/115; Abdülhamid (n 40) 132.

⁵⁰ Karaman (n 40) 1/338-340; Erturhan (n 40) 96.

⁵¹ Aydın (n 42) 390.

yaşama arzusunun bir sonucudur.⁵²

Mehir nikâhlanan kadının hakkı olup bununla çeyiz hazırlamaya veya bunu ailesine vermeye zorlanamaz. Çünkü eşler arası mal rejiminde mallar ayrılığı ilkesini benimseyen İslam hukukuna göre kadın eğer ehliyet açısından kısıtlı değilse kendi malları üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahiptir. Kocasının malları üzerinde ancak vekil ise tasarruf yetkisine sahip olur.⁵³ Mehirle mükellef olan koca mehrin dışında kızın ailesine herhangi bir şey vermek mecburiyetinde değildir. Buna göre başlık parası veya süt hakkı adı altında kızın ailesinin herhangi bir para veya mal istemesi caiz değildir.⁵⁴ Ancak Ahmed b. Hanbel (ö 241/855) Kur'an'daki Hz. Şuayb'ın Hz. Musa'yı 8 yıl çobanlık yapması şartı ile kızı ile evlendirmesi hadisesini delil göstererek babanın mehrin dışında bir meblağ alabileceğini kabul etmiştir.⁵⁵

3. Mehrin Miktarı, Kısımları, Vacip Olma Zamanı ve Düşme Sebepleri

Mehrin miktarı konusunda Hanefiler 10, Malikiler 3 dirhem kadar gümüş veya bir altın dinarın dörtte biri değerini alt sınır kabul etmişlerdir;⁵⁶ Şafii ve Hanbeliler ise bir altın sınır belirlememiştir.⁵⁷ Hanefiler, Cabir b. Abdullah'ın Hz. Peygamber (s.a.v.)'den rivayet ettiği: “Kadınları denklelerinden başkasıyla evlendirmeyiniz, onları velilerinden başkası evlendiremez. On dirhemden aşağı mehir olmaz”,⁵⁸ Hz. Ali'nin “10 dirhemden aşağı mehir geçerli değildir”⁵⁹ hadisleri ile hırsızlıkta had cezasının uygulanmasını gerektiren en az miktara kıyas ederek mehrin asgari sınırını tespit etmişlerdir.⁶⁰ Buna göre, mehir olarak verilecek en düşük miktar 10 dirhem gümüşdür. Bu miktardan aşağı mehir tespiti yapılamaz. Şayet yapılırsa Ebû Hanîfe (ö 150/767), Ebû Yûsuf (ö 182/798) ve İmam Muhammed (ö 189/805)'e göre 10 dirhem esas alınır. İmam Züfer (ö 158/775)'e göre ise, bu durumda tayin edilen mehir miktarı hükümsüz olduğu için mehr-i misil ödenmesi gerekir.⁶¹ Mehrin alt limiti konusunda 20, 40 ve 50 dirhem olduğunu söyleyen hukukçular da vardır. Bu farklılığın gerekçesi, Hz. Peygamber (s.a.v.), sahabeler ve tabiun devrindeki farklı uygulamalar ile nasların farklı şekilde yorumlanmasıdır.⁶²

⁵² Karaman (n 40) 338. Fıkıh kitaplarında mehrin sebebi bağlamında kullanılan “istimta/ yararlanma” kelimesini sadece cinsel beraberlik olarak anlamak doğru olmaz. Bunu hayat boyu beraber olup eşlerin birbirine her türlü destek olmaları şeklinde anlamak gerekir.

⁵³ Abdülhamid (n 40) 127.

⁵⁴ Çeker (n 25) 41-42 (HAK m 89, 90); Karaman (n 40) 339.

⁵⁵ İbn Kudâme (n 21) 10/118-119.

⁵⁶ İ. Malik'ten 10 dirhem gümüş rivayeti de vardır. Bir dirhem gümüş 3.2 gramdır. Bu para Hz. Peygamber döneminde iki koyun parasıdır. Karaman (n 40) 1/338; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (10. Baskı, Atlas Akademi 2021) 375.; Zekat nisabı 5 ukiyye (200 dirhem x 3.2 gram = 640 gram), Buhârî (n 2) ‘Zekat’, 4, 32, 42, 56. yoksulluk nisabı 1 ukiyye (40 dirhem x 3.2 gram = 128 gram), Ebû Dâvûd (n 46) ‘Zekat’, 24.

⁵⁷ Kâsânî (n 12) 2/275-277; Merğînânî (n 25) 1/198; İbnü'l-Hümâm (n 42) 3/317; Bilmen (n 17) 2/116; Temel Kacır, *İslam Hukuk Düşüncesinde Mali Mükellefiyetler Açısından Nisap* (Fecr 2018) 101-102.

⁵⁸ Ali b Ömer Dârekutnî, *Sünenü'd-Dârekutnî* (Şuayb el-Arnâvud ed, Müessesü'r-Risale 2004) 4/358.

⁵⁹ Dârekutnî (n 58) 4/359.

⁶⁰ İbnü'l-Hümâm (n 42) 3/320.

⁶¹ İbnü'l-Hümâm (n 42) 3/320; Kâsânî (n 12) 2/275-276; Abdülhamid (n 40) 135-138; Kacır (n 57) 102.

⁶² Karaman (n 40) 1/338-339.

Bütün mezheplerce evliliği kolaylaştırmak için mehrin çok yüksek olarak tespiti tavsiye edilmemişse de mehir için bir üst sınır da öngörülmemiştir. Hz. Ömer'in 400 dirhem ile üst sınır getirme yolundaki teşebbüsü Kureyşli bir hanımın, "Eğer bir kadını bırakıp yerine başka bir kadın almak isterseniz ne kadar çok olursa olsun birincisine verdiğiniz hiçbir şeyi geri almayın"⁶³ mealindeki ayeti delil göstererek miktar sınırlamasına itiraz etmesi üzerine sonuçsuz kalmıştır. Fakat Hz. Peygamberin eşleri ve kızlarına 12 ukıyye'den (480 dirhem) (veya 12.5 ukıyye, 500 dirhem) daha fazla mehir verilmediği⁶⁴ ve evliliğin külfetsiz olması tavsiye edildiği için bu hususta insanları sıkıntıya sokacak aşırılıktan kaçınılması gerekir. Diğer bir ifade ile mehri az ya da çok vermede ifrat ve tefritten uzak orta yolu benimsemek her iki tarafın menfaati açısından daha uygundur.⁶⁵

Mehir miktarı, nikâh esnasında veya daha önce tarafların rızasıyla belirlenen mehre, "mehr-i müsemmâ/ belirlenen mehir" denir. İleride bir anlaşmazlığa sebep olmamak için bu şekilde belirlenmesi sünnettir. Belirlenen mehir ya tartışmaya sebep olmayacak şekilde bilinen ve mütekavim olan bir mal olur ya da ekonomik değeri olan bir menfaat olur.⁶⁶ Mehrin belirlenmediği durumlarda mehr-i misil denen denk mehrin verilmesi gerekir. Mehr-i mislin belirlenmesinde, kadının kendi statüsüne yakın olan, babası tarafından yakın akrabası arasında yer alan kızların mehirleri esas alınır. Böyle bir akrabası yoksa o bölgedeki akrayı yabancı kadınların mehirlerine bakılır.⁶⁷ Taraflar mehir konusunda akit anında belli bir şey üzerinde anlaşsalar fakat gösteriş ve övünmek için bunu insanlara daha farklı yansıtırsalar bu durumda gerçek iradeyi yansıtan akit anındaki belirlenen şey vacip olur.⁶⁸

Mehrin tamamı veya bir kısmı peşin olarak ödenebileceği gibi ödenmesi kısmen veya tamamen sonraya da bırakılabilir. Peşin ödenen mehre, mehr-i muaccel/peşin mehir; ödemesi ertelenen mehre ise mehr-i müeccel/vadeli mehir denir. Mehir peşin ödenmeyip vadeli olursa ödenecek zamanın tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde açıkça belirlenmesi gerekir. Vade için belirli bir zaman tayin edilmemişse boşanma veya iki taraftan birinin vefatına kadar bu süre uzayabilir ve bu durumlarda ödenmesi peşin hale dönüşür.⁶⁹

Mehir, mücerret sahih akit ile vacip olur. Fakat sahih nikâhın gereği olan bu mehrin vücûbu, gayri müekkeddir, tamamen veya kısmen sukuta ihtimali vardır. Bunun tamamen lâzım olması; zıfâf, halvet-i sahiha veya kocanın zıfâftan önce ölmesine bağlıdır. Yani kadın bu üç

⁶³ en-Nisâ 4/20.

⁶⁴ Müslim (n 2) 'Nikah' 13; Ebû Dâvûd (n 46) 'Nikah', 28.; Zekât nisabı ("Gümüşün beş ukıyyeden azında zekât yoktur" Buhârî, "Zekât", 4 ve yoksulluk sınırı ("Bir ukıyyesi veya buna denk bir şeyi bulunduğu halde dilenen arsızlıkla dilenmiştir", Ebû Dâvûd, "Zekât", 23;) gibi hususlara dair hükümler ukıyye ile ilişkili olduğundan şer'î ukıyyenin belirlenmesine gerek görülmüştür. Hadis ve fıkıh âlimleri arasında Hz. Peygamber devrinde kullanılan Hicaz ukıyyesinin 40 dirheme denk geldiği hususunda görüş birliği vardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; Cengiz Kallek, 'Ukıyye', *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları) 67 67-70.

⁶⁵ Bilmen (n 17) 2/116; Abdülhamid (n 40) 138.-118.

⁶⁶ Kâsânî (n 12) 2/277.

⁶⁷ Bilmen (n 17) 2/116-119; Karaman (n 40) 340; Çeker (n 25) 40 (HAK m 80); Abdülhamid (n 40) 141-144.

⁶⁸ Abdülhamid (n 40) 139.

⁶⁹ Bilmen (n 17) 2/118; Karaman (n 40) 1/339; Çeker (n 25) 40 (HAK m 81, 82); Abdülhamid (n 40) 140-141.

sebepten biri olursa mehrin tamamına hak kazanır.⁷⁰

Sahih nikahla evlenen kadın zifaktan veya sahîh halvetten önce boşanırsa mehir akit sırasında belirlenmiş ise kadın belirlenen mehrin yarısına hak kazanır.⁷¹ Nikâh akdinin liân, îlâ veya kocanın irtidadı gibi bir sebeple sona ermesi halinde de kadın mehrin yarısına hak kazanır.⁷²

Mehir, nikâh akdi sırasında belirlenmemiş olur, boşama da zifaf veya sahîh halvetten önce gerçekleşirse kadına mehir gerekmez. Ama onun gönlünü almak amacıyla “*müt’a*” denen miktarı içtihadı, örf ve günün şartlarına bırakılan mehr-i mislin yarısını geçmeyecek maddi bir hediye verilir.⁷³

Fasit bir nikahta zifaktan önce boşama gerçekleşirse veya nikâh sahîh olmakla birlikte henüz zifaf veya halvet-i sahîha olmadan önce kadının sebep olmasıyla nikâh akdi sona ererse o takdirde kadın mehirden mahrum kalır. Kadının dinden dönmesi, kocasının usûl veya fûrû ile beraber olması veya velisinin, denklik bulunmaması sebebiyle nikâhı feshettirmesi hallerinde de kadın yine mehir alamaz.⁷⁴

B. Nafaka

1. Kavramsal Tahlil

Sözlükte sarf etmek, harcamak, tüketmek, yok olmak, helak olmak ve insanlar arasında yaygın olmak gibi manalara gelen nafaka⁷⁵ fıkıh ıstılahında; “Kişinin ailesinin yiyecek-ıçecek, giyecek, mesken ve tedavi gibi temel ihtiyaçları için yapmış olduğu harcamadır.”⁷⁶ “İhtiyaç ve yaşam için harcanan para, azık”,⁷⁷ “Yaşama ve yararlanmanın devamlılığını sağlamak için yapılması zorunlu harcamalar”,⁷⁸ “Geçimini üstlendiğine yiyecek, giyecek ve mesken temini”,⁷⁹ “Kocanın bakmakla yükümlü olduğu şahısların, sosyal seviyelerine göre normal bir hayat sürdürebilmeleri için ihtiyaç duydukları geçim masraflarının tümüne nafaka denir.”⁸⁰ şeklinde tanımlar yapılmaktadır.

Nafaka kelimesi Kur’an’da en geniş anlamıyla gönüllü veya mecburi yapılan her türlü

⁷⁰ Kâsânî (n 12) 2/291-295; Abdülhamid (n 40) 148-149; Karaman (n 40) 1/340; Çeker (n 25) 40 (HAK m 83); Bilmen (n 17) 2/124.

⁷¹ el-Bakara 2/237; İbnü’l-Hümâm (n 42) 3/322; Kâsânî (n 12) 2/296-299.

⁷² Abdülhamid (n 40) 153-157; Erturhan (n 40) 97.

⁷³ el-Bakara 2/236; İbnü’l-Hümâm (n 42) 3/325; Abdülhamid (n 40) 157-159; Karaman (n 40) 1/340; Çeker (n 25) 40 (HAK m 84); Bilmen (n 17) 2/142; Kâsânî (n 12) 2/295-296.

⁷⁴ Abdülhamid (n 40) 159-160; Karaman (n 40) 1/340; Çeker (n 25) 340-341 (HAK m 83, 85); Erturhan (n 40) 97.

⁷⁵ İbn Manzûr (n 15) ‘nefaka’, 10/357.

⁷⁶ Bilmen (n 17) 2/444; Karaman (n 40) 1/341.

⁷⁷ Ali Haydar Efendi, *Düreru’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm* (Matbaa-i Ebu’z-Ziya 1330) ‘mecelle m 1054’.

⁷⁸ İbnü’l-Hümâm (n 42) 4/378; İbn Âbidîn (n 28) 3/571-572; Celal Erbay, ‘Nafaka’, *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 2006) 282 282.

⁷⁹ Zühaylî (n 31) 10/78.

⁸⁰ Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku* (MÜ İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2022) 67.

harcama anlamında “Siz hangi hayrı yapsanız ...”⁸¹ ve “Yine, onlar küçük olsun büyük olsun hayır yolunda bir harcama yaptıklarında ...”⁸² şeklinde iki yerde isim olarak, “infak” mastarından türeyen kelimeler şeklinde ise 70’den fazla yerde geçmektedir.⁸³ Hadislerde de nafaka kelimesi ve aynı kökten türetilmiş birçok kelime yaygın olarak kullanılmıştır.⁸⁴

İslâm hukukunda nafaka kavram ve yükümlülüğünün aile hukukuyla sınırlı olmadığı, kişinin sorumluluğu altında bulunan diğer canlılar ve hatta canlı olmayan varlıklar için yapılması gereken harcamaları da kapsadığı görülmektedir. Bu sebeple nafaka, aile hukuku ilişkisinden doğan ve mülkiyet ilişkisinden doğan nafaka diye ikiye ayrılır. Aile hukuku ilişkisinden doğan nafaka; evlilik ve akraba nafakası, mülkiyet ilişkisinden doğan nafaka ise kölelerin, hayvanların ve cansız varlıkların nafakasıdır.⁸⁵ Diğer bir tasnife göre ise nafakanın sebebi; evlilik, akrabalık ve mülkiyettir.⁸⁶ Bizim konumuz eşlerin mali mükellefiyetleri bağlamında burada sadece evlilik nafakasıdır. Evlilik sebebiyle sadece eşler arasındaki nafaka, “Koca ile karısı arasında mali bir alacıklılık ve borçluluk ilişkisi.” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁷

2. Delilleri

Evlilik gereği kadının nafakasının kocasına ait olacağını Kur’an’ın; “...Onların normal ölçülerde yiyecek ve giyeceklerini sağlamak da çocuk kendisinden olanın (babanın) borcudur. Hiç kimse gücünü aşan bir şeyle yükümlü kılınamaz...”⁸⁸ ve “O (boşanmış) kadınları, durumunuza uygun olarak kendi oturduğunuz yerde oturtun ve onların imkânlarını daraltmak yoluyla kendilerine zarar vermeye kalkışmayın. Eğer hamile iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını karşılayın... Varlıklı olan varlığından harcasın, rızkı daralmış bulunan da Allah’ın kendisine verdiği kadarından harcasın. Allah kimseyi kendi verdiğinden fazlasıyla yükümlü tutmaz. Allah bir güçlüğü ardından bir kolaylık sağlayacaktır.”⁸⁹ ayetleri açıkça ifade etmektedir. Bu ayetlerde nafakanın; normal ölçüler içerisinde bir insanın en temel ihtiyacı olan yiyecek ve giyecek ile nafaka yükümlüsü olan erkek ister fakir olsun ister zengin her halükarda kendi mali durumuna göre bir de mesken olduğu net bir şekilde ortaya konmaktadır. Nafaka konusunda birçok hadis vardır. Bunlardan bir tanesi veda hutbesinde geçen “Kadınlar hakkında Allah’tan korkun. Onlar sizin himayenizedir. Onların sizin üzerinizde normal ölçülerde yiyecek ve giyecek hakları vardır.”⁹⁰ Hadisi ile Ebu Süfyan’ın hanımı Hind’in Hz. Peygambere gelerek Ebu Süfyan’ın cimriliği ve ev için gerekli harcamayı yapmadığına dair şikayette

⁸¹ el-Bakara 2/270. وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ نَفَقَةٍ

⁸² et-Tevbe 9/121. وَلَا يُنْفِقُونَ نَفَقَةً صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً

⁸³ Muhammed Fuâd Abdülbâkî, *El-Mu’cemü’l-Müfrehes Li-Elfâzi’l-Kur’ani’l-Kerim* (Daru’l-Hadis 2001) ‘nfk’ md.

⁸⁴ Arent Jean Wensinck, *El-Mu’cemü’l-Müfrehes Li-Elfâzi’l-Hadis’in-Nebevi* (Daru’d-davet 1988) ‘nfk’ md.

⁸⁵ Erbay (n 78) 282.

⁸⁶ İbn Âbidîn (n 28) 3/572; Hatib Şirbînî, *Muğni’l-Muhtac* (Ali Muhammed Muavviz ed, Daru’l-Kitabi’l-İlmiyye 1994) 5/151; Bilmen (n 17) 446; Zühaylî (n 31) 10/79.

⁸⁷ Celal Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası* (Rağbet Yayınları 1998) 24.

⁸⁸ el-Bakara 2/233.

⁸⁹ et-Talak 65/6-7.

⁹⁰ Müslim (n 2) ‘Hac’, 19; İbn Mâce (n 46) ‘Menasik’, 84; Ebû Dâvûd (n 46) ‘Menasik’, 56.

bulunması üzerine Hz. Peygamber, “Sana ve çocuklarına normal ölçülerde yetecek kadar O’nun malından al.” demesi meşhurdur.⁹¹ Nafaka ile alakalı hem ayet hem de hadislerde geçen “el-ma‘ruf” kelimesini normal ölçüler içerisinde diye ifade ettik. Aslında bununla, kişinin yaşadığı bölgede insanlarca bilinen, örf haline gelen, ifrat ve tefritten/ cimrilik ve israftan uzak ve ailenin kendi mali durumuna göre gerekli olan harcamalar anlaşılmaktadır.⁹²

3. Nafakanın Hükümü, Kapsamı ve Miktarı

İslam hukukçuları sahih bir nikah sonucunda hükmen/hukuk gereği, evlilik birliğinde eşinin nafakasını temin etme sorumluluğunun kocaya vacip/lazım olduğunda ittifak etmişlerdir.⁹³ Ancak nafakanın kapsamı, miktarını belirlemede dikkate alınması gereken hususlar, nafakaya engel teşkil eden sebepler, kocanın nafakayı ödeyememesi ve ödemekten kaçınması durumları ile evliliğin sona ermesi süresindeki iddet döneminde nafaka gibi konuların ayrıntılarında birtakım farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir.⁹⁴

Sahi nikah sonucu vacip olan nafaka yükümlülüğünün evlilik süresince devam edeceği hususunda İslam hukukçuları fikir birliği içindedirler. Evliliğin sona ermesi durumunda iddet nafakası ödenip ödenmemesi ise evliliği sona erdiren sebeplere göre değişiklik gösterir.⁹⁵

Nafakayla ilgili ayet ve hadislere binaen İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kocanın nafaka borcuyla yükümlü olması için mutlaka zengin; kadının da fakir olması gerekmez. Koca, fakir, hasta ve gaip de olsa karısının nafakasını belli esaslar dahilinde temin etmek durumundadır.⁹⁶ Ancak Zâhirî hukukçu İbn Hazm’a göre zengin olan kadın fakir kocasının nafakasını temin etmekle yükümlüdür.⁹⁷

Kadın ister fakir ister zengin olsun nafakası hükmen/ hukuk gereği kocasına lazım gelir. Ayrıca takdir edilmesine gerek yoktur. Karı kocanın farklı dinlerden olması nafakaya engel değildir.⁹⁸

Fıkıh kitaplarında gerekli görülen nafaka; hak sahibinin yiyecek, içecek, giyecek, ev eşyası, kişisel temizlik malzemeleri, barınma ve gerektiğinde hizmetçi masraflarının sağlanmasıdır.⁹⁹ Bu bağlamda fıkıh kitaplarında dile getirilen bu maddeler, aslında yukarıda nafakanın delillerinde zikredilen “el-ma‘ruf” kelimesi ile kastedilen şeydir. Bu şey ise kişinin yaşadığı zaman, mekan ve imkana göre bir insanın gündelik hayatındaki temel/zorunlu

⁹¹ Buhârî (n 2) ‘Nafakat’, 9, ‘Ahkam’, 28.

⁹² Serahsî (n 12) 5/181.

⁹³ Merğînânî (n 25) 2/285; İbnü’l-Hümâm (n 42) 4/378-379; Abdülhamid (n 40) 195; Bilmen (n 17) 2/446; Ebû İshak Şîrâzî, *El-Mühezzebe Fî Fıkhî’l-İmam Eş-Şafîi* (Daru’l-Kitabi’l-İlmiyye) 3/148; Muhammed b Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihayetü’l-Muktesid* (Daru’l-Hadis 2004) 3/76-77.

⁹⁴ Abdülhamid (n 40) 198–224; Karaman (n 40) 1/341-343.

⁹⁵ Erbay (n 78) 282–283.

⁹⁶ el-Bakara, 2/228-229, 233, 236; en-Nisâ 4/19, 34; et-Talâk, 65/6-7; Buhârî (n 2) ‘Nafakat’, 1,9; Ebû Dâvûd (n 46) ‘Nikah’, 41.

⁹⁷ İbn Hazm (n 11) 254–255.

⁹⁸ İbn Âbidîn (n 28) 3/573-575.

⁹⁹ Karaman (n 40) 1/342; Abdülhamid (n 40) 204; Zühaylî (n 31) 10/79; Şîrbînî (n 86) 5/151.

ihtiyaçlarıdır. Bunların başında her insan için zorunlu olan yiyecek, giyecek ve mesken olduğu kesindir. Zühaylî (ö 1436/2015)'nin de belirttiği gibi tedavi ve ilaç masrafları önceleri temel bir ihtiyaç olarak görülmediği için nafaka kapsamında değerlendirilmemiştir.¹⁰⁰ Ancak günümüzde tedavi en temel ihtiyaçların başında gelir. Yiyecek-içecek, giyecek ve barınmayı nafakaya dahil edip tedaviyi dahil etmemek doğru olmaz.¹⁰¹ Bunun gibi daha önceleri temel ihtiyaçtan sayılmayıp fakat zamanla insanların gündelik hayatına giren ulaşım, haberleşme, eğitim gibi şeylerin masraflarının da nafaka kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Zira nafaka kapsamında değerlendirilen, gerektiğinde hizmetçi tutmak nasıl ki hayatı kolaylaştıran bir durumsa bugün de zikrettiğimiz hususlar aynı şekildedir.

Nafaka kapsamında farklı şeylerin zikredilmesi, nelerin nafaka kapsamında sayılıp sayılmayacağı hususunda İslâm hukukçuları arasında tam bir ittifak olmadığını göstermektedir. Fakat gerekli olan şeylerin karşılanmasında ifrat ve tefrite yani bir yandan israf/lüks ve gösterişe diğer yandan ise cimriliğe kaçmamak kaydıyla genel prensiplere ve özellikle örfe göre makul bir belirleme yapılması gerektiği hususunda görüş birliği oluşmuştur.¹⁰² Buna göre nafaka mükellefi olan koca, karısının normal şekilde hayatını devam ettirebilmesi için gerekli olan yiyecek, içecek ve diğer ihtiyaç maddelerini temin etmek, yazlık-kışık ayırımına dikkat ederek giyim ihtiyacını karşılamak ve onun için sosyal durumuna uygun dayalı döşeli bir mesken temin etmek zorundadır. Bu hususlarda eşlerin malî durumu ve yaşadıkları çevrenin örf ve âdeti dikkate alınır.¹⁰³

Nafaka sadece kocanın mali durumuna göre mi yoksa her ikisinin durumuna göre mi takdir edileceği hususunda İslam hukukçuları farklı kanaatlere sahiptirler.¹⁰⁴ Bu hususta İmam Malik (ö 179/795) ve Ahmed b. Hanbel'e göre hem karının hem de kocanın mali durumları dikkate alınır. Her ikisi de zengin veya fakirse nafaka buna göre takdir edilir. Koca zengin karısı fakirse veya tersi olursa bu durumda kadının nafakası zengin ve fakirlerin nafakasının arasında orta halli olur. Bu görüşü Hanefi hukukçulardan Hassaf (ö 261/875) da benimsemiş ve bu mezhepte önceleri fetva buna göre verilmiştir. İmam Şafii (ö 204/820)'ye göre ise nafaka takdirinde sadece kocanın mali durumu dikkate alınır.¹⁰⁵ Bu görüşü ise Hanefi hukukçulardan Kerhî (ö 340/952) benimsemiştir. Bu görüş nafaka konusundaki ayetlerin (Bakara 236, Talak 7) delaletine daha uygundur.¹⁰⁶ Nafaka sorumluluğunu kısaca ifade edecek olursak Maliki ve Hanbelilere göre karı ve kocanın her ikisinin mali durumuna göre, Şafii ve Hanefilere göre ise sadece nafaka ile mükellef olan kocanın mali durumuna göredir.

Nafakanın günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak mı takdir edileceği konusu nafaka

¹⁰⁰ İbn Âbidîn (n 28) 3/575; Şirbînî (n 86) 5/159.

¹⁰¹ Zühaylî (n 31) 10/98-99; Bilmen (n 17) 2/451.

¹⁰² Erbay (n 87) 27-31; Şemsettin Ulusal, 'İslam ve Türk Aile Hukukunda Kocanın Nafaka Yükümlülüğünü Yerine Getirememesinin Tefrik/Boşanma Sebebi Olması' [2021] İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 185, 187-188.

¹⁰³ Erbay (n 78) 282; Şirbînî (n 86) 5/152-160; Zühaylî (n 31) 10/101-108; Abdülhamid (n 40) 204.

¹⁰⁴ İbn Rüşd (n 93) 3/77.

¹⁰⁵ Şirâzî (n 93) 3/150-151.

¹⁰⁶ Serahsî (n 12) 5/182; Merğînânî (n 25) 2/285-286; Kâsânî (n 12) 4/23; İbnü'l-Hümâm (n 42) 4/379-380; Abdülhamid (n 40) 204-205; Karaman (n 40) 1/342; Zühaylî (n 31) 10/103.

ile mükellef olan kocanın kazancının durumuna göre. Eğer koca yevmiye usulü çalışıyorsa eşinin nafakasını günlük, haftalık usulü çalışıyorsa haftalık, aylık maaşla çalışıyorsa aylık, zenginse veya çiftçiler gibi yıllık kazanca sahipse yıllık ödemesi gerekir. Yiyecek noktasında bir insan için normal şartlarda yeterli olan miktar ne ise o takdir edilir. Giyecek konusunda ise en az bir kat yazlık bir kat da kışlık olmak üzere iki kat elbise gerekir. Lazım olan yiyecek ve giyecekler aynı olarak verilebileceği gibi bunların ücreti nakdi olarak da verilebilir.¹⁰⁷

Nafaka bağlamında koca sosyo-ekonomik durumuna uygun, gündelik hayat için gerekli olan tüm eşyalarıyla birlikte bir ev temin etmelidir.¹⁰⁸ Bunun en azından kullanımını kadının kendisine ait olacak, günümüzde yaygın bir şekilde de kullanımını olan 1+1 daireler gibi kilitli bir yer olması gerekir. Barınma ihtiyacının karşılanması hususunda temin edilecek evin, yalnız kaldığında kadının can, mal ve namus güvenliğinden endişe etmeyeceği nitelikte olması gerekir. Kadın, kocasının başka bir evlilikten olma temyiz çağına ermemiş küçük çocukları hariç diğer akrabaları ile aynı evde oturmaya mecbur değildir. Kadın da kocasının izni olmadan başka bir evlilikten olma çocuklarını -küçük bile olsalar- veya bir yakınını müşterek evde oturtamaz.¹⁰⁹

İslam hukukçuları, koca zengin ise ve kadın, hastalığı sebebiyle veya sosyal konumu itibarıyla evin işlerini bizzat kendisi yapamıyorsa hukuken buna zorlanamaz, bu durumda zengin olan koca karısına hizmetçi tutmak zorundadır derler. Ebu Yusuf hariç cumhuru fukahaya göre tek bir hizmetçi yeterlidir.¹¹⁰

Gerek kişisel gerekse ev için lazım olan temizlik alet ve maddelerinin temininin kocaya ait olduğu hususunda hukukçular ittifak etmişlerdir. Fakat süs/makyaj malzemelerinin lazım olup olmadığı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Malikiler hariç diğer mezheplere göre süs malzemeleri zorunlu olan nafaka kapsamında değil, kocanın isteğine bağlıdır. Malikilere göre ise eğer kadın bunları kullanmaya alışmış ve kullanmadığı takdirde zarar görmesi söz konusu ise kocanın bunları alması zorunludur.¹¹¹

4. Nafakanın Vacip Olmasının Sebebi, Şartları ve Nafakayı Düşüren Sebepler

Hanefilere göre kocanın nafaka ile mükellef olmasındaki sebep kocanın, sahîh bir nikaha bağlı olarak karsını kendisi için alıkoymasıdır. Hatta birçok kitapta şu karşılaştırma yapılır, nasıl ki bir devlet memuru zamanını devlet işlerine ayırınca onun geçimi, maaşı devlete ait ise aynı şekilde kendisini/zamanını kocasına ayıran kadının geçimi de kocasına ait

¹⁰⁷ Serahsî (n 12) 5/181-184; Bilmen (n 17) 2/449-454; Muhammed b Ahmed Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî Ala Şerhi'l-Kebîr* (Daru'l Fikir) 2/513.

¹⁰⁸ et-Talak 65/7.

¹⁰⁹ Alaaddin Haskefi, *Şerhu'd-Dürri'l-Muhtar Fî Tenvîri'l-Ebsar* (Daru'l-Kitabi'l-İlmiyye 2002) 262; Merğînânî (n 25) 2/288-289; Bilmen (n 17) 2/450; Abdülhamid (n 40) 210-211.

¹¹⁰ Merğînânî (n 25) 2/287; Kâsânî (n 12) 4/24; Zühaylî (n 31) 10/106; Erbay (n 78) 282; Karaman (n 40) 1/342; Abdülhamid (n 40) 211.

¹¹¹ Zühaylî (n 31) 10/107-108; Bilmen (n 17) 2/449.

olacaktır.¹¹²

Hanefilerin dışındaki diğer mezheplere göre ise nafakanın vücûb sebebi nikah ile sabit olan karı-kocalık ilişkisidir.¹¹³ Bunlardan İmam Şafii, görüşlerini desteklemek için “Allah’ın, (iki cins) birbirinden farklı özellik ve lutuflar bahşetmesi ve mallarından harcama yapmaları sebebiyle erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudurlar.”¹¹⁴ ayetini delil getirmiştir. Hanefî hukukçu Kâsânî (ö 587/1191)’nin de belirttiği gibi bu ayet, erkeklerin nafaka ödeme sebebi ile aile reisi olduklarını yani evin mali sorumluluğunu alan kişinin ailede son sözü söyleme/reislik hakkı olduğunu ifade etmektedir, yoksa aile reisi olmaları sebebi ile nafaka vermeleri gerektiğini değil.¹¹⁵

Kocanın nafaka ile sorumlu olabilmesi için evlilik akdi sahih olmalıdır, kadın fiilen ve fiziken evliliğe/zifafa hazır olmalı, kocasının belirlediği eve taşınmayı reddetmemeli veya kocasının izni olmadan evi terk edip gitmemelidir. Diğer bir ifade ile evliliğin tabii ve hukuki gereklerini yerine getirmekten imtina etmemelidir. Kadın evlilik hukukunun gereklerini yerine getirmekten kaçınırsa “*naşize*” konumuna düşer ve nafaka hakkını kaybeder.¹¹⁶

Kocanın nafaka sorumluluğunu düşüren sebeplerin diğerleri ise şunlardır. Kadının hapsedilmesi, gasp edilip kaçırılması, zifaktan önce zifafa mani olacak şekilde kendi ailesinin yanında hasta olup kalması, farz bir ibadet olan hac için dahi olsa sefere çıkmış olması. Çünkü bu durumlar evliliğin fiilen devam etmesine engel teşkil etmektedir. Ayrıca kadının kocasının yakınlarından biri ile hürmet-i musaharada bulunması veya irtidat gibi ayrılığa sebep olan bir suç işlemesi de kocanın nafaka sorumluluğunu düşürür.¹¹⁷

Kadın dışarıda bir işte kocasının izni ile çalışıyorsa nafakası yine kocasına aittir. Fakat kocasının izni olmadan çalışıyorsa *nâşize*/itaatsiz sayılır ve nafaka hakkı düşer.¹¹⁸

5. Nafakanın Tespiti, Ödenmemesi veya Ödenememesi Halleri

Nafaka için gerekli olan bu şartların bulunması durumunda eşler, aralarında anlaşarak yani her iki tarafın rızası ile yukarıda nafaka kapsamında ifade ettiğimiz şeyler belirlenir ve koca bunları temin etmekle mükellef olur. Fakat gerekli tüm şartların bulunmasına rağmen mükellef olan koca nafakayı temin etmezse kadın mahkemeye başvurarak kendisine nafaka takdir ettirir.¹¹⁹ Böylece karşılıklı rıza veya mahkeme kararı ile sabit olan nafaka artık kocanın zimmetinde bir borçtur. Hanefi ve Hanbelilere göre böyle bir belirleme olmadan sadece nikah akdi ile -her ne kadar o andan itibaren vacip olsa da- borç olmaz. Buna göre kadın nikahtan

¹¹² Serahsî (n 12) 5/181; Merğînânî (n 25) 2/285; İbnü'l-Hümâm (n 42) 4/379; Abdülhamid (n 40) 195, 198.

¹¹³ Zühaylî (n 31) 10/95.

¹¹⁴ en-Nisâ 4/34.

¹¹⁵ Kâsânî (n 12) 4/16.

¹¹⁶ Zühaylî (n 31) 10/95-97; Çeker (n 25) 44, (HAK m 101); Bilmen (n 17) 2/454-458; Abdülhamid (n 40) 198-200.

¹¹⁷ Bilmen (n 17) 2/455; Zühaylî (n 31) 10/99; Abdülhamid (n 40) 200-202.

¹¹⁸ Karaman (n 40) 1/343; Zühaylî (n 31) 10/97.

¹¹⁹ Bilmen (n 17) 2/458; Zühaylî (n 31) 10/108; Erbay (n 78) 282.

sonra kendi malından veya borçlanarak kendisi için harcama yapsa bu kocaya borç olmaz.¹²⁰ Gerek rıza ile gerekse kaza/mahkeme kararı ile olsun takdir edilen nafaka miktarı veya ücreti, zamanla fiyatların değişmesi veya önceden takdir edilen şeylerin artık yeterli olmaması, ailenin mali durumundaki olumlu-olumsuz değişiklikler gibi sebeplerle sonradan yeniden düzenlenebilir.¹²¹

Mahkeme kararına rağmen hanımının nafakasını temin etmeyen zengin olup görünürde malı olan kocanın malları kocanın rızasının olup olmamasına bakılmadan yine mahkeme kararıyla satılmak suretiyle nafakayı ödemesi sağlanır. Zengin olduğu halde görünürde malı olmayan kocanın nafakayı ödememekte direnmesi halinde kadının istemesi durumunda mahkeme onu hapse mahkum edebilir. Çünkü bu durumda koca, karısına karşı yapması gerekli olan bir şeyden, nafaka sorumluluğundan kaçınmaktadır. Bu ise haksızlıktır.¹²² Koca, fakir ise hapsedilmez. O takdirde hâkim kadına nafaka takdir eder ve borç alabilmesi yani kocası adına borçlanabilmesi (*istidâne*) için kadına izin verir.¹²³

Nafaka ile mükellef olan koca fakirliği yüzünden nafakayı ödeyemez ise bu takdirde Malikilerin dışındaki hukukçulara göre koca bu sebeple nafaka mükellefiyetinden kurtulamaz. “Eğer eli darda olan birisi borçlu ise eli genişleyene kadar beklemek gerekir.”¹²⁴ ayetinin hükmü gereği zenginleşinceye kadar üzerinde borç kalır. Bu durumda Hanefilere göre hâkim, kadına kocası namına ya kendi malından harcamasına ya da borç almasına izin verir. Bu durumdaki kadın sonradan kocasının mali durumu düzelince harcadığı veya borç aldığı şeyleri ondan ister.¹²⁵

Hanefilere göre fakirlik sebebiyle nafakanın ödenememesi bir ayrılık sebebi değildir. Çünkü hâkimin kararıyla koca namına borçlanarak nafakanın temin edilmesi sağlanmış, böylece kadının hakkı korunmuştur. Eğer bu sebeple ayrılık kararı verilecek olsa evlilik kocanın rızası olmadan sona ereceğinden onun hakkı tamamen iptal edilmiş olur.¹²⁶

Şafii ve Hanbelilere göre fakirlik sebebi ile nafakanın temin edilememesi ayrılık sebebi olabilir. Kadın isterse bu duruma sabreder ve kocası namına borçlanır isterse ayrılık talep eder. Ayrılık talep etmesi halinde hâkim evliliğin feshine karar verir. Çünkü koca normal bir şekilde mükellef olduğu nafakayı temin edememiştir. Nasıl ki evliliğin normal bir şekilde devam etmesine engel teşkil eden iktidarsızlık veya birtakım bedeni rahatsızlıklar ayrılık sebebi ise daha büyük bir zarar doğuran nafakadan acizlik de aynı şekilde ayrılık sebebidir.¹²⁷

¹²⁰ Zühaylî (n 31) 10/111; Erbay (n 78) 282.

¹²¹ Çeker (n 25) 43, (HAK m 92); Bilmen (n 17) 2/458; Karaman (n 40) 1/343; Abdülhamid (n 40) 206.

¹²² Zühaylî (n 31) 10/108.

¹²³ Çeker (n 25) 43, (HAK m 96); Abdülhamid (n 40) 207–208.

¹²⁴ el- Bakara 2/280.

¹²⁵ Bilmen (n 17) 2/463.

¹²⁶ Bilmen (n 17) 2/464; Abdülhamid (n 40) 208.

¹²⁷ Bilmen (n 17) 2/465; Zühaylî (n 31) 10/109; Abdülhamid (n 40) 208–209; Erbay (n 78) 283.

Zühaylî, Malikilere göre fakirliği sebebiyle nafaka ödeyemeyen kocadan fakirliği müddetince nafaka sorumluluğu kalkar ve üzerine borç olmaz. Çünkü o infaktan acizdir, demektedir.¹²⁸ Fakat Bilmen (ö 1391/1971), Malikilerin bu konudaki görüşlerini şöyle açıklar. Fakir bile olsa rıza veya kaza ile takdir edilsin veya edilmesin her halükârda kadının nafakası kocasına aittir. Eğer koca, karısının nafakasını ödemezse kadının talep etmesi halinde şu durumlarda araları ayrılır. Koca nafakayı temin etmekten aciz olursa ve kadın da kocasının bu derece fakir olduğunu nikah anında bilmiyor idiye kadının talebi ile hâkim ayrılık kararı verir. Kadın kocasının fakir olduğunu bilerek buna razı olduysa bu durumda ayrılık talep edemez. Koca nafakayı ödemekten aciz olduğunu iddia eder fakat bunu ispat edemezse hâkim derhal, ispat ederse belli bir süre tanır ve bu sürenin sonunda ayrılığa karar verir. Koca zengin olduğunu fakat nafaka ödemekten kaçındığını iddia ederse bir görüşe göre hapsedilir, diğer bir görüşe göre ise ayrılığa karar verilir. Fakir olduğunu iddia eden kocanın görünürde malı varsa karısının nafakası zorla da olsa o maldan ödenir. Kadın zengin bile olsa kocasının malı, yeterli olan nafakayı ödemeye yetiyorsa ayrılığa hükmedilmez.¹²⁹

Kocanın gaip olması sebebiyle nafakanın ödenip-ödenmemesi ve bu sebeple aralarının ayrılıp-ayrılmayacağı durumuna gelince İslam hukukçuları bu konuda farklı görüşlere sahiptirler. Aslında gaip olan kocanın nafaka ile sorumlu olduğu hususunda bütün hukukçular ittifak etmektedirler. Fakat bunun ne zamandan itibaren borç olduğu ve takdir edilen nafaka ödenmemesi durumunda ayrılığa karar verilip verilmeyeceği hususlarında farklı görüşler vardır. Hanefilere göre nafaka, ancak hâkimin kararı veya eşlerin anlaşması neticesinde borç olacağı için kadın böyle bir belirleme olmadan kendiliğinden bir harcamada bulursa bunu kocasından isteyemez.¹³⁰ Cumhura göre ise hâkim karar vermemiş olsa bile koca, nikah akdi ile kendisine vacip olan nafakayı ödememişse geçen sürenin nafakasını vermesi de üzerine borçtur.¹³¹ Farklı yaklaşımlar olmakla birlikte buradaki gaiplikten maksat nerede olursa olsun –ister yakın ister uzak- nafaka davası ile ilgili mahkemeye gelmeyen kişi kast edilir.¹³²

Hanefilere göre kadının müracaatı üzerine hâkim, eğer koca geride mal bırakmış ise onun malından yeterli olacak kadar kadına nafaka belirler, mal bırakmamış ise kadına, kocası adına borçlanmasını ve böylece nafakasını almasını emreder. Ancak hâkimin bu kararından itibaren nafaka adına yapılan harcamalar kocaya borç olur. Bu kararları verirken hâkim gaip olan kocanın hukukunu korumak amacıyla da kadından nafaka hakkı olduğuna ve kocasının da kendisine nafaka bırakmadığına dair yemin etme ve kefil gösterme gibi güvenceler ister. Bu noktada kocanın gaipliği sebebiyle eşlerin ayrılığına hükmedilmez.¹³³

Malikilere göre gaip olan kocanın nafaka sorumluluğu hazır olan kocanın sorumluluğu

¹²⁸ Zühaylî (n 31) 10/109.

¹²⁹ Bilmen (n 17) 2/464; Desûkî (n 107) 2/517.

¹³⁰ Kâsânî (n 12) 4/25; Merğînânî (n 25) 2/287; Bilmen (n 17) 2/476; Abdülhamid (n 40) 220.

¹³¹ Abdülhamid (n 40) 219.

¹³² Zühaylî (n 31) 10/109.

¹³³ İbn Âbidîn (n 28) 3/590; Kâsânî (n 12) 4/26-27; Zühaylî (n 31) 10/109-110; Bilmen (n 17) 2/467; Abdülhamid (n 40) 212–215.

gibidir. Bu durumda kadına, gaip kocasından nafaka alacağı olduğuna ve kocasının kendisine nafaka olarak bir şey ve vekil bırakmadığına dair yemin ettirilir. Gaip olan kocanın ne tür malı olursa olsun hâkim, o maldan gerekli olan nafakayı takdir eder. Gaip olan kocanın nafaka ödemesi sorunlu ise eğer nerede olduğu biliniyor ve yeri yakınsa kadının müracaatı üzerine hâkim, ona karısının nafakasını ödemesini aksi halde boşama kararı vereceğini bildirir. Eğer nerede olduğu bilinmiyorsa hâkim belirli bir süre bekleme süresi tanır, bu sürenin dolması neticesinde yine ayrılığa karar verir. Gerekli olan bu bekleme süresi savaş gibi tehlikeli bir durumda ise askerlerin veya esirlerin eve dönüşünden itibaren bir yıl, böyle bir durum söz konusu değilse dört yıldır. 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi genel olarak Hanefilerin görüşlerini almakla birlikte bu hususta Malikilerin bu görüşünü almıştır.¹³⁴ Malikilerde şöyle de bir görüş vardır; eğer gaip olan koca uzak bir yerdeyse ve karısının bulunduğu yerde onun bir malı yoksa veya malı olup da karısının ancak meşakkatle elde edeceği nitelikteyse karısının boşanma talep hakkı vardır. Fakat hâkimin kararıyla da olsa karısının o malı kolaylıkla elde etme imkanı varsa o zaman boşanma hakkı yoktur.¹³⁵

Şafilere göre gaip olan kocanın nerede olduğu biliniyorsa hâkim, kadının müracaatı halinde kocasına durumu bildirir ve gelmesi mümkün olan zamana kadar bir süre tanır. Koca bu süre zarfında mazeretsiz gelmezse hâkim, aleyhine nafaka takdir eder. Bu nafaka kocanın malı varsa malından alınır, malı yoksa karısına onun namına borç alması için izin verilir. Bu imkan da yoksa o zaman kadın nikahını feshettirebilir. Gaip olan kocanın nerede olduğu bilinmiyorsa hâkim gerekli araştırmayı yaptıktan sonra koca hala ortaya çıkmazsa onun malından gerekli olan nafakayı takdir eder. Hanefilerde olduğu gibi hâkim burada gaip olan kocanın hukukunu korumak adına kadından harcayacağı nafaka karşılığında bir kefil ister.¹³⁶ Hanefi hukukçu İbn Âbidin bu meseleyi açıklarken Şafilere asıl olan görüşün kocanın mali durumu iyi olduğu sürece kendisinden haber alınmadığı için malından nafaka istenmesi sorunlu olsa bile ayrılığa karar verilmeyeceğini söyler.¹³⁷

Hanbelilere göre ise zifaktan önce gaip olan kocanın karısı için nafaka takdir edilmez. Zifattan sonra ise her halükarda nafaka gerekli olduğundan hâkimin kararı olmasa dahi geçmişte birikmiş veya gelecekteki nafaka koca için bir borçtur. Gaip olan kocanın malı varsa malından nafaka ödenir, malı yoksa karısı onun adına borç alır ve nafakasını temin eder. Bu imkan da yoksa o zaman kadın nikahını feshettirebilir. Bu fesih kadının talebi ile hâkim tarafından veya hâkimin emretmesi ile koca tarafından olur. Bu fesih tefrik olduğu için ric'î talak da olduğu gibi geri dönme imkanı yoktur.¹³⁸

¹³⁴ Çeker (n 25) 54–55, (HAK m 126, 127); Bilmen (n 17) 2/469; Zühaylî (n 31) 10/110.

¹³⁵ Abdülhamid (n 40) 216. Ayrıca bu hususta Malikilerin farklı görüşleri için aynı yere bakınız.

¹³⁶ Muhammed b İdris Şafii, *El-Üm* (2. Baskı, Daru'l Fikir 1983) 5/96; Bilmen (n 17) 2/470; Abdülhamid (n 40) 215–216.

¹³⁷ İbn Âbidin (n 28) 3/590.

¹³⁸ İbn Kudâme (n 21) 8/206-207; Bilmen (n 17) 2/470; Abdülhamid (n 40) 217.

6. İddet Nafakası

İslam hukukuna göre evlilik birliği sona erince koca, nafaka ile sadece iddet süresince sorumludur. Diğer bir ifade ile ayrılık sonrası süresiz, ömür boyu bir nafaka mükellefiyeti söz konusu değildir. İddet süresince nafaka ödenip ödenmeyeceği meselesi ise ayrılığın hangi sebeple meydana geldiğine göre değişir.

Evliliği sona erdiren hallerden birisi ölümdür. Kocasının ölümü halinde kadın hamile olsa bile İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre iddet nafakası gerekmez. Çünkü bu durumda kadın mirasçı sıfatıyla kocasının terikesinden kendi hissesine düşeni alır. Hanefîlere göre kocası ölen kadının mesken hakkı da bulunmazken diğer üç mezhebin hukukçularına göre kadının mesken hakkı vardır. Fasit nikahla nafaka gerekmediği gibi fasit veya şüpheli nikahtan sonra araları ayrılmış olan kadına iddet nafakası da gerekmez.¹³⁹ Kadının irtidat etmesi veya hürmet-i musâharede bulunması sebebiyle ayrılık olması halinde de iddet nafakası gerekmez.¹⁴⁰ Kısaca ifade edecek olursak sadece ölüm, fasit nikah ve kadının yasak bir fiili işlemesi neticesinde oluşan ayrılık sebebiyle iddet bekleyen kadına nafaka gerekmez.

Ayrılık kocanın boşaması sebebiyle meydana gelmişse ric'î talâkta kadın hamile olmasa bile iddet nafakasını hak eder. Çünkü evlilik bağı hala devam etmektedir. Bâin talâkta kadının hamile olması durumunda fakihlerin büyük çoğunluğuna göre kadın nafakayı hak eder. Kadın hamile değilse Hanefîlere göre hem mesken hem de nafaka hakkı, Mâlikî ve Şâfiîler'e göre sadece mesken hakkı vardır. Hanbelîlere göre ise ne nafaka ne de mesken hakkı vardır.¹⁴¹

Evlilik kocanın irtidat etmesi veya hürmet-i musâhare gerektirecek bir fiili işlemesi sebebiyle yahut kadının bülûğ muhayyerliği, kefâet/denklik şartının gerçeklememesi, mehrinin mehr-i misilden düşük olması veya sağlık gerekçelerine dayanarak yaptığı başvuru üzerine hâkimin nikâhı feshetmesi hallerinde de koca iddet nafakasını ödemekle mükelleftir.¹⁴²

SONUÇ

İslam hukuku aileye büyük önem vermiştir. Bir erkekle bir kadının nikâh ile bir araya gelmeleriyle evlilik birliği kurulmuş ve bu iki farklı insan hukuki bir bağ ile birbirlerine bağlanarak karı-koca olmuştur. Bu ortak hayat karı ve kocaya birtakım haklar sağladığı gibi birtakım sorumluluklar da yükler. Bu hak ve sorumlulukların bir kısmı sosyal konular iken diğer bir kısmı ise mali konulardır. Ailedeki mali harcamadan eşlerden biri mi yoksa her ikisi de mi sorumludur. İşte bu soruların cevabını tespit etmek amacıyla yapmış olduğumuz bu çalışmamızda şu sonuçları elde etmiş bulunmaktayız.

İslam hukukuna göre genel manada erkek de kadın da hukuki mükellefiyetler ile bağlıdır. Ancak evlilik hukuku içerisinde erkeğin toplum hayatındaki konumu sebebiyle ailenin

¹³⁹ Kâsânî (n 12) 4/29; İbn Âbidîn (n 28) 3/609; Bilmen (n 17) 2/491; Zühaylî (n 31) 10/111; Erbay (n 78) 283.

¹⁴⁰ İbn Âbidîn (n 28) 3/609; Bilmen (n 17) 2/489; Erbay (n 78) 283.

¹⁴¹ Zühaylî (n 31) 10/111-112; Bilmen (n 17) 2/488-494; Erbay (n 78) 283.

¹⁴² Bilmen (n 17) 2/489.

tüm mali masrafları ile erkek mükelleftir.

Malikiler hariç İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kadının kendisine verilen mehirle veya şahsi malı ile çeyiz yapma zorunluluğu olmadığı gibi ailesinin de çeyiz yapma zorunluluğu yoktur. Maliki hukukçular ise ileri sürdükleri şartların bulunması durumunda kadının, kendisine verilen mehire denk ve örfü uygun bir şekilde çeyiz hazırlama yükümlülüğünün olduğunu söylemektedirler. Tabii İslam toplumlarında farklı şekillerde var olan çeyiz uygulamaları gerek kadının kendisinin gerekse ailesinin çeyiz hazırlamalarına mani bir durumun da olmadığını göstermektedir.

Zorunlu olmamakla birlikte kadınların kendi mallarından gönüllü olarak eşleri ve ailesi için harcama yapmalarına Kur'an'da izin verilmiş ve bu durum hadislerde teşvik edilmiştir. Bu mali harcamanın bir şekli olan çeyiz birçok maslahata binaen hem geçmişte hem de günümüzde Müslümanlar arasında yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Bu verilerden hareketle ve Malikilerin çeyizin hukuki gerekliliğini örfi uygulamalara dayandırmaları gerçeğini de dikkate alarak ileride bir anlaşmazlık çıkması halinde problemin kolayca çözülebilmesi için İslam hukuku açısından çeyizin hukuki gerekliliği belli bir düzenlemeye tabi tutulabileceği kanaatindeyiz.

Kadın için ekonomik bir güvence olan mehir, kadının nikâh veya zifaf sonucunda hak ettiği şeydir. Malikiler hariç diğer mezheplere göre mehir evliliğin şartlarından değil sonuçlarından biridir. Bu sebeple taraflar mehri kararlaştırmamış olsalar dahi evliliğin kurulması ile kadın, mehr-i misile hak kazanır.

Mehrin miktarı konusunda Hanefiler 10, Malikiler 3 dirhem gümüş değerini alt sınır kabul ederken Şafii ve Hanbeliler bir alt sınır belirlemedi. Tüm mezheplere göre mehir için bir üst sınır yoktur. Mehir miktarının belirlenip belirlenmemesine göre mehr-i müsemma ve mehr-i misil diye tamamı veya bir kısmının peşin olarak ödenip ödenmemesine göre ise mehr-i muaccel ve mehr-i müccel diye ikiye ayrılır. Mehri müccelde ödeme zamanı için belirli bir zaman tayin edilmemişse boşanma veya iki taraftan birinin vefatı ile mehir peşin hale dönüşür.

Mehir, sahih akit ile vacip olur fakat kadın ancak zifaf, halvet-i sahiha veya kocasının zifaktan önce ölmesi ile mehrin tamamına hak kazanır. Mehri belirlendikten sonra kadın zifaktan veya sahih halvetten önce boşanırsa veya nikâhın liân, ilâ veya kocanın irtidadı gibi bir sebeple sona ermesi halinde kadın mehrin yarısına hak kazanır. Mehri belirlenmeden zifaf veya sahih halvetten önce boşama gerçekleşirse kadına mehir gerekmez. Bu durumda "müt'a" denen bir hediye verilir. Fasit nikâhta zifaktan önce boşama gerçekleşirse veya nikâh sahih olmakla birlikte henüz zifaf veya halvet-i sahiha olmadan önce kadının sebep olmasıyla nikâh sona ererse kadın mehir alamaz.

İslam hukukçuları sahih bir nikah sonucunda evlilik birliğinde eşinin nafakasını temin etme sorumluluğunun kocaya vacip olduğunda ittifak etmişlerdir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre koca fakir, hasta ve gaip de olsa karısının nafakasını temin etmek zorundadır.

Nafaka sorumluluğu Maliki ve Hanbelilere göre karı ve kocanın her ikisinin mali durumuna göre, Şafii ve Hanefilere göre ise sadece kocanın mali durumuna göredir. Lazım olan yiyecek ve giyecekler aynı olarak verilebileceği gibi bunların ücreti nakdi olarak da verilebilir. Nafaka olarak hazırlanacak ev güvenli ve gündelik hayat için gerekli olan tüm eşyaları ile birlikte olmalıdır. Koca zengin ise ve kadın, hastalığı veya sosyal konumu sebebiyle evin işlerini bizzat kendisi yapamıyorsa bu durumda hizmetçi tutmak zorundadır. İslam hukukçuları temizlik alet ve maddelerinin temininin kocaya ait olduğu hususunda ittifak etmekle birlikte süs/makyaj malzemelerinin lazım olup olmadığı hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Nafakanın vücûb sebebi Hanefilerin dışındaki mezheplere göre nikah ile sabit olan karı-kocalıktır. Hanefilere göre ise kocanın, sahih bir nikaha bağlı olarak karsını kendisi için alıkoymasındır. Kocanın nafaka ile sorumlu olabilmesi için nikah sahih olmalı, kadın fiilen ve fiziken evliliğe hazır olmalı ve evliliğin tabii ve hukuki gereklerini yerine getirmelidir. Kadın evlilik hukukunun gereklerini yerine getirmekten kaçınırsa nafaka hakkını kaybeder. Evliliğin fiilen devam etmesine engel teşkil eden durumlarda da kocanın nafaka sorumluluğu yoktur.

Karşılıklı rıza veya mahkeme kararı ile sabit olan nafaka kocanın zimmetinde bir borçtur. Nafakasını ödemeyen zengin kocanın malları satılmak suretiyle nafakayı ödemesi sağlanır. Nafakayı ödememekte direnmesi halinde kadının istemesi durumunda mahkeme onu hapsedebilir. Fakirlik sebebiyle nafakanın ödenememesi Hanefilere göre bir ayrılık sebebi olmadığı gibi kocanın hapsedilmesi için de bir sebep değildir. Bu durumda hâkim kocası adına borçlanabilmesi için kadına izin verir. Şafii ve Hanbelilere göre bu durumda kadın isterse kocası namına borçlanır isterse ayrılık talep eder. Malikilere göre ise kadın kocasının bu derece fakir olduğunu nikah anında bilmiyor idiye kadının talebi ile hâkim ayrılık kararı verir. Kadın kocasının fakir olduğunu bilerek buna razı olduysa ayrılık talep edemez.

Hanefilere göre kocanın gaipliği sebebiyle eşlerin ayrılığına hükmedilmez. Diğer mezheplere göre ise kocanın gaipliği sebebiyle nafaka hiçbir şekilde temin edilemiyorsa son çare olarak ayrılığa karar verilebilir.

İslam hukukuna göre evlilik birliği sona erince koca, nafaka ile sadece iddet süresince sorumludur. Ancak ayrılık ölüm, fasit nikah ve kadının yasak bir fiili işlemesi sebebiyle olmuşsa bu durumlarda iddet bekleyen kadına nafaka gerekmez.

KAYNAKÇA

- Abdülhamid MM, *El-Ahvâli 'ş-Şahsiyye* (3. Baskı, Matbaatü's-Saadet 1966)
- Adevi A b. A, *Hâşiyetü'l-Adevi Ala Kifayeti't-Talibi'r-Rabbani* (Yusuf eş-Şeyh Muhammed ed, Daru'l Fikir 1994)
- Ali Haydar Efendi, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (Matbaa-i Ebu'z-Ziya 1330)
- Avcı M, *Türk Hukuk Tarihi* (10. Baskı, Atlas Akademi 2021)
- Aydın MA, 'Mehir', *DİA* (TDV Yayınları 2003) 389
- Bilmen ÖN, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (Bilmen Basım ve Yayınevi)
- Buhârî M b. İ, *Şahîh-i Buhârî* (Sultaniyye Matbatu'l Kubra el-Emiriyye 1311)
- Çeker O, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi* (7. Baskı, Mehir Vakfı Yayınları 2021)
- Dârekutnî A b. Ö, *Sünenü'd-Dârekutnî* (Şuayb el-Arnâvud ed, Müessesetü'r-Risale 2004)
- Desûkî M b. A, *Hâşiyetü'd-Desûkî Ala Şerhi'l-Kebir* (Daru'l Fikir)
- Ebû Dâvûd S b. E, *Sünen-i Ebû Dâvûd* (el-Mektebetü'l Asriyye)
- ed-Dîb AM, 'Çeyiz', *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1993) 296
- el-Avayişe H b. A, *El-Mevsûatü'l-Fıkhiyyeti'l-Müyesera* (Mektebetü'l-İslamiyye 1429)
- er-Râzî M b. EB, *Muhtar'us-Sıhah* (Yusuf eş-Şeyh Muhammed ed, 5. Baskı, el-Mektebetü'l Asriyye 1999)
- en-Nesâî A b. A, *Es-Sünen* (Hasan Abdü'l Mün'im Şelebi ed, Müessesetü'r-Risale 2001)
- en-Nevevî Y b. Ş, *Minhacü't-Talibin ve Umdeti'l-Müftin Fi'l-Fıkh* (Daru'l Fikir 2000)
- Erbay C, *İslam Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası* (Rağbet Yayınları 1998)
- , 'Nafaka', *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 2006) 282
- Erturhan S, *Temel Fıkah Bilgileri* (Hikmet Yayınevi 2017)
- Firuzabadi M b. Y, *El-Kamusü'l-Muhit* (8. Baskı, Müessesetü'r-Risale 2005)
- Fuâd Abdülbâkî M, *El-Mu'cemü'l-Müfehres Li-Elfâzi'l-Kur'ani'l-Kerim* (Daru'l-Hadis 2001)
- Gürpınar D, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergi 1293
- Hallaf A, *Ahkâmü'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyye Fi 'ş-Şeriati'l-İslâmiyye* (2. Baskı, Daru'l-Kutübü'l-Mısriyye 1938)
- Haskefi A, *Şerhu'd-Dürri'l-Muhtar Fî Tenvîri'l-Ebsar* (Daru'l-Kitabi'l-İlmiyye 2002)
- İbn Âbidîn ME b. Ö, *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr* (Şeriketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî 1966)

- İbn Bezîze A b. İ, *Ravzatü'l-Müstebîn Fi Şerhi Kitabi't- Telkîn* (Abdüllatif Zükağ ed, Daru İbn Hazm)
- İbn Ebû Zeyd A b. A, *En-Nevadir ve 'z-Ziyadat Ala Ma Fi'l-Müdevvene ve Gayriha Mine'l-Ümmehat* (Muhammed el-Hacci ed, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî 1999)
- İbn Hanbel A b. M, *El-Müsned* (Müessetü'r-Risale 2001)
- İbn Hazm M b. A, *El-Muhallâ Bi'l-Âsâr* (Abdülgağfâr Süleyman el-Bendârî ed, Daru'l Fikir)
- İbn Kâdî Şühbe M b. EB, *Bidâyetü'l-Muhtâc Fi Şerhi'l-Minhâc* (Daru'l Minhac 2011)
- İbn Kudâme A b. A, *El-Muğnî* (Abdullah et-Türkî ed, Dâru Alemi'l Kütüp 1997)
- İbn Mâce M b. Y, *Sünenü İbn Mâce* (Şuayb el-Arnâvud ed, Daru'r Risale el Alemiyye 2009)
- İbn Manzûr M b. M, *Lisânü'l-Arab* (3. Baskı, Daru Sadır 1414)
- İbn Mühenna A b. G, *El-Fevakihü'd-Devani Şerhi Ala Risaleti İbn Ebî Zeyd El-Kayrevani* (Daru'l Fikir 1995)
- İbn Rüşd M b. A, *El-Beyân ve 't-Tahsil: Ve's-Şerhu ve 't-Tevcihu ve 't-Ta'lilu Fi Mesaili'l-Müstahrece* (Muhammed Hacci ed, 2. Baskı, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî 1988)
- İbn Rüşd M b. A, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid* (Daru'l-Hadis 2004)
- İbnü'l-Hümâm K, *Fethu'l-Kadîr* (Şeriketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî 1970)
- Kacır T, *İslam Hukuk Düşüncesinde Mali Mükellefiyetler Açısından Nisap* (Fecr 2018)
- Kadi Abdülvehhab A b. A, *Kitâbü't-Telkin Fi'l-Fikhi'l-Maliki* (Ebu Üveys Muhammed ed, Daru'l-Kutübi'l-İlmiyye 2004)
- Kahveci N, *İslam'a Göre Aile Bireylerinin Sorumlulukları* (Hikmetevi Yayınları 2017)
- Kalender A, 'Evliliğin Genel Hükümleri' in Metin İkizler, Tüzüner Özlem (ed), *Medeni Hukuk II-Aile Hukuku* (Adalet Yayınevi 2023)
- Kallek C, 'Ukiyye', *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları) 67
- Karakelle A ve Özbağı T, 'Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Bağlamında Çeyiz Geleneği "Erzurum Örneği"' (2019) 23 Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi 668
- Karaman H, *Mukayeseli İslam Hukuku* (5. Baskı, Nesil yayınları 1996)
- Karayaka H, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti* (1. Baskı, Kitap Dünyası Yayınları 2022)
- Kâsânî A, *Bedâ'i'u's-Şanâ'i' Fi Tertibi's-Şerâ'i'* (Daru'l-Kutübü'l-İlmiyye)
- Kişnavi EB b. H, *Eshelü'l-Medarik Şerhi Irşadi's-Salik* (3. Baskı, Daru'l Fikir)
- Köse Ü, 'İslâm Aile Hukuku Açısından Çeyiz' [2019] Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 98
- Kudûrî A b. M, *Muhtasarı Kudûrî* (Kâmil Muhammed Muhammed Uveyza ed, Dârü'l-

- Kütübi'l-İlmiyye 1997)
- Mergînânî B, *El-Hidâye* (Talal Yusuf ed, Daru İhyai't Türesi'l Arabî)
- Müslim M b. H, *El-Câmi 'u's-Şahîh* (Dâru İhyai'l Kutbi'l Arabiyye 1374)
- Özbay İ, 'Çeyiz Senedine İlişkin Davalarda Söz Konusu Olabilecek Çeşitli Hukuki Sorunlar' (2010) 6 Legal Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Dergisi 501
- Sâbık S, *Fıkhü's -Sünne* (3. Baskı, Daru'l Kitabi'l Arabiyye 1977)
- Şafii M b. İ, *El-Üm* (2. Baskı, Daru'l Fikir 1983)
- Serahsî M b. A, *El-Mebsûţ* (Daru'l- Ma'rife 1993)
- Şîrâzî Eb İ, *El-Mühezzeb Fî Fıkhî'l-İmam Eş-Şafii* (Daru'l-Kitabi'l-İlmiyye)
- Şîrbînî H, *Muğni'l-Muhtac* (Ali Muhammed Muavviz ed, Daru'l-Kitabi'l-İlmiyye 1994)
- Ulusal Ş, 'İslam ve Türk Aile Hukukunda Kocanın Nafaka Yükümlülüğünü Yerine Getirememesinin Tefrik/Boşanma Sebebi Olması' [2021] İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 185
- Wensinck AJ, *El-Mu'cemü'l-Müfehres Li-Elfâzi'l-Hadis'in-Nebevi* (Daru'd-davet 1988)
- Yaman A, *İslam Aile Hukuku* (MÜ İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2022)
- Zühaylî V, *El-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu* (Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy ve H Fehmi Ulus trs, Risale Yayınevi 1994)

Cicero'nun Yasa, Hukuk, Adalet ve Ceza Anlayışı Üzerine Bir Değerlendirme*

An Evaluation on Cicero's Conception of Law (Lex), Jurisprudence (Ius), Justice (Iustitia) and Punishment (Poena)

Arş. Gör. Beşir BABAYİĞİT**

Öz

M.Ö. 106-43 yılları arasında yaşamış ünlü filozof ve avukat Cicero, genel olarak yasa, hukuk, adalet ve özel olarak ise ceza hukukunu ilgilendiren çeşitli görüşler ortaya koymuştur. Bunlardan başlıcaları şunlardır: Doğa, yasanın kaynağı olduğu için, doğaya uygun olan, herkesin bir başkasının bilgisizliğini sövmeyecek şekilde davranmasıdır. Yasa (hukuk), her zaman eşitliği gözetmelidir, aksi halde o, “yasa” (hukuk) olmaz. Ceza, suçla orantılı olmalıdır (*noxiae poena par esto*). Ceza, devletin yararı ve devamlılığı için uygulanmalıdır. Bir insanın kendi yararı için başka bir insana zarar vermeye hakkı yoktur. Nitekim doğaya boyun eğen insan, asla başka bir insana zarar veremez. İnsanın yaşamı, kendi yararı için başka birisine zarar vermekten alıkoyan ruh mizacından daha değerlidir.

Bu çalışmada yapılan değerlendirmeden görülebileceği üzere, Cicero'nun bazı görüşlerinin bir kısmının uluslararası geçerli hukuk ilkelerine dönüşebildiği anlaşılmaktadır. Bazı görüşlerinin ise günümüzdeki hukuk kurallarının altında yatan felsefi gerekçeyi ifade ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Genel hukuk teorileri ile ceza hukuku teorileri geliştirilirken, geçmişte yaşamış filozofların görüşleri önemli bir temel teşkil etmektedir. Bu çalışmada, Cicero'nun hukuk anlayışında ve ceza hukuku alanında önem arz edebilecek görüşleri günümüz koşullarında değerlendirilmiştir.

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 19.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 09.08.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (**e-posta/e-mail:** besir.babayigit@gop.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-3710-5792).

Anahtar Kelimeler: Cicero, yasa (*lex*), hukuk (*ius*), adalet (*iustitia*), ceza (*poena*).

Abstract

The renowned philosopher and lawyer Cicero, who lived between 106-43 BC, presented various views that primarily concern law, jurisprudence, justice, and specifically criminal law. The main ones are as follows: Since nature is the source of law, it is in accordance with nature that everyone behaves in a way that does not exploit the ignorance of another. The law must always seek equality, otherwise it would not be "law". Punishment should be proportional to the crime (noxiae poena par esto). Punishment should be applied for the benefit and continuity of the state (republic). A person has no right to harm another person for his own benefit. As a matter of fact, a person who submits to nature can never harm another person. Human's life is no more valuable than the temperament of the soul, which prevents him from harming another for his own benefit.

As can be seen from the evaluation made in this study, it is understood that some of Cicero's views have turned into valid international law principles. It is concluded that some of his views express the philosophical rationale underlying today's legal rules.

While general law theories and criminal law theories are being developed, the views of philosophers who lived in the past constitute an important basis. In this study, Cicero's views, which may be important in his understanding of law and in the field of criminal law, are evaluated in today's conditions.

Keywords: Cicero, law (*lex*), jurisprudence (*ius*), justice (*iustitia*), punishment (*poena*).

GİRİŞ

Marcus Tullius Cicero,¹ M.Ö. 106'da Roma'da doğmuş, günümüzde dahi önemli bir

¹ "Cicero" kelimesinde "c" harfleri "k" şeklinde okunmalıdır: "kikero". Bkz "Lâtinçe kelimelerde C daima K sesi vardır. ... Bu harflerin batı dillerine geçişinde bir çok değişiklikler olmuş ve harflerin bazıları asıl seslerini kaybetmiştir. Lâtinçe kelimelerin okunuşunda bunlardan kaçınmak ve yukarıda gösterilen şekillerden ayrılmamak gerekir.", Faruk Zeki Perek, *Tercümelî Lâtinçe Grameri, Bölüm: I-II* (3. bs İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları 1968) 5, 6; "c her zaman k okunur – ç veya s değil.", Müzehher Erim, *Lâtin Edebiyatı* (Remzi Kitabevi 1987) 8; "Örneğin Cicero kelimesindeki c harfi İngilizcede s, İtalyancada ç olarak okunur. ... Ülkemiz üniversitelerindeki Klasik Filoloji bölümlerinin benimsediği yaygın okunuş şu şekildedir: ... Latince kelimelerde C, daima k sesi verir.", Çiğdem Dürüşken, *Felsefecilere Özel Latince/Descartes Latince Öğreniyor* (2. bs Alfa Yayınları 2017) 29, 30; aynı doğrultuda bkz Maurice Balme ve James Morwood, *Oxford Latin Course, Part I* (2. Edition, Oxford University Press 2006) 6.

üne sahip,² öncelikle bir filozof ve aynı zamanda avukattır. *Consul*'lük³ yapmış ve *pater patriae* (vatanın babası) unvanını almıştır. Ölümüne (M.Ö. 43) kadar geçen sürede, anadili olan Latince'nin yanında kültürlü bir birey olmak gayesiyle Yunanca üzerine çalışmış, bu itibarla Yunan filozofların metinleriyle iştilig ederek felsefe eğitimi almıştır.⁴ Ayrıca Roma'da hukuk eğitimi alan Cicero, M.Ö. 83-81 yılları arasında avukatlık yapmaya başlamıştır.⁵

² Hume, 1751'de yayımlanan "*An Enquiry Concerning Human Understanding*" eserinde, en haklı ve kalıcı şöhretin kolay anlaşılır felsefeyle elde edildiğini belirterek, bu nedenle kendi döneminde Cicero'nun ününün daha da arttığını ifade etmiştir. Bkz David Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding* (Chicago The Open Court 1900) 3. Ayrıca bkz Cicero, *Devlet Üzerine (De Re Publica)* (Celal Cengiz Çevik, İthaki Yayınları 2014) 16. Günümüzde de Cicero'nun ününü devam ettirdiğini söyleyebiliriz: "*Vita enim mortuorum in memoria est posita vivorum* (Ölümler, hayatta olanların hafızasında yaşamaya devam eder.)", Çiğdem Dürüşken, *Latince Güzel Sözler Antolojisi* (2. bs Alfa Yayınları 2019) 325; "*vita enim mortuorum in memoria est posita vivorum.*", Fritz Schoell (ed), *M. Tvllivs Cicero 28: Orationes In M. Antonivm Philippicæ XVI* (B. G. Tevbnri 1916) 9.5.10, 294; "*Docti neque solum vivi, atque praesentes studiosos discendi erudiunt, atque doçent. Sed hos idem etiam post mortem monumentis litterarum assequuntur.* (Âlimler yalnızca sağken ve aramızdayken öğrenmeye hevesli kişilere ders vermezler; arkalarında bıraktıkları edebî eserlerle de ders vermeye aynı şekilde devam ederler.)", Dürüşken, *Latince Güzel Sözler Antolojisi* (n 2) 126; "*Neque solum vivi atque praesentes studiosos discendi erudiunt ac docent, sed hoc idem etiam post mortem monumentis litterarum adsequuntur.*", Michael Winterbottom (ed), *M. Tulli Ciceronis De Officiis* (Oxford Classical Texts, Oxford University Press 1994) 1.XLIV.156, 65; "Böyle kişiler sadece yaşarken mevcut varlıklarıyla öğrenme merakı içindeki kişileri eğitip geliştirmezler, aynı zamanda öldükten sonra da edebî anıtlarıyla bu işlevlerini sürdürürler.", Cicero, *Yükümlülükler Üzerine (De Officiis)* (Celal Cengiz Çevik, 3. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2016) 1.XLIV.156, 67.

³ *Consul*, Roma'nın cumhuriyet döneminde halk meclisince seçilen *magistratus*'lardan en üst düzey yöneticilik yapan kişidir.

⁴ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.I.4, 72. Cicero ayrıca, Yunan felsefe terimlerinin Latinceleştirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bu faaliyeti sayesinde, Yunan felsefesi literatüründe bulunan fakat henüz Latince karşılığı olmayan kelimeleri Latince kelimelerle ifade etmiş, böylece felsefeyi Romalılara tanıtmaya çalışmış ve ardından gelen filozoflar da bu terimlerden istifade etmiştir. Bkz Çiğdem Dürüşken, *Antik Çağ Felsefesi-Homeros'tan Augustinus'a Bir Düşünce Serüveni* (3. bs Alfa Yayınları 2019) 327, 328. Aynı doğrultuda bkz Michel Villey, *Roma Hukuku Güncelliği* (Tahiroğlu B, Der Yayınları 1985) 56; Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza* (2. bs Seçkin Yayıncılık 2017) 22; Umberto Eco ve Riccardo Fedriga, *Felsefe Tarihi 2: Hellenizmden Augustinus'a* (Tonguç Basmacı L, 2. bs Alfa Yayınları 2018) 109-112; Celal Cengiz Çevik, *Roma'da Siyaset ve Felsefe -Cumhuriyet Dönemi-* (İthaki Yayınları 2019) 171-177; "Platon'un iyi ve mutlu yaşamaya ilişkin yürüttüğü muhakemelerin Latince olarak açıklanması bizi memnun etmeyecek mi? ... Hangi gerekçeyle, Yunanca sözleri, parlak bir üslupla ifade edilmiş ve Yunancadan aktarılmamış olan sözlerle tercih ediyorlar? ... Şairlerimizin oyunları çevirdiği gibi, ben de Platon ile Aristoteles'i anlaşılır bir şekilde çevirirsem, inanıyorum ki bu kutsal zihinleri öğrenmeleri için önlerine koydum diye vatandaşların kötü muamelesini hak etmiş olmam. ... Bununla birlikte, inancım o ki, bazı insanların Latin edebiyatından hoşlanmamalarının nedeni, kötü bir Yunancadan daha kötü bir Latinceye çevrilmiş olan bazı kaba ve çirkin eserlerle karşılaşmak durumunda kalmalarıdır. ... düşündüğüm ve sıklıkla ele aldığım gibi, Latin dili, genelde sanılandan farklı olarak, asla yetersiz değildir, aksine Yunancadan bile daha zengindir.", Cicero, *İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine (De Finibus Bonorum et Malorum)* (Celal Cengiz Çevik, Albaraka Yayınları 2022) 1.II-III.5-10, 56-64.

⁵ Cicero'nun hayatına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Cicero, *Tusculum Tartışmaları-I, Ölümü Küçümseme (Tusculanae Disputationes)*, (Çiğdem Menzilioğlu, Doğubatu Yayınları 2016) 13 vd; Celal Cengiz Çevik, *Cicero'nun Devlet'i-De Re Publica Yazıları* (Yapı Kredi Yayınları 2017) 15 vd; Cicero, *Yasalar Üzerine (De Legibus)* (Celal Cengiz Çevik, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2017) v vd; Cicero, *Yaşlı Cato veya Yaşlılık Üzerine (Cato Maior De Senectute)* (Celal Cengiz Çevik, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2018) v vd; Cicero, *Tanrıların Doğası (De Natura Deorum)* (F. Gül Özaktürk ve Fafo Telatar, Doğubatu Yayınları 2018) 11 vd; Cicero, *Dostluk Üzerine (De Amicitia)* (Celal Cengiz Çevik, 2. bs Türkiye İş Bankası

Cicero, Stoa felsefesinden⁶ oldukça etkilenmiş ve bu felsefenin günümüze ulaştırılmasında önemli bir yere sahip olan bir filozoftur.⁷ Beslendiği felsefi temelin, hukuk anlayışını da etkilediğini ve doğayı temel alan bir hukuk anlayışına sahip olduğunu ifade edebiliriz. Cicero bir filozof olarak ortaya koyduğu eserlerinde hukuku da ilgilendiren konulara bir şekilde değinmekle birlikte, hukuka doğrudan değindiği önemli eserlerinden biri, Yasalar Üzerine (*De Legibus*) adlı çalışmasıdır.⁸

Çalışma, öncelikle metne dayalı bir inceleme olup çalışmada Cicero'nun eserlerine

Kültür Yayınları 2019) v vd; Cicero, *Kader Üzerine (De Fato)* (Celal Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2020) vii vd; Anthony Everitt, *Cicero-Roma'nın En Büyük Politikacısının Hayatı ve Dönemi* (Yunus Emre Ceren, Kronik Kitap 2021) 9 vd; Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 9 vd; Türkoğlu (n 4) 21-23. Keza M.Ö. 80 yılında, hayatını tehlikeye atacak olan, Sextus Roscius'un meşhur savunmasını yaptığı davada müdafî olarak görev almıştır: Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XIV.51, 92. Ayrıca bkz Fehmi Kerem Bilgin ve Halide Gökçe Türkoğlu, 'Cicero'nun İlk Müdafîliği: Pro Sexto Roscio Amerino' (2020) 69 [2] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265, 266-267; Türkoğlu (n 4) 22; Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) v. Dava, lehine sonuçlanmıştır.

⁶ Stoa felsefesine dair açıklamalar için bkz Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie II* (Suhrkamp Verlag 1986) 255-296; Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi* (11. bs Say Yayınları 2021) 147-155; Diogenes Laertios, *Ünlü Filozofların Yaşamları ve Öğretileri* (Candan Şentuna, 11. bs Yapı Kredi Yayınları 2022) 313-355; Ahmet Arslan, *İlkçağ Felsefe Tarihi 4, Helenistik Dönem Felsefesi: Epikuroşçular Stoacılar Septikler* (8. bs İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2022) 161 vd; Dürüşken, *Antik Çağ Felsefesi* (n 4) 303-326; Çevik, *Cicero'nun Devlet'i* (n 5) 136-144.

⁷ Celal Cengiz Çevik, *Stoa Felsefesinin Kuruluş Fragmanları-Zenon ve Kleanthes* (Albaraka Yayınları 2021) 8. Cicero'nun "Stoacı bir filozof" olduğu genelde kabul edilmektedir. Bkz Hegel (n 6) 261; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (12. bs Siyasal Kitabevi 2017) 163; Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 8; Esad Muhlis Bahadır, 'Zenon'dan Cicero'ya Doğal Yasa Anlayışı' (2021) 21 [2] ASBİ Abant Sosyal Bilimler Dergisi 41 vd. Buna karşılık, Cicero'nun Stoa felsefesinin görüşlerini aktardığı ve Stoa felsefesinden özellikle ahlak anlayışı bakımından etkilendiğine dair bkz Cicero, *Dostluk Üzerine* (n 5) xiv, xv; Çevik, *Zenon ve Kleanthes* (n 7) 8; Arslan (n 6) 173, 174. Benzer yönde Bkz Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Engin Arıkan, 8. bs Tekin Yayınevi 2018) 38. Benzer şekilde, Cicero'nun tek bir felsefeye bağlı kalmadığı hakkında bkz Seneca, *Ahlak Mektupları (Ad Lucilium Epistulae Morales)* (Türkân Uzel, Jaguar Kitap 2019) 20.

⁸ Cicero'nun, Yunan felsefesinden ve başta da Platon'un eserlerinden etkilendiği, *Devlet Üzerine (De Re Publica)* ve *Yasalar Üzerine (De Legibus)* adlı eserleri kaleme almasıyla görülebilmektedir. Nitekim Cicero, *Yasalar Üzerine (De Legibus)* eserindeki diyalogda, "Platon'un yazdığı gibi ... devlet kurumları ile en iyi yasalar üzerine tartışması gibi, bizim de ... aynı konuları ... tartışmamızı mı istiyorsun?" ifadesini kullanmakta (bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.V.15, 9, 10) ve "en bilge adam" olarak ifade ettiği Platon'un (bkz ibid 2.VI.14, 40; "Sed ut vir doctissimus fecit Plato atque idem gravissimus philosophorum omnium", Jonathan G. F. Powell (ed), *M. Tulli Ciceronis De Re Pvblica, De Legibus, Cato Maior, De Senectute, Laelius De Amicitia* (Oxford Classical Texts, Oxford University Press 2006) 200), önce devlet üzerine, daha sonra devletin yasaları üzerine yazdığını ve kendisinin de böyle yapacağını söyler. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.VI.14, 40. Keza, Platon'un yasalarla ilgili bütün konuşmasını bir yaz gününde tamamladığını, kendisinin de öyle yapacağını ifade eder. Bkz ibid 2.XXVII.69, 66. Aynı şekilde Cicero, devleti, Platon'un öncülük ettiği biçimde açıkladığını, fakat eski Stoacıların, devleti, halkın ve vatandaşın yararına olacak şekilde değil, tam anlamıyla teorik olarak incelediğini ifade etmektedir. Bkz ibid 3.VI.14, 73. Platon, *Devlet (Politeia)* ve *Yasalar (Nomoi)* eserlerinde bu hususları ele almış, Cicero'nun da belirttiği üzere bu iki eserinde en iyi devlete ve onun yasalarına yönelik bir araştırmaya girişmiştir. Cicero da "en iyi devlet'e (*optima re publica*) yönelik yasaları ele alırken, bu yasaların o devletteki özgür halklara uygun olan yasalar olduğunu ifade etmektedir. Bkz ibid 3.II.4, 68. Keza yasaların belirlenmesinde, "sadece Roma halkı için değil, aynı zamanda tüm iyi ve istikrarlı topluluklar için yasaların çerçevesini" belirlediğini ifade etmektedir. Bkz ibid 2.XIV.35, 51. Platon'un çalışmalarıyla bir diğer benzerlik ise, Platon gibi Cicero'nun da bu iki eserini diyalog biçiminde kaleme almasıdır.

bizzat başvurulmak suretiyle düşüncelerine yer verilerek değerlendirme yapılacaktır. Çalışmada başvurulacak asıl eserler şunlardır: Yasalar Üzerine (*De Legibus*), Devlet Üzerine (*De Re Publica*), Yükümlülükler Üzerine (*De Officiis*). Çalışmada, Cicero'nun en iyi yasaları ortaya koyma gayesini içermesi nedeniyle, öncelikle Yasalar Üzerine (*De Legibus*) adlı eserindeki açıklamaları temel alınacaktır. Ayrıca, bu eseri öncelemesi ve tamamlayıcısı olması itibarıyla Devlet Üzerine (*De Re Publica*) adlı eserindeki ve -Yasalar Üzerine (*De Legibus*) ile Devlet Üzerine (*De Re Publica*) adlı eserlerinin kesişiminde bulunduğunu düşündüğümüz hem devletle hem ahlakla ilgili yükümlülüklerden bahsettiği- Yükümlülükler Üzerine (*De Officiis*) adlı eserindeki hukuk anlayışı ve ceza hukukunu ilgilendiren düşüncelerine de yer verilecektir. Bu nedenle, çalışmanın kapsamı esas olarak Yasalar Üzerine (*De Legibus*), Devlet Üzerine (*De Re Publica*) ile Yükümlülükler Üzerine (*De Officiis*) eserlerindeki Cicero'nun olması gereken olarak sunduğu hukuk anlayışı ve ceza hukukunu ilgilendiren görüşlerinden oluşacaktır. Yine de gerekli görülmesi halinde katkı mahiyetinde olacak biçimde öncelikle Cicero'nun kaleme aldığı diğer eserlere ve daha az olacak biçimde ikincil kaynaklara yer verilmeye çalışılacaktır. Ayrıca Cicero'nun eserlerini Latince kaleme alması nedeniyle, okuyucuların orijinal metni görebilmeleri bakımından Latince derlemelerdeki metne de önem arz ettiği düşünülen hususlar söz konusu olduğunda dipnotlarda yer verilecektir.

Birincil olarak temel alınacak eser olması itibarıyla Cicero'nun Yasalar Üzerine (*De Legibus*) adlı eserini kısaca tanıtmak gerekirse; bu eser, üç "kitap"tan⁹ oluşmaktadır. Ancak bunların dışında eserin en az iki kitabının kayıp olduğu, üçüncü kitabın yarıda kesildiği, kayıp iki kitapta eğitim ve mahkeme konusunun işlenmiş olabileceği ifade edilmektedir.¹⁰ Cicero, ilk kitapta, hukukun kaynağının doğa olması üzerine açıklamalarda bulunmaktadır. Burada yazılı metinlerdeki hukuku değil, doğa yasası diye tabir ettiği, devletlerin kuruluşundan da önce geçerli olan felsefi bir temele dayalı hukuktan bahsetmekte ve Stoacı bir yaklaşım benimsemektedir. İkinci kitapta, önceki kitapta ortaya koyduğu hukuk anlayışıyla¹¹ Roma'daki dini yasaları yorumlamaktadır. Üçüncü kitapta ise, Roma'nın idari teşkilatında yer alan *magistratus*'lara,¹² bunların yetkilerine değinmekte ve buna ilişkin yasaları yorumlamaktadır.¹³ Yani Cicero, mevcut yasaları ele almakta ve onları yorumlayarak olması gereken yasalara yönelik belirlemeler yapmaya çalışmaktadır.

Çalışmada, Dr. C. Cengiz Çevik'in çevirmiş olduğu ve ikisi Türkiye İş Bankası Kültür

⁹ Kitap (*liber*), eserinin bölümleri olarak düşünülebilir.

¹⁰ ibid xiv.

¹¹ Ayrıca bkz Çevik, *Cicero'nun Devlet'i* (n 5) 130-144.

¹² *Magistratus*, Roma'daki kamu görevliliğini ifade etmekte olup kademe olarak en altta olan devlet memurundan en üstteki *consul*'lere kadar her görevlinin *magistratus* olduğu ifade edilmektedir. *Magistra* ifadesi, Latince "kadın yönetici" anlamına geldiğinden temel aldığımız çeviri metninde benimsendiği ve Cicero'nun da Latince metinde kullandığı üzere, *magistratus* ifadesine sadık kalınmıştır. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 102.

¹³ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) xiv, xv.

Yayınları'ndan çıkan,¹⁴ diğeri İthaki Yayınları'ndan çıkan¹⁵ eserlerin çeviri metni esas alınacaktır.¹⁶ Belirtmek gerekir ki, çalışmamızın konusu, Cicero'nun kendi zamanındaki yasaların ne olduğu değil, onun yorumlayarak ulaştığı, en iyi yasaları ortaya koymak yönündeki genel olarak hukuku ve özel olarak ise ceza hukukunu ilgilendiren düşüncelerinin ne olduğudur. Bu bakışla Cicero'nun yasa, hukuk, adalet ve ceza üzerine görüşleri değerlendirilecektir.

Çalışmada genel kavramlardan özel kavramlara giden bir sistematik benimsenecektir. Çalışmada öncelikle Cicero'nun yasa, hukuk ve adalet anlayışı ele alınacaktır. Burada ayrıca Cicero'nun eserlerinde *ius naturale* (doğal hukuk) tabirini kullanıp kullanmadığına değinilecektir. Ardından Cicero'nun ceza anlayışına yer verilecek olup bunlar, ceza hukukunun konuları itibarıyla genel mahiyetteki ve özel mahiyetteki görüşleri olmak üzere iki alt başlık altında sistemleştirilecektir.

Felsefelerde kendi içinde tutarlılık olduğu sürece, felsefeler arası farklılıklar bir diğerini yanlışlıyor anlamına gelmemektedir. Çalışmamızda Cicero'nun felsefesi başka bir felsefi bakış açısından ele alınmadığından "isabetli-isabetsiz" ikiliğinde incelenmeyecektir.

I. CICERO'NUN YASA, HUKUK VE ADALET ANLAYIŞI

A. Yasa (*Lex*), Hukuk (*Ius*) ve Adalet (*Iustitia*)

Cicero, bilhassa Yasalar Üzerine (*De Legibus*) adlı eserinde yasa, hukuk ve adalet kavramlarını kendi felsefi bakışıyla ortaya koymaya çalışmaktadır. Ona göre, *ius civile*,¹⁷ doğanın¹⁸ küçük ve dar kapsamlı bir bölümünü işgal etmekte olup, hukuku esasen insan doğasından edinmek ve böylece hukukun doğasını açıklamak gerekir. Halkların oluşturup kaleme aldığı haklar ile buyrukların incelenmesine ise, bu faaliyetten sonra geçilmelidir.¹⁹

¹⁴ Yasalar Üzerine (*De Legibus*): Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5); Yükümlülükler Üzerine (*De Officiis*): Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2).

¹⁵ Devlet Üzerine (*De Re Publica*): Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2).

¹⁶ İlgili yerlerde birincil kaynak olarak Latince metne de yer verilecektir. Yararlanılacak Latince metinler şu şekildedir: Devlet Üzerine (*De Re Publica*) metni için bkz Cicero, *De Re Publica-De Legibus* (Clinton W. Keyes, The Loeb Classical Library, William Heinemann 1970). Yasalar Üzerine (*De Legibus*) metni için bkz Powell (n 8). Yükümlülükler Üzerine (*De Officiis*) metni için bkz Winterbottom (n 2).

Ayrıca konuya katkıları dolayısıyla birincil kaynak olarak yer verilecek Latince metinlerde temel alınacak eserler şunlardır: Seneca, *L. Annaei Senecae Philosophi, Opera Omnia, Ad Optimorum Librorum Fidem Accurate Edita, Editio Stereotypa, Tomus V, Naturales Questiones* (C. Tauchnitii 1832); James S. Reid (ed), *The Academica of Cicero* (University of Michigan Library 1874); Austin Stickney (ed), *M. Tulli Ciceronis De Natura Deorum Libri Tres* (Ginn&Heath 1881); Cicero, *De Finibus Bonorum et Malorum (Cicero: On Ends)* (Harris Rackham, 2. bs The Loeb Classical Library, William Heinemann 1931); Schoell (n 2); Max Pohlenz (ed), *M. Tulli Ciceronis Scripta Quae Manservnt Omnia: Fasc. 44: Tvscvlanae Dispvtationes* (B. G. Tevbneri 1965); Remo Giomini (ed), *M. Tvllivs Cicero Fasc. 46: De Divinatione, De Fato, Timaevs* (B. G. Teubner 1975).

¹⁷ Eserde *ius civile* ile ifade edilen şey, genel anlamda Roma vatandaşlarını ilgilendiren yasal düzenlemelerdir. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 100.

¹⁸ "Natura", Powell (n 8) 165.

¹⁹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.VI.17, 11.

Ona göre; hukukun kaynağı, yasadan hareketle aranmalıdır.²⁰ Yasa,²¹ kökü doğada bulunan ve yapılması gerekenleri buyurup aksini yasaklayan bir üst akıldır.²² Bu akıl, yasanın insan zihniyle onaylanıp tamamlanmasını gerektirmektedir.²³ Keza Stoacılar göre yasa, insanların zihinlerinde tasarlayarak oluşturduğu ve halkların kararı olan şey değildir. Yasa, evreni yönetme ve yasaklama bilgeliğiyle idare eden ebedi bir olgu olup, bu da tanrının zihnidir.²⁴ Bu zihin, yönetmeye ve yasaklamaya ehil “bilge”nin (*sapientis*)²⁵ akli ve zihnidir.²⁶

Öyleyse öncelikle bakılması gereken yer doğadır. Doğa yasayı, insanı, insan doğasını, hukuku ve hukukun doğasını ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda, doğadan ortaya çıkan yasa ve hukuku anlamadan, insan ürünü olarak varlık kazanmış hukuku ve onun doğaya uygun olup olmadığını anlamak mümkün değildir.

Burada Cicero, hukukun kaynağını yasa, yasanın kaynağının ise doğa olduğunu açıkça ifade etmektedir. Yapıp etmelerin, yani davranışların kuralının ve düzenin ne şekilde olacağını belirlenmesini yasa olarak karşılamakta, bunu da bir üst aklın yaptığını belirtmektedir. Stoacı filozof Seneca'nın insanın, insanlığının da üzerine çıkmadıkça, değersiz bir şey olacağını söyleyerek²⁷ esasen bilgenin, insanlığının üzerine çıkmış bir insan olduğunu belirtmesi ile Cicero'nun bu üst akli hem tanrının zihni hem de bilgenin akli ve zihni olarak belirtmesi uyumludur. Nitekim bilge (*sapientis*); erdem (*virtus*) sahibi kişi, en yüce iyiye (*summum bonum*), doğaya (*natura*) ve onun yasalarına uygun yaşayan (*secundam naturam vivere*) insandır.²⁸ Öyleyse bilge, tanrının zihnine de uygun yaşayan bir kişi olmaktadır. Bu durumda

²⁰ Cicero'nun yasa anlayışına yönelik üç görüş olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan birincisine göre, Cicero, toplum yasalarını doğa yasalarının bir taklidi olarak görmektedir. İkincisine göre, Cicero'ya göre toplum yasaları doğa yasalarının somutlaşmış halidir. Üçüncüsüne göre ise, Cicero'ya göre toplum yasaları ile doğa yasaları özdeşdir. Bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 88; Elizabeth Asmis, 'Cicero on Natural Law and the Laws of the State' (2008) 27 [1] Classical Antiquity 1, 2.

²¹ “*lex*”, Powell (n 8) 166.

²² “*lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria*”, Powell (n 8) 166; Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 88; “Doğada yerleşik bulunan üst akıl (*ratio summa insita in natura*)”, Çevik, *Roma'da Siyaset ve Felsefe* (n 4) 196.

²³ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.VI.18, 11.

²⁴ Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 88.

²⁵ “Bilgelik peşinden koşana filozof diyorlar, o halde felsefe, dilimize çevirmek istersen, bilgelik uğraşından başka bir şey değildir. Bilgelik, eski filozofların yaptığı tanıma göre, tanrısal ve insani her şeyin ve hatta onları idare eden nedenlerin bilgisidir.”, Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.II.5, 72.

²⁶ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.IV.8, 37.

²⁷ Seneca, *Doğa Araştırmaları (Naturales Quaestiones)* (Celal Cengiz Çevik, Jaguar Kitap 2014) 1.Önsöz.4, 23.

²⁸ Cicero ve Stoacıların eserlerinde bilge (*sapientis*); erdem (*virtus*) sahibi kişi, en yüce iyiye (*summum bonum*), doğaya (*natura*) ve onun yasalarına uygun yaşayan (*secundam naturam vivere*) insanı nitelemektedir. “Hiç şüphe yok ki, doğaya göre yaşamak, en yüce iyidir, bu da erdem deneyimiyle mümkün olan ölçülü ve uygun yaşam anlamını taşır veyahut doğaya uymak ve onun yasasına uygun yaşamak (mümkün olduğu ölçüde) doğanın gerekli gördüğü hiçbir şeyi kaçırmamaya çalışma anlamını taşır, başka deyişle, yasayla eşitlenen erdeme uygun yaşamaktır.”, Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XXI.56, 29; “... ahlaken doğru olmak tek ve en yüce iyidir ...”, Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VIII.35, 124; “*quod honestum sit, id esse aut solum aut summum bonum*”, Winterbottom (n 2) 122; Seneca, *Tanrısal Öngörü (De Providentia)* (Çiğdem Dürüşken, Alfa Yayınları 2014) 1.4.15, 16, 69, 94; Seneca, *Bilgenin Sarsılmazlığı Üzerine-İnziva Üzerine (De Constantia Sapientis-De Otio)* (Celal Cengiz Çevik, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2018) 3 vd; Seneca, *Mutlu*

yasayı koyan tanrı ile onu dünyada anlayan ve ona uygun yaşayan bilgenin zihinleri adeta eşitlenmektedir. Öyle anlaşılıyor ki, Sokrates ve Platon'un görüşlerinde yöneticilerin filozoflardan (bu bağlamda bilgelere) oluşması düşüncesi²⁹ ile burada dile getirildiği üzere bilgenin (filozofun) doğadan kaynaklanan yasayı bilmesi ve buna uygun hukuku ortaya koyması düşüncesi, birbirleriyle tutarlıdır.

Yasa; “doğanın gücüdür”, “sağduyulu insanın zihni ve aklısıdır”, “hukukun ve haksızlığın kuralıdır”.³⁰ Yasa, adil olan ve adil olmayan şeyler arasındaki ayrımın kendisidir. Keza yasa, “her şeyin en eskisi ve en önemlisi olan doğa”ya uygun olarak belirlenmiştir. İyileri gözetip korurken, kötülerini cezalandıran insan yasaları da ondan doğmuştur.³¹

Cicero, hukuku ortaya koyarken, yazılı herhangi bir yasadaki önce de var olan ve neredeyse bütün devletlerin kuruluşundan yüzyıllar öncesine kadar giden en yüce yasayı temel aldığını ifade etmektedir.³² Dolayısıyla, “yasa” ifadesi esasen yazılı olan yasal metinleri ifade etmemektedir. Bahsedilen yasa, her zaman her yerde geçerli olan ve doğadan kaynağını alan kurallardır. Buna karşın Cicero, yazılı bir metin şeklindeki yasadaki bahsederken, ona da yasa diyeceğini belirtmektedir.³³

Ona göre hukuk, fikir aracılığıyla değil, doğa tarafından tesis edilmiştir.³⁴ Yani hukuk, doğadan kaynaklanır³⁵ ve doğada yerleşik bulunur.³⁶ Keza hukuku bir insanın herkese iletmesini sağlayan doğa olduğu gibi, herkesin hukuka eşit bir şekilde saygı göstermesi de doğadan kaynaklanır. Doğa, insanlara akıl vermiştir. Verdiği akıl, “doğru akıl”dır.³⁷ Yasa buyurma ve yasaklamadaki de doğru akıl olup, hukuk budur. Akıl herkese verildiğine göre,

Yaşam Üzerine-Yaşamın Kısalığı Üzerine (De Vita Beata-De Brevitate Vitae) (Celal Cengiz Çevik, 3. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019) XV.5, 22; Seneca, *Ahlak Mektupları* (n 7) 24-26, Çevik, *Zenon ve Kleanthes* (n 7) 17.

²⁹ “Demek oluyor ki, yurdu koruyacak adam, yaradılışı bakımından filozof, azgın, çevik ve güçlü olacak.”, Platon, *Devlet* (Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz, 32. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2017) 376c, 64.

³⁰ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.VI.19, 12.

³¹ ibid 2.V.13, 39. Cicero, *Devlet Üzerine* eserinde de benzer açıklamaları yapmaktadır: “Gerçek yasa doğaya uygun olan doğru aklıdır, her şeye nüfuz eder, tutarlıdır, daimidir ve buyurarak yükümlülüğe çağırır, yasaklayarak yanlıştan döndürür.”, Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XXII.33, 201.

³² Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.VI.19, 12.

³³ “Ancak bütün hitabetimiz halkın aklına sunulduğundan, arada halkın diliyle konuşmamız gerekecek, avamın dediği gibi, biz de ona buyurma ve yasaklama isteğini dayatan yazılı metin olarak ‘yasa’ diyeceğiz.”, ibid 1.VI.19, 12. Bununla birlikte metnin bağlamından onun hangi anlamda yasa ifadesini kullandığına dair çıkarımlar yapılabilir. Bu başlık altında ele alındığı üzere yasanın ne olduğunu ortaya koyarken, esasen her zaman her yerde geçerli ve doğadan kaynağını alan yasadaki bahsetmektedir. Bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XXII.33, 201, 202.

³⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.X.28, 16; “*neque opinione sed natura constitutum esse ius*”, Powell (n 8) 172.

³⁵ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XII.33, 18.

³⁶ ibid 1.XII.34, 19; “... *ius in natura esse positum* ...”, Powell (n 8) 175.

³⁷ “*recta ratio*”, Powell (n 8) 174. Cicero, bu doğru aklın İüpiter’in aklı olduğunu ifade eder. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.IV.10, 38; “*Iovis*”, Powell (n 8) 198.

hukuk da herkese verilmiştir.³⁸ Keza, nesnelerin doğasından³⁹ kaynaklanan ve insanları doğru davranmaya zorlayan, yanlıştan alıkoyan bir doğru akıl vardır. Bu akıl, kaleme alındığında değil, doğduğu anda yasa olmuştur ve tanrısal zihinle aynı anda doğmuştur.⁴⁰ Bu nedenle, en yüce yasa, tanrısal zihindir. Aynı şekilde, insan için de “bilge”nin zihnindeki yasa kusursuzdur. Halkların oluşturduğu yasa, döneme bağlı olarak oluşturulduğundan, “yasa” adını olgunun kendisinden değil, genel kabulden almaktadır.⁴¹ Keza Cicero’ya göre “eğer hukuku halkların buyrukları, liderlerin kararları ve yargıçların hükümleri inşa etseydi, çoğunluğun oyları ve buyrukları onaylıyor madem, çalmak, tecavüz ve yalan tanıklık etmek hak olurdu.”⁴²

Öyleyse doğaya uygun olmayan hukuk metinlerinin, sırf yürürlüğe koyulmaları itibarıyla yasa olduğu söylenemez. Bu durumda bilge, bu adı yasa olan metinlerin gerçekten bir yasa olup olmadığını doğaya uygun olup olmaması yönüyle incelemelidir. Eğer doğaya uygun, ondan kaynaklanan bir yasa söz konusu ise, bu zaten yasa olarak var olmakla birlikte ayrıca yasa adında kaleme alınmış bir metin olmaktadır. Kaleme alınmış ve yöneticiler tarafından buyrulmuş olsa da adına yasa denen metin; doğaya uygun ve ondan kaynaklanan bir yasa değil ise, o metin esasen bir yasa değildir. Cicero’nun da bir bilge olarak yapmaya çalıştığı inceleme aynı zamanda bu faaliyeti ifade etmektedir. Günümüzde de “kanuna uygun ama hukuka aykırı” ifadelerinin çıkış nedenleri bundan kaynaklanmaktadır. Günümüzde doğal hukuk anlayışından ortaya çıkmış bu anlayışa göre, bir davranış kanun metnine uygun görünse de hukuken yapılmaması gereken bir davranış olabilir. Bu durumu açıklamaya ve çözüm bulmaya çalışan en meşhur görüş Radbruch Formülü olarak anılan ve Gustav Radbruch tarafından ortaya koyulan formül olup Radbruch bu tür hukuk kurallarına “yasal haksızlık” (*gesetzliches Unrecht*) demiştir.⁴³

Cicero’ya göre yasalar, vatandaşların esenliği ve devletlerin güvenliği, insanların yaşamının huzurlu ve mutlu olması için bulunmuştur.⁴⁴ Yasaları, ilk teklif edenler, içinde buldukları topluma yasaları kendilerinin yazacağını ve sınırlarını belirleyeceğini, kabul

³⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XII.33, 18.

³⁹ “*rerum natura*”, Powell (n 8) 198.

⁴⁰ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.IV.10, 38; “Evren tanrıya, denizler ve karalar evrene boyun eğer, insanların yaşamı da en yüce yasanın buyruklarına uyar.”, ibid 3.I.3, 68.

⁴¹ ibid 2.V.11, 38.

⁴² ibid 1.XIV.43, 23; “*Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerent, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur.*”, Powell (n 8) 180.

⁴³ Gustav Radbruch’un Radbruch Formülü adıyla anılan çözümünü ortaya koyduğu “Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk” (“*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”) başlıklı makalesi için bkz. Sevtap Metin ve Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (2. bs Tekin Yayinevi 2015) 75-106.

⁴⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.V.11, 38; “*constat profecto ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam inventas esse leges*”, Powell (n 8) 198. Cicero, devletler ve hükümetlerin kurulma nedenini ise, insanların mevcut haklarının korunması olarak ifade eder. Her ne kadar insanlar doğanın yönlendirmesiyle bir araya gelse de haklarını savunmak için kentlerin korumasına sığınmaktadır. Bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XXI.73, 102. Keza, devletin ve kentin temel işlevi, herkesin özgür ve insanların malvarlığının güvence altında olmasını sağlamaktır. Bkz ibid 2.XXII.78, 104.

edilerek benimsenmesi durumunda ise dürüstçe ve mutlu bir şekilde yaşayacaklarını vadetmişlerdir. Ancak belirtmek gerekir ki, yaşadıkları toplumlara yıkıcı ve haksız kurallar belirleyen kişiler, vaatlerine ters davrandıkları için, onlara “yasa” dışında bir şey sunmuş olur. Oysa “yasa”, kendisinde adil ve doğru olanı seçme gücünü ve kararını barındırır.⁴⁵ Bu nedenle, halkın, zararlı olduğu halde kabul ettiği bir şeye (kurala, yasal metne), “yasa” denemez.⁴⁶ Dolayısıyla, “yasa” dışındaki bir şey (kural, yasal metin) yasa olarak kabul edilmemeli ve bunlara “yasa” bile denilmemelidir. Cicero, esasen “yasa” olmamaları itibarıyla, *Senatus*'un⁴⁷ “tek bir satırla yürürlükten kaldırdığı yasalar”ı örnek olarak vermektedir. Nitekim “yasa”, yürürlükten kaldırılamaz.⁴⁸ Doğru bir yasa ile gerçek adaletin sağlam ve canlı bir örneğine sahip olmadıklarını söyleyen Cicero, yürürlükteki yasa metinleri bakımından sadece gölgelerden ve taslaklardan yararlandıklarını söyler. Ancak buna rağmen, “keşke bunlara da uysak!”⁴⁹ diye yakınarak, yazılı yasa metinlerine dahi uyulmadığından, -en azından bunlara uyulsa- diye bir serzenişte bulunur. Çünkü bu yazılı yasaların bile doğa ile hakikatin en iyi örneklerinden oluştuğunu söyler.⁵⁰

Devleti oldukça önemseyen Cicero, yasadan yoksun olan devletin, hiçbir yerde devlet sayılmayacağını belirtir. Yasa, bir devletin gerçekten bir devlet sayılmasını sağladığına göre, yasa, en iyi şeyler arasındadır.⁵¹

Cicero, *magistratus*'ların, yasalara uygun olan doğru ve yararlı şeyler buyurup dikte etme yetkisi olduğunu, dolayısıyla, nasıl ki yasalar *magistratus*'lara buyuruyorsa, *magistratus*'ların da halka buyurduğunu belirtmektedir. Buradan yaptığı çıkarım ise, *magistratus*'un konuşan yasa, yasanın ise dilsiz *magistratus* olduğudur.⁵² Kanaatimizce idare hukukunda kabul edilen kamu gücünün ayrıcalıklarından olan “hukuka uygunluk karinesi”⁵³ de

⁴⁵ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.V.11, 38.

⁴⁶ ibid 2.V.13, 39. Cicero burada, doğaya ve adalete uymayan zarar verici yasaların yapılmasını, cahil ve tecrübesiz insanların iyileştirici ilaçlar yerine zehirli ilaçlar yazmasına benzetmektedir. Bkz ibid 2.V.13, 39. Ayrıca bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XII.41, 87.

⁴⁷ *Senatus*'u Krallık döneminde *Patres*, yani “Babalar” anlamındaki aile reislerinin oluşturduğu, *Senatus*'un kralın yanında bir danışma kurulu olarak hizmet verdiği ve Cumhuriyet döneminde politik rejimin ana unsurlarından biri olduğu belirtilmektedir. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 106, 107. Ayrıca Cicero, *Senatus*'un kökenini şu şekilde bizzat açıklar: “(Sparta devletinin kurucusu) Lycurgus, *Lacedaemonia*'da *gerontes* (yaşlılar) demiştir bu gruba, çok az, yani yirmi sekiz kişiden oluşmuştur bu grup. Lycurgus bu kişilerin en üst düzeyde fikir beyan etme hakkına sahip olmasını istemiştir, buna karşın kral da yönetimin başında bulunur. Bu yüzden atalarımız bu örneği izleyip Lycurgus'un kullandığı unvanı alarak onun “İhtiyarlar” dediği kişilere *Senatus* ismini vermiştir.”, Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 2.XXVIII.50, 176, 177. *Senatus*'un, “yaşlı” anlamına gelen *senex* kelimesiyle ilişkilendirildiği belirtilmektedir. Bkz ibid 176; Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 106.

⁴⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.VI.14, 39; “Bu yasayı değiştirmek günahdır, bu yasanın bir parçası bile değiştirilemez, yürürlükten kaldırılamaz; kuşkusuz ne *Senatus* ne de halk aracılığıyla bu yasadan kurtulabiliriz.”, Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XXII.33, 201, 202.

⁴⁹ “*Eas ipsas utinam sequeremur!*”, Winterbottom (n 2) 137.

⁵⁰ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.XVII.69, 138.

⁵¹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.V.12, 39.

⁵² ibid 3.I.2, 68.

⁵³ “*Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.*”,

başka nedenler ortaya koyulabilse de, temelde bu düşünceden ortaya çıkmaktadır.

Adalet hususunda ise, öncelikle adaletin ne ödül ne de ödeme vadettiğini belirtmektedir. Adalet,⁵⁴ sadece kendisi için arzulanır.⁵⁵ Erdem, ki konumuz itibarıyla “adalet”, kendi doğasından değil de getirisinden (faydasından) dolayı aranır, burada “kötülük”⁵⁶ var olacaktır. Nitekim sadece kendi yararına uygun davranan biri, iyi bir insan olamaz ve erdemi ödül için isteyen kişi de “kötülük” dışında bir erdem hedeflememiş olur.⁵⁷ Keza adalet, faydacı⁵⁸ bir bakışla toplumların sadece yazılı yasalara ve kurumlarına boyun eğmesi olamaz. Adalet, doğadan kaynaklanmıyorsa, bütünüyle mümkün olan bir adalet söz konusu olamaz ve faydacılık üzerine inşa edilen adalet yine bu faydacılık eliyle çöker.⁵⁹ Bu nedenle, en üst düzeyde adaleti olmayan bir devlet, hiçbir şekilde yönetilemez/ayakta kalamaz.⁶⁰ Adaletin, devletin temeli olduğuna yönelik bakışın, Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

Ona göre, insanlarda adalet düşüncesi⁶¹ bulunmazsa, artık korumaları olmayacağından birçok haksızlıkla karşılaşabilirler. Ona göre, günaha ve suça⁶² batmış olanlar bile bir nebze adalet olmadan yaşayamazlar. Nitekim hırsızların bile gözetip boyun eğdiği yasaları (kuralları) vardır. Adaletin hırsızların bile gücünü artırabilecek ya da nüfuz alanını genişletebilecek kadar

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK), m 27/1.

⁵⁴ “*iustitia*”, Powell (n 8) 182. “*Iustitia, quae suum cuique distribuit. (Adalet herkese hakkı olanı paylaştırır.)*”, Dürüşken, *Latince Güzel Sözler Antolojisi* (n 2) 193; “*Nam iustitia, quae suum cuique distribuit, quid pertinet ad deos?*”, Stickney (n 16) 3.XV.38, 148. Ayrıca bkz “Şöyle bir söz vardır: Adalet tüm erdemleri kendisinde toplar.”, Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (Faruk Akderin, 4. bs Say Yayınları 2019) 1129b, 107; “... iyi ve kötü şeyleri ayırt ederken sağduyunun, her bir kimseye hakkını teslim ederken adaletin farkına varılır.”, Cicero, *İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine* (n 4) 5.XXIII.67, 272; “... *prudentia in delectu bonorum et malorum, iustitia in suo cuique tribuendo.*”, Cicero, *De Finibus Bonorum et Malorum* (n 16) 470.

⁵⁵ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XVIII.48, 25. Aynı doğrultuda bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XII.41, 87. Aynı konuda bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XVI.26, 200; Cicero, *İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine* (n 4) 5.XXIII.67, 272. Aynı şekilde bkz “Bu durumda adalet, kendisine ulaşılmasını amaçlayan bir erdemdir. ... Adalet kendi amacını içinde taşır ve erdemin tam olarak kullanılmasını gerektirir.”, Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (n 54) 1129b, 107.

⁵⁶ “*malitia*”, Powell (n 8) 182.

⁵⁷ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XVIII.49, 25; “Söylemesi bile ziyadesiyle utanç verici ama, ya haz? Erdemin ziyadesiyle hazzın küçümsenmesi ve reddedilmesinde yattığı görülmektedir.”, ibid 1.XIX.52, 27. Ayrıca bkz “Kısacası adalet erdemin bir parçası değildir, ta kendisidir, aynı şekilde adaletsizlik de kötülüğün bir parçası değil ta kendisidir.”, Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (n 54) 1130, 107.

⁵⁸ “*utilitate*” (*utilitas*), Powell (n 8) 179; <<https://logeion.uchicago.edu/utilitas>> Erişim: 13.08.2022. Cicero’nun ve Stoa filozoflarının “faydacı/faydacılık” ifadesini Epikürosçular için kullandığını ifade edebiliriz. Epiküros’a ve felsefesine dair bkz Diogenes Laertios (n 6) 469-528; Hegel (n 6) 297-336; Arslan (n 6) 25 vd; Cevizci (n 6) 143-147; Dürüşken, *Antik Çağ Felsefesi* (n 4) 283-303.

⁵⁹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XV.42, 23; “Müzisyenlerin şarkıda armoni dediği şey devlette uyum, her devlette en güçlü ve en iyi güvenlik bağıdır; uyum adalet olmadan olamaz.”, Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 2.XLII.69, 187.

⁶⁰ Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 2.XLIV.70, 188; “*sine summa iustitia rem publicam geri nullo modo posse*”, Cicero, *De Re Publica* (n 16) 182. Benzer doğrultuda bkz “*Adalet [erdem] politiktir: Adalet [sistem] politik ortaklığın düzenlenmesi, adalet [erdem] ise neyin adil olduğuna dair yargıda bulunmadır.*”, Aristoteles, *Politika* (Özgüç Orhan, Pinhan Yayınevi 2018) 1253a29, 161.

⁶¹ “*opinio iustitiae*”, Winterbottom (n 2) 85.

⁶² “*maleficio*” (*maleficium*), ibid 85; <<https://logeion.uchicago.edu/maleficium>> Erişim: 15.08.2022.

etkili olduğunu belirten Cicero, adaletin yasalar ve mahkemelerle birlikte bir devlet sistemindeki gücünün ne kadar büyük olduğunu göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çeker.⁶³ Elbette burada, hırsızların “adaletli” olduğu sonucu çıkarılamaz. Ancak adalet öyle bir mefhumdur ki, haksızlık-adaletsizlik gerçekleştirmek için bir araya gelmiş insanların dahi kendi aralarındaki ve uygulamalarındaki “adalet”, onların gücünü artıran ve etki alanını genişleten bir etkiye yol açabilir. Haksızlık-adaletsizlik gerçekleştiren insanlar arasındaki adaletin onların varlıklarını sürdürebilmesi için gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Bu kişilerde bile bir nebze de olsa “adalet düşüncesi” bulunmaktadır. Buradan hareketle, toplumdaki en büyük organizasyon olan ve organları aracılığıyla kullandığı çok büyük bir güce sahip olan devlet için, adaletin varlığının olmazsa olmaz bir yöne sahip olduğuna ve adaletin yol açacağı sonuçlarının büyüklüğüne bir vurgu yapılmaktadır. Bu durum, adaletin devletin temeli olduğuna yönelik bakışın bir sonucudur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Cicero'ya göre devletlerde gözetilmesi gereken bir “savaş hukuku”⁶⁴ vardır ve savaş, hiçbir haksızlığın olmadığı barış ortamında yaşayabilmek için gereklidir.⁶⁵ “Sadece barışı amaçlıyor görüldüğünde savaş açılmalıdır.”⁶⁶ Zafere ve barışa ulaşınca ise, savaşta hırçın ve vahşi olmayanlar korunmalıdır. Nitekim Cicero'nun dediğine göre, ataları da savaşla ele geçirdikleri devlet ve milletleri anlayışla kucaklamış ve korumuşlardır.⁶⁷

B. Doğal Hukuk (*Ius Naturale*) veya Doğanın Hukuku (*Ius Naturae*): Cicero, Eserlerinde “Doğal Hukuk” (*Ius Naturale*) Tabirini Kullanmış Mıdır?

Cicero'dan bahsedilince doğal hukuk tabiri de hemen akla gelmektedir. Doğal hukuk teorisinin kökenini Platon'da, Aristoteles'te, Stoacı filozoflarda⁶⁸ ve çalışmamızda yer verdiğimiz filozof Cicero'da bulduğu kabul edilmektedir. Keza Cicero'nun doğal hukuktan söz ettiğinden ve onun “doğal hukuk anlayışı”ndan sıklıkla bahsedilmektedir.⁶⁹ Ancak bu kabullere rağmen, Cicero'nun eserlerinde “doğal hukuk” (*ius naturale*) tabirini kullanıp kullanmadığına bakılması gerekmektedir.

Cicero, Yasalar Üzerine eserinden günümüze ulaşabilmiş kısımdaki metnin son açıklamalarında, *magistratus*'ların yetkilerinin hukuki yönünü inceleyeceğinden, *ius naturae* üzerine düşünmek ve konuşmak gerektiğinden, ayrıca Roma halkının hukuku üzerine söz

⁶³ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XI.39-40, 86, 87.

⁶⁴ “*iura belli*” (*ius belli*), Winterbottom (n 2) 14.

⁶⁵ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XI.34-35, 17.

⁶⁶ ibid 1.XXIII.80, 37; “*Bellum autem ita suscipiatur ut nihil aliud nisi pax quaesita videatur.*”, Winterbottom (n 2) 32. Cümlelerin başka bir çevirisi şu şekildedir: “*Tek arzumuzun barış olduğunu ispatlayacak şekilde savaşa girmeliyiz.*”, Dürüşken, *Latince Güzel Sözler Antolojisi* (n 2) 65.

⁶⁷ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XI.34-35, 17, 18. Aynı doğrultuda bkz Çevik, *Roma'da Siyaset ve Felsefe* (n 4) 208.

⁶⁸ Çevik, *Cicero'nun Devlet'i* (n 5) 130-144.

⁶⁹ Güriz (n 7) 164.

etmesi gerektiğinden bahseder.⁷⁰ Ancak devamındaki metin günümüze ulaşmamıştır.⁷¹

Burada metinde geçen *ius naturae* ifadesinin ne anlama geldiği üzerinde durulmalıdır. Cicero'nun temel aldığı *De Legibus* metninde “*de iure nate*” ifadesi kullanılmaktadır.⁷² *De Re Publica* için temel aldığımız eserdeki *De Legibus* metninde ise “*de iure naturae*” ifadesi kullanılmaktadır.⁷³ Asmis, metnin “*de iure nate*” kısmının eksik olduğunu ve “*ura*” kısmının doldurularak kelimenin “*nat<ura>e*” olarak genelde kabul edildiğini belirtmektedir.⁷⁴ Temel aldığımız metnin İngilizce çevirisinde “*natural law*” (doğal hukuk) değil, “*the law of Nature*” (doğanın hukuku) ifadesi kullanılmaktadır.⁷⁵ Temel aldığımız Türkçe çeviri metninde ise “doğal hukuk” ifadesi kullanılmaktadır.⁷⁶

“Doğal hukuk” anlamına gelen Latince tabir, “*ius naturale*”dir. Belirtmek gerekir ki Cicero'nun günümüze ulaşmış Latince metinlerinin derlemeleri tarafımızca taranmıştır. Ancak bu metinlerde *ius naturale* ifadesini hiç kullanmadığı görülmüştür. Yine belirtmek gerekir ki, Cicero'nun “doğal hukuk anlayışı” konusunda yazılmış Türkçe tez çalışmalarına bakılmıştır. Ancak, bu çalışmalarda *ius naturale* ifadeleri kullanılmakla birlikte, bu ifade için ya birincil kaynak olan Cicero'nun eserlerine atıf yapılmadığı ikincil kaynaklara atıf yapıldığı, dolayısıyla *ius naturale* tabirinin bu ikincil kaynaklarda kullanıldığı ya da Cicero'ya doğrudan atıf yapılmasına rağmen, atıflardaki kaynak Latince metinlere bakıldığında bu ifadenin kullanılmadığı görülmektedir.⁷⁷

Atkins'in kendi kaleme aldığı veya editörlüğünü yaptığı Cicero ile ilgili eserlerde de “*natural law*” ifadesinin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Örneklerden dikkat çekici olanlarından birine bakıldığında, bir eserde “*Such, for Cicero, was the function of natural law, which he defined in the De Legibus*” (“Cicero'ya göre *De Legibus*'ta tanımladığı ‘doğal hukuk’un işlevi buydu”) ifadesi için *De Legibus* 1.VI.19'a atıf yapıldığı ve buradaki “*a lege ducendum est iuris exordium*” ifadesi için, “*it is from natural law that the origin of law must be brought out*” (“hukukun kökeni ‘doğal hukuk’tan çıkarılmalıdır”) şeklinde çeviri yapıldığı görülmektedir.⁷⁸ Oysa Latince metinde “doğal hukuk” (*ius naturale*) tabiri geçmemektedir.

⁷⁰ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.XX.49, 89.

⁷¹ ibid xiv.

⁷² Bkz Powell (n 8) 264.

⁷³ Bkz Cicero, *De Re Publica* (De Legibus kısmı) (n 16) 516.

⁷⁴ Asmis (n 20) 27.

⁷⁵ Cicero, *De Re Publica* (De Legibus kısmı) (n 16) 517. Aynı yönde bkz Asmis (n 20) 27.

⁷⁶ Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 89.

⁷⁷ Bkz Pelin Atayman Erçelik, ‘Cicero’da Doğal Hukuk Anlayışı’ (YL Tezi, İstanbul Üniversitesi 2008) 1, 64; Muhammed İbrahim Ertuğrul, ‘Marcus Tullius Cicero’da ve Hugo Grotius’ta Doğal Hukuk Düşüncesi’ (YL Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2020) 66, 101, 109, 141, 167.

⁷⁸ Bkz Claudia Moatti, ‘Cicero’s Philosophical Writing in Its Intellectual Context’ in Jed W. Atkins ve Thomas Bénatouil (eds), *The Cambridge Companion to Cicero’s Philosophy* (Cambridge University Press 2022) 17. Benzer şekilde, Cicero tarafından “*ius naturale*”nin (*natural law*) açıklamasının sunulduğu hakkında bkz Jed W. Atkins, *Cicero on Politics and the Limits of Reason, The Republic and Laws* (Cambridge University Press 2013) 220.

Latince metinde, hukukun kökeninin yasadaki hareketle aranması gerektiği belirtilmektedir: “*a lege ducendum est iuris exordium*”.⁷⁹ Diğer yandan Asmis, haklı olarak, Cicero'nun önerdiği yasaların, doğal hukuk (*natural law*) ile aynı olmadığını belirtmektedir.⁸⁰ Bununla birlikte Asmis, Cicero'nun Yasalar Üzerine (*De Legibus*) eserinin, Avrupa doğal hukuk teorisinin (*European natural law theory*) temeli olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.⁸¹

“Doğal hukuk” anlayışı, her ne kadar kökenlerini Cicero'da bulsa ve eserleri doğal hukuk teorisine kaynaklık etse de *ius naturale* tabirini birebir kullandığı bir metne -eğer varsa bile- tarafımızca ulaşılamadığını belirtiriz.⁸² Bu nedenle çalışmada, Cicero'nun hukuk anlayışı için “doğal hukuk” ifadesini kullanmayı tercih etmemekteyiz. Her yerde her zaman geçerli ve doğadan kaynağını alan hukuk anlayışına dayalı olarak geliştirilen “doğal hukuk” (*ius naturale*) kavramına, M.S. 170-228 civarında yaşamış hukukçu Ulpianus'un *Digesta'da* yer almış metinlerinde rastladığımızı ifade etmeliyiz: “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est.*”⁸³. Bu pasajda Ulpianus, “*ius naturale*”nin, doğanın tüm hayvanlara öğrettiği *ius* (hukuk) olduğunu, bunun insan ırkına özgü olmadığını, karada ve denizde doğan tüm hayvanlarda ve kuşlarda ortak olduğunu söylemektedir.⁸⁴

Tüm bu gerekçelerle sonuç olarak, Cicero'nun metnindeki “*ius naturae*” ifadesinin “doğanın hukuku” anlamına geldiğini⁸⁵ ve Cicero'nun eserlerinde aslında “*ius naturale*” (doğal hukuk) tabirine yer vermediğini söyleyebiliriz.

II. CICERO'NUN CEZA ANLAYIŞI

Çalışmamız kapsamında temel aldığımız eserlerden biri olan Yasalar Üzerine adlı eserinde Cicero, ikinci kitapta dini yasalar hususunda, üçüncü kitapta ise *magistratus*'larla ilgili yasalara değinmektedir. Bu iki kitapta hem bazı suçlardan ve cezalardan hem de hukukun diğer

⁷⁹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 11.

⁸⁰ Asmis (n 20) 31.

⁸¹ Asmis (n 20) 1.

⁸² Esasen benzer durum Platon, Aristoteles ve Stoacı filozoflar için de söylenebilir. Platon için örneğin bkz Çevik, *Cicero'nun Devlet'i* (n 5) 130. Yine örneğin Aristoteles, teknik anlamda “doğal hukuk” değil, hukukun ve hakların doğa veya “yasa” (kanun) kaynaklı olmasından bahsetmektedir. Bkz Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (n 54) 1134-1135, 116-119. Stoa bakımından bkz Diogenes Laertios (n 6) 313-355. Ayrıca bkz Çevik, *Cicero'nun Devlet'i* (n 5) 136-144.

⁸³ Theodor Mommsen (ed), *Digesta-Justiniani Augusti, Vol. I* (Apud Weidmann 1860) 1.1.1.3, 1.

⁸⁴ Bu hususta bir inceleme için bkz János Erdödy, ‘Understanding the Concept of *ius naturale* in Ancient Roman Law’ (2018) 9 [1] *Journal on European History of Law* 178 vd. Söz gelimi Hobbes'un “*ius naturale*” ve “*lex naturalis*” ifadelerini kullanım biçimi için bkz Howard Warrender (ed), *The Clarendon Edition Of The Philosophical Works Of Thomas Hobbes, De Cive: Latin Version, Volume II* (Oxford University Press 1983) IX.2, 164; Howard Warrender (ed), *The Clarendon Edition Of The Philosophical Works Of Thomas Hobbes, De Cive: The English Version, Volume III* (Oxford University Press 1987) IX.2, 122; John Charles Addison Gaskin (ed), *Thomas Hobbes, Leviathan* (Oxford University Press 1998) XIV.1-3, 86.

⁸⁵ “*Ius naturae*” tabirinin çevirisi hususunda yol göstericiliği için sayın Dr. C. Cengiz Çevik'e şükranlarımı sunarım.

alanlarıyla ilgili kaidelerden bahsedilmektedir. Devlet Üzerine adli eserinde ceza hukukunu ilgilendiren görüşleri oldukça azdır. Yükümlülükler Üzerine adli eserinde ise, ceza hukukunu genel anlamda ilgilendiren çıkarımlar bulunmaktadır. Bu başlıkta önce ceza hukukunun konuları itibarıyla genel mahiyet arz eden görüşleri ele alınacak, ardından ceza hukukunun konuları itibarıyla özel mahiyet arz eden görüşlerine değinilecektir.

A. Cicero'nun Ceza Hukukunun Konuları İtibarıyla Genel Mahiyet Arz Eden Görüşleri

1. Haksızlık ve Suç Olgusu ile İnsanların Suç İşlemekten Geri Durmasının Nedenleri

Cicero'ya göre haksızlık⁸⁶ iki şekilde gerçekleşir: 1. Kaba kuvvet kullanarak (şiddete başvurarak).⁸⁷ 2. Hilekârlıkla (dolandırarak).⁸⁸ Cicero burada, hilekârlığı küçük bir tilkiye, kaba kuvveti ise aslana benzetir. Ona göre, ikisi de insana hiç yakışmamakla birlikte, hilekârlık daha büyük bir nefreti hak etmektedir. Nitekim adaletsizlikte hiçbir tavır, iyi birymiş gibi görünebilmek için insanları aldatmaya girişenlerinki kadar açık değildir.⁸⁹ Doğa, yasanın kaynağı olduğu için, doğaya uygun olan, herkesin bir başkasının bilgisizliğini sövmeyecek şekilde davranmasıdır.⁹⁰ Cicero ayrıca, haksızlıkların çoğu zaman yasanın zekice fakat kötü niyetle yapılmış bir yorumuna dayanan hilekârlıktan doğduğunu ifade eder.⁹¹

Bu durumda, haksızlık ilk olarak bir güç kullanımına dayanabilir. Burada bir yapma eylemi söz konusudur. Gücünün yettiği kişiye karşı onun özgürlük alanı hilafına bir davranışta bulunması söz konusudur. Yani kişi, bir başkasının hukukunu korumaya yönelik yükümlülükler aykırı bir davranışta bulunmaktadır. İkinci olarak ise, haksızlık bir sahteciliğe başvurulmak suretiyle gerçekleştirilir. Burada kaba kuvvet değil, akıl yoluyla bir dolandırıcılık söz konusudur. Öyleyse kişi, bir kaba kuvvete başvurmaksızın karşıdaki kişinin iradesini yanlış yönlendirmesine neden olarak da haksızlık gerçekleştirilebilmektedir. Haksızlık içerisinde “yapmama”yı-“ihmal”i, yani bir davranışta bulunulması gerekirken bu davranışta bulunmamayı dahil etmediği görülmektedir. Cicero'nun “haksızlıkların çoğu zaman yasanın

⁸⁶ “*iniuria*”, Winterbottom (n 2) 18. “*Iniuria*” kelimesinin ilk olarak, -hukuk, hak, adalet anlamındaki- “*ius*” kelimesine “*in-*” önekinin getirilmesiyle “hukuka, hakka, adalete uygun olmayan şey” anlamına geldiği, ikinci olarak ise sadece hukuk bağlamında değil, genel anlamda “haksızlık” anlamına geldiği hususunda bkz Seneca, Bilgenin Sarsılmazlığı Üzerine (n 28) iii. Ayrıca bkz <<https://logeion.uchicago.edu/iniuria>> Erişim: 10.08.2022. Roma hukukunda “*iniuria*” kelimesinin, birinin vücuduna zarar vermek veya sözle kişiliğine hakaret etmek suretiyle işlenen suçu (haksız fiili) ifade ettiği hususunda bkz Paul Koschaker, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları* (Kudret Ayiter, 2. bs Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 238.

⁸⁷ “*vi*” (*vis*), Winterbottom (n 2) 18; <<https://logeion.uchicago.edu/vis>> Erişim: 10.08.2022.

⁸⁸ “*fraude*” (*fraus*), Winterbottom (n 2) 18; <<https://logeion.uchicago.edu/fraus>> Erişim: 10.08.2022.

⁸⁹ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XIII.41, 21, 22.

⁹⁰ ibid 3.XVII.72, 139. Cicero bu noktada, doğadan kaynaklanan toplum yasasının, yalnızca malvarlıklarına ilişkin kötü niyeti ve dolandırıcılığı cezalandırmadığını, aynı zamanda, kölelerin satışında da satıcının dolandırıcılığına izin vermediğini belirtir. Bkz ibid 3.XVII.71, 139.

⁹¹ ibid 1.X.33, 16.

zekice fakat kötü niyetle yapılmış bir yorumuna dayanan hilekârlıktan doğduğu”nu ifade etmesini hem bir hakkın olmadığı durumda sözde hukuka dayanarak haklıymış gibi gösterecek yolların bulunması hem de hakkın kötüye kullanılması için dile getirdiğini söyleyebiliriz.

Cicero; cinayetlerin,⁹² zehirlenmelerin,⁹³ yalan tanıklıkların, zimmete para geçirmenin, soygunların, yağmanın “yararlı görünen bir şeyi ahlaken doğru olandan ayırmaktan” kaynaklandığını söylemekte ve bunların erdemsizliğinden bahsetmektedir.⁹⁴ Oysa “ahlaken yanlış olan, fakat yararlı olduğu düşünülen” şeyi elde etmek, asla yararlı olmaz. Nitekim ahlaken yanlış olan bir şey, yararlı olamaz.⁹⁵ Bu nedenle, yararlı olan, ahlaken doğru olan şeydir.⁹⁶

Kanaatimizce “yararlı görünen bir şeyi ahlaken doğru olandan ayırmak”, faydayı öncelemek anlamına gelir. Yani bu bakışla bir davranış, ahlaki ise zaten yararlıdır. Burada ahlak ile yararlı olmak bir bütündür. Ancak bir davranışın ahlakiliği ile yararlı olması birbirinden ayrılırsa, kişi faydayı önceleyerek sadece fayda sağlamaya yönelik bir davranış gerçekleştirir. Bu ise erdemli bir davranış değildir. Erdemli olmayan ve sadece faydayı gözetken bir davranış yararlı olamaz. Bu davranışlar, “haklı” bir davranış olarak görülemez.

Ona göre suç⁹⁷ işlemek, asla yararlı olamaz. Nitekim suç, her zaman ahlaken yanlıştır.⁹⁸ Buna karşılık, iyi insan olmak ahlaken doğru olduğu için, bu da her zaman yararlıdır.⁹⁹

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, haklı davranış doğaya uygun davranıştır ve ahlak da, yani yapıp etmeler de doğaya dayanır. Ahlaka uygun olmamak, doğaya, doğadan kaynaklanan yasaya aykırılık anlamına gelir. Böyle davranışların hukuken tasvip edilebilmesi de mümkün değildir. İşte bu davranışlar suç teşkil edebilmektedir. Cicero’dan çıkardığımız sonuca göre, suçlar aynı zamanda ahlaka aykırı davranışlardır ve ahlaken yanlış olan “yararsız” davranışlar hukuken tasvip edilemezdir. Bir yasanın gerçekten yasa olup olmamasında olduğu

⁹² Latince metinde “*sica*” (Winterbottom (n 2) 123) şeklinde ve çeviri metninde “hançerler” (Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VIII.36, 124) olarak geçen ifade, birinin öldürülmesi anlamında kullandığından çalışmada “cinayet” kelimesiyle karşılanmıştır.

⁹³ Latince metinde “*venenum*” (Winterbottom (n 2) 123) şeklinde ve çeviri metninde “zehirler” (Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VIII.36, 124) olarak geçen ifade, birini zehirlenmek anlamında kullandığından çalışmada “zehirleme” kelimesiyle karşılanmıştır.

⁹⁴ ibid 3.VIII.36, 124.

⁹⁵ ibid 3.XII.49, 130.

⁹⁶ ibid 3.VIII.35, 124; “*quidquid honestum, id utile*”, Winterbottom (n 2) 122.

⁹⁷ Cicero burada esasen “*peccare*”den bahsetmektedir. “*Peccare*”, ilk olarak “günah (işlemek)” anlamına geldiği gibi, yanlış yapmak, zarar vermek, kusurlu davranmak, ahlaken yapılan kötülük gibi anlamlara gelmektedir. Bkz <<https://logeion.uchicago.edu/peccare>> Erişim: 10.08.2022. Ancak hem eserin çevirmeninin “suç” kelimesini tercih etmesinden (bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.XV.64, 136), hem de Cicero’nun hukuk anlayışında hukuk ve ahlak da doğadan kaynaklandığından ve suç da öncelikle ahlaka aykırı bir davranış olduğundan, suç kelimesinin kullanılması yanlış olmayacaktır.

⁹⁸ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.XV.64, 136; “*Numquam igitur est utile peccare*”, Winterbottom (n 2) 135.

⁹⁹ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.XV.64, 136; “*quia semper est honestum virum bonum esse, semper est utile*”, Winterbottom (n 2) 135.

gibi, ahlaka aykırı davranışlara görünüşte hukuka uygunluk niteliği veren hukuk metinleri de gerçekte ahlaka aykırılıklarından dolayı hukuken korunamaz ve doğadan kaynaklanan yasaya ve hukuka aykırı olurlar. Keza “iyi insan olmak”, ahlaken doğru olan davranışlarda bulunmak anlamına gelecek ve bu davranışlar yararlı, yani doğadan kaynaklanan yasaya ve hukuka uygun olacaktır.

Cicero’ya göre, insanları haksızlık yapmaktan alıkoyan, ceza¹⁰⁰ değil, doğadır. Yani insanları haksızlık yapmak ve suç işlemekten uzak tutan şey ceza ve cezalandırılma korkusu değil, ahlaksızlığın kendisidir.¹⁰¹ Cicero burada, “doğru ve saygıdeğer olan her şeyin kendi başına arzulanması olması” temelinden hareket etmekte ve iyi bir insanın bizatihi ahlaken doğru olana göre hareket edeceğinden, “uyanık”¹⁰² bir insanın ise elde edeceği faydaya göre davranacağından bahsetmektedir.¹⁰³ Cicero, ayrıca bu durumu utanma duygusu¹⁰⁴ üzerinden de açıklar. Ona göre, insanlar, yasalarla sabit olan cezaların yarattığı korkudan¹⁰⁵ değil, doğanın insana suçlanma korkusu olarak verdiği utanma duygusundan çekinirler. Utanma duygusu,¹⁰⁶ en az korku kadar vatandaşları suç işlemekten uzak tutar.¹⁰⁷

Bu açıklamalara karşın Cicero, insanlara cezasızlık ve kimse tarafından bilinmeme imkânı tanındığında, haksızlık yapmaktan çekinecek çok az insanın bulunacağını söylemektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁰ “*poena*”, Powell (n 8) 178.

¹⁰¹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XIV.40, 21.

¹⁰² “*callidus*” (*callidus* [“kurnaz”]), Powell (n 8) 178; <<https://logeion.uchicago.edu/callidus>> Erişim: 13.08.2022.

¹⁰³ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 1.XIII.40, 21. Burada yer alan görüş, Stoacılıkta geçerli olup Cicero tarafından da benimsenmiştir. Temelde karşı çıkılan felsefenin Epikuroşçuluk olduğunu ifade edebiliriz. Bkz ibid 1.XIII.40, 21; Seneca, *Ahlak Mektupları* (n 7) 21. Cicero, *De Divinatione* eserinde söylediği üzere, “İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine” (*De Finibus Bonorum et Malorum*) eserinde beş kitap halinde, felsefenin temel sorunlarını ele almış ve bu felsefe sistemlerinin leh ve aleyhlerinde argümanlar sunmuştur. Böylece farklı felsefe ekollerinin kıyası sunulmuştur. Bkz “*cumque fundamentum esset philosophiae positum in finibus bonorum et malorum, perpuratus est is locus a nobis quinque libris, ut, quid a quoque, et quid contra quemque philosophum diceretur, intellegi posset.*”, Giomini (n 16) 77. Bu felsefelerden Epikuroşçuluk leh ve aleyhine sunulan argümanlar için bkz Cicero, *İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine* (n 4) 51, 162 vd. Cicero’nun Epikuros’a bir karşı çıkışı için ayrıca bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.XXXIII.116, 160-162.

¹⁰⁴ “*verecundia*”, Cicero, *De Re Publica* (n 16) 250.

¹⁰⁵ “*poenaque terrentur*” (*terreo*), ibid 250; <<https://logeion.uchicago.edu/terreo>> Erişim: 14.08.2022.

¹⁰⁶ “*pudor*”, Cicero, *De Re Publica* (n 16) 250.

¹⁰⁷ Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 5.IV.6, 219.

¹⁰⁸ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.XVI.72, 139; “*Quotus enim quisque reperietur qui impunitate et ignoratione omnium proposita abstinere possit iniuria!*”, Winterbottom (n 2) 138. Bu bakış, Platon’un Devlet eserindeki diyalogda Glaukon’un söylediği “Haksızlık etmek fırsatını bulan herkes haksızlık eder.” ifadesiyle örtüşmektedir. Bkz Platon, *Devlet* (n 29) 360c, 45. Glaukon bu sonuca, takıldığında kişiyi görünmez hale getiren sihirli bir yüzüğü kullanan Gyges’in hikayesini anlattıktan sonra ulaşmaktadır. Bkz Platon, *Devlet* (n 29) 359d-360c, 44, 45. Cicero da aynı hikâyeyi aktarır ve yüzüğü eğer bir “bilge” takarsa, yüzüğü takmadığı zamandaki yanlış bir şey yapma arzusundan daha fazla bir arzuya sahip olmaz der. Yani böyle bir sihirli yüzük, bilgeyi etkilemez. Bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.IX.38, 125. J. R. R. Tolkien’in yaratıcısı olduğu fantastik eserlerden Orta Dünya (*Middle-earth*) üzerine anlatılarında Güç Yüzükleri’nden (*the Rings of Power, the Great Rings*) biri olan ve kötü karakter Sauron’un ürettiği “Tek Yüzük” (*the One Ring, the Ruling Ring, the Master Ring, the Ring of Power*) de, takılınca takan kişiyi görünmez kılması ve kötülüğe meylettirmesi

O, söz konusu erdemsiz kişilerin, gerçekleştirdikleri haksızlıklardan elde edecekleri kazançları görmekte olduklarını, ancak karşılaşılabilecek cezayı göremediklerini söyler. Onun burada “karşılaşılabilecek cezalar” ile ifade ettiği şey, yasa metinlerindeki ceza değil, kendi tabiriyle cezaların en ağır olan “kendi ahlaki çöküntüleri”dir.¹⁰⁹

Esasen Cicero, insanları haksızlık yapmaktan alıkoyan şeyin doğa ve ahlaksız olmayı istememe düşüncesinden kaynaklandığını söylerken, bilge bir kişiden bahsetmektedir. Çünkü insanlara cezasızlık ve kimse tarafından bilinmemeye imkânı tanındığında, haksızlık yapmaktan çekinecek çok az insanın bulunacağını ifade etmesi, çoğu insanın bilge olmadığını düşünmesindedir. Yoksa bu aksi durumu dile getirmezdi ve bilge olmayanlar da dahil olmak üzere her insan kayıtsız şartsız doğa ve ahlaksız olmama isteği dolayısıyla bir suç işlemiyor olurdu. İnsanların çoğunun “bilgelik”ten (*sapientia*) uzak olması, yani erdemsiz olmaları nedeniyle de bu kişilerin bir insanın çekeceği en ağır ceza olan “kendi ahlaki çöküntüleri”ni görmeleri de mümkün değildir. Onlar gerçekleştirdikleri bu haksızlıklarının, yani yararsız davranışlarının sonucunda elde edecekleri faydayı görmektedirler.

2. Yasa Önünde Eşitlik ile Suç ve Cezada Orantılılık

Cicero, “yasa (hukuk) önünde eşit olan özgür insanlar”dan¹¹⁰ bahsederek, yasa önünde eşitliğe değinmektedir.¹¹¹ Nitekim yasa (hukuk), her zaman eşitliği gözetmelidir, aksi halde o, “yasa” (hukuk) olmaz.¹¹² Keza Cicero, zenginlikte ve zihinsel yetilerde (akıllı olmakta) eşitlik olamıyorsa bile, yasalar önünde devletin vatandaşları olarak eşit olunması gerektiğini belirtir.¹¹³ Böylece Anayasa’da (m. 10) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) (m. 3) düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesinin, Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

bakımından bu anlatıdaki sihirli yüzüğe benzemektedir. Bu hikâyede de böyle bir özellikteki yüzük, kötülükle/haksızlık yapmakla ilişkilendirilmiştir. Bkz “... onu takan kişi, bütün gözler için görünmez hale geliyordu”, John Ronald Reuel Tolkien, *Güç Yüzüklerine Dair* (Funda Önkol ve Çetin Şan, Altıkkırkbeş Yayınları 2000) 69, 80. Aynı doğrultuda bkz John Ronald Reuel Tolkien, *Yüzüklerin Efendisi* (Çiğdem Erkal İpek ve Bülent Somay, Tek Cilt Özel bs Metis Yayınları 2001) 25; John Ronald Reuel Tolkien, (*Açıklamalı Notlarıyla*) *Hobbit* (Gamze Yücel, İthaki Yayınları 2014) 127. Ayrıca, Cicero’nun dediği üzere, böyle bir yüzük, bilgeyi etkilemez; nitekim yüzüğü eğer bir “bilge” takarsa, yüzüğü takmayınca ki yanlış bir şey yapma arzusundan daha fazla bir arzuya sahip olmaz. Bu açıdan benzer durum ise, Tolkien’in *Yüzüklerin Efendisi* (*the Lord of The Rings*) eserinde yer alan Tom Bombadil karakterinde görülmekte, Tom Bombadil yüzüğü taksa da yüzükten etkilenmemektedir. Bkz Tolkien, *Yüzüklerin Efendisi* (n 108) 140.

¹⁰⁹ “*ipsius turpitudinis*” (“kendi rezillikleri/aşağılıkları”), Winterbottom (n 2) 123; <<https://logeion.uchicago.edu/turpitudinis>> Erişim: 08.08.2022; Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VIII.36, 124, 125; “*Is fecit cui prodest.* (‘Kendisine yararlı -olacağını düşünerek- suçu işledi.’)”, Erendiz Özbayoğlu, *Latince Özdeyişler, Deyimler, Atasözleri* (Klasik Yayınları 1988) 41.

¹¹⁰ “*In liberis vero populis et in iuris aequabilitate*”, Winterbottom (n 2) 36.

¹¹¹ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XXV.88-89, 40, 41.

¹¹² *ibid* 2.XII.42, 87; “*Ius enim semper est quaesitum aequabile; neque enim aliter esset ius.*”, Winterbottom (n 2) 86.

¹¹³ Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 1.LXXXII.49, 142; “*Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica.*”, Cicero, *De Re Publica* (n 16) 74, 76; “Diğer stoacılar gibi Cicero da ırk, ulus, sınıf ayrılıklarına rağmen bütün insanların eşitliği tezini savunmaktadır.”, Güriz (n 7) 163.

Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* eserinde “cezalandırmanın da bir ölçüsü vardır”¹¹⁴ ve “cezanın suçtan (kişinin kusurundan) daha ağır olmamasına dikkat etmeliyiz”¹¹⁵ ifadesini kullanır. Bu hususu, *Yasalar Üzerine* eserinde, *magistratus*’larla ilgili yasalardan birini ele alırken de açıkça dile getirir. İlgili yasa şudur: “Yetkileri dahilinde yaptıkları bir işle ilgili ya da iş yaparken ne armağan alsınlar ne de versinler. Birisi bu çizgileri aşarsa, suçuna uygun ceza görsün.”¹¹⁶ Burada Cicero’nun bu yasaya eklediği “yasa” şu şekildedir: “Ceza suçla orantılı olsun.”¹¹⁷ Böylece TCK, m. 3’te düzenlenen suç ve cezada orantılılık ilkesinin de Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

Devamında, bu bağlamda herkesin sadece kendi suçuna göre cezalandırılması gerektiğini söyler. Bu hususta verdiği üç eylem ve karşılığı olan yaptırım şu şekildedir:¹¹⁸ 1. Şiddet, vatandaşlık haklarından yoksun olmayla cezalandırılınsın. 2. Açgözlülük,¹¹⁹ birçok şeyin yitimiyle cezalandırılınsın. 3. Makam arzusu, utançla cezalandırılınsın. Eklediği bu “yasa” hakkında, “son yasalar bizde kullanımda değil, ancak bir devlet için gereklidir” ifadesini kullandığından, bu hususların kendi önerisi olduğu görülmektedir.

¹¹⁴ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XI.34, 17; “*Est enim ulciscendi et puniendi modus*”, Winterbottom (n 2) 14.

¹¹⁵ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XXV.89 40. Cicero’nun Latince metinde “*culpa*” ifadesini kullandığı görülmektedir: “*Cavendum est etiam ne maior poena quam culpa sit*”, Winterbottom (n 2) 36. “*Culpa*”, “kusur” anlamına da gelmektedir. Bkz <<https://logeion.uchicago.edu/culpa>> Erişim: 09.08.2022. Bu nedenle bu cümlelerin, kanaatimizce, sadece suçun koruduğu değerlerin önemi ve haksızlık içeriği bağlamında “suçun ağırlığı” ile değil, aynı zamanda kişinin kınanması bağlamındaki “kusurunun ağırlığı” ile de ilgili olduğu düşünülebilir. “*Culpa*” ifadesinin ceza hukukunda “kusur” olarak kullanımına dair bkz Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II* (Sevinç Matbaası 1971) 465; Muharrem Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk* (US-A Yayıncılık 1998) 4, 5, 20, 233, 322, 325, 346; M. Sait Çakar, *Türkçe-Almanca Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü* (2. bs Seçkin Yayıncılık 2007) 160, 334; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I* (Yener Ünver, Adalet Yayınevi 2014) 26, 350, 402; Mehmet Cemil Ozansü, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 344; Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilir Şartı* (Adalet Yayınevi 2015) 135; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (9. bs Beta Yayınevi 2016) 43; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Seçkin Yayıncılık 2016) 62, 634; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Seçkin Yayıncılık 2017) 49; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs Seçkin Yayıncılık 2022) 36, 297, 782, 785, 949. “*Culpa*” ifadesi, “taksir” anlamında da kullanılmaktadır.

¹¹⁶ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.IV.11, 72.

¹¹⁷ ibid 3.XX.46, 87, 88. Aynı yönde bkz Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XI.34, 1.XXV.89, 17, 40. Esasen hem “suçuna uygun ceza görsün” diye çevrilen hem de “ceza suçla orantılı olsun” diye çevrilen ifadeler, aynı Latince ifadeye dayanmaktadır. Bkz “*noxiae poena par esto*”, Powell (n 8) 243, 262. Ancak metnin çevirisinde biri cümle içinde kişileri niteleyecek şekilde kullanılırken, diğeri genel bir ifade biçiminde kullanılmaktadır. Bu nedenle, temel alınan çeviri metnindeki çeviri aynen kullanılmıştır.

¹¹⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.XX.46, 87, 88; “*vis capite, avaritia multa, honoris cupiditas ignominia sancitur*”, Powell (n 8) 262.

¹¹⁹ “... özellikle de yöneticiler ve kamu kurumlarını kontrol eden kişiler arasında hiçbir kötülük, açgözlülükten daha kusurlu değildir.”, Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XXI.77, 104. Metin öncesiyle birlikte bağlamı içinde değerlendirilince “açgözlülük” ile öncelikle “rüşvet”in kastedildiği görülmektedir. Genel olarak ise kamu görevlilerinin bir şekilde gerek lüzumsuz vergilerle gerekse yetkilerini kullanarak devletin kaynağını tüketmek suretiyle “açgözlü” bir tavır sergilemesinin ifade edildiğini söyleyebiliriz.

3. Cezaların Mahiyeti, Amacı ve İnfazı

Cicero, cezaların mahiyetine ilişkin olarak, hiçbir yasaklama ve cezalandırmanın, aşağılayıcı¹²⁰ nitelikte olmaması gerektiğini söyler.¹²¹ Günümüzde bu durum, “insanlık ilkesi” bağlamında kabul edilmektedir. Bu ilkeye göre, suçlara karşılık olarak insan onuruyla bağdaşmayan cezalara hükmedilemez.¹²² Bu ilke, uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatımızda da açıkça düzenlenmektedir: Anayasa, m. 17/3: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”; İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, m. 5: “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 3: “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”; Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, m. 7: “Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz.” Böylece uluslararası bir ilke haline gelen “insanlık ilkesi”nin Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

Cezaların amacı bakımından, cezaların, “biri başka birini cezalandırsın veya sözleriyle onu paylasın diye” değil, devletin yararı¹²³ için hayata geçirilmesi gerektiğini belirtir.¹²⁴ Yasaların amacının ise, vatandaşlar arasındaki bağların zarar görmemesi olduğunu ifade eder. Eğer biri bu bağları koparırsa, yasaların onu ölümle, sürgünle, zincirle ya da para cezasıyla dizginleyeceğini söyler.¹²⁵ Buradan da anlaşıldığı üzere, yasalar, devletin temelidir ve vatandaşlık bağının zarar görmemesini sağlayarak, bu uğurda gerekirse insanları cezalandırarak, devletin devamlılığını sağlamaktadır.¹²⁶ Dolayısıyla cezalandırmanın asli gerekçesinin devletin yararına bir faaliyet yürütmek olduğu görülmektedir.¹²⁷

¹²⁰ “*contumelia*”, Winterbottom (n 2) 36.

¹²¹ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XXV.88, 40; “... vahşice olan hiçbir şey yararlı değildir, aksine vahşilik izlememiz gereken insan doğasının en büyük düşmanıdır.”, ibid 3.XI.46, 129. Cicero, *On İki Levha Kanunlarında* çok az suça ölüm cezası öngörüldüğünü belirtir. Bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 4.X.12, 216. Zaten On İki Levha Kanunlarıyla cezalar hafifletilmek istenmiştir. Bkz Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (2. bs Beta Yayınları 1990) 87.

¹²² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs Seçkin Yayıncılık 2022) 55; Özgenç (n 115) 788-790.

¹²³ “*reipublicae utilitatem*”, Winterbottom (n 2) 36.

¹²⁴ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XXV.88, 40.

¹²⁵ ibid 3.V.23, 119.

¹²⁶ Cicero’ya göre; insanlar, “yoksun bırakma, sürgün, zincir ve kırbaç” cezalarından ani bir ölüm ile kaçarlar. Devletlerin ölümü ise, özgür bireyleri “cezadan kurtardığı görülen ceza”dır. O yüzden devlet öyle bir kurulmalıdır ki, ebedi olabilsin. Bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XXIII.34, 202.

¹²⁷ Cicero, devleti öyle önemsemektedir ki, bir devletin çökmesi, yıkılması ve yok olmasını, evrenin çöküp yok olmasına benzetir. Bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XXIII.34, 202. Cicero’nun devleti önemsemesi hakkında ayrıca bkz “Cicero’ya göre dünyada hiçbir şey kendisi için devletten daha değerli değildir, hatta devlete yaşamın kendisinden bile daha fazla değer verir, vatanın esenliğini devletin esenliğine bağlı gördüğünden, vatanın devlet eliyle korunmasını soylu bir iş sayması şaşkıncı değildir.”, Çevik, *Roma’da Siyaset ve Felsefe* (n 4) 178.

Günümüzde cezanın özel ve genel önleme fonksiyonundan bahsedilir.¹²⁸ Ancak Cicero kişinin cezalandırılması durumunda; yaptığı haksızlıktan ötürü pişman olacağından, bir daha böyle bir şey yapmayacağından ve başkalarının da bundan ders çıkararak haksız bir eylemde bulunmamaya daha fazla dikkat edeceğinden tam emin olmadığını söyler.¹²⁹ Nitekim yukarıda değindiğimiz üzere, bir insanı suç işlemekten uzak tutan şeyin esasen ceza olmadığı görüşündedir. Öyleyse Cicero'nun, günümüz ifadesiyle cezanın özel ve genel önleme fonksiyonunun varlığından emin olmadığını söyleyebiliriz.

Cezanın infazı bakımından ise, cezalandırmada öfkeye asla yer olmaması gerektiğine ve cezalandırılacak kişi öfkeliyse ölçüsünü yitireceğine dikkat çeker. Esasen öfke, her işten kovulmalı, devletin başına geçenler de öfkeyle hareket etmemeli ve bu kişiler, “eşitlik için cezaya başvuran yasalara” benzemelidir.¹³⁰ Keza günümüzde “insanlık ilkesi”ne göre, sadece cezaların insan haysiyetiyle bağdaşır olması değil, bu cezaların infazının da insan haysiyetiyle bağdaşır şekilde yerine getirilmesi gerekir.

4. Zorunluluk Halinde Gerçekleştirilen Davranışlar

Cicero'ya göre devlet, şu anlayışla varlığını sürdürür: Bir insanın, kendi yararı için başka bir insana zarar vermeye hakkı yoktur.¹³¹ Nitekim doğaya boyun eğen insan, asla başka bir insana zarar veremez.¹³²

Bir insan kendine fayda sağlamak adına başkasına şiddet uyguladığında iki ihtimalden biri söz konusu olur: 1. O kişi, doğaya aykırı bir şey yapmadığını düşünüyor olabilir. 2. O kişiye

¹²⁸ Cezanın genel ve özel önleme fonksiyonu beraber kabul edilebilmekle birlikte (1); kimileri genel önleme fonksiyonunun daha ağır bastığı düşüncesindeyken (2), kimileri de cezanın özel önleme fonksiyonunun, suç işleyen kişinin ıslah olarak yeniden topluma kazandırılmasının ve böylece toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi olmasının daha önemli olduğu görüşündedir (3).

(1): Mehmet Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumî Kısım* (İsmail Akgün Matbaası 1949) 561; Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri, C. 1* (Şafak Basım ve Yayınevi 1982) 20; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 3* (Beta Yayınevi 1989) 17, 18; Kayıhan İçel vd, *Yaptırım Teorisi, 3. Kitap* (Beta Yayınevi 2000) 39, 40; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (16. bs Seçkin Yayıncılık 2016) 428; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75* (5. bs Beta Yayınevi 2016) 6; Mehmet Emin Artuk vd, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Adalet Yayınevi 2017) 751, 752; Veli Özer Özbek vd, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. bs Seçkin Yayıncılık 2016) 624; Centel, Zafer ve Çakmut (n 115) 551; Demirbaş (n 115) 562; Koca ve Üzülmöz (n 122) 574; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. bs Adalet Yayınevi 2021) 91, 92.

(2): Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Sami Selçuk, 6. bs İmge Kitabevi 2004) 69, 70; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (21. bs Savaş Yayınevi 2015) 415; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş bs Beta Yayınevi 2016) 45; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. bs Adalet Yayınevi 2016) 2.

(3): Erem (n 115) 164; Özgenç (n 115) 782.

¹²⁹ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XI.34, 17; “*haud scio an satis sit eum qui laceraverit iniuriae suae paenitere, ut et ipse ne quid tale posthac et ceteri sint ad iniuriam tardiores*”, Winterbottom (n 2) 14.

¹³⁰ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.XXV.89, 40, 41.

¹³¹ ibid 3.V.23, 119; “*non liceat sui commodi causa nocere alteri*”, Winterbottom (n 2) 117.

¹³² Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.V.25, 120; “*hominem naturae oboedientem homini nocere non posse*”, Winterbottom (n 2) 118.

göre; ölmek, yoksulluk içinde olmak, acı çekmek veya çocuklarını, akrabalarını, dostlarını yitirmek, birisine haksızlık yapmaktan (şiddet uygulamaktan) daha kaçınılması bir şeydir.¹³³ Yani karşıdaki kişiye şiddet uygulanmadığında kişi ölecek, yoksulluğa düşecek, acı çekecek veya yakınlarından birini yitirecek olabilir. Esasen sayılanların hepsi bir zorunluluk halini ifade etmektedir. Bu hallerde, içinde bulunduğu kötü durumdan kurtulmak için davranışta bulunan kişi ölmemeyi, yoksulluğa düşmemeyi, acı çekmemeyi veya yakınlarından birini yitirmemeyi yeğlemektedir.

Cicero'ya göre ilk ihtimaldeki düşüncede olan kişi, insanı insanlıktan çıkaran biridir. İkinci ihtimaldeki tutumda olan kişi ise, şiddet uygulama eyleminin uzak durulması olduğunu bilmekte, fakat ölümün, yoksulluğun ve acının daha kötü olduğunu düşünmektedir. Cicero, bu kişinin, bedeni veya talihindeki yitimi, ruhundaki yitimden daha ciddi görmek hatasına düştüğünü söyler.¹³⁴

Ona göre, tek tek bireylerin yararı ile toplu olarak herkesin yararı aynı olmalıdır. Nitekim insanlar, doğanın bir ve aynı yasasıyla sınırlanmaktadır. Öyleyse doğa yasası insanlara, başka birine şiddet uygulamasını da yasaklamaktır.¹³⁵ Bu nedenle, bir kişinin kendi yararı için başka birini bir şeyden mahrum etmesi; yani kendisindeki her türlü olumsuz duruma katlanmak yerine başkasına şiddet uygulayarak bu olumsuzluklardan kurtulmaya çalışması, doğaya terstir. Kişinin bu haller içerisindeyken kendindeki olumsuzluğa katlanmayı seçerek uyduğu erdem (ki bu “adalet” erdemidir), bütün erdemlerin efendisi ve kraliçesidir.¹³⁶ Öyleyse bu erdemli davranışın doğaya uygun, adil, bilgece bir davranış olduğunu, bir zorunluluk hali içerisindeyken başkasının hakkına müdahale etmenin ise bir haksızlık teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Cicero'nun bu hallerde davranışta bulunmanın haksızlık teşkil ettiğini kabul etmesi, günümüzde zorunluluk hali içerisinde gerçekleştirilen bir davranışın haksızlık teşkil ettiğini kabul eden görüş ile uyumludur. Her ne kadar zorunluluk halinde gerçekleştirilen davranışın hukuka uygun mu olduğu, yoksa bir haksızlık mı teşkil ettiği günümüzde tartışmalı olsa da, TCK ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) sisteminde, zorunluluk haline bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu kaldıran (özel hükümlerde yer verilmesi halinde kimi durumlarda kusurluluğu azaltan, örn TCK, m 92) bir neden olarak yer verildiği görülmektedir (TCK, m 25/2; CMK, m 223/3-b). Bu nedenle, zorunluluk hali içerisinde

¹³³ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.V.26, 120.

¹³⁴ ibid 3.V.26, 120.

¹³⁵ ibid 3.VI.26-27, 121.

¹³⁶ ibid 3.VI.28, 121; “*Haec (iustitia) enim una virtus omnium est domina et regina virtutum.*”, Winterbottom (n 2) 120. Aynı şekilde bkz “Bu durumda adalet kendisine ulaşılmasını amaçlayan bir erdemdir. Ayrıca bu erdem diğer insanlarla olan ilişkileri düzenlediği için en önemli erdemdir. Diğerleri onun kadar güzel değildir. Şöyle bir söz vardır: Adalet tüm erdemleri kendisinde toplar.”, Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (n 54) 1129b-1130, 107; “Adalet sadece cesur ve bilge insanlar hizmet edebilir.”, Cicero, *İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine* (n 4) 5.XXIII.66, 271; “*Servari enim iustitia nisi a forti viro, nisi a sapiente non potest.*”, Cicero, *De Finibus Bonorum et Malorum* (n 16) 468.

gerçekleştirilen davranış da bir haksızlık teşkil etmektedir.¹³⁷ Sonuç olarak burada, zorunluluk halinde gerçekleştirilen davranışın haksızlık teşkil etmesinin Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

Cicero’nun bu görüşleriyle ilgili verdiği örnek şu şekildedir: Bir bilge, açlıktan ölecek durumdayken, başka birine yararı dokunmaksızın, yemek çalamaz mı? Cicero’nun cevabı, “çalamaz”dır. Çünkü insanın yaşamı, “kendi yararı için başka birisine zarar vermekten alıkoyan ruh mizacı”ndan daha değerli değildir.¹³⁸ Her kişi, başkasını haklarından mahrum etmektense, kendi uygunsuz durumuna katlanmalıdır.¹³⁹

Cicero bu belirlemelerine karşın, ayıplanası olmayan bir durumun olduğunu belirtmektedir. Bunu “müşterek yarar”¹⁴⁰ bağlamında açıklamaktadır: Müşterek yararı reddetmek, doğaya aykırı olup, bu da bir haksızlıktır.¹⁴¹ Buna göre eğer devlete ve insanların oluşturduğu birliğe büyük katkı yapan biri, bilge, iyi ve cesur bir insan acil bir durum içerisinde ise, yaşamsal ihtiyaçlarını “değersiz ve boş bir insan”¹⁴² üzerinden sağlayabilir. Bunu, insanların yararını koruyup muhafaza eden doğa yasasının ortaya koyduğunu belirtmektedir. Nitekim iyi insanın ölümü, genel refah için ağır bir yıkım olabilir. Ancak bu istisnada, söz konusu kişinin kendini sevip saymasının (bu durumda iyi biri olmasının), kötü davranması için bir bahane olarak kullanıp kullanmadığına dikkat edilmesi gerektiğini belirtir.¹⁴³ Cicero’nun bu istisnasının, devleti ne kadar önemseydiğini gösteren örneklerden biri olduğunu söyleyebiliriz.¹⁴⁴

İnsanlar arasında eşitliği savunan bir filozofun, burada bazı insanları değersiz ve boş görerek, bilge kişiye ve bunun üzerinden devlete ve müşterek yarara üstünlük tanıdığı

¹³⁷ Bkz Özgenç (n 115) 490; Koca ve Üzülmez (n 122) 348.

¹³⁸ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VI.29, 121, 122; “*non enim mihi est vita mea utilior quam animi talis adfectio, neminem ut violem commodi mei gratia*” (“zira yaşamım, benim için, beni kendi yararı için başka birisine zarar vermektense alıkoyan ruh mizacından daha değerli değildir”, ibid 3.VI.29, 122), Winterbottom (n 2) 120.

¹³⁹ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VI.30, 122; “*suum cuique incommodum ferendum est potius quam de alterius commodis detrahendum*”, Winterbottom (n 2) 120; “*Accipere quam facere praestat iniuriam*. (Haksızlığa uğramak, haksızlık yapmaktan evladır.)”, Dürüşken, *Latince Güzel Sözler Antolojisi* (n 2) 21; “*Nam quam accipere quam facere praestat iniuriam, tum morti iam ipsi adventanti paulum procedere ob viam, quod fecit Catulus, quam quod Marius, talis viri interitu sex suos obruere consulatus et contaminare extremum tempus etatis.*”, Pohlenz (n 19) 5.19.56, 429.

¹⁴⁰ “*communis utilitatis*”, “*communi utilitate*”, Winterbottom (n 2) 120.

¹⁴¹ “*communis utilitatis derelictio contra naturam est; est enim iniusta*”, ibid 120.

¹⁴² “*homine inertı atque inutili*” (“boş ve faydasız insan”), ibid 120; <<https://logeion.uchicago.edu/iners>> Erişim: 11.08.2022; <<https://logeion.uchicago.edu/inutilis>> Erişim: 11.08.2022.

¹⁴³ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 3.VI.30-31, 122. Cicero, bu davranışları bir haksızlık olarak görmekle birlikte, bu hal içerisindeki kişilerin genel olarak cezalandırılması üzerine etkisi hususunda açık bir görüş sunmamaktadır. Ancak ifadelerinden dolayı, bu kişilerin yine de cezalandırılacağını düşündüğünü söylemek tutarsız olmayacaktır. Nitekim Cicero, “ayıplanası olmayan” dediği, zorunluluk hali içerisindeki davranışın ne zaman ayıplanamayacağı/kınanamayacağı, öyleyse bu davranışın bir ceza ile de karşılanmayacağı hallerden bahsetmekte ve bu durum için sadece bir adet gerekçe sunmaktadır. Sadece bu istisnada bir cezalandırmanın olmayacağını söyleyebiliriz.

¹⁴⁴ Cicero’nun devlete yaşamın kendisinden bile daha fazla değer verdiğine dair bkz Çevik, *Roma’da Siyaset ve Felsefe* (n 4) 178.

görülmektedir. Kanaatimizce Cicero, zorunluluk hali kurumunu kural olarak reddediyor görünse de, yani bu hallerde kişilerin cezalandırılması yoluna gidileceğini kabul ediyor görünse de, istisna olarak kabul ettiği hal bakımından burada bir değerler tartımı yapmaktadır. Buradan çıkan sonuca göre, kendisinin daha üstün bir değer olarak gördüğü devlet ve müşterek yarar, bazı kişilerin şahsi haklarından daha değerlidir. Bu husus günümüz ceza hukuku doktrininde, esasen zorunluluk halinin hangi koşullarda kusurluluğu kaldıran bir hal, hangi koşullarda ise bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edileceğine yönelik tartışmalarda kendine yer bulmaktadır.¹⁴⁵

5. Müdafilik ve Vekillik

Cicero, masum birinin yasal hakkını dava konusu yapmamanın (yani onu suçlamamanın), bir yükümlülük ilkesi olduğunu ifade etmektedir. Bu ilkeye göre, ortada bir suç yoksa, hiçbir şekilde böyle bir işlem yapılamaz. Kanaatimizce burada Cicero, hem bir kişiyi haksız yere suçlamamak gerektiğinden hem de suçlanan kişinin suçsuzluğunun bilinmesine rağmen suçlayan kişinin yanında avukatlık (bu durumda vekillik) yapmamak gerektiğinden bahsetmektedir. Cicero'nun buna karşılık ifade ettiği husus ise, dinsiz ya da günahkâr olmamak şartıyla bir kişinin dine zarar vermiş olması halinde o kişinin savunmasını yapmanın mümkün olduğudur. Bunu mümkün görmesinin gerekçesi ise, bunu halkın isteyeceği, geleneğin hoş karşılayacağı ve insanlığın mazur göreceğidir. Cicero, mahkemelerin görevinin her zaman gerçeği bulmak¹⁴⁶ olduğunu belirtir. Yine de bir avukatın bazen gerçeğe daha az yakın olan ya da gerçeği andıran bir durumu savunabilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁴⁷ Öyleyse Cicero'nun, avukatın davaya konu edilen olayda haksızlık gerçekleştirdiğini açıkça bildiği bir kişinin lehine veya haksızlık gerçekleştirmediğini açıkça bildiği bir kişinin aleyhine görev üstlenmemesi gerektiği görüşünde olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Diğer yandan günümüzde böyle bir durumu kural olarak kabul etmek mümkün görünmemektedir. Nitekim suçsuzluk karinesi (Anayasa, m. 38) gereği, kişi kesinleşmiş bir hükümlü suçlu olduğu sabit oluncaya kadar suçlu sayılamaz. Bu nedenle, kişinin suç işleyip işlemediği henüz en başta bilinemez. Ayrıca her şüpheli ve sanık, bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahiptir (CMK, m. 149/1). Ancak istisnalar hariç olmak üzere bir avukat, kendisine teklif olunan işi reddetme hakkına sahiptir (1136 sayılı Avukatlık Kanunu, m. 37/1).

¹⁴⁵ Bkz Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin Yayıncılık 2010) 31-55; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin Yayıncılık 2013) 54-88.

¹⁴⁶ “*Judicis est semper in causis verum sequi*”, Winterbottom (n 2) 91. Ayrıca bkz. “*Se damnat iudex, innocentem qui opprimit*” (‘Suçsuz baskı altında tutan yargıç kendini mahkûm eder’, Özbayoğlu (n 109) 74)”, Roandean Albert Henry Bickford-Smith (ed), *Publilii Syri-Sententiae* (Cambridge University Press 1895) 30.662, 38; “*Iudex damnatur, cum nocens absolvitur*” (‘Suçlu salıverildiği zaman yargıç hüküm giyer.’ Bkz. Özbayoğlu (n 109) 41. Ancak Özbayoğlu, “*cum*” yerine “*ubi*” kelimesiyle ifadeyi aktarmaktadır. Biri zamanla (*cum*), biri yerle (*ubi*) ilişkili bu kelimelerden, Bickford-Smith’in metninde de kullanılan “*cum*” kelimesini kullanmayı tercih ettik.”, Bickford-Smith (n 146) 25.288, 18.

¹⁴⁷ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.XIV.51, 91. Cicero eserlerinde adli işleyişle, yargılamalarla ilgili birçok şey söylemiştir. Ancak çalışmanın kapsamında Cicero'nun asıl olarak üç eserindeki görüşleri temel alındığından dolayı, burada muhakemeye ilgili olarak sadece kişilerin savunulmasına yönelik görüşüne yer verilmiştir.

Cicero'nun görüşlerinden ulaşılan sonucun da günümüz açısından bu bağlamda anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Cicero'nun Ceza Hukukunun Konuları İtibarıyla Özel Mahiyet Arz Eden Görüşleri

1. Dini Yasalara Dair Görüşleri

Cicero, Yasalar Üzerine eserinin ikinci kitabında, o gün devletinde bulunmayan ve daha önce de bulunmamış yasaları teklif edeceğini, bunların da bir zamanlar yasa gücüne sahip olan, atalarının âdetindeki unsurlar olacağını belirtir.¹⁴⁸ Öncelikle Roma'daki dini yasalara değinerek meseleye başlar. Ele aldığı bütün dini yasalara değinmek çalışma kapsamını aşacağından, sadece çalışma konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla ilgili yasalara değinilecektir:

“Tanrılara temiz şekilde yaklaşılın, inanç korunsun ve malvarlığı bir kenara atılsın. Kim (bundan) farklı davranmışsa tanrı onun cezalandırıcısı olsun.”¹⁴⁹ “Tanrısız sözden dönmeyen tanrısız cezası olsun.”¹⁵⁰ Cicero, “tanrısız ceza”nın¹⁵¹ ne olduğunu doğru bir şekilde değerlendirmediklerini, avamın bu konudaki düşünceleriyle yanlış kapılıp gerçekleri kavrayamadıklarından bahsetmektedir. Ona göre günahın cezası, en büyük acının bizzat kendisidir.¹⁵² Cicero'ya göre, tanrısız cezanın iki yönü bulunmaktadır:¹⁵³ 1. Yaşayanların ruhlarına yapılan işkenceler. 2. Ölenlerin kötü şöhreti.

“Adanmış kutsal emaneti kim çalar ya da yerinden kaldırırsa bu cinayet sayılsın.”¹⁵⁴ Cicero'nun belirttiği üzere, kutsal olana saygısızlık, cezaya tabidir. Bu husus, hem bizatihi kutsal nesneye saygısızlığı ifade etmekte hem de -tapınakta olduğu gibi- kutsal olana emanet edilen bir şeyi çalmayı ifade etmektedir.¹⁵⁵ Günümüzde TCK, m. 142/1-a hükmüne göre, hırsızlık suçunun ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya hakkında işlenmesi hırsızlık suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Keza ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme fiili ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 153).

“Yalan yeminin tanrısız cezası ölüm, insani cezası ise utanç olsun. *Pontifex*'ler¹⁵⁶ ensesti en sert şekilde cezalandırsın.”¹⁵⁷ Cicero, yalan yere yemin etmek ve ensest konusunun tartışılmasına bile gerek olmadığını belirtmektedir.¹⁵⁸ Günümüzde hukuk davalarında yalan

¹⁴⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.X.23, 45.

¹⁴⁹ ibid 2.VIII.19, 42.

¹⁵⁰ ibid 2.IX.22, 44.

¹⁵¹ “*poena divina*”, Powell (n 8) 206, 219.

¹⁵² Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.XVII.43, 55.

¹⁵³ ibid 2.XVII.44, 55; “*duplicem poenam esse divinam, quod constat et ex vexandis vivorum animis, et ea fama mortuorum*”, Powell (n 8) 220.

¹⁵⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.IX.22, 44.

¹⁵⁵ ibid 2.XVI.40, 53.

¹⁵⁶ Krallık döneminde kralın da dahil olduğu dini kurulun üyelerinden her biri. Bkz ibid 105.

¹⁵⁷ ibid 2.IX.22, 44.

¹⁵⁸ ibid 2.XVI.40, 53.

yere yeminin de cezalandırılan bir davranış olduğunu ifade etmeliyiz (TCK, m. 275). Ancak belirtmek gerekir ki, reşitler arası rızaya dayalı ensest TCK'da suç olarak düzenlenmemiştir. Ensest, günlük tabirde cinsel istismar için de kullanılıyor olsa da daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Ensest, sözlükte “aile içi yasak ilişki” olarak tanımlanmakta¹⁵⁹ ve belli yakınlık derecesindeki reşit akraba arasındaki rızaya dayalı cinsel münasebetleri de ifade etmektedir. İşte TCK'nın suç olarak tanımlamadığı ensest bu türden olup, diğer türlü ensest hallerine vücut veren çocuğun cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel saldırı suçları ise kanunda suç olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 102/3-c, 103/3-c, 104/2). Ancak anlaşıldığı üzere Cicero'ya göre ise, ensestin topyekûn, mutlaka ve en sert şekilde cezalandırılması gerekmektedir.

Cicero, dini yasalar bahsinde, mezarlara ilişkin On İki Levha Kanunları¹⁶⁰ hükümlerini de yorumlar. Bu hükümlerin bir kısmının doğaya uygun olduğunu, bir kısmının ise geleneğe dayandığını belirtmektedir.¹⁶¹ Doğaya uygun olduğunu belirttiği hükümlerden birine göre, cesetle birlikte altın koymak kural olarak yasaklanmıştır. “Ancak ölenin dişleri altın kaplamaysa, bir kişi, bu altını çıkarmadan cesedi gömdüğü ya da yaktığı için ceza almaz.” Bu istisnanın “insani”¹⁶² olduğunu ifade etmektedir.¹⁶³

2. *Magistratus*'larla İlgili Yasalara Dair Görüşleri

Cicero, “en iyi devlet”te¹⁶⁴ *magistratus*'lara en nihayetinde ihtiyaç olduğunu, onların sağ duyusu olmadan devletin var olamayacağını, onların tasvirinde devletin tüm yönetiminin bulunduğunu ifade etmektedir.¹⁶⁵ Keza ona göre devlet, *magistratus*'larla ve yönetimde bulunan kişilerle tanımlanır ve her devlet türünü belirleyen de bu kişilerin oluşturduğu sistemdir.¹⁶⁶ Cicero, *magistratus*'ların önemini anlatırken, Platon'un ifadesini belirtmektedir: *Magistratus*'lara karşı çıkan insanlar, kendileri de tanrılara karşı çıkmış olan *Titan*'ların soyundan gelmektedir.¹⁶⁷

¹⁵⁹ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim: 13.07.2023.

¹⁶⁰ M.Ö. 450'den önce Roma'da yazılı kanunlar bulunmadığı, bu dönemde örf ve âdete göre hareket edildiği, bunun da soylu ailelerden oluşan *patricii* sınıfının lehine olduğu, ortaya çıkan sınıfsal-toplumsal çatışmaların M.Ö. 450 yılında on kişilik bir ekibin yazılı bir yasa yapmasını zorunlu kıldığı ve Atina'da Solon'un yasaları örnek alınarak hazırlanan kuralların on iki adet levhaya yazılarak herkesin okuyabilmesi için Forum'da bir yere asıldığı belirtilmektedir. Bkz ibid 103, 104. Asılan bu levhalar, M.Ö. 387 yılı civarında bir yangında yanıp yıkılmıştır. Günümüze birebir asılları ulaşmamış olmakla birlikte fragmanlarla derlemeler oluşturulmuştur. Bu derlemelerden Loeb serisinden çıkan bir çalışmayı temel alan On İki Levha Kanunlarının açıklanmalı Latince ve Türkçe çeviri metni çalışması için bkz Sema Sandalcı, ‘On İki Levha Yasaları’ (YL Tezi, İstanbul Üniversitesi 1993) 26 vd. Cicero, çocukluğunda On İki Levha Kanunlarının bir şiir olarak zorunlu şekilde öğretilildiğini belirtmekte, ancak şimdi kimsenin öğrenmediğinden bahisle yakınmaktadır. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.XXIII.59, 62.

¹⁶¹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.XXIV.61, 63.

¹⁶² “*humane*”, Powell (n 8) 231.

¹⁶³ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 2.XXIV.60, 63.

¹⁶⁴ “*optima re publica*”, Powell (n 8) 238.

¹⁶⁵ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.II.4, 68.

¹⁶⁶ ibid 3.V.12, 73.

¹⁶⁷ ibid 3.II.5, 69; “*Noster vero Plato Titanum e genere statuit eos qui ut illi caelestibus, sic hi adversentur magistratibus.*”, Powell (n 8) 239. Cicero'nun, Platon'un Yasalar eserinin 701c paragrafindan bahsettiği

Magistratus'larla ilgili yasaları anlatırken, kendi mevcut devlet sisteminin ataları tarafından oldukça bilgece ve ölçülü bir şekilde kurulduğunu, bu nedenle yasalara yeni olarak eklenmesi gerektiğini düşündüğü çok az şey olduğunu belirtir.¹⁶⁸ Cicero'nun çalışmamız kapsamında *magistratus*'larla ilgili yasaları ve varsa yaptığı değerlendirmeleri şu şekildedir:

“Buyruklar adil olsun ve vatandaşlar düzgünce ve itiraz etmeden itaat etsin.”¹⁶⁹ Bununla birlikte ona göre, yasalar asla belli bir şahsiyetin gücü altında ezilmemeli ve özgürlük sindirilmiş olmamalıdır.¹⁷⁰

“Tüm *magistratus*'ların *auspicium*¹⁷¹ ve mahkemede karar verme hakkı olsun, *Senatus*'ta onların içinden kişiler de bulunsun. Kararları bağlayıcı olsun, eşit ya da daha üst bir otorite onların kararlarını veto ederse, alınan kararlar korunsun. Bu sınıf hatadan uzak, diğerlerine örnek olsun.”¹⁷² Halkın da duruşmalara çağırılma hakkının bulunduğunu belirtmektedir.¹⁷³ Keza günümüzde duruşmaların açıklığı bir ilke olarak kabul edilmiştir (CMK, m. 182; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), m. 28). Cicero, o günkü *Senatus* ve yaşayan insanlardan bağımsız biçimde, -önerdiği en iyi- “yasalara” boyun eğilmesi halinde söylediklerinin gelecekteki insanlar için bir anlam ifade ettiğini belirterek,¹⁷⁴ söz konusu yasayla ilgili şu açıklamayı yapmaktadır: “Eğer *Senatus* halkın yargısının da üstündeki efendiye ve herkes alınan karara uyuyorsa, dahası, diğer sınıflar devletin, en imtiyazlı sınıfın yargısıyla yönetilmesine razı geliyorsa, bu hukuk dengesinden ötürü gücün halkta, otoritenin ise *Senatus*'ta olduğu bir sistem oluşabilmiş demektir, özellikle de bir sonraki yasa, yani ‘Bu sınıf hatadan uzak, diğerlerine örnek olsun,’ şeklindeki yasa da göz önünde tutularak devletin ölçülü ve uyumlu sistemi korunmuş olur.”¹⁷⁵

Cicero, liderlerin suç işleminin, kendinde¹⁷⁶ bir kötülük¹⁷⁷ olduğunu, ancak bunun,

belirtilmektedir. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 69. İlgili paragrafın bir Türkçe çevirisi şu şekildedir: “Bu başboşluktan sonra yöneticilere boyun eğmeye karşı isteksizlik doğacaktır, bundan sonra ana-babanın ve büyüklerin baskısını ve uyarılarını dinlemeyecek, sonuna doğru yasalara bağımlı olmamaya çabalayacak, en sonunda da edilen yeminlere, verilen sözlere ve tanrılara hiç aldırmayacak, Titanların o anlatılan eski karakterini taklit edip ortaya koyarak, yeniden o duruma gelecek ve başından felaket eksik olmadan acı bir yaşam sürecektir.”, Platon, *Yasalar* (Candan Şentuna ve Saffet Babür, Pharmakon Kitap 2019) 701c, 130, 131.

¹⁶⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.V.12, 73.

¹⁶⁹ ibid 3.III.6, 69.

¹⁷⁰ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.VI.24, 79.

¹⁷¹ *Auspicium*: “Kuşlar aracılığıyla yapılan kehanet ve bu tür kehanetin işaretleri, genel olarak kuşbiliciliği.”, Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 95.

¹⁷² Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.10, 71.

¹⁷³ ibid 3.XII.27, 79.

¹⁷⁴ ibid 3.XIII.29, 80.

¹⁷⁵ ibid 3.XII.28, 80; “Zira ceza metinlerini içeren normların uygulanması, bu hususta görevli olan resmî memurların harekete geçmelerine bağlıdır. ... Bir yazarın haklı olarak dediği gibi, Ceza hukukunda kanunların ne olduğunu ve hangi anlama geldiklerini kanun koyucudan çok, bu kuralları uygulamak durumunda olan kolluk ve adliye mensuplarının kolektif anlayışları göstermiş olur.”, Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I* (11. bs Beta Yayınevi 1994) 13, 14.

¹⁷⁶ “*per se*”, Powell (n 8) 254.

¹⁷⁷ “*malum*”, Powell (n 8) 254.

liderleri örnek olarak aynı suçu işleyecek birçok taklitçisinin olması kadar büyük bir kötülük olmadığını belirtir. Ona göre, tarihe bakıldığında görüleceği üzere, ülkenin önde gelenleri nasıl ise, ülkenin kendisi de öyledir. Keza liderlerde nasıl bir karakter değişikliği olursa, halkın başına da aynı gelecektir. Bu nedenle, liderler, işledikleri suçların kendisinden ziyade, bu davranışlarının başkalarına örnek teşkil etmesi nedeniyle zarar vermektedirler.¹⁷⁸

“*Plebs*¹⁷⁹ sınıfı şiddete karşı kendini korumak için on kişi seçsin, bunlar onların *tribunus*’ları¹⁸⁰ olsun. Neyi yasaklarsa ve *plebs* sınıfına hangi yasayı sunarlarsa, bağlayıcı olsun, kutsal kabul edilsin, *plebs* sınıfı *tribunus*’lardan yoksun bırakılsın.”¹⁸¹ Bu hususta, Yasalar Üzerine eserindeki diyalogda Quintus ile Marcus (Cicero) arasında bir nevi fikir ayrılığı yaşanmaktadır. Quintus, bu *tribunus*’ların kötü uygulamalarını ön plana çıkararak ortaya çıkabilecek tehlikelerden bahseder.¹⁸² Marcus (Cicero) ise, yasayı şu şekilde savunur: *Tribunus*’ların kusurları vardır. Ancak her konuda eleştiri yaparken kötü yanları ve kusurları sayarak iyi yanları es geçmek haksızlık olur.¹⁸³ *Tribunus*’luk yetkisinde kötü yan bulunmasaydı, onda araştırılacak iyi bir yan da bulunmazdı. Halkın çok daha vahşi ve çok daha şiddetli bir gücü vardır. Bu nedenle, bazen, halkın bir öndere sahip olmaması, olmasından daha kötü bir sonuç doğurur.¹⁸⁴

“*Plebs* sınıfı tarafından belirlenmiş olan *tribunus*’ların *Senatus*’taki toplantıları kontrol etme hakkı olsun, ayrıca *plebs* sınıfının önüne ihtiyaçları neyse onu getirme hakları da olsun. Halkla ve *Senatus*’la yürütülen faaliyetler ölçülü olsun. Bir *senator*¹⁸⁵ hazır bulunmadığında ya gerekçe sunsun ya da suç işlemiş sayılsın, bir *senator* yerinde ve ölçülü bir şekilde konuşsun, halkın sorunlarını ele alsın.”¹⁸⁶ Bu hususlarla ilgili Cicero, şu önerilerini sunar: Uygulamalar halkla birlikte olmalıdır. Bir ilke olarak, “şiddetten uzak durulması”¹⁸⁷ kabul edilmelidir. Nitekim ona göre; devlet için hiçbir şey, zor kullanmak suretiyle bileşenlerini bir araya getirip oluşturmaktan daha zararlı, hukuka ve yasalara daha aykırı, medeniyetten daha uzak ve daha vahşi değildir.¹⁸⁸ Cicero, yasanın vetoya saygı duyulmasını emrettiğini, zira yasanın kötüsüne

¹⁷⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.XIII-XIV.31-32, 81, 82.

¹⁷⁹ *Patricii* sınıftan olmayan sınıf. Bkz ibid 105. *Patricii* sınıfı: Roma’daki soylu ailelerden oluşan sınıf. Bkz ibid 104.

¹⁸⁰ *Tribunus* ifadesi, “belli bir insan topluluğunun yöneticisi, koruyucusu” anlamında kullanılmaktadır. *Plebs* sınıfının *tribunus*’larının M.Ö. 449 yılında sayısının ona çıktığı belirtilmektedir. Bkz ibid 108. Ayrıca bkz <<https://logeion.uchicago.edu/tribunus>> Erişim: 17.08.2022.

¹⁸¹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.9, 71; “*Plebes quos pro se contra vim auxili ergo decem creassit, ii tribuni eius sunt, quodque ii prohibessint quodque plebem rogassint, ratum esto; sanctique sunt; neve plebem orbam tribunis relinquunt.*”, Powell (n 8) 242.

¹⁸² Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.VIII-IX.19-22, 75-77.

¹⁸³ “*sed est iniqua in omni re accusanda praetermissis bonis malorum enumeratio vitiorumque selectio*”, Powell (n 8) 250.

¹⁸⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.X.23, 77.

¹⁸⁵ *Senatus* üyesi. Bkz ibid 106.

¹⁸⁶ ibid 3.IV.10-11, 71.

¹⁸⁷ “*vis abesto*”, Powell (n 8) 260.

¹⁸⁸ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.XVIII.42, 86.

razı gelmekten, iyisini önermenin daha iyi olduğunu ifade etmektedir. Bu itibarla kendisinin, hata başkanıdır, diye buyurduğunu belirtir ve bu durumu, zararlı bir yasayı veto eden, toplumun iyiliğini korumuş sayılsın, ilkesinin takip ettiğini söyler.¹⁸⁹

“Şahsa özel yasa teklif etmesinler.”¹⁹⁰ Nitekim Cicero, atalarının da tek tek bireylerin aleyhine yasalar çıkarılmasına karşı çıktığını belirtir.¹⁹¹ Günümüzde de kanunların genel nitelikte olması kabul edilmektedir.

“Bir vatandaşın yaşamıyla ilgili faaliyette bulunmasınlar, tabii en büyük halk meclisinde ve *censor*’ların¹⁹² halk tarafına yerleştirdiği kişilerin huzurunda değillerse.”¹⁹³ Cicero, *comitium*’un¹⁹⁴ ne bir vatandaşın yaşamı -yani öldürülmesi- ne de *privilegium*¹⁹⁵ hakkında karar alabildiğini belirterek bu hususu açıklamaktadır.¹⁹⁶

“Yetkileri dahilinde yaptıkları bir işle ilgili ya da iş yaparken ne armağan alsınlar ne de versinler. Birisi bu çizgileri aşarsa, suçuna uygun ceza görsün.”¹⁹⁷ Bu yasanın, “para alma ve rüşvet”le ilgili olduğunu¹⁹⁸ belirtmektedir.¹⁹⁹ Günümüzde de irtikap ve rüşvet suç olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 250, 252). Keza 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK) da hediye alma ve menfaat sağlama yasağı açıkça düzenlenmiştir (DMK, m. 29). Bu yasakların antik dönemlerden beridir “olması gereken” hukuk ilkeleri olduğunu göstermesi bakımından Cicero’nun bu belirlemeleri önemlidir.

“Hukukun farklı sahalarında görevlendirilen farklı küçük *magistratus*’lar olsun.”²⁰⁰ Burada hukukun değişik alanlarında uzmanlaşmış kişilerin kendi uzmanlık alanlarında görev yapmasının gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Bir kişinin hukukun her alanında yetkin olması oldukça zor olduğu gibi adli sistemin tek bir dava ile her türlü hukuki uyumsuzluğu çözmesi de oldukça zordur. Hukukun esasen bir birlik arz etmesine karşın, adil bir sonuca ulaşabilmek için hukukun uygulama alanlarına bölünmesi ve buna uygun olarak da hukuk uzmanlarının

¹⁸⁹ ibid 3.XVIII-XIX.42, 86.

¹⁹⁰ ibid 3.IV.11, 72; “*Privilegia ne inroganto.*”, Powell (n 8) 263.

¹⁹¹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.XIX.44, 87; “*In privatos homines leges ferri noluerunt: id est enim privilegium*”, Powell (n 8) 261.

¹⁹² Daha önce *consul*’lük yapmış olan en üst devlet memurları. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 95.

¹⁹³ ibid 3.IV.11, 72; “*De capite civis, nisi per maximum comitatum ollosque quos censores in partibus populi locassint, ne ferunto.*”, Powell (n 8) 243. Cicero’nun, *magistratus*’ların bir Roma vatandaşını mahkemeye başvurmadan öldüremeyecek ve dövemeyecek olmasına ilişkin bahsettiği M.Ö. 509-504 civarındaki yasayla ve gerek dini kaynaklarda gerekse On İki Levha Kanunlarında “*hüküm ve ceza*” için mahkemeye başvurulmasıyla ilgili açıklamaları için bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 2.XXXI.53-54, 179.

¹⁹⁴ *Meclis*. Bkz Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 96.

¹⁹⁵ *Özel yasa*. Bkz ibid 105.

¹⁹⁶ ibid 3.XIX.45, 87.

¹⁹⁷ ibid 3.IV.11, 72; “*Donum ne capiunto neve danto neve petenda neve gerenda neve gesta potestate. Quod quis earum rerum migrassit, noxiae poena par esto.*”, Powell (n 8) 243.

¹⁹⁸ “*Sequitur (sequuntur) de captis pecuniis et de ambitu leges*”, Powell (n 8) 262.

¹⁹⁹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.XX.46, 87.

²⁰⁰ ibid 3.III.6, 69; “*Minoris magistratus partiti iuris ploeres in ploera sunt*”, Powell (n 8) 240.

görevlendirilmesi uygun olacaktır. Günümüzde de davalar adli ve idari olarak ayrılmakta, adli davalar da özel hukuk ve ceza hukuku alanına ayrılmaktadır. Bunlar da kendi aralarında daha özel alt dallara ayrılmakta olup Cicero'nun vurguladığı hususun günümüzde uygulandığını görmekteyiz.

“*Magistratus*’lar, kendilerine başvurma hakkı tanınan eşit veya daha üst bir otorite veyahut halk onları bundan menedene dek, itaat etmeyen, suçlu vatandaşı parayla, zincirle ve kırbaçla cezalandırsın.”²⁰¹ Kanaatimizce Cicero burada idari işlemlerin iptal edilebilirliği ile savcı, hâkim ve mahkeme kararları için kanun yollarına başvurulabilmesinden bahsetmektedir. Nitekim idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (Anayasa, m. 125; İYUK, m. 12). Keza kanun yolları da günümüzde kabul edilmektedir (HMK, m. 341 vd; CMK, m. 260 vd). Böylece idari işlemlerin iptal edilebilirliği ile adli mercilerin kararları için kanun yollarına başvurulabilmesinin Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz. Burada *magistratus*’lara karşı gelmek ve bu eylem karşılığında kişi hakkında ceza hukuku yaptırımının uygulanması bağlamında değinilebilecek hüküm ise, kamu görevlisinin görevini yaptırmamak için direnmesi hükmüdür. Bu hükme göre, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanmak suç olarak tanımlanmaktadır (TCK, m. 265). Öyleyse kamu görevi icra eden ve “hukuka uygunluk karinesi”nden yararlanan kamu görevlilerinin (*magistratus*’ların) görevini icra etmesini engellemek amacıyla direnmek gerektiği hususunun da Cicero’da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

“*Magistratus* hüküm verdiğinde ya da kararını açıkladığında, halkın önünde fazla cezayı götüren bir duruşma olsun.”²⁰² Burada da esasen kanun yollarına başvurunun antik örneğini görmekteyiz.

“Hususi meselelerde karar verecek ya da karar verilmesini buyuracak hukuk yargıçısı ya da *praetor* olsun, bu kişi *ius civile*’nin koruyucusu olsun. Yetkileri eşit olan bu kişilerin gücü *Senatus* nasıl karar alıyorsa, halk ne kadar buyuruyorsa, o kadar çok olsun.”²⁰³ Buradan anlaşıldığı üzere, sorunların çözümü hukuk uzmanlarının üzerine bırakılmak istenmektedir. Bu kişi, *ius civile*’nin koruyucusu olmalıdır. Yani Roma vatandaşlarını ilgilendiren yasal düzenlemelerin koruyucusu olmaları ve onlara uygun karar vermeleri gerekir. Ayrıca yetkileri, *Senatus* nasıl karar alıyorsa, halk ne kadar buyuruyorsa, o kadar çok olmalıdır. Yani o millet adına karar almalıdırlar. Günümüzde de bu durum geçerlidir. Nitekim hâkimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler (Anayasa, m. 138). Ayrıca yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa,

²⁰¹ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.6, 69; “*Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinclis verberibusve coerceto, ni par maiorve potestas populosve prohibessit, ad quos provocatio esto.*”, Powell (n 8) 239.

²⁰² Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.6, 69; “*Cum magistratus iudicassit inrogassitve, per populum multae poenaeve certatio esto.*”, Powell (n 8) 239.

²⁰³ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.8, 70; “*Iuris disceptator, qui privata iudicet iudicari iubeat, praetor esto; is iuris civilis custos esto; huic potestate pari, quocumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt.*”, Powell (n 8) 241.

m. 9). Böylece, hâkimlerin toplumda geçerli olan yasalara uymaları ve yetkilerini o millet adına kullanmaları halinin Cicero'da kaynağını bulduğunu görmekteyiz. Keza yetkilerinin, *Senatus* nasıl karar alıyorsa, halk ne kadar buyuruyorsa, o kadar çok olması gerektiği hususu özel hukuk meselelerinde hâkimin hukuk yaratmasına da işaret etmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme göre, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Yani kanunda uygulanabilir bir hüküm yok ise hâkimin öncelikle o toplumda geçerli örf ve âdet hukukuna göre, son çare olarak ise, kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermesi; *magistratus*'ların yetkilerinin, *Senatus* nasıl karar alıyorsa, halk ne kadar buyuruyorsa, o kadar çok olması gerektiğine denk düşmektedir. Böylece hukuk hâkiminin örf ve âdet hukukuna başvurabilmesi ve gerektiğinde kanun koyucu gibi hukuk yaratabilmesinin Cicero'da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

“Askeriyede yönetecek olanın kararına ilişkin başvuru hakkı olmasın, savaşı yönetenin her buyruğu hukuka uygun ve kesin karar olarak kabul edilsin.”²⁰⁴ Benzer bir durum günümüzde 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında da kabul edilmektedir: “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.” (2111 sayılı Kanun, m. 14/1). Keza böyle bir emri yerine getirtmek için yapılan davranışlar da suç sayılmamaktadır (1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (ACK), m. 119). Yine de “hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür” ve bir suç maksadını içeren bir fiile ilişkin olduğu kendisince biliniyorsa emri yerin getiren de sorumludur (ACK, m. 41/2, 3). Ayrıca konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez ve hem emir veren hem de emri yerine getiren kişi bu davranışı dolayısıyla sorumlu olur (Anayasa, m. 137/2; TCK, m. 24/3). Savaş döneminde emirlere uymak bakımından ise günümüzde silahlı kuvvetlere katılanlar hem barışta hem de savaşta amirlerine itaat edeceğine dair ant içmektedir (2111 sayılı Kanun, m. 37). Böylece askeriyede yönetici konumunda olanların emirlerinin, suç teşkil etmesi durumu hariç, uyulması zorunlu ve kesin karar olacağına ilişkin kuralın Cicero'da kaynağını bulduğunu görmekteyiz.

“Askeriyede kendilerine yönetmeleri buyrulan kişilerin *tribunus*'ları olsun, sivil yaşamda halkın parasını korusunlar, suçluların zincirlerini denetlesinler, ölüm cezalarını uygulasınlar, halka açık bir şekilde bronz, gümüş ve altın para bassınlar, mahkemedeki davalarda hüküm versinler ve *Senatus*'un verdiği kararı uygulasınlar.”²⁰⁵

²⁰⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.6, 69; “*Militiae ab eo qui imperabit provocatio nec esto; quodque is qui bellum geret imperassit, ius ratumque esto.*”, Powell (n 8) 239.

²⁰⁵ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 5) 3.III.6, 69; “*Militiae quibus iussi erunt imperanto eorumque tribuni sunt; domi pecuniam publicam custodiant, vincla sontium servant, capitalia vindicant, aes argentum aurumve publice signant, lites contractas iudicant, quodque senatus creverit agunt.*”, Powell (n 8) 240.

SONUÇ

Cicero'ya göre, hakikatin ışığından daha tatlı-hoş bir şey yoktur²⁰⁶ ve insan, her şeyden önce hakikati araştırmalı ve incelemelidir.²⁰⁷ Buradan çıkan sonuca göre felsefe, hakikat arayışı olup bu hakikate ulaşmak “doğa”yı (*natura*) araştırmakla mümkündür.²⁰⁸ Cicero da bu arayışla felsefesini ortaya koymakta ve felsefesinde hukuk da kendine yer bulmaktadır.

Cicero, varlığın kaynağını doğada görmekte, böylece her şey doğada var olmaktadır. Ayrıca ölçü de doğada yer almakta ve doğaya uygun olan şey doğru olmaktadır. Doğada, her zaman ve her yerde geçerli bir yasa bulunmaktadır.²⁰⁹ Bu yasaya uygun olduğu sürece insanın oluşturduğu kanun metinleri de yasa niteliğine sahip olmaktadır. Ona göre bu nitelikte bir metin, kaleme alındığında değil, doğduğu anda zaten yasa olmaktadır. Bu yasadan yola çıkarak ise hukuk ortaya koyulur. Bu nedenle hukuk da doğadan kaynaklanmakta ve doğada yerleşik bulunmaktadır. Aynı şekilde adaletin bu nitelikte olduğunu ve haksızlık mefhumunun doğaya aykırılık teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim ahlak da doğadan kaynaklanır ve ahlaken doğru davranış doğaya uygun ve yararlı davranıştır.

Cicero, doğal hukuk denince ilk akla gelen filozoflardandır. Ancak Cicero'nun eserlerinde *ius naturale* (doğal hukuk) tabirine yer vermediği sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Bu nedenle, doğal hukuk teorisine kaynaklık etmiş olsa da Cicero'nun hukuk anlayışı için çalışmada doğal hukuk tabirinin kullanmasının tercih edilmediğini belirtiriz.

Cicero'nun bu çalışmada incelenen görüşlerinde ceza hukukunu ilgilendiren düşünceleri bulunmaktadır. Bu bağlamda o, haksızlığı, şiddete başvurmak ve kişileri aldatmak olarak ifade etmektedir. Adalet, kendisi için arzulamazsa bunu kötülük olarak kabul eden Cicero'nun, haksızlığı da adaletsizlik, kötülük ve doğaya aykırılık olarak gördüğünü ifade edebiliriz. Keza suç, bir haksızlık olup, ahlaken yanlış olan ve yararlı olmayan bir davranıştır.

Cicero'ya göre, kişiyi suç işlemekten/haksızlık yapmaktan uzak tutan şey doğadır, maruz kalacağı ceza değildir. Keza insan, ahlaksızlığın ve utanma duygusunun kendisinden ötürü suç işlemekten uzak durmaktadır. Ancak onun bu görüşündeki durumları, doğaya uygun-

²⁰⁶ “*nihil est enim ei veritatis luce dulcius*”, Reid (n 16) 2.X.31, 41.

²⁰⁷ “*In primisque hominis est propria veri inquisitio atque investigatio.*”, Winterbottom (n 2) 1.IV.13, 6; Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 1.IV.13, 8.

²⁰⁸ Bkz “Bilgelik peşinden koşana filozof diyorlar, o halde felsefe, dilimize çevirmek istersen, bilgelik uğraşından başka bir şey değildir. Bilgelik, eski filozofların yaptığı tanıma göre, tanrısal ve insani her şeyin ve hatta onları idare eden nedenlerin bilgisidir.”, Cicero, *Yükümlülükler Üzerine* (n 2) 2.II.5, 72. Seneca'ya göre, “doğayı bilmekten daha değerli hiçbir şey yoktur.” Bkz Seneca, *Doğa Araştırmaları* (n 27) 6.IV.2, 225; “*Qua nullum maius est, nosse naturam.*”, Seneca, *Naturales Questiones* (n 16) 137. Söz gelimi Schopenhauer'a göre ise, felsefe, “dünyanın tamamının cevherine dair *in abstracto* bir ifade” ve “dünyanın soyut kavramlarla yansıtılması misali eksiksiz bir tekrar edıştır.” Bkz Arthur Schopenhauer, *İsteme ve Tasavvur Olarak Dünya* (Abdullah Onur Aktaş, Doğubatu Yayınları 2020) § 15, 176, 177; “*Sie muß demnach eine Aussage in abstracto vom Wesen der gesammten Welt seyn.*”, Arthur Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung, Erster Band* (F. A. Brockhaus 1859) 98, 99. Schopenhauer, “dünya” derken, bir gezegeni değil, tüm varlığı kastetmektedir. Bkz Schopenhauer, *İsteme ve Tasavvur Olarak Dünya* (n 208) 28. Bu nedenle, “doğa” (*natura*) ile “dünya” (*Welt*) bir nevi özdeş olmaktadır.

²⁰⁹ Bkz Cicero, *Devlet Üzerine* (n 2) 3.XXII.33, 201, 202.

ölçülü yaşayan bir bilge için geçerli gördüğünü söyleyebiliriz. Nitekim o, insanlara cezasızlık ve kimse tarafından bilinmeme imkânı tanındığında, haksızlık yapmaktan çekinecek çok az insanın bulunacağını da söylemektedir. Ayrıca haksızlık gerçekleştiren erdemsiz kişilerin, kendisine göre cezaların en ağır olan kendi ahlaki çöküntülerini göremediklerini dile getirir. Öyleyse insanların, erdemli (adaletli, bilge) olsalar, bu ahlaki çöküntüyü görerek, ahlsızlığın kendisinden dolayı suç işlemekten uzak duracaklarını söyleyebiliriz. Söz konusu erdemsiz kişiler ise, kendilerine cezasızlık ve kimse tarafından bilinmeme imkânı tanındığında, haksızlık yapmaktan çekinmeyeceklerdir. Keza Cicero, bu imkânların sağlandığında da bilge kişinin haksızlık yapmak yönünde farklı bir arzusunun olmayacağını belirtir.

Cicero, devleti oldukça önemsemekte ve devletin temeline adaleti koymaktadır. Adaletli bir devlette ise insanlar eşittir. Cezaların, suçla orantılı olması gerektiğini belirten Cicero, cezaların aşağılayıcı nitelikte olmaması gerektiğine dikkat çeker. Keza cezanın infazında da öfkeyle hareket edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Cezaları ise, devletin yararı ve devamlılığı uğruna gerçekleştirilmesi gereken bir faaliyet olarak görmesi dikkat çekicidir. Zira cezanın özel ve genel önleme amacı ve fonksiyonu genelde kabul edilmesine karşın Cicero, cezaların böyle bir etkisinin olduğundan şüphe duyduğunu belirtmektedir.

Cicero'nun incelenen eserlerinde ceza hukukunun konuları itibarıyla suç teorisi içerisinde değerlendirilebilecek önemli husus ise günümüzde zorunluluk hali olarak kabul edilen durum içerisinde gerçekleştirilen davranışların haksızlık teşkil ettiğini kabul etmesidir. Cicero, kendi felsefi görüşleri ve temeli dolayısıyla, kişinin, başkasını haklarından mahrum etmektense, kendi uygunsuz durumuna katlanması gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde, gerçekleştirdiği davranış adaletsiz-haksız bir davranış olacaktır. Ancak Cicero, devlete verdiği önemi bir kez daha gösterecek biçimde ve müşterek yararın önemini vurgulayarak bu duruma bir istisna getirmektedir: Eğer devlete ve insanların oluşturduğu birliğe büyük katkı yapan bilge bir insan acil bir durum içerisinde ise, yaşamsal ihtiyaçlarını müşterek yarar uğruna değersiz ve boş bir insan üzerinden sağlayabilir. Buradan çıkan sonuca göre, devlet ve müşterek yarar, bazı kişilerin şahsi haklarından daha üstün ve değerlidir.

Cicero, tarihteki en ünlü avukatlardan biridir. Kendisinin yargılama ve avukatlıkla ilgili birçok ifadesi bulunmakla birlikte, çalışmamız kapsamında temel aldığımız eserlerinden avukatın müdafî ve vekil olarak görev yapmadan önce dikkat edeceği bir hususa yer verdik. Buna göre, bazen gerçeğe yakın olmakla birlikte gerçekliğin kendisinin söz konusu olmadığı veya gerçekliği andıran bir durumun söz konusu olduğu haller olabilir. Bu hallerde, avukatlık görevi yapılmasında bir sorun yoktur. Ancak Cicero'nun, kişinin eğer haksızlık gerçekleştirdiği açıkça biliniyorsa bu kişinin lehine (müdafî) veya haksızlık gerçekleştirmediği açıkça biliniyorsa bu kişinin aleyhine (vekil) görev üstlenilmemesi gerektiği görüşünde olduğu çıkarımını yapmaktayız.

Çalışmada son olarak, Cicero'nun dini yasalar ve *magistratus*'larla ilgili yasalarına yer verilmiştir. Burada dikkat çeken hususlardan biri, yalan yere yemin etmenin ve ensestin kesinlikle cezalandırılması gerektiğidir. Bir diğeri, bireylerin aleyhine özel yasalar

çıkarılmaması gerektiğidir. Başka bir diğeri ise, devlete verdiği önem itibarıyla *magistratus*'lara da oldukça önem vermesi ve *magistratus*'ların bilhassa hediye ve rüşvet almaması gerektiğine yönelik vurgusudur. Ona göre; *magistratus*'ların rüşvet gibi haksız kazanç sağlamaları ve çeşitli suçlar işlemeleri, devlete ve topluma zarar verecek ve devletin devamlılığı bakımından da sorun çıkaracaktır. *Magistratus*'lar, diğer insanlara örnek olmalıdırlar. Nitekim liderler ve dolayısıyla *magistratus*'lar, işledikleri suçların başkalarına örnek teşkil etmesi nedeniyle de zarara yol açmaktadırlar.

Bu çalışmada, tarihte önemli bir filozof ve hukukçu olan Cicero'nun yasa, hukuk, adalet ve ceza üzerine görüşlerinin sistemli bir biçimde yansıtılmasına ve günümüz bakışıyla değerlendirilmesine çalışılmıştır. Filozofların eserlerine bakıldığında, esasen, insanlığın bir ortak zemininin olduğu ve olguların neredeyse değişmediği görülebilmektedir. Sonuç olarak ise, felsefe gibi hukukta da hakikat arayışının -olması gereken hukuku bulmaya çalışmakta olduğu üzere- insanlık var olduğu sürece devam edeceği anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. bs Adalet Yayınevi 2021)
- Aristoteles, *Politika* (Orhan Ö, Pinhan Yayınevi 2018)
- — *Nikomakhos'a Etik* (Akderin F, 4. bs Say Yayınları 2019)
- Arslan A, *İlkçağ Felsefe Tarihi 4, Helenistik Dönem Felsefesi: Epikuroşçular Stoacılar Septikler* (8. bs İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2022)
- Artuk ME vd, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Adalet Yayınevi 2017)
- Asmis E, 'Cicero on Natural Law and the Laws of the State' (2008) 27 [1] *Classical Antiquity* 1
- Atkins JW, *Cicero on Politics and the Limits of Reason, The Republic and Laws* (Cambridge University Press 2013)
- Bahadır EM, 'Zenon'dan Cicero'ya Doğal Yasa Anlayışı' (2021) 21 [2] *ASBİ Abant Sosyal Bilimler Dergisi* 41
- Balme M ve Morwood J, *Oxford Latin Course, Part 1* (2. Edition, Oxford University Press 2006)
- Beccaria C, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Selçuk S, 6. bs İmge Kitabevi 2004)
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin Yayıncılık 2013)
- Bickford-Smith RAH (ed), *Publilii Syri-Sententiae* (Cambridge University Press 1895)
- Bilgin FK ve Türkoğlu HG, 'Cicero'nun İlk Müdafiliği: Pro Sexto Roscio Amerino' (2020) 69 [2] *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 265
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (9. bs Beta Yayınevi 2016).
- Cevizci A, *Felsefe Tarihi* (11. bs Say Yayınları 2021)
- Cicero, *De Finibus Bonorum et Malorum (Cicero: On Ends)* (Rackham H, 2. bs The Loeb Classical Library, William Heinemann 1931)
- — *De Re Publica-De Legibus* (Keyes CW, The Loeb Classical Library, William Heinemann 1970)
- — *Devlet Üzerine (De Re Publica)* (Çevik CC, İthaki Yayınları 2014)
- — *Dostluk Üzerine (De Amicitia)* (Çevik CC, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019)
- — *İyi ve Kötü Şeylerin Gayeleri Üzerine (De Finibus Bonorum et Malorum)* (Çevik CC, Albaraka Yayınları 2022)
- — *Kader Üzerine (De Fato)* (Çevik CC, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2020)

- — *Tanrıların Doğası (De Natura Deorum)* (Özaktürk FG ve Telatar F, Doğubatı Yayınları 2018)
- — *Tusculum Tartışmaları-I, Ölümü Küçümseme (Tusculanae Disputationes)* (Menzilcioğlu Ç, Doğubatı Yayınları 2016)
- — *Yasalar Üzerine (De Legibus)* (Çevik CC, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2017)
- — *Yaşlı Cato veya Yaşlılık Üzerine (Cato Maior De Senectute)* (Çevik CC, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2018)
- — *Yükümlülükler Üzerine (De Officiis)* (Çevik CC, 3. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2016)
- Çakar MS, *Türkçe-Almanca Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü* (2. bs Seçkin Yayıncılık 2007)
- Çevik CC, *Cicero'nun Devlet'i-De Re Publica Yazıları* (Yapı Kredi Yayınları 2017)
- — *Roma'da Siyaset ve Felsefe -Cumhuriyet Dönemi-* (İthaki Yayınları 2019)
- — *Stoa Felsefesinin Kuruluş Fragmanları-Zenon ve Kleanthes* (Albaraka Yayınları 2021)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Seçkin Yayıncılık 2016)
- Diogenes Laertios, *Ünlü Filozofların Yaşamları ve Öğretileri* (Şentuna C, 11. bs Yapı Kredi Yayınları 2022)
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I* (11. bs Beta Yayınevi 1994)
- Dürüşken Ç, *Antik Çağ Felsefesi-Homeros'tan Augustinus'a Bir Düşünce Serüveni* (3. bs Alfa Yayınları 2019)
- — *Felsefecilere Özel Latince/Descartes Latince Öğreniyor* (2. bs Alfa Yayınları 2017)
- — *Latince Güzel Sözler Antolojisi* (2. bs Alfa Yayınları 2019)
- Eco U ve Fedriga R, *Felsefe Tarihi 2: Hellenizmden Augustinus'a* (Tonguç Basmacı L, 2. bs Alfa Yayınları 2018)
- Erçelik PA, 'Cicero'da Doğal Hukuk Anlayışı' (YL Tezi, İstanbul Üniversitesi 2008)
- Erdödy J, 'Understanding the Concept of ius naturale in Ancient Roman Law' (2018) 9 [1] Journal on European History of Law 178
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II* (Sevinç Matbaası 1971).
- Erim M, *Lâtin Edebiyatı* (Remzi Kitabevi 1987)
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartı* (Adalet Yayınevi 2015)
- Ertuğrul Mİ, 'Marcus Tullius Cicero'da ve Hugo Grotius'ta Doğal Hukuk Düşüncesi' (YL Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2020)

- Everitt A, *Cicero-Roma'nın En Büyük Politikacısının Hayatı ve Dönemi* (Ceren YE, Kronik Kitap 2021)
- Gaskin JCA (ed), *Thomas Hobbes, Leviathan* (Oxford University Press 1998)
- Giomini R (ed), *M. Tvllivs Cicero Fasc. 46: De Divinatione, De Fato, Timaevs* (B. G. Teubner 1975)
- Güriz A, *Hukuk Felsefesi* (12. bs Siyasal Kitabevi 2017)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. bs Adalet Yayınevi 2016)
- Hegel GWF, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie II* (Suhrkamp Verlag 1986)
- Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I* (Ünver Y, Adalet Yayınevi 2014)
- Hume D, *An Enquiry Concerning Human Understanding* (Chicago The Open Court 1900)
- İçel K vd, *Yaptırım Teorisi, 3. Kitap* (Beta Yayınevi 2000)
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Yenilenmiş bs Beta Yayınevi 2016)
- Kangal ZT, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin Yayıncılık 2010)
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs Seçkin Yayıncılık 2022)
- Koschaker P, *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları* (Ayiter K, 2. bs Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961)
- Logeion <<https://logeion.uchicago.edu>>
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (Seçkin Yayıncılık 2017)
- Metin S ve Heper A, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (2. bs Tekin Yayınevi 2015)
- Moatti C, 'Cicero's Philosophical Writing in Its Intellectual Context' in Atkins JW ve Bénatouïl T (eds), *The Cambridge Companion to Cicero's Philosophy* (Cambridge University Press 2022)
- Mommsen T. (ed), *Digesta-Justiniani Augusti, Vol. I* (Apud Weidmann 1860)
- Ozansü MC, *Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2014)
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 3* (Beta Yayınevi 1989)
- Özbayoğlu E, *Latince Özdeyişler, Deyimler, Atasözleri* (Klasik Yayınları 1988)
- Özbek VÖ vd, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. bs Seçkin Yayıncılık 2016)
- Özen M, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk* (US-A Yayıncılık 1998)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs Seçkin Yayıncılık 2022)

- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (16. bs Seçkin Yayıncılık 2016)
- Perek FZ, *Tercümelî Lâtince Grameri, Bölüm: I-II* (3. bs İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları 1968)
- Platon, *Devlet* (Eyüboğlu S ve Cimcoz MA, 32. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2017)
— — *Yasalar* (Şentuna C ve Babür S, Pharmakon Kitap 2019)
- Pohlenz M (ed), *M. Tvlli Ciceronis Scripta Quae Manservnt Omnia: Fasc. 44: Tvscvllanae Dispvttationes* (B. G. Tevbneri 1965)
- Powell JGF (ed), *M. Tvlli Ciceronis De Re Pvblica, De Legibvs, Cato Maior, De Senectvte, Laelivs De Amicitia* (Oxford Classical Texts, Oxford University Press 2006)
- Reid JS (ed), *The Academica of Cicero* (University of Michigan Library 1874)
- Sandalcı S, 'On İki Levha Yasaları' (YL Tezi, İstanbul Üniversitesi 1993)
- Schoell F (ed), *M. Tvllivs Cicero 28: Orationes In M. Antonivm Philippicae XVI* (B. G. Tevbneri 1916)
- Schopenhauer A, *Die Welt als Wille und Vorstellung, Erster Band* (F. A. Brockhaus 1859)
— — *İsteme ve Tasavvur Olarak Dünya* (Aktaş AO, Doğubatı Yayınları 2020)
- Seneca, *Ahlak Mektupları (Ad Lucilium Epistulae Morales)* (Uzel T, Jaguar Kitap 2019).
— — *Bilgenin Sarsılmazlığı Üzerine-İnziva Üzerine (De Constantia Sapientis-De Otio)* (Çevik CC, 2. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2018)
— — *Doğa Araştırmaları (Naturales Quaestiones)* (Çevik CC, Jaguar Kitap 2014).
— — *L. Annaei Senecae Philosophi, Opera Omnia, Ad Optimorum Librorum Fidem Accurate Edita, Editio Stereotypa, Tomus V, Naturales Questiones* (C. Tauchnitii 1832)
— — *Mutlu Yaşam Üzerine-Yaşamın Kısalığı Üzerine (De Vita Beata-De Brevitate Vitae)* (Çevik CC, 3. bs Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019)
— — *Tanrısal Öngörü (De Providentia)* (Dürüşken Ç, Alfa Yayınları 2014)
- Stickney A (ed), *M. Tulli Ciceronis De Natura Deorum Libri Tres* (Ginn&Heath 1881)
- Taner MT, *Ceza Hukuku Umumî Kısım* (İsmail Akgün Matbaası 1949)
- Tolkien JRR, *(Açıklamalı Notlarıyla) Hobbit* (Yücel G, İthaki Yayınları 2014)
— — *Güç Yüzüklerine Dair* (Önkol F ve Şan Ç, Altıkırkbeş Yayınları 2000)
— — *Yüzüklerin Efendisi* (Erkal İpek Ç ve Somay B, Tek Cilt Özel bs Metis Yayınları 2001)
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (21. bs Savaş Yayınevi 2015)
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri <<https://sozluk.gov.tr/>>

Türkoğlu HG, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza* (2. bs Seçkin Yayıncılık 2017)

Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (2. bs Beta Yayınları 1990)

Uygun O, *Hukuk Teorileri* (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Villey M, *Roma Hukuku Güncelliği* (Tahiroğlu B, Der Yayınları 1985)

Wacks R, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Arıkan E, 8. bs Tekin Yayınevi 2018)

Warrender H (ed), *The Clarendon Edition Of The Philosophical Works Of Thomas Hobbes, De Cive: The English Version, Volume III* (Oxford University Press 1987)

— — (ed), *The Clarendon Edition Of The Philosophical Works Of Thomas Hobbes, De Cive: Latin Version, Volume II* (Oxford University Press 1983)

Winterbottom M (ed), *M. Tulli Ciceronis De Officiis* (Oxford Classical Texts, Oxford University Press 1994)

Yüce TT, *Ceza Hukuku Dersleri, C. 1* (Şafak Basım ve Yayınevi 1982)

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75* (5. bs Beta Yayınevi 2016)

Türk Hukukunda Yoksulluk Nafkasının Gelişimi ve Güncel Meseleler*

The Development of Post-Marital Maintenance Turkish Law and Current Issues

Arş. Gör. Ferhat ÇELİK**

Arş. Gör. Muhammed Kiomers GANBARI***

Öz

Eşlerin evlilik süresince birbirlerine karşı birçok yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlardan yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik sonrasında bile devam ettiği kabul edilmektedir. İşte yoksulluk nafakası ise, boşanma sonrasında; sona eren evliliğe rağmen eşlerin devam eden yardımlaşması yükümlülüğünün bir sonucudur. Nafaka, en geniş ifadesiyle maddi yardım sağlamak amacıyla verilen bir destek şeklidir. Bu destek yalnızca eşler arasında gündeme gelmemektedir. Ancak çalışma içerisinde dar manada nafaka, yoksulluk nafkasını ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Nafaka hukukumuz Osmanlı Dönemi'nden, Cumhuriyet Dönemi'ne kadar farklı gelişmeler göstermiştir. Benzeri şekilde nafaka konusunda Cumhuriyet Döneminde de önemli değişiklikler yaşanmıştır. Günümüzde ise nafakaya dair güncel kimi tartışmalar devam etmektedir. Bu güncel sorunlara çözüm arayışları da benzeri şekilde sürmektedir. Özellikle sosyal hayat ve ekonomi ile bağlantıları sebebiyle bu tartışmalar ve çözüm önerilerinin devam edeceği rahatlıkla söylenebilir. Çalışma ile bir yandan nafaka konusundaki tarihi değişim ortaya konulmaya çalışılırken diğer yandan da var olan bu güncel sorunlar irdelenmeye gayret gösterilmiştir. Ancak sorunların sosyal ve ekonomik yönlerine yalnızca hukuki açıdan mana ifade ettiği ölçüde vurgu yapılmıştır.

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 25.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 01.09.2023. **İntihal/Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta/e-mail: ferhat.celik@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5840-6562).

*** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta/e-mail: muhammed.ganbari@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7984-0333).

Anahtar Kelimeler: Nafaka, yoksulluk nafakası, Osmanlı hukuku, Cumhuriyet sonrası hukuk, nafakaya dair güncel sorunlar.

Abstract

Spouses have many obligations towards each other during marriage. It is accepted that the obligation to help each other continues even after marriage. Post marital maintenance is a result of the obligation of spouses to continue to help each other despite the dissolution of the marriage. Alimony, in the broadest sense, is a form of support given in order to provide financial assistance. This support is not only between spouses. However, alimony in the narrow sense is used in this study to refer to post marital maintenance. Our alimony law has shown different developments from the Ottoman Period to the Republican Period. Similarly, important changes were experienced in the Republican period in the field of alimony. Today, some current discussions on alimony continue. The search for solutions to these current problems continues in a similar manner. It can be safely said that these discussions and solution proposals will continue, especially due to their links with social life and the economy. This study attempts to reveal the historical change in the subject of alimony on the one hand, and to examine these current problems. However, the social and economic aspects of the problems have been emphasized only to the extent that they make legal sense.

Keywords: Alimony, post marital maintenance, Ottoman law, Republican law, current issues regarding alimony.

GİRİŞ

Nafakanın sözcük anlamı, “Geçinmek için gerekli olan yiyecek, içecek ve bunun için sarf edilen para” şeklindedir.¹ Hukuki bir terim olarak nafaka, “Yasaların belirlediği durumlarda, genellikle, zaruret içinde bulunan kimseye kanunda belirtilen yükümlüler tarafından verilmesi gerekli yardım” şeklinde tanımlanmıştır.² Bunların yanında, aile hukuku bağlamında nafaka yükümlülüğü, toplumun en temel sosyal kurumu olan ailedeki bireylerin birbirlerine karşı olan yardımlaşma yükümlülüklerinin bir gereği olarak, kanunda sayılan yakın hısımlar tarafından yardıma muhtaç aile fertlerinin içinde buldukları maddi zaruret hali giderilerek veya daha da kötüleşmesi engellenerek aile düzenini korumak ve toplumsal dayanışmayı sağlamak adına öngörülmüş bir yükümlülüktür.³ Dolayısıyla nafaka borcunun kaynağı kanun olmakla beraber, yerine getirilmesi ahlâki bir görev olup, ahlâk kurallarından kanuna geçmiş bir borçtur.⁴

¹ İlhan Ayverdi, *Kubbealtı Lugatı Misaili Büyük Türkçe Sözlük* (Seçil Ofset, 2010) 907.

² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2006) 497.

³ Benzer yönde bkz Gonca Gülfem Bozdağ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin Yayınları 2015) 18.

⁴ Bozdağ (n 3) 23. Benzer şekilde bkz Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitapevi 2015) 832-833; Burçin Yazıcı, *İcra ve İflâs Hukukunda Nafaka Alacağı* (Adalet Yayınevi 2022) 36-37.

Gerek İslam Hukuku esaslarına dayanan Osmanlı Aile Hukuku'nda gerekse Cumhuriyet Dönemi sonrasındaki Türk Aile Hukuku'nda çeşitli nafaka türleri öngörülmüştür. Bunlar duruma göre eşe, çocuklara ya da bazı yakın hısımlara ödenen nafakalar olabilir. İslam Hukuku'nda ve temeli İslam Hukuku'nun esasları olan Osmanlı Aile Hukuku'nda evlilik birliği içerisinde kadının nafakasını temin etme borcu kocaya aittir. Kadının burada herhangi bir nafaka yükümlülüğü söz konusu olmayıp nafaka, kocanın yükümlü olduğu tek taraflı bir mükellefiyettir.⁵ Bu yükümlülük evlilik sona erdikten sonra kadının beklemesi gereken süre olan iddet müddetinde ödenmesi gereken “iddet nafakası” adını alır. Cumhuriyet Dönemi sonrasındaki Türk Aile Hukuku'nda ise, mali açıdan eşlerin karşılıklı yükümlülükleri olup, evliliğin genel hükümlerine göre, eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar (TMK m 186/f 3). Böylece ekonomik açıdan da eşlerin birbirlerine karşı yardımlaşma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Kanun koyucu evlilik boyunca var olan bu yardımlaşma yükümlülüğünü, evliliğin sona ermesi sebebiyle yoksulluğa düşme durumlarında da devam ettirmek amacıyla “yoksulluk nafakası”⁶ adında bir nafaka yükümlülüğü öngörmüştür.⁷ Yoksulluk nafakası, evlilik birliği içerisinde eşe karşı olan nafaka yükümlülüğünün evlilik sona erdikten sonra dahi kısmen devam etmesinin bir şeklidir.⁸ Bu nafaka türü temel amaç açısından iddet nafakasına benzese de bunlar; süre, şartlar, nafaka yükümlüsü, usul hükümleri gibi hususlar bakımından birbirlerinden oldukça farklı nafakalardır. Fakat yoksulluk nafakasının tarihi gelişimini, yapılan değişiklikleri görmek için ülkemizde yüz yıl öncesinde yoksulluk nafakasıyla benzer amaç için uygulanan ve aile hukukumuzun temeli olan İslam Hukuku'ndaki bu nafaka türünün görünümünü, yani iddet nafakasını ele almamak çalışma açısından eksiklik olurdu.

⁵ Benzer şekilde bkz Mehmet Âkif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku* (2. Bası, Klasik Yayınları 2018) 94–95.

⁶ Doktrinde bir görüşe göre “yoksulluk nafakası” terimi yerine “evlilik sonrası katkı” teriminin kullanılması daha uygun olurdu. Zira sosyal ve ekonomik anlamda yoksulluk ile hukuki anlamda yoksulluk her zaman birbirleriyle örtüşmemektedir. Yine taraflar evlilik sonrası birbirlerinin geçimini tamamen üstlenmemektedirler (Mustafa Şahin, ‘Türk- İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175- ZGB m. 125)’ (2017) 21 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75, 78–79; Kürşad Yağcı, ‘Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu’ (2020) 76 İstanbul Hukuk Mecmuası 323, 324, dn 1). Keza yine teoride yoksulluk nafakasının hukuki nitelik ve amacı tam olarak ifade etmediğinden bahisle “boşanma nafakası” da tercih edilmektedir (Ahmet Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)* (Adalet Yayınevi 2021) 18). Biz çalışmada Kanun'da kullanılan “yoksulluk nafakası” terimini kullanacağız.

⁷ Mine Uzun, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Vedat Kitapçılık 2013) 10–11; Abdulkerim Yıldırım, ‘Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu’ (2016) 14 Legal Hukuk Dergisi 59, 62; Emrah Kulaklı, ‘Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi’ (2018) 5 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 241; Mecit Demir, *Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2018) 35. Bunun evlilik sonrası dayanışma ilkesi olarak isimlendirildiği yönünde bkz Gediz Kocabaş, ‘Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler’ (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 357, 360; Ali Demirbaş, ‘Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası’ (2018) 5 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 226.

⁸ Benzer şekilde bkz Yıldırım (n 7) 62; Oğuz Ersöz, ‘Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi’ (2018) 12 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 463, 466.

Bu çalışmada öncelikle Osmanlı Aile Hukuku'nda genel olarak kocanın nafaka yükümlülüğü ele alınarak, evlilik sona erdikten sonra ödenen iddet nafakası ile ilgili bilgiler verilecektir. Devamında Tanzimat Dönemi sonrası nafaka ile ilgili yasal gelişmeler çerçevesinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Kitâbü'n Nafakât, çalışma konusu bakımından incelenecektir. Daha sonra ikinci temel başlık altında Cumhuriyet Döneminden sonra nafaka ile ilgili gelişmeler ele alınacaktır. Burada ilk olarak 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (eMK)⁹ yoksulluk nafakası ve bunun gelişimi değerlendirilecektir. Daha sonra ise genel hatları ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK)¹⁰ yoksulluk nafakası ele alınacaktır. Son olarak yoksulluk nafakası ile ilgili tespit edilen bazı güncel ve tartışmalı konular doktrindeki görüşler ve uygulamadaki kararlar çerçevesinde değerlendirilerek, görüş ve öneriler sunulmaya çalışılacaktır. Sonuç bölümünde ise çalışmadaki temel bazı hususlara değinilerek görüş ve önerilerde bulunulacaktır.

I. OSMANLI AİLE HUKUKUNDA KOCANIN NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KONUYLA İLGİLİ TANZİMAT SONRASI YASAL GELİŞMELER

A. Osmanlı Aile Hukukunda Kocanın Nafaka Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Osmanlı Hukuku hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanlarında esas itibariyle İslam Hukuku'na dayanmaktadır.¹¹ Ayrıca Osmanlı Hukuku'nda resmi mezhep, Hanefî Mezhebi olarak kabul edildiğinden, kadılar hükümlerinde ve müftüler fetvalarında bu mezhebe uygun olarak hüküm ve fetva vermekle yükümlü tutulmuşlardır.¹²

Evliliğin mali hükümlerinden olan nafaka, karısının yaşamasını temin etmek için kocanın yüklenmiş olduğu masraflardır.¹³ Kocanın nafaka borcunun kapsamına, karısının normal bir şekilde yaşamını devam ettirebilmesi için gerekli yiyecek, giyecek, mesken, gerektiğinde hizmetçi ve tedavi masrafları girer.¹⁴ Dolayısıyla evlilikten itibaren kadının meşru bütün ihtiyaçlarını gidermek kocasının görevidir. Bunun yerine getirilmemesi durumunda kadın, hâkime başvurarak nafaka takdir ettirebilir.¹⁵ Ayrıca kocanın nafaka borcuyla yükümlü olabilmesi için zengin olmasına; kadının da fakir olmasına gerek yoktur. Kadın zengin olsa bile,

⁹ 17.02.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (RG 04.04.1926/339).

¹⁰ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG 08.12.2001/24607).

¹¹ Mehmet Âkif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi 1985) 59; Ekrem Buğra Ekinci, 'Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu' Tarih ve Medeniyet Dergisi 50, 1.

¹² Aydın (n 11) 71.

¹³ Aydın (n 11) 32.

¹⁴ Ahmed Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, Özel Hukuk-I (Şahsın Hukuku- Aile Hukuku)*, C. 2 (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2012) 260; Aydın (n 11) 32–33.

¹⁵ Aydın (n 11) 107. Ayrıca Sünnîlerin diğer mezhepleri olan Şafii, Hanbeli ve Maliki'de kocanın, karısının nafakasını temin etmemesi hâlinde, karısı, hâkime tefrik talebiyle başvurabilir. Fakat Hanefiler bunu bir tefrik sebebi olarak kabul etmemişlerdir (Aydın (n 11) 45; Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma* (2. Bası, Selçuk Üniversitesi Yayınları 1988) 100–107).

onun nafakası kocasına aittir.¹⁶ Ancak açıktır ki bu manada nafaka, medeni hukukumuzdakinden farklı bir anlam taşımaktadır.

2. İddet Nafakası

Evlilik içerisinde kocanın nafaka yükümlülüğü olduğu gibi evlilik sona erdikten sonra da bu yükümlülük söz konusu olabilir. Evliliğin boşanma ile sona ermesi, talâk (kocanın tek taraflı irade beyanı), muhâlaa (karşılıklı rıza) ve tefrik (mahkeme kararıyla boşanma) ile gerçekleşir.¹⁷

Evliliğin boşanma ile sona ermesinin en önemli sonuçlarından birisi de iddet ve ona bağlı hukuki sonuçlarıdır. İddet için yapılan bir tanıma göre, evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde kadının başka biriyle evlenmeden önce beklemesi gereken süreye denir.¹⁸ Bu süre konusunda mezhepler arasında çeşitli görüş ayrılıkları olmakla birlikte¹⁹ kısaca, hamilelik mevcut değilse yaklaşık üç ay, hamilelik varsa doğuma kadar geçen süre olarak belirtilmektedir.²⁰

İddetin hukuki sonuçlarından çalışma konusuyla ilgili olanı “iddet nafakası”dır. Buna göre, iddet süresi bekleyen kadınların, bu dönem boyunca olan nafakalarının, kocaları tarafından karşılanması gerekir.²¹ Hanefilere göre, ric’î veya bâ’in talâk²² olması fark etmeyip, iddet döneminde kadının yiyecek, giyecek ve mesken gibi ihtiyaçları kocası tarafından karşılanır.²³ Mahkeme kararıyla boşanmanın gerçekleşmesi durumunda tarafların boşanma esnasında anlaştığı veya anlaşma olmaması hâlinde mahkemenin belirlemiş olduğu nafaka miktarı kadına ödenmelidir.²⁴ Muhâlaa hâlinde ise eşlerin anlaşmaları doğrultusunda nafaka belirlenir. Ancak genellikle bu tür boşanmalarda, kadınların müeccel mehir ve birikmiş nafaka alacaklarıyla birlikte iddet nafakasından vazgeçtikleri ifade edilmiştir.²⁵

B. Tanzimat Döneminden Sonra Nafaka ile İlgili Yasal Gelişmeler

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Osmanlı Devleti’nde 1839’da başlayan Tanzimat Dönemi, batılılaşma hareketlerinin

¹⁶ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku* (4. Bası, Turhan Kitapevi 2002) 238; Aydın (n 11) 32.

¹⁷ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz Ansay (n 16) 226 vd; Cin (n 15) 33 vd; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (Osav Yayınları 2011) 520 vd; Aydın (n 5) 105 vd.

¹⁸ Ansay (n 16) 234; Aydın (n 5) 133. Benzer tanımlar için bkz Akgündüz (n 14) 272; Cin (n 15) 111.

¹⁹ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz Aydın (n 11) 50–51.

²⁰ Aydın (n 5) 133.

²¹ Ansay (n 16) 239; Aydın (n 5) 134.

²² Ric’î talâk, kocanın belirli şartlarla yeni bir evlenme akdine gerek olmaksızın, boşama iradesini geri alabildiği, yani dönülebilir boşama olarak kabul edilen boşanma şekline denir. Bâ’in talâk ise, kocaya boşadığı eşine ancak yeni bir mehir ve nikâh akdiyle dönebilme imkânı veren boşanma şeklidir (Akgündüz (n 14) 265–266).

²³ Akgündüz (n 14) 273. Benzer şekilde bkz Cin (n 15) 66; Cin ve Akgündüz (n 17) 535. İddet nafakasına giyeceğin dahil olmadığı yönünde bkz Ansay (n 16) 239.

²⁴ Aydın (n 5) 134.

²⁵ Aydın (n 5) 134.

etkisiyle gerek devlet düzeninde gerekse iktisadi, sosyal ve hukuk gibi alanlarda köklü değişikliklerin yapıldığı, devlete batılı bir görüntü ve yapı verilmeye çalışıldığı bir dönem olarak nitelendirilmiştir.²⁶ Bu dönemde Batıdaki kanunlaştırma hareketlerinden etkilenen Osmanlı Devleti'nde çeşitli kanunlar hazırlanmıştır. Dönemin en önemli eserlerinin başında medeni hukuk alanında hazırlanmış olan “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*” gelir. Ancak çeşitli sebeplerle Mecelle'ye aile ve miras hukuku hükümleri alınmamıştır.²⁷

Bahsedilen bu kanunlaştırma hareketlerinin etkisi ve aile hukukundaki boşluğu tamamlama ve toplumun her kesiminin ihtiyaçlarına cevap verme düşüncesi ile hazırlanan 1917 tarihli “*Hukuk-ı Aile Kararnamesi*” Tanzimat sonrasındaki hukuki düzenlemelerin son halkasını teşkil eder.²⁸ Bu düzenleme İslam ülkeleri arasında aile hukuku alanında kabul edilmiş ilk kanundur.²⁹

Kararname'nin 92 ilâ 101'inci maddelerinde sadece evlilik içerisinde nafaka yükümlülüğü ele alınmış olup, aile hukukuyla ilgili diğer nafaka türlerinden bahsedilmemiştir. Bu hükümler, Hanefî Mezhebinin esaslarına uygun olarak hazırlanmıştır.³⁰ Bunun haricinde, 150 ilâ 154'üncü maddelerde de iddet nafakasına ilişkin hükümler kısaca düzenlenmiştir. Çalışma konusuyla alakalı olarak şunu ifade etmek gerekir ki, kadın *naşize*³¹ değilse talâk iddetinde nafaka yükümlülüğü kocanın üzerindedir.³² Nafaka ile ilgili hükümlerin bu kadar az ele alınmış olmasında, Kararname'nin aceleyle hazırlanmasının etkili olmasının yanında, aynı dönemde Şeyhülislâmlık tarafından nafaka ile ilgili olarak hazırlanan ve bir sonraki başlık altında ele alacağımız “*Kitâbü'n Nafakât*” isimli kanun taslağı dolayısıyla, yetki tartışmalarından kaçınma düşüncesinin de etkisi olduğu savunulmuştur.³³

Bazı eksikliklere rağmen aile hukukunda önemli bir boşluğu dolduran Hukuk-ı Aile Kararnamesi çeşitli sebeplerle 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.³⁴ Kararname'nin yürürlükten kaldırılmasıyla beraber Kararname öncesi hükümlere geri dönmüş olsa da³⁵ aile hukuku alanında kanun çalışmaları devam etmiştir. Ancak bunlar tasarı

²⁶ Aydın (n 11) 127. Konu hakkında ayrıca bkz Aydın (n 5) 137–141; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (7. Bası, Atlas Akademi 2018) 600–601.

²⁷ Aydın (n 11) 131–135; Avcı (n 26) 601; Aydın (n 5) 139–140. Ayrıca bkz Cem Baygın, ‘Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış’ (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453, 454; Cin (n 15) 123.

²⁸ Akgündüz (n 14) 237–238; Cin ve Akgündüz (n 17) 489–490; Hayriye Kalıç Taşkan, ‘Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm 1–63 Maddeleri: Metin ve İnceleme’ (Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi 2006) 12–13.

²⁹ Ekinci (n 11) 2; Aydın (n 5) 190; Baygın (n 27) 455; Cin ve Akgündüz (n 17) 492.

³⁰ Aydın (n 11) 197. Karş Avcı (n 26) 602.

³¹ Eşlerin özellikle de kadının evlilik hükümlerine riayet etmemesi, kavrama ilişkin olarak bkz Hacı Mehmet Günay, ‘Nüşûz’, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 2007) 303, 303.

³² Aydın (n 11) 206.

³³ Aydın (n 5) 184.

³⁴ Aydın (n 5) 197–201.

³⁵ Buna karşın, doktrindeki bir görüşe göre Kararname, Anadolu'da Medeni Kanun kabul edilinceye kadar yürürlükte kalmıştır (Cin ve Akgündüz (n 17) 493).

olmaktan öteye geçememiştir.³⁶

2. Kitâbü'n Nafakât

Kitabın tam adı “*el-Cüz'ü'l- Evvel mine'l-Ahkâmi's-Ser'iyeye fi'l-Ahvâli's-Sahsiye*” şeklindedir.³⁷ Mecelle'nin eksik bıraktığı konulardan olan nafakayı ele alan bu çalışma, Mustafa Hayri Efendi'nin şeyhülislâmlığı döneminde Osmanlı Nafaka Kanunu tasarısı olarak Ali Haydar Efendi tarafından hazırlanmıştır.³⁸

Kitâbü'n Nafakât ile ilgili bazı kaynaklarda bunun 1915 yılında yürürlüğe girdiği,³⁹ İslam Nafaka Hukuku alanında yapılmış ilk kanun olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰ Bu çalışmanın hazırlanmasında temelde Hanefi Mezhebinin esasları dikkate alınsa da dönemin ihtiyaçları göz önünde tutularak diğer mezheplerin görüşlerinden de yararlanılmıştır.⁴¹ Bazı kaynaklarda ise bunun kanun hâline gelmediği, taslak şeklinde kaldığı ifade edilmiştir.⁴² Yapmış olduğumuz araştırmalardan vardığımız kanaate göre, bu çalışma kanunlaşmamıştır. Zaten aile hukuku alanında herhangi bir kanun yokken (1917 tarihli Kararname öncesi), 1915 yılında sadece nafakanın yer aldığı bir düzenlemenin kanunlaşması da hukuk düzeni açısından pek mümkün değildir.

Bu metin 634 maddeden ibaret olup, nafaka ile ilgili her konu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Burada çalışma konusuyla alakalı olan kısım iddet nafakası olup, bu da Hanefi Mezhebinin yukarıda da ele alınan esasları çerçevesinde düzenlenmiştir.

II. CUMHURİYET DÖNEMİNDEN SONRA YOKSULLUK NAFAKASI İLE İLGİLİ GELİŞMELER

A. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinde Yoksulluk Nafakası

1. 3444 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerden Önce

Türkiye'de 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin hazırlanması ile beraber, İslam Hukuku'nun esaslarına dayanan aile kanunu çalışmaları sona ermiştir. Kanun'a göre, evlilik içerisinde eşlerin birbirlerine ve evlilik birliğine karşı yükümlülükleri bulunmaktadır (eMK m 151 vd). Evlilik birliğinde mali yükümlülükler ve sorumluluklar konusunda eşlerin dayanışması söz konusu olmakla beraber, o dönemde mali açıdan sorumluluğun genellikle erkeğin üzerinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla İslam Hukuku'nda evlilik içerisindeki kocanın nafaka yükümlülüğüne kısmen de olsa benzerlikler

³⁶ Aydın (n 11) 207 vd.

³⁷ Akgündüz (n 14) 673, dn 1; Aydın (n 5) 207 vd.

³⁸ Akgündüz (n 14) 673, dn 1.

³⁹ Akgündüz (n 14) 673, dn 1; Bozdağ (n 3) 21.

⁴⁰ Kaliç Taşkan (n 28) 18; Bozdağ (n 3) 21. Benzer yönde bkz ve karşı Merve Bilge Akbulut, *Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2022) 19.

⁴¹ Akgündüz (n 14) 673, dn 1; Kaliç Taşkan (n 28) 18; Bozdağ (n 3) 21.

⁴² Aydın (n 5) 197, dn 137; Ekinci (n 11) 4.

söz konusudur. Fakat evlilik sona erdikten sonraki nafaka yükümlüğü ile İslam Hukuku'ndaki "iddet nafakası" arasında bazı benzerlikler olsa bile farklı düzenlemeler getirilmiştir.

Evlilik sona erdikten sonraki nafaka yükümlüğü, Türk Kanunu Medenisi'nin 144 ve 145'inci maddelerinde ele alınmıştır. "Nafaka" başlıklı 144'üncü maddesinin ilk hâli şöyleydi: "*Kabahatsız olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir*". Görüldüğü gibi, maddenin ilk şeklinde yoksulluk nafakası değil, sadece nafaka başlığı kullanılmıştır. Buna göre, nafaka isteyen kadın veya erkeğin kusursuz olması gerekirdi. Bunun yanında, kendisinden nafaka istenen eşin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, mali gücü oranında nafakaya mahkûm edilebileceği düzenlenmiştir.⁴³

Hükme göre, nafakaya hükmedilebilmesi için, nafaka talep eden eşin boşanma sonucunda büyük bir yoksulluğa düşmüş olması gerekirdi. Yani buradaki yoksulluğun büyük bir yoksulluk olmaması hâlinde, nafakaya karar verilmesi mümkün değildi.⁴⁴

Kanun'un ilk hâlinde belki en dikkat çekici hususlardan birisi de nafakanın süresiz olmayıp, sadece bir yıllığına hükmedilmesidir. Bu hüküm doktrinde oldukça eleştirilmiştir.⁴⁵ Eleştirilen bu süre sınırı mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda dahi bulunmamaktaydı.⁴⁶

Kanunun "irat" başlığı altında düzenlenen 145'inci maddesine göre, "*Bir mukavele veya hüküm ile kendisine maddi ve manevi tazminat ve nafaka olarak bir irat tahsis edilmiş olan karı veya koca, yeniden evlenirse bu irat kat' olunur. Yoksulluğu sebebiyle kendisine nafaka tayin edilmiş olan karı veya kocanın yoksulluğu zail olmuş veya hissölunacak derecede azalmış ise, borçlunun talebi üzerine nafaka miktarının nazaran azaldığı surette dahi aynı hüküm caridir*". Buna göre, kendisine irat şeklinde nafaka bağlanan eşin yeniden evlenmesi durumunda nafaka sona erer. Ayrıca, eşin yoksulluğu sebebiyle bağlanan nafaka, yoksulluğun ortadan kalkması veya önemli derecede azalması durumunda, nafaka borçlusunun talebi üzerine, nafakanın azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verilir.⁴⁷

2. 3444 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerden Sonra

Türk Kanunu Medenisi'nin 3444 sayılı Kanunla⁴⁸ değişen, "Yoksulluk nafakası"

⁴³ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (3. Bası, Filiz Kitabevi 1986) 397–398; Uzun (n 7) 12. Benzer şekilde bkz Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Beta Yayıncılık 1990) 263; Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1978) 237.

⁴⁴ Feyzioğlu (n 43) 397; Uzun (n 7) 12. Ayrıca bkz ve karşı Tekinay (n 43) 263.

⁴⁵ Feyzioğlu (n 43) 399; M Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1998) 147. Eleştiriler için ayrıca bkz Uzun (n 7) 13–14.

⁴⁶ Feyzioğlu (n 43) 397; Akıntürk (n 43) 237; Oğuzman ve Dural (n 45) 147; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt* (19. Bası, Beta Yayıncılık 2016) 305; Kulaklı (n 7) 253; Bozdağ (n 3) 80; Demirbaş (n 7) 230.

⁴⁷ Tekinay (n 43) 264; Feyzioğlu (n 43) 400; Akıntürk (n 43) 238.

⁴⁸ 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (RG 12.05.1988/19812).

başlıklı 144'üncü maddesi şu şekildedir: “(1) Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. (2) Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz”.

Görüldüğü üzere, burada “nafaka” yerine “yoksulluk nafakası” başlığı kullanılmıştır. Ayrıca kanun koyucu doktrinde eleştirilen ve uygulamada sorunlara yol açan hususları dikkate alarak değişikliğe gitmiştir. Buna göre, yoksulluk nafakası için öngörülen bir yıllık süre şartı kaldırılarak süresiz olarak nafaka istenebileceği düzenlenmiştir.⁴⁹ Yoksulluk nafakası istenebilmesi için aranan ve kavramsal olarak belirsiz olan “büyük yoksulluk” şartı da kanunun yeni hâline alınmamış olup, sadece “yoksulluğa” düşecek olma yeterli görülmüştür.⁵⁰

Kusur bakımından, önceki düzenlemede olduğu gibi nafaka yükümlüsünün kusurlu olması aranmamıştır. Nafaka talep eden kişi bakımından ise, maddenin ilk hâlinde kusursuz olması aranmasına karşın, yeni düzenleme ile birlikte nafaka isteyeninin kusurunun diğer tarafa oranla daha ağır olmaması yeterli görülmüştür.⁵¹

Hükümde kadın lehine bir düzenleme yapılmış ve erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için diğer şartların yanında kadının refah içerisinde yaşıyor olması aranmıştır. Bu hüküm için Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve kadın lehine haksız bir şekilde pozitif ayrımcılığa sebep olduğu yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür.⁵²

Ayrıca, 3444 sayılı Kanunla önceki halinde “irat” başlığını taşıyan MK m 145, “Tazminat ve nafakanın ödenme şekli” başlığıyla şu şekilde değiştirilmiştir. Hükümün birinci fıkrasına göre, “... yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irad şeklinde ödenmesine karar verilebilir”. Üçüncü fıkraya göre, “Sözleşme veya hüküm ile kendisine maddî tazminat veya nafaka olarak bir irad tahsis edilmiş eşin yoksulluğunun zail olması, haysiyetsiz hayat sürmesi, bir evlenme akdi olmadan fiilen karı koca gibi yaşamayı, yeniden evlenmesi veya eşlerden birinin ölmesi halinde, aksi, taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irad kesilir”. Dördüncü fıkraya göre, “İrad şeklinde maddî tazminat veya nafakayı gerektiren sebep ortadan kalkar ya da önemli ölçüde azalır veya borçlunun malî gücü önemli ölçüde eksilirse iradın indirilmesine veya kaldırılmasına karar verilebileceği gibi değişen durumlara göre ve hakkaniyet gerektiriyorsa iradın artırılması da istenebilir”. Görüldüğü üzere, yapılan değişikliklerle beraber nafakanın ödenmesi hususu geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, ilk defa yoksulluk nafakasının toptan veya irad şeklinde ödenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. İrat şeklinde bağlanan yoksulluk nafakasının sona ermesi hâlleri

⁴⁹ Bozdağ (n 3) 80; Uzun (n 7) 14; Yağcı (n 6) 327. Kanunun değişiklik gerekçesi, bir yıllık sürenin adalete uygun düşmemesi ve mehaz kanunda bu sınırlamanın olmamasıdır.

⁵⁰ Kulaklı (n 7) 251; Uzun (n 7) 12–14; Şahin (n 6) 81–82.

⁵¹ Benzer değerlendirmeler için bkz Akıntürk ve Ateş (n 46) 303; Kulaklı (n 7) 251; Uzun (n 7) 15; Ersöz (n 8) 472.

⁵² Uzun (n 7) 15–16.

genişletilmiştir. Buna göre, yoksulluğun ortadan kalkması, nafaka alacaklısı eşin haysiyetsiz hayat sürmesi, evlilik olmadan başkasıyla fiilen karı koca gibi yaşaması, yeniden evlenmesi, taraflardan birinin ölmesi hâllerinde aksi kararlaştırılmadıkça nafaka sona erer. Ayrıca, nafakayı gerektiren sebeplerin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması veya nafaka borçlusu eşin mali gücünün önemli ölçüde azalması durumlarında, nafaka iratlarının indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına karar verilebileceği gibi, değişen durumlara göre ve hakkaniyet de gerektiriyorsa artırılması da istenebilir.⁵³

B. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakası, 4721 sayılı TMK m 175-178 arasında düzenlenmiştir. “Yoksulluk nafakası” başlıklı TMK m 175 uyarınca, “(1) Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. (2) Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz”. Buna göre, boşanma dolayısıyla yoksulluğa düşecek olan kadın veya erkek, kusuru diğer tarafın kusurundan daha ağır olmamak şartıyla süresiz olarak yoksulluk nafakası isteyebilir. Yoksulluk nafakasında mahkemece nafaka yükümlüsünün kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, mali gücü dikkate alınarak karar verilir.

Kanun'un mevcut hâli 3444 sayılı Kanunla değişen eMK m 144'e benzemekle beraber bazı değişikliklerin olduğu görülmektedir. Burada her iki eş de yoksulluk nafakası isteyebilir. Bakıldığında, eş yerine taraf ifadesi kullanılmıştır. Yoksulluk nafakasında kusur durumu ve süresizlik aynı şekilde düzenlenmiştir. Fakat Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının refah içerisinde yaşıyor olması şartı TMK m 175'e alınmamıştır.⁵⁴

“Tazminat ve nafakanın ödenme biçimi” başlıklı TMK m 176/f 1'e göre, “Maddî tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir”. Üçüncü fıkraya göre, “İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır”. Dördüncü fıkraya göre, “Tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir”. Beşinci fıkraya göre, “Hâkim, istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir”. 3444 sayılı Kanunla değişen eMK m 145 ile TMK m 176 arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki nafakanın sona ermesi hâlleri genel itibarıyla

⁵³ Ayrıca bkz Oğuzman ve Dural (n 45) 148–149.

⁵⁴ Akıntürk ve Ateş (n 46) 304–305; Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitapevi 2015) 171; Yıldırım (n 7) 66; Baygın (n 27) 460; Kulaklı (n 7) 251–252; Ahmet Cemal Ruhi, *Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2010) 45; Demir (n 7) 38–39. Bu şartın kaldırılması kanun gerekçesinde kadın-erkek eşitliği ilkesine ters düşmesi ile gerekçelendirilmiştir.

aynı olsa da yoksulluğun ortadan kalkmasını, TMK m 176 nafakanın kendiliğinden sona erme sebebi olarak düzenlememiştir.⁵⁵ Eski Kanun'da bütün sebepler için “aksi, taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irad kesilir” denilerek, bu durumlarda nafakanın kendiliğinden sona ereceği anlamı çıkıyordu. TMK m 176/f 3'te ise, bazı sebepler için nafakanın kendiliğinden sona ereceği; bazıları için ise mahkeme kararıyla kaldırılacağı ifade edilmiştir.⁵⁶ Yine tarafların mali durumunun değişmesi ve hakkaniyete göre nafaka miktarının azaltılmasına veya artırılmasına karar verilebilir. Ayrıca, son fıkrada yeni bir hüküm düzenlenmiş olup buna göre, talep üzerine hâkim, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alarak nafakanın gelecek yıllarda ne miktarda ödeneceğini kararlaştırabilir.⁵⁷

Ayrıca “Yetki” başlıklı TMK m 177'ye göre, “Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir”. Zamanaşımının düzenlendiği TMK m 178'e göre, “Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar”. Yoksulluk nafakası, boşanma, ayrılık ve evlenmenin butlanı davalarında⁵⁸ veya bu davalardan bağımsız bir şekilde istenebilir.⁵⁹ Bağımsız şekilde açılan dava için kanunda bir yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

C. Yoksulluk Nafakası ile İlgili Bazı Güncel Meseleler

1. Yoksulluk Kavramı

a. Genel Olarak

Yoksulluk nafakasında, nafaka alacaklısı eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması aranmıştır. 3444 sayılı Kanun değişikliğinden önce *büyük bir yoksulluğa düşme şartı* aranmaktaydı. Daha sonra büyük bir yoksulluğa düşme yerine sadece yoksulluğa düşecek olma kriteri Kanun'a alınmıştır. 4721 sayılı Kanun'da da bu husus değiştirilmeden madde metnine alınmıştır. Buna göre, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için normal ve vasat bir yoksulluk tehlikesinin yeterli olacağı ifade edilmiştir.⁶⁰

Yoksulluk kavramı oldukça belirsiz ve kişiye göre değişebilen bir kavramdır. Kanunda yoksulluğa düşme şartı için herhangi bir tanım veya belirleme yapılmamıştır. Bu husus somut

⁵⁵ Ersöz (n 8) 498.

⁵⁶ Öztan (n 4) 852–854; Uzun (n 7) 76–80; Akbulut (n 40) 123 vd.

⁵⁷ Hükümle ilgili değerlendirmeler için bkz Kılıçoğlu (n 54) 178; Akıntürk ve Ateş (n 46) 308; Ömer Arbek, ‘Boşanmanın Mali Sonuçları’ (2004) 54 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 147–148.

⁵⁸ Yoksulluk nafakasının batıl evlilikler sebebiyle yoksulluğa düşme durumlarında, TMK m 158/f 2'deki, “Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır” hükmü gereği istenebileceği; fakat resmi olmayan birlikteliklerde (özellikle imam nikâhlı evliliklerde) uygulanmayacağı, bu durumda 6284 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususunda bkz Uzun (n 7) 24–30.

⁵⁹ Bozdağ (n 3) 73. Ayrıca bkz Arbek (n 57) 144. Yoksulluk nafakası boşanma davası ile birlikte istenmişse, nafakaya boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren hükmedilebilir. Ayrı bir dava şeklinde açılmışsa, davanın açıldığı tarihten itibaren nafakaya karar verilmesi istenebilir (Yağcı (n 6) 324, dn 5).

⁶⁰ Akıntürk ve Ateş (n 46) 304; bu yönde bkz Y 3 HD, E 2003/8484, K 2003/8201, T 30.06.2003 (Kazancı).

olayın şartları çerçevesinde hâkimin takdirine bırakılmıştır. Yani yoksulluk kriterinin her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerekir.⁶¹

Yoksulluk konusunda gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır.⁶² Bir tanımlamaya göre, yoksulluk, kişinin yeme, içme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım ve kültür gibi harcamalarını karşılayacak malvarlığının veya gelirinin olmamasıdır.⁶³ Başka bir değerlendirmeye göre, kendi imkânları ile asgari ölçüde geçimini sağlayamayan kimsenin yoksul olduğu kabul edilmiştir.⁶⁴ Bu konuda Yargıtay'ın genel tutumunu belirten bir kararında, “...yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir. Yoksulluk durumu; günün ekonomik koşulları ile birlikte tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşam tarzları, evlilik süreleri, evlilik boyunca ve boşanma sonrası oluşacak yaşam düzeyleri birlikte değerlendirilerek takdir edilmeli...” ifadelerine yer verilmiştir.⁶⁵ Dolayısıyla asgari düzeyde geçimini sağlayacak gelire sahip olmayanlar yoksul sayılırlar. Ancak yoksulluk nafakası talebi değerlendirilirken tarafların ekonomik durumları, sosyal yaşantıları, yaşam düzeyleri ve günün ekonomik şartları dikkate alınmalıdır.⁶⁶ Bundan dolayı yoksulluk nafakası için genel geçer bir belirleme yapılmamakta, somut olayın şartları göz önünde tutulmaktadır.

Ülkemizde her yıl yoksulluk, açlık sınırı gibi belirlemeler yapılmasına ve asgari ücret belli olmasına rağmen, yoksulluk nafakası bakımından tam bir belirleme yapılamamaktadır. Nitekim gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında nafaka alacaklısının asgari ücret düzeyinde geliri olması, nafaka talep etmesine engel olarak kabul edilmemekte, yalnızca nafaka miktarının tespitinde bir kriter olarak görülmektedir.⁶⁷ Ancak bizim de katıldığımız bir görüşe

⁶¹ Bozdağ (n 3) 76; Pınar Altınok Ormancı, ‘Türkiye’de Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme’ (2022) 2022 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 183, 187.

⁶² Demirbaş (n 7) 227–228.

⁶³ Ruhi (n 54) 42.

⁶⁴ Bozdağ (n 3) 76. Benzer şekilde bkz Oğuzman ve Dural (n 45) 146; Öztan (n 4) 838, 839, 842–844; Şahin (n 6) 81; Kulaklı (n 7) 246.

⁶⁵ Y HGK, E 2-73, K 118, T 11.03.2009 (Lexpera).

⁶⁶ Keyfi olarak çalışma hayatından uzaklaşmanın nafaka talebine engel olduğu yönünde teorik görüş ve yargı kararları için bkz Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 204.

⁶⁷ Bozdağ (n 3) 76; Uzun (n 7) 39. Ayrıca bkz Y HGK, E 2017/1584, K 2018/503, T 21.03.2018 kararına göre, “Yargıtay’ın yerleşik kararlarında “asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması” yoksulluk nafakasının bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemektedir... Ne var ki, asgari ücret seviyesinde gelir elde edilmesi yoksulluk nafakası bağlanmasına engel değilse de bu durumun nafaka miktarının tespitinde esas alınacağı da unutulmamalıdır. Yoksulluk durumu günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmelidir... somut olay değerlendirildiğinde; Tarafların boşanmaya neden olan olaylarda eşit kusurlu olduğu noktasında Mahkeme ile Özel Daire arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına ilişkin bilgiler incelendiğinde ise; davacı karşı davalı erkeğin devlet memuru olarak 1.500.00 TL aylık gelire, davalı karşı davacı kadının ise bir kargo şirketinde asgari ücret ile çalıştığı anlaşılmaktadır. Belirtildiği üzere asgari ücretle çalışılıyor olması, tek başına yoksulluk nafakasının istenmesini engelleyen bir durum değildir. Ancak bu durum nafaka miktarının değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir olgudur” (Lexpera). Benzer kararlar için bkz Y 3 HD, E

göre, nafaka talep eden asgari ücretli iken nafaka borçlusunu eşin de geliri asgari ücret düzeyinde ise, nafakaya hükmedilememelidir.⁶⁸ Aksi takdirde nafaka borçlusunun geliri asgari ücret seviyesinin altına itilir ve yoksul duruma düşmesi söz konusu olur.⁶⁹

Yargıtay'ın kararları incelendiğinde özellikle kadın lehine hükmedilen yoksulluk nafakası açısından katı bir tutumun olduğu gözlemlenmektedir. Zira bir kararda erkeğin çalışmıyor olması, herhangi bir malvarlığı veya gelirin olmaması, aleyhinde nafakaya karar verilmesine engel olarak görülmemiştir.⁷⁰ Ayrıca, nafakaya hükmedildikten sonra kocanın işten ayrılmasının da nafakanın kaldırılmasını gerektirmeyeceğine karar verilmiştir. Üstelik somut olayda kadın asgari ücretin altında bir işte çalışmaya başlamasına rağmen, nafakanın kaldırılması talebi kabul edilmemiştir.⁷¹ Benzeri şekilde kadının yetim aylığı alması da yoksulluk nafakasına hükmedilmesine engel olarak görülmemiştir.⁷² Bazı kararlarında ise, Yargıtay önceleri bir işte çalışan nafaka borçlusunu eşin daha sonra işten ayrılma gerekçesinin araştırılarak, kendi isteğiyle işten ayrılıp ayrılmadığının tespit edilip, ona göre karar verilmesi gerektiği görüşündedir.⁷³ İfade etmek gerekir ki yargı içtihatlarındaki bu tutum esasen uygulamada nafaka ödememek için işten ayrılmış gibi gösterilerek çalışmaya devam eden, muvazaalı devirlerle malvarlığı kaçıran kimselerin bulunması ve bunların önünün alınması

2014/14644, K 2015/774, T 15.01.2015; Y 3 HD, E 4896, K 5614, T 31.03.2009 (Lexpera).

⁶⁸ Bozdağ (n 3) 76; Uzun (n 7) 40.

⁶⁹ Uzun (n 7) 40.

⁷⁰ Y 2 HD, E 2008/5481, K 2009/8176, T 28.04.2009 kararına göre, “Kocanın işsiz olması ve malvarlığının bulunmaması onu nafaka sorumluluğundan kurtarmaz. Toplanan delillerden kocanın çalışmasına engel olacak fiziki bir rahatsızlığının varlığı da sabit değilken, boşanma sonrası yoksulluğa düşeceği anlaşılan kadın yararına Türk Medeni Kanununun 175. maddesi uyarınca yoksulluk nafakası takdir edilmemesi doğru bulunmamıştır.” (Lexpera).

⁷¹ Y 2 HD, E 846, K 3873, T. 10.03.2008 kararına göre, “Davada, tarafların boşandıkları ve davalı kadın yararına 100,00 YTL yoksulluk nafakasına hükmedildiği, ancak davalının boşanmadan kısa süre sonra sigortalı olarak çalışmaya başladığı, yoksulluktan kurtulduğu ve nafakaya ihtiyacının kalmadığı ileri sürülerek nafakanın kaldırılması istenilmiştir. Mahkemece; davacının bir işte çalışmadığı, malvarlığının da olmadığı, davalının ise sigortalı olarak çalıştığı ve aylık 250,00 YTL ücret aldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Hukuk Genel Kurulunun yerleşik kararlarında “asgari ücret düzeyinde gelire sahip olunması” yoksulluğu ortadan kaldıran bir olgu olarak kabul edilmemiştir. (HGK 7.10.1998 gün ve 2/656 E.- 688 K., 26.12.2001 gün ve 2/1158 E., 1185 K., 1.5.2002 gün ve 2/397 E.- 339 K. sayılı kararları gibi) Somut olayda davalı kadının çalışarak elde ettiği miktar ile davacıdan aldığı nafaka toplamı dahi asgari ücretin altındadır. Ayrıca nafaka yükümlüsü davacının çalışmaması mevcut nafakanın kaldırılmasını gerektirmediği gibi, boşanma dosyası incelendiğinde boşanma kararı öncesinde de davacının çalışmadığı, ancak buna rağmen yoksulluk nafakasına hükmedildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davacının ekonomik ve sosyal durumunda boşanmadan önceki koşullara göre olumsuz yönde bir değişiklik olduğu hususu da ispat edilebilmiş değildir. O halde, davanın reddi yerine kabulü doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” (Lexpera).

⁷² Karar için bkz Seda Baş ve Nisa Özcan, ‘Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı’ (2022) 4 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 328, 339 dn 16.

⁷³ Y 2 HD, E 2008/8976, K 2009/11414, T 11.06.2009 kararına göre, “Sigorta belgelerinden davacı kadının 1.6.2007 tarihinde işinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece; davacının kendi isteği ile mi işten ayrıldığı, yoksa işveren tarafından mı işten çıkarıldığı hususu belirlenerek sonucuna göre yoksulluk nafakası hakkında hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” (Lexpera). Benzer kararlar için bkz Uzun (n 7) 42–43.

arzusundan kaynaklanmaktadır. Ancak tek başına uygulamada böylesi olayların ya da kişilerin var olması, bu içtihatları haklı kılmamaktadır.

Kanaatimizce yoksulluk nafakası konusunda menfaat dengesinin korunması gerekir.⁷⁴ İşsiz olan ve başka bir geliri veya malvarlığı olmayan eşi, az miktarda da olsa geliri olup, çalışan veya çalışma imkânı olmasına rağmen çalışmayan eşe süresiz (TMK m 175/f 1) bir şekilde nafaka ödemeye mahkûm etmek hakkaniyete aykırıdır.⁷⁵ Ayrıca TMK m 176/f 3 çerçevesinde, nafaka alacaklısının evlenmesi durumunda nafaka borcu sona erer. Nafaka borçlusunun yeniden evlenmesinin nafaka borcuna etkisi konusunda ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Nihayetinde, önceki evlilik sona erdikten sonra nafaka borçlusu eşin de yeniden evlenmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda kişinin yeni evliliğinden doğan yükümlülükleri bulunmaktadır. Dolayısıyla nafaka borçlusunun hem önceki hem de mevcut evliliğinden kaynaklanan mali yükümlülüğünün bulunması ve bunun süresiz olması durumunda menfaat dengesi nafaka borçlusu aleyhinde bozulacaktır.

b. Mal Rejiminin Tasfiyesi ve Tazminat Talepleri ile İlişkisi

Yoksulluk kavramı açısından önem arz eden bir mesele de mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere TMK, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir. Öyle ki bu mal rejiminin TMK öncesindeki evliliklere dahi uygulanması ihtimal dahilindedir.⁷⁶ Yasal mal rejimi sebebiyle eşlerin birbirlerinden katılma ve denkleştirme alacağı için talepte bulunması da mümkündür.

Esasen katılma alacağı ile denkleştirmeye dair taleplerin yoksulluğa düşecek kimsenin yoksulluğunu ortadan kaldırması mümkündür. Elbette bu her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Ancak yoksulluğun gerçekleşip gerçekleşmediğinin mal rejimi sonrasındaki tasfiyeye bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır.⁷⁷ Ne var ki hukukumuz açısından bu değerlendirme sağlıklı bir suretle yapılmamaktadır. Şöyle ki İsviçre hukukunda hâkim, maddi ve manevi tazminat talepleri ile mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklı talepleri “birlikte” değerlendirmektedir. Oysa hukukumuz açısından boşanmada bu birlik ilkesi

⁷⁴ Nafakanın tespiti açısından teoride kimi ölçüler için bkz Erdem ve Makaracı Başak (n 66) 204–205.

⁷⁵ Y HGK, E 2022/142, K 2023/184, T 08.03.2023, güncel bir kararına göre “Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünüldüğünden, yoksulluk nafakasının amacı hiçbir zaman nafaka alacaklısını zenginleştirmek olamaz. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, yoksulluk nafakasının sosyal ve ahlâki düşüncelere dayanması özelliği, sadece nafaka talep eden tarafa nafaka verilmesinde değil, aynı zamanda nafaka talep edilen tarafın nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması koşulunda da kendisini göstermektedir. Dolayısıyla boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan tarafı koruma amacını taşıyan yoksulluk nafakası, hiçbir surette nafaka yükümlüsüne yükletilen bir ceza veya tazminat niteliğinde olmamalıdır.” (Lexpera). Benzeri yönde bkz Y HGK, E 2020/28, K 2022/1392, T 27.10.2022 (Lexpera).

⁷⁶ Bu konuda bkz Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (13. Bası, Filiz Kitabevi 2018) N 1066.

⁷⁷ Kalender (n 6) 189.

aranmamaktadır.⁷⁸ Bu durum, esasen nafaka talebi için yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini olanaksız kılmaktadır.⁷⁹

Esasen benzeri bir sorun maddi ve manevi tazminat talepleri için de geçerlidir. Zira ifade edildiği üzere hukukumuzda birlik ilkesi maddi ve manevi tazminat talepleri açısından da zorunlu değildir. Keza tazminat talep edilmesi tek başına yoksulluk nafakası talep edilmesine engel de değildir.⁸⁰ Ancak hukuk uygulamamızda çoğu kez maddi ve manevi tazminat talepleri, boşanma davası ile birlikte ileri sürülmektedir. Yine teoride de nafaka talebinin değerlendirilmesinde, eşlerin aldıkları maddi ve manevi tazminatların hesaba katılması gerektiği de açıkça kabul edilmiştir.⁸¹

2. Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu

Yoksulluk nafakası, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eşten mali gücü oranında geçimi için süresiz olarak istediği bir nafaka türüdür (TMK m 175/f 1). Yukarıda da ele aldığımız üzere, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin ilk halinde yoksulluk nafakasına bir yıllık süre için hükmediliyordu. Bu durum daha sonra 3444 sayılı Kanunla değişmiş ve süresiz olarak nafaka talep edilebileceği düzenlenmiştir. 4721 sayılı TMK m 175'te de aynı şekilde bu husus korunmuş ve süresiz olarak yoksulluk nafakasının istenebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Yoksulluk nafakasının toptan veya irat biçiminde ödenmesine karar verilebileceğinden (TMK m 176/f 1), nafakanın süresiz olarak ödenmesi sorunu irat şeklindeki nafakalar için söz konusu olur; toptan ödenen nafakalarda böyle bir sorun gündeme gelmez.⁸² Esasen süresiz nafaka uygulamasının tartışma konusu olmasının bir sebebi de toptan nafakaya uygulamamızda hiç başvurulmamasıdır.⁸³ Gerçekten de eğer nafaka ödenmesinde hukuk uygulaması toptan nafaka ödenmesi şeklinde gelişmiş olsaydı, belki de süresizlik meselesi bu denli tartışmaya açılmayacaktı.⁸⁴

Kanun koyucu, nafaka alacaklısına süresiz olarak nafaka isteme imkânı tanısa da gerek talebin ileri sürülmesinde gerekse anlaşmalı boşanma protokolü çerçevesinde yoksulluk nafakasının süre ile sınırlandırılmış olması mümkündür. Yani nafaka alacaklısı yoksulluk nafakasını belirli bir süre ile sınırlı olarak talep etmiş olabilir. Bu durumda HMK m 26'da⁸⁵

⁷⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 72) N 1123.

⁷⁹ Benzeri şekilde bkz Dural, Öğüz ve Gümüş (n 76) N 1123; Erdem ve Makaracı Başak (n 66) 204. Bu sebeple mal rejimi tasfiyesi gerçekleşmeden nafakaya hükmedilemeyeceği yönünde bkz Kalender (n 6) 194.

⁸⁰ Kalender (n 6) 194.

⁸¹ Oğuzman ve Dural (n 45) 146–147; Tekinay (n 43) 265; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 72) N 805; Kalender (n 6) 195.

⁸² Arbek (n 57) 145; Yağcı (n 6) 325; Yıldırım (n 7) 79.

⁸³ Kalender (n 6) 264.

⁸⁴ Ne var ki toptan ödemeye nasıl hükmedileceği, hâkimin buna resen karar verip veremeyeceği ya da kural olarak irat mı yoksa toptan ödemenin mi kabul edileceği gibi meseleler de tartışmalıdır. Bu hususta bkz Kalender (n 6) 259 vd.

⁸⁵ İlgili hükme göre, "(1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye

düzenlenen taleple bağlılık ilkesi gereği, hâkim süresiz olarak nafaka ödenmesine karar veremez.⁸⁶ Aynı şekilde, hâkimce onaylanan anlaşmalı boşanma protokolünde (TMK m 166/f 3; m 184/f 1, b 5) de taraflar belirli bir süreyle yoksulluk nafakası ödenmesi hususunu kararlaştırmış olabilirler.⁸⁷

Burada asıl tartışmalı husus, süresiz olarak talep edilmesine rağmen, hâkimin yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlı olarak ödenmesi yönünde karar verip veremeyeceğidir. Bu tartışmanın temeli de yoksulluk nafakası için Kanun'da herhangi bir sürenin öngörülmemiş olmasıdır. Aşağıda gerek yoksulluk nafakasının süresiz talep edilmesi durumunda hâkimin yoksulluk nafakasını belirli bir süre ile sınırlandırması yönünde takdir yetkisinin olup olmadığı, gerekse yoksulluk nafakasının süresiz talep edilmesine imkân tanıyan bu düzenlemeyle ilgili doktrinde ve uygulamada savunulan görüşler, eleştiriler ve çözüm önerileri birlikte ele alınacaktır.

Konuyla ilgili doktrinde *Uzun*'a göre, TMK m 176'da bazı durumlarda yoksulluk nafakasının kendiliğinden kalkması veya mahkeme kararıyla kaldırılması veyahut azaltılması söz konusu olduğundan, nafaka borçlusunun yeterince korunduğu söylenebilir. Bu halde, ayrıca nafaka için süre öngörmek yerinde olmadığı gibi nafakanın konuluş amacına da ters düşer.⁸⁸

Yıldırım'a göre, nafaka talep eden eş bu talebini belirli bir süre ile sınırlamamışsa bile, hâkim somut olaya göre yoksulluğun belirli bir süre sonra kalkacağını öngörebiliyorsa, yoksulluk nafakasına belirli bir süre için karar verebilir. Çünkü kanun koyucu her ne kadar yoksulluk nafakasının süresi için hâkime takdir yetkisi tanımasa da hâkim TMK m 175 ve m 176/f 3 çerçevesinde yoksulluğun varlığı ve bunun ortadan kalması hususlarında kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak, yoksulluğun belirli bir süre sonra ortadan kalkacağına kanaat getirebilir ve nafakanın bu süreyle sınırlı olması yönünde karar verebilir. Fakat bunun dışında mevcut düzenlemeye göre, hakkaniyete dayanarak nafakayı süreli olarak kararlaştırması mümkün gözükmemektedir.⁸⁹

Kulaklı'ya göre ise, yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebilmesinden, kanun koyucu tarafından bir üst sınır belirlenmediği, buna karşın belirli süreli yoksulluk nafakasına hükmedilmesine de engel teşkil etmediği anlaşılmalıdır.⁹⁰ Yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesinde olduğu gibi, süresi bakımından da somut olayın özellikleri doğrultusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Burada yoksulluk nafakasının amacı ile birlikte değerlendirildiğinde, süre için nafaka alacaklısının evlilik sonrasındaki hayatına uyum

karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır”.

⁸⁶ Yıldırım (n 7) 77–78; Uzun (n 7) 103; Yağcı (n 6) 325–326; Ersöz (n 8) 474. Ayrıca bkz ve karşı Bozdağ (n 3) 79–81.

⁸⁷ Yağcı (n 6) 325–326.

⁸⁸ Uzun (n 7) 100.

⁸⁹ Yıldırım (n 7) 78.

⁹⁰ Benzeri yönde bkz Baş ve Özcan (n 72) 354.

sağlaması için gerekli olan süre anlaşılmalıdır.⁹¹

Ruhi'ye göre, olması gereken hukuk bakımından, yoksulluk nafakasının süresiz olarak istenebilmesi şeklindeki hüküm adaletli bir düzenleme olmayıp, hâkimin tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına bakarak ve tarafların evli kaldıkları süreyi dikkate alarak bir yıldan üç yıla kadar bir süre ile yoksulluk nafakasını sınırlandırması uygun olacaktır. Kanunda bu doğrultuda düzenleme yapılarak, evlilik sona ermesine ve duruma göre nafaka borçlusunu eş yeni bir evlilik kurmasına rağmen, eşlerin arasında devam eden bu suni bağın sona erdirilmesi ve nafaka borçlusunu eşin sosyal güvenlik kurumu gibi görülmesi durumunun ortadan kaldırılması gerekir.⁹²

Yağcı'ya göre, nafaka talep eden eş süresiz olarak talepte bulursa da TMK m 175/f 1'in ne lafzı ne de amacı hâkimin süresiz olarak nafakaya karar vermek zorunda olduğunu destekler. Aksi durum hakkaniyet ve sosyal adaletle bağdaşmaz. Hâkimin, bazı kriterleri dikkate alarak nafakanın süresini belirleme yetkisi vardır. Dolayısıyla bu durumda madde metninde değişikliğe gitmeye gerek yoktur.⁹³ Ancak uygulamadaki sorunları çözmek için bir değişiklik yapılacaksa, TMK m 175'te yer alan "süresizlik" unsuru maddeden çıkarılmalı; maddeye hâkimin takdir yetkisini kullanması konusunda bazı kriterler eklenmeli ve çeşitli üst süreler de belirlenerek, buna göre nafakanın belirli süreyle sınırlandırılmasına imkân tanınmalıdır. Ancak bazı olağanüstü hâllerde (mesela, engellilik, akıl hastalığı) üst süre dolmasına rağmen, nafaka alacaklısının kendisine atfedilemeyen bir sebepten dolayı yoksulluktan kurtulamayan eşe dava yoluyla nafakanın ödenmesine devam edilmesini talep etme imkânı da tanınmalıdır.⁹⁴ Bu kriterler İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m 125'de örneğe olarak sayılan ve yoksulluk nafakasının süresi, miktarı gibi hususlarda dikkate alınan kriterlerdir. Söz konusu kriterler şunlardır: "1. Evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı, 2. Evliliğin süresi, 3. Evlilik sırasındaki yaşam standardı, 4. Eşlerin yaşları ve sağlık durumları, 5. Eşlerin malvarlığı ve gelir durumları, 6. Çocukların bakım yükü ve bunun süresi, 7. Eşlerin mesleki eğitimleri, kariyer beklentileri ve iş yaşamına yeniden girebilmeleri için gerekli olan masraflar, 8. Yaşlılık aylığı, ölüm aylığı ve mesleki emeklilik maaşı ya da diğer özel veya kamusal emekli maaşları ya da bunların herhangi bir kısmından vazgeçilmesi durumunda elde edilmesi beklenen gelirlerdir".⁹⁵

Yağcı ile kısmen benzer görüşleri ileri süren *Demirbaş*, ayrıca sosyal devlet ilkesine uygun olarak devletin, gerekli yardım ve katkıyı sağlaması gerektiği, Meclis Araştırması Komisyonu Raporunda da belirtildiği üzere,⁹⁶ İsviçre Hukuku'nda (ZGB Art 131) olduğu gibi

⁹¹ Kulaklı (n 7) 254.

⁹² Ruhi (n 54) 46.

⁹³ Aynı görüşte bkz Altınok Ormancı (n 61) 199.

⁹⁴ Yağcı (n 6) 346–353.

⁹⁵ Yağcı (n 6) 349–353. Bu kriterlerle ilgili olarak ayrıca bkz Şahin (n 6) 92–102; Kocabaş (n 7) 375–386; Kulaklı (n 7) 255–256; Demirbaş (n 7) 220–222; Baş ve Özcan (n 72) 343. Bu kriterlerin esasında İsviçre'de "evlilik sonrası dayanışma ilkesi"ni sınırlandıran ve yoksulluk nafakası bakımından tutumu "*clean break ilkesi*"ne yaklaşır ölçütler olduğu hususunda bkz Kocabaş (n 7) 361–387; Demirbaş (n 7) 221–222.

⁹⁶ Bkz Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması

bir fonun oluşturulabileceği ve nafaka alacağını tahsil edemeyen eşe bu fondan ödeme yapılabileceğini savunmuştur. Yine çalışmayan ya da yarı zamanlı olarak çalışan ve çocuk sahibi olan eşlerin çalışma hayatına kazandırılması için, kendilerine mesleki kariyer gelişimi gibi konularda destek sağlanabilir. Böylece evlilik sonrası dayanışma ilkesi çerçevesinde öngörülen diğer eşin katkısı, olabildiğince ikinci planda kalır. Nafaka alacaklısı eşin sosyal desteklerle birlikte, ekonomik açıdan kendi ayakları üzerinde durmasının sağlanmasıyla, boşanmış eşler arasındaki ilişki de bir an evvel sona ermiş olur.⁹⁷

Yoksulluk nafakasının “süresiz olarak” talep edilebilmesi hususu uygulamada da oldukça tartışılmıştır. Ancak bu konuda Yargıtay’ın genel tutumuna göre, yoksulluk nafakasının süresiz talep edilebilmesine imkân tanıyan söz konusu hüküm hâkimi bağlamakta ve mahkeme süresiz olarak talep edilen nafakayı süre ile sınırlandıramamaktadır. Nitekim Yargıtay konuyla ilgili bir kararında⁹⁸ yerel mahkemenin “... tarafların evlilik süresi, çocuklarının olmayışı bir daha birbirlerini görecek pozisyonlarının bulunmaması, kısa süren bu ikinci evlilik sebebiyle süresiz yoksulluk nafakasına karar vermenin Türk Medeni Kanununun 4. maddesine aykırı olacağı, 175. maddesinde “süresiz yoksulluk nafakası istenebileceğinin” belirtildiği ancak “istenir” hükmü bulunmadığı, arada çocukları olan uzun süreli evliliklerde bu hükmün uygulanması ve nafakanın süresiz olması mümkün görünmekte ise de boşandıktan sonra birbirlerini görmeyecek iki kişi arasında süresiz nafakaya karar verilmesinin adil olmayacağı...” şeklindeki gerekçelerle süresiz talep edilen nafakayı iki yıla sınırlandırmasını, “Yasa, yoksulluk nafakasını belirli bir süreyle sınırlandırmamış, bu nafakanın “süresiz” olarak istenebileceğini öngörmüştür. Amaç, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin, diğer eş tarafından koşulları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Bu bakımdan nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe, yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması yasada bulunmayan bir unsurunu yasaya dâhil etmek anlamına gelir. Kanunun, hâkime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hakkaniyete göre karar verir... Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hâkime herhangi bir takdir hakkı tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın “süresiz” olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur” ifadeleriyle bozmuştur.

Yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebilmesine ilişkin hükmün Anayasa’nın 2, 10 ve 41’inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle⁹⁹ somut norm denetimi yoluyla iptal

Komisyonu Raporu (TBMM, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399).

⁹⁷ Demirbaş (n 7) 232–233.

⁹⁸ Y 2 HD, E 2016/8859, K 2017/14407, T 12.12.2017 (Lexpera). Benzer kararlar ve bunların değerlendirilmesi hususunda bkz Yağcı (n 6) 335–338.

⁹⁹ AYM, E 2011/136, K 2012/72, T 17.05.2012 kararındaki başvuru gerekçeleri “nafakanın hesaplanmasında esas alınacak kriterlerin açıkça düzenlenmemesi, evlilik süresinin dikkate alınmaması, yargı içtihatları ile katı ve adaleti zedeleyici bir nafaka rejiminin benimsenmesi, sübjektif kriterle evlilik içerisinde olandan daha ağır yükümlülükler altında kalınması, eşleri evlilik içerisinde huzursuz dahi olsalar evliliklerini nafaka baskısı ile sürdürmek zorunda bırakması, nafaka düzeninin kişiyi çalışmaya teşvik etmemesi, nafaka borcunun tazyik

edilmesi için Anayasa Mahkemesi'nden talepte bulunulmuştur. Yapılan başvuru Anayasa Mahkemesince çeşitli gerekçelerle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre özetle, sosyal hukuk devleti, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına müdahale ederek, vatandaşlarının insani onurlarını gözetip, sosyal adaleti sağlamaya çalışır. Bu amaçla kişiler arasında dayanışmayı ve güçsüzleri güçlü kişilere karşı koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlar. Boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında, yoksulluk nafakasının kalkmasına sebep olan durumlar (TMK m 176/f 3) bulunmadıkça, herhangi bir süre sınırı olmaksızın nafaka isteyebilecektir. Ancak nafakanın süresiz olarak istenebilmesi, nafaka alacaklısının ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun TMK m 175'te "süresiz olarak" ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Bu nafaka bir zenginleşme aracı olmayıp, evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, boşanmadan sonra da kısmen devamının sağlanmasıdır. Zira yoksulluk nafakasının özünde, ahlaki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer alır ve asıl amaç boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşin, mali gücü olan diğer eş tarafından asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Dolayısıyla koşulları bulunduğu sürece, süresiz yoksulluk nafakası verme yükümlülüğü, "sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği" olarak getirilmiştir. Anayasa Mahkemesince oy çokluğu¹⁰⁰ ile alınan bu karar doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.¹⁰¹ Kanaatimizce de sosyal devlet ilkesinin gereği yoksulluğun sonuçlarının bireylere değil bizzat devlete yüklenmesi hukuk ve hakkaniyet açısından daha isabetli olacaktır.¹⁰²

Görüldüğü üzere doktrinde eleştirilen bu düzenleme uygulamada da çeşitli sorunlara sebep olmaktadır. Kanaatimizce düzenlemenin mevcut hâlinde yoksulluk nafakası talebinde bulunan eş süresiz olarak istemde bulunabilse de hâkimin, çeşitli kriterleri dikkate alarak bunu süreyle sınırlandırabileceği yönündeki görüşler yerinde olsa da uygulamada oluşan bu katı tutumun bertaraf edilmesi için yasal değişikliğin yapılması gerekir.¹⁰³ Dolayısıyla yukarıda ele alındığı üzere, bu düzenlemenin değiştirilerek süresiz nafaka talep edebilme imkânının madde

hapsi ile neticelenebilmesi sebebiyle kişilerin akrabalarının dahi borçluyu bu yaptırımdan kurtarmak için bu borcu ifa etmek zorunda kalmaları, ömür boyu süren bir nafakanın insan haklarına aykırı olduğu, eşitlik ilkesine ters düştüğü, ailenin korunmasına dair anayasal ilke ile ters düştüğü" şeklinde özetlenebilir. (RG 26.06.2012/28335). Yoksulluk nafakasının süresiz oluşunun anayasa hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz Baş ve Özcan (n 72) 358 vd.

¹⁰⁰ Kararda karşı oy kullanan üye süresiz nafakayı sosyal hukuk ilkesine dayandıran mahkemenin aksine, bilakis süresiz nafakanın sosyal hukuk devletine ve hakkaniyete aykırı olduğunu ifade etmiştir.

¹⁰¹ Yağcı (n 6) 334–335; Demirbaş (n 7) 231–233; Kulaklı (n 7) 264.

¹⁰² Karşı görüş için bkz Altınok Ormancı (n 61) 188–189.

¹⁰³ Nitekim mesele 3 Ağustos 2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı 100 Günlük İcraat Planı'na alınmış ama konuda bir kanun değişikliği yapılmamıştır. Ne var ki konunun güncel olduğu ve olası bir yasa değişikliği muhtemel görülmektedir.

metninden çıkarılması ve maddeye çeşitli kriterler eklenerek hâkime takdir yetkisi tanınması ve bu çerçevede çeşitli üst sürelerin getirilmesi yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Yine herhangi bir üst süre tanınmadan bunun tamamen hâkimin takdir yetkisine bırakılması gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktadır.¹⁰⁴ Ancak temel düşünce, kanundaki süresiz nafaka talep edilebilmesi ve bunun hâkimi bağlayıcı olarak kabul edilmesi hususunun bertaraf edilmesidir. Zira eşler arasındaki evlilik sona ermesine rağmen, süresiz bir şekilde nafaka ödenmesi hakkaniyete aykırı olup, çeşitli sorunlara sebep olmaktadır. Eşler boşandıktan sonra kendilerine yeni bir hayat kursalar da eski eşleriyle aralarında yoksulluk nafakası sebebiyle suni bir ilişki devam etmektedir. Boşanan eşler arasındaki ilişkinin mümkün olan en kısa zamanda sona erdirilmesi anlamına gelen “*clean break ilkesi*”¹⁰⁵ gereği, yoksulluk nafakasının süresi belirlenmelidir. Aksi takdirde eşler yoksulluk nafakasını kaldıran hâllerin (TMK m 176/f 3) mevcut olup olmadığını sürekli araştırarak, istemeden de olsa hem aralarındaki ilişkiyi devam ettireceklerdir hem de birbirlerinin özel hayatlarına müdahale etme durumları söz konusu olabilecektir.¹⁰⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, sosyal devlet ilkesi ve hakkaniyet gereği, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşe ömür boyu bakma yükümlülüğü diğer eşte olmamalıdır. Aksi tutum sosyal devlet ilkesinin gerektirdiği sorumluluğun nafaka borçlusu eşe yüklenmesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁰⁷

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, salt bir hukuki sorundan ziyade toplumsal bir sorun haline de gelen yoksulluk nafakasında süre sorunu gündemden düşmemektedir. Konuya dair somut bir öneri henüz şekillenmemiş olmakla beraber, yasal çalışmalar sürmektedir.¹⁰⁸ Ancak kabul etmek gerekir ki mesele yalnızca bir hukuki sorundan ötedir. Bireylerin istihdama eşit olarak katıldığı ve hayatını rahatlıkla idame ettirebildiği bir halde zaten “yoksulluktan” bahsedilemeyecek, sürenin de tartışılması gerekmeyecektir. İstihdam dışı kalan kimselerin sosyal devlet ilkesi gereğince devlet tarafından desteklenmesi ya da en azından belirli şartlar altında insanların mutlak bir asgari gelir ya da emeklilik hakkına sahip olması halinde de mesele kendiliğinden çözüme kavuşabilecektir. Ne var ki böylesi bir ekonomik

¹⁰⁴ Konu ile ilgili olarak bkz Yağcı (n 6) 342–353.

¹⁰⁵ Kavrama dair bkz Kocabaş (n 7) 364 vd; Kulaklı (n 7) 261; Kalender (n 6) 203–204; Akbulut (n 40) 47–48.

¹⁰⁶ Arbek (n 57) 145–146; Kulaklı (n 7) 262–263.

¹⁰⁷ Kulaklı (n 7) 264.

¹⁰⁸ Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu’na göre, “*Saha çalışmalarında görüldüğü üzere, çok kısa süren (birkaç gün), hatta fiili birlitlik gerçekleşmemiş ve/veya eşit kusurluluk halindeki boşanmalarda, eşlerden birinin süresiz olarak yoksulluk nafakası ödemesi, bu nafakayı ödeyen eş için orantısız bir ceza haline geldiği ifade edilmiştir. Yoksulluk nafakasının süresiz olarak verilmesi, bir sorun olarak belirtilmiştir. Bunun aynı zamanda kadının güçlenmesinin önünde bir engel olduğu da söylenmiştir. Eşlerden birinin süresiz olarak yoksulluk nafakasını ödemesi, özellikle eşit kusur ve çok kısa süreli ve/veya fiili birlitlik olmadan sona eren evliliklerde, bu nafakanın yeni bir çatışmaya yol açmaması ve hakkaniyetli bir uygulamaya için, yoksulluk nafakasını ödeyecek eşin yükümlülüğünün süreli olması gerektiği, farklı ülkelerde görüldüğü gibi belirli bir sürede verilmesine ve akabinde de oluşturulacak bir fon üzerinden yoksulluk nafakasının ödenmesine yönelik ilgili kurumlarca çalışma yapılması önerilmektedir*” (TBMM, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399). Ayrıca konu ile ilgili bkz Yağcı (n 6) 345–346.

düzenin ve sosyal devletin eksikliğinde ise meri hukukumuzda değişiklik kaçınılmaz görülmektedir.

3. Yoksulluk Nafakasında Kusur

Yoksulluk nafakasında kusur da 743 sayılı Kanun'un ilk hâline göre değişikliğe uğramıştır. Zira Kanun'un ilk hâlinde yoksulluk nafakasını sadece kusursuz olan eş isteyebiliyordu. Fakat 3444 sayılı Kanun'la bu hüküm değiştirilmiş ve mevcut düzenlemede olduğu gibi kusurun daha ağır olmaması kriteri getirilmiştir.

Şu hâlde yoksulluk nafakasının düzenlendiği TMK m 175/f 1'e göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin nafaka isteyebilmesi için, kusurunun diğer eşe oranla daha ağır olmaması gerekir. Yani nafaka alacaklısı eşin ya kusursuz olması ya da kusurunun diğer eşin kusurundan daha hafif olması gerekir.¹⁰⁹ Ayrıca hükmün ikinci fıkrasına göre, nafaka borçlusu eşin kusuru aranmaz. Başka bir deyişle, yoksulluk nafakası ödemeye mahkûm edilmek için kusurlu olup olmamak önemli değildir. Her iki eş kusursuz olsa dahi nafakaya karar verilebilir. Burada önemli olan şey, nafaka alacaklısı eşin kusurunun daha ağır olmamasıdır.

Doktrinde yoksulluk nafakasında kusurun aranmaması, yoksulluk nafakasının sosyal, ahlaki temele ve evlilik sona erse dahi eşler arasındaki yardımlaşmanın kısmen devam ettirilmesi düşüncesine dayandırılmaktadır. Dolayısıyla nafaka borcunun bir ceza veya tazminat niteliği taşımadığı; zira kusuru olmayan eşten dahi nafaka istenebilmesinin de bunun bir ispatı olduğu savunulmaktadır.¹¹⁰

Mevcut durumda kusur, somut olaya göre nafaka miktarını etkileyebilmektedir. Yapılacak olası bir değişiklikte belki kusur durumu daha önemli hâle gelebilir ve kusur, nafakanın süresini takdir etme hususunda da dikkate alınabilir. Dolayısıyla yasal çalışmalar çerçevesinde kusurun nafaka süresinin takdirinde dikkate alınabilecek bir kriter olup olmayacağı hususu da değerlendirilebilir.

Ancak kusur bakımından mevcut şartlar yerinde olsa da yoksulluk nafakasının süresi ile ilgili Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun gerekçesinden uygulama bakımından bazı tereddütlerin olduğunu da söylemek mümkündür. Gerekçenin ilgili kısımda “... söylemeliyiz ki genellikle boşanmaya sebep olaylarda pek çok halde iki tarafında direkt veya dolaylı olarak kusurlu hareketleri olduğu halde mesela bazen isbat güçlüğü, aile içi sorunların tam olarak anlatılmak istenmemesi, mahremiyet düşüncesi, hâkimin düşünce yapısı hayata bakış açısı gibi pek çok sebeplerle taraflardan biri gerçekte olduğundan farklı olarak kusurlu, kusursuz az veya daha çok kusurlu kabul edilebilmektedir. Ayrıca boşanmaya sebep olaylardaki kusur pek çok halde görece ve sübjektiftir. Bu durumda kusurun daha ağır olduğu kabul edilen kişinin kusuru olsa bile daha az kabul edilen diğerine sürekli nafaka yükümlüğü altına sokulmasının çok sağlam ve her halde geçerli gerekçeleri olmayacaktır” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü

¹⁰⁹ Benzer şekilde bkz Kulaklı (n 7) 251; Bozdağ (n 3) 78; Kılıçoğlu (n 54) 171.

¹¹⁰ Akıntürk (n 43) 236; Bozdağ (n 3) 73. Benzer şekilde bkz Kulaklı (n 7) 242, 246; Demirbaş (n 7) 226–227.

üzere, yoksulluk nafakası bakımından oldukça önemli olan kusur durumunun ilgili mahkeme kararında objektif bir şekilde, gerçeğe uygun olarak ortaya konulmasına özen gösterilmelidir.

SONUÇ

Gerek İslam Hukuku'nun esaslarına dayanan Osmanlı Aile Hukuku'nda gerekse Cumhuriyet Dönemi sonrası Türk Aile Hukuku'nda evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirlerine karşı olan yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik sonrasında kısmen dahi olsa devam ettirilmesi düşüncesi olmuştur. Bunun ispatı niteliğindeki kurumlar, eski hukukumuzda iddet nafakası; günümüzde ise yoksulluk nafakasıdır. Yoksulluk nafakası temel amacı bakımından iddet nafakasına benzese de diğer hususlar yönünden oldukça farklıdır. Yoksulluk nafakası, eskiden beri aile hukukumuzda neredeyse yapılan her değişiklikten etkilenmiştir. Şu anda da gündemden düşmemekte ve muhtemel bir değişikliğe uğraması beklenmektedir. Bu nafaka türünün değişimi ve gelişimi açısından eski hukukumuzdan bu yana yapılan değişikliklerin gözlemlenmesinin oldukça faydalı olacağı kanaatindeyiz.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nden önce yapılan düzenlemelerden Mecelle'de zaten aile hukukunun yer almaması; Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde de çeşitli sebeplerle nafaka konusunun birkaç maddeyle geçiştirilmesi; Kitâbü'n Nafakât gibi yasal çalışmaların da kanunlaşmaması sebebiyle nafaka konusu pek gelişme gösterememiştir. Nafaka ile ilgili konularda esas olarak Hanefi Mezhebinin esasları uygulanmaya devam edilmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte İslam Hukuku esaslarına dayalı kanuni düzenleme çalışmaları sona ermiş ve önce nafaka başlığıyla daha sonra yapılan değişiklikle yoksulluk nafakası başlığı altında boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan kadın veya erkeğe geçimi için mali gücü oranında diğer eşten yoksulluk nafakası isteme imkânı getirilmiştir. Gerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile beraber gerekse öncesinde yoksulluk nafakasıyla ilgili nafakanın süresi, kusur durumu, yoksulluğun ölçütü, nafakanın ödenme şekli, sona erme durumları gibi hususlarda değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklerin çoğu doktrinde yapılan eleştiriler ve uygulamadaki sorunlar doğrultusunda yapılmıştır. Fakat günümüzde de halen bazı konularla ilgili doktrinde ve uygulamada çeşitli tartışmalar bulunmaktadır.

Bu tartışmaların bazılarının yoksulluk kavramının belirsizliğinden ve değişkenliğinden kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Nitekim 743 sayılı Kanun'un ilk hâlinde büyük yoksulluk şartı aranıyordu. Daha sonra sadece yoksulluğa düşecek olma şartı yeterli görülmüştür. Ancak yoksulluğa düşecek olma kriteri de belirsiz olup, kişiye, sosyal ve ekonomik yaşantısına, gelişen yaşam düzeyine göre değişebilir. Hâkimler de yoksulluğun olup olmadığına doktrinde ve Yargıtay'ın kararlarında yapılan tanımlar çerçevesinde, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak karar vermektedirler. Bu konuda her yıl yayımlanan açlık ve yoksulluk sınırı gibi veriler ve belirlenen asgari ücret miktarı, yoksulluk nafakası bağlamında yoksulluk kavramının belirsizliğini giderememiştir. Bu belirsizlik ve hâkimin takdir yetkisinin geniş olması bazen hakkaniyete aykırı kararların verilmesine sebep olabilmektedir. Uygulamada hâkimler takdir yetkisini kullanırken, somut olaya ve çeşitli kriterlere göre her iki tarafın da menfaatlerini gözetererek karar vermelidirler. Menfaat dengesi eşlerden birinin mağduriyetine yol açacak

şekilde bozulmamalıdır.

Yoksulluk nafakasıyla ilgili tartışmalardan en önemlisi süresiz bir şekilde nafaka ödenmesinin istenebilmesidir. Eşler anlaşmalı boşanma protokolünde nafakanın süresini belirleyebilirler veya açılan davada nafaka talep eden eş bu isteğini belirli bir süre ile sınırlandırabilir. Bunların haricinde gerek Yargıtay'ın tutumuna gerekse doktrinde bir görüşe göre, nafaka isteyen eş süresiz bir şekilde yoksulluk nafakası isteminde bulunursa hâkim bununla bağlı olup, nafakayı belirli bir süre ile sınırlandıramaz. Ancak katıldığımız görüşe göre, her ne kadar süresiz olarak yoksulluk nafakası talebinde bulunmak mümkün olsa da hâkim bununla bağlı olmayıp, somut olaya ve çeşitli kriterlere göre nafakayı belirli bir süreyle sınırlandırma konusunda takdir yetkisine sahiptir. Fakat uygulamadaki katı tutumun değişmesi ve tereddütlerin giderilmesi için yasal değişikliğin yapılarak, sürenin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yapılacak değişiklikle beraber düzenlemeye İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan kriterlere benzer, örnekseme niteliğinde çeşitli kriterler eklenmeli ve bazı hususlar dikkate alınarak nafakanın süresine ilişkin çeşitli üst süreler belirlenebilir. Söz gelimi kusur ya da evlilik süresi ile eşlerin yaşları bu noktada bir kriter olarak görülebilir. Ancak her durumda bazı olağanüstü hallerde üst süre dolmasına rağmen, mahkemedен nafakanın devam ettirilmesi de talep edilebilmeli ya da bu haller için nafakanın süresiz olarak kararlaştırılabilmesi sağlanmalıdır. Bu konuda doktrinde genel tutum artık evlilik sonrası yardımlaşma ve dayanışmanın sınırlandırılması ve *clean break* ilkesinin gereğini sağlayacak kriterlerin kanuna eklenmesidir. Çünkü yoksulluk nafakasının süresiz bir şekilde ödenmesine karar verilmesi çeşitli sorunlara; eşler arasındaki suni bağın devam etmesine, eşlerin birbirlerinin özel hayatlarına müdahale etmesine ve nafakayı kaldıran sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak durumunda kalmalarına neden olmaktadır.

Keza süresiz nafakanın iptaline dair norm denetiminde Anayasa Mahkemesince verilen kararda bile, devletin sosyal devlet ilkesi ile ilişkilendirilmiştir. İfade etmek gerekir ki Mahkeme, düzenlemenin hakkaniyete uygun olduğunu açık ve tatmin edici surette ortaya koyamamış, bilakis belki de bu izah ile düzenlemenin hakkaniyete aykırı olduğunu göstermiştir. Zira süresiz olarak nafaka talep edilebilmesi yüzünden nafaka yükümlüsü eş, belki fiili birliktelik dahi gerçekleşmeden 'düğün salonunda' sona eren evlilikler için, sürekli olarak sosyal güvenlik kurumu gibi nafaka ödeme durumunda kalabilmektedir.

Yoksulluk nafakasında kusur da önem arz eden konulardan biridir. 743 sayılı Kanun'un ilk şekline göre yoksulluk nafakasını sadece kusursuz olan eş isteyebilmekteydi. Fakat daha sonra bu hüküm değiştirilmiş ve mevcut düzenlemede olduğu gibi, nafaka yükümlüsünün kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın nafaka isteyen eşin kusurunun daha ağır olmaması yeterli görülmüştür. Bu durum ayrıca yoksulluk nafakasının bir tazminat veya ceza olmadığı; aksine sosyal ve ahlaki temele ve evlilik sonrası eşler arasındaki yardımlaşmanın kısmen de olsa devam ettirilmesi düşüncesine dayandığının ispatıdır. Uygulamada kusur durumunun tam olarak ortaya konulmadığı, özellikle boşanma davalarındaki kusur oranlarının

her zaman gerçeği yansıtmadığı yönünde tereddütler bulunmaktadır. Kusurun tam olarak belirlenmesi tazminat davaları ve yoksulluk nafakası bakımından oldukça önemlidir. Bunun yanında, yapılacak olası bir değişiklikte nafaka süresini belirleyen kriterlerden biri de kusur olursa, böyle bir durumda kusur daha da önemli hâle gelecektir. Fakat uygulamadaki bu tereddütler, yoksulluk nafakası açısından kusurun daha da fazla belirleyici olmasına engel olabilir.

KAYNAKÇA

- Akbulut MB, *Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2022)
- Akgündüz A, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyâtı, Özel Hukuk-I (Şahsın Hukuku- Aile Hukuku), C. 2* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2012)
- Akıntürk T, *Aile Hukuku* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1978)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt* (19. Bası, Beta Yayıncılık 2016)
- Altınok Ormancı P, 'Türkiye'de Yoksulluk Nafkasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2022) 2022 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 183
- Ansay SŞ, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku* (4. Bası, Turhan Kitapevi 2002)
- Arbek Ö, 'Boşanmanın Mali Sonuçları' (2004) 54 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115
- Avcı M, *Türk Hukuk Tarihi* (7. Bası, Atlas Akademi 2018)
- Aydın MÂ, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi 1985)
- , *Osmanlı Aile Hukuku* (2. Bası, Klasik Yayınları 2018)
- Ayverdi İ, *Kubbealtı Lugatı Misaili Büyük Türkçe Sözlük* (Seçil Ofset, 2010)
- Baş S ve Özcan N, 'Yoksulluk Nafkasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı' (2022) 4 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 328
- Baygın C, 'Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453
- Bozdağ GG, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin Yayınları 2015)
- Cin H, *Eski Hukukumuzda Boşanma* (2. Bası, Selçuk Üniversitesi Yayınları 1988)
- Cin H ve Akgündüz A, *Türk Hukuk Tarihi* (Osav Yayınları 2011)
- Demir M, *Yoksulluk Nafakası* (Seçkin Yayıncılık 2018)
- Demirbaş A, 'Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası' (2018) 5 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (13. Bası, Filiz Kitabevi 2018)
- Ekinci EB, 'Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu' Tarih ve Medeniyet Dergisi 50
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022)

- Ersöz O, 'Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi' (2018) 12 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 463
- Feyzioğlu FN, *Aile Hukuku* (3. Bası, Filiz Kitabevi 1986)
- Günay HM, 'Nüşûz', *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 2007) 303
- Kalender A, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)* (Adalet Yayınevi 2021)
- Kaliç Taşkan H, 'Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm 1-63 Maddeleri: Metin ve İnceleme' (Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi 2006)
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015)
- Kocabaş G, 'Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler' (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 357
- Kulaklı E, 'Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi' (2018) 5 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237
- Oğuzman MK ve Dural M, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1998)
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015)
- Ruhi AC, *Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2010)
- Şahin M, 'Türk- İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175- ZGB m. 125)' (2017) 21 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75
- Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Beta Yayıncılık 1990)
- Uzun M, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (Vedat Kitapçılık 2013)
- Yağcı K, 'Yoksulluk Nafakasında "Süresizlik" Sorunu' (2020) 76 İstanbul Hukuk Mecmuası 323
- Yazıcı B, *İcra ve İflâs Hukukunda Nafaka Alacağı* (Adalet Yayınevi 2022)
- Yıldırım A, 'Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu' (2016) 14 Legal Hukuk Dergisi 59
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2006)

Panoptikondan Data Diktatörlüğüne: Özgürlüğün Sonu mu?*

From Panopticon to Dictatory of Data: The End of Freedom?

Arş. Gör. Taha KURT**

Öz

Siyasal iktidarlar her geçen gün teknolojiler sayesinde denetim ve kontrol mekanizmalarını geliştirerek hayatımızın her alanına nüfuz etmektedir. Teknoloji, denetim ve kontrolü sağlayan mekanizmanın ötesine geçip kişi davranışlarını şekillendiren temel bir iktidar aracı haline gelmiştir. Siyasal iktidarlar sahip oldukları teknolojik araçlarla gelenekselin dışında kişileri kesintisiz olarak izleyebilmekte, dinleyebilmekte, takip edebilmekte ve hatta onları biçimlendirebilmektedir. Orta Çağ'ın panoptikonu bugün çok daha gelişmiş bir biçimde ve görünür olmadan teknolojilerle karşımıza çıkmaktadır. Odak noktanın teknoloji olduğu bu çalışmada, teknolojinin, özgürlükler ve güvenlik için ne anlama geldiği/gelebileceği aktarılmaya çalışılmıştır. Yöntem olarak teknolojinin olumlu tarafları reddedilmeden özgürlükler üzerindeki olumsuz etkileri ön plana çıkarılmıştır. Buna paralel olarak arka planda teknolojinin olağanın ötesinde güvenlikçi politikaları doğuran tehlikelerine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özgürlük, panoptikon, algoritmalar, yapay zekâ, data diktatörlüğü.

Abstract

Political powers are penetrating every aspect of our lives by improving supervision and control mechanisms, through technologies. Technology has become a fundamental power tool

* Makalenin Geliş Tarihi/Received: 10.07.2023, Makalenin Kabul Tarihi/Accepted: 02.09.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta/e-mail: tahakrt@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7699-8810).

that shapes person behavior going beyond the mechanism that provides supervision and control. With the technological tools they have, political powers can uninterruptedly watch, listen to, follow and even shape persons, apart from traditional ones. The Panopticon of the Middle Ages appears today in a much more advanced form and with invisible technologies. In this study, where the focus is technology, it has been tried to convey what technology means/can mean for freedoms and security. As a method, the negative effects of technology on freedoms are highlighted without rejecting the positive aspects. Parallel to this, the dangers of technology in the background that create security policies beyond the ordinary are mentioned.

Keywords: Freedom, panopticon, algorithms, artificial intelligence, data dictatorship.

GİRİŞ

Teknoloji sosyal, siyasal ve ekonomik tarihi etkileyen başat unsurlardan biridir. Modern devleti meydana getiren temel etkenlerden biri olarak paranın yaygınlaşması ile teknoloji arasında azımsanmayacak bir bağ vardır. Mutlak bir ayrıştırma yapmak mümkün olmasa da 16. ve 17. yüzyıllarda değerli metallerin Avrupa'ya akıtılması, göç ve kolonizasyon hareketlerinin doğurduğu yeni ihtiyaçlar ve nüfusun çoğalması, bağımsız zanaatkâr ve tüccar topluluklarının toplum ilişkilerinde yeni bütünleşme ve eklemleme biçimlerini doğurması, toplumun kendi içindeki farklılaşma ve bütün bu değişimlerin sonucunda doğal ekonomi yerine paraya dayalı bir ticari sistemin kabul görmesi paranın yaygınlaşmasını sağlayan temel sosyoekonomik ve siyasal dinamikler olarak gösterilmektedir.¹ Ancak bu olgunun arka planında, makinenin icadından, yani bir teknolojik gelişmenin damgasından da söz etmek gerekir. Nitekim Mumford, makinenin icadı ile paranın kısa sürede yaygınlaşması arasındaki bağlantıya önemle dikkat çeker; önceki dönemlerde üretimi çok zor ve maliyetli olan madeni paranın bu denli yaygınlaşmasını büyük oranda makinenin icadına bağlar.²

Değişen savaş tekniği, Orta Çağ'ı sona erdiren ve parçalı feodal yapının yerine merkeziyetçi devletleri doğuran temel bir faktördür.³ Diğer bir bakışla, dönemin teknolojik bir buluşu olarak topun icadı devletlerin temel yapısını ve çağı değiştiren bir gelişmedir. Keza sosyoekonomik alanda çalışma süreleri boyunca düzenli ve sürekli üretimi sağlayan emek gücünün bir makine haline getirilmesi ve kapitalist sanayileşmeyle birlikte yeni bir üretim tarzının sistemli bir şekilde insan hayatına yerleş(tiril)mesi sanayi devrimi ve mekanik saatin icadıyla gerçekleşmiştir.⁴ Öte yandan zamanın tam olarak tespit edilebilirliğinin küresel bir olay haline gelmesi ve modern örgütlerin yerel ile küreseli geleneksel toplumların aklına bile gelemeyecek yollarla birbirine bağlanması saat ve takvimin yaygınlaşmasıyla mümkün

¹ Norbert Elias, *Uygarlık Süreci*, Cilt II, (Ender Ateşman, 4. Baskı, İletişim Yayınları 2009) 73.

² Lewis Mumford, *The Myth of the Machine: The Pentagon of Power* (Columbia University Press 1970) 65.

³ Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet*, (Cumhur Atay, 2. Baskı, Kalkedon Yayınları 2008) 299.

⁴ Anthony Giddens, *Tarihsel Materyalizmin Çağdaş Eleştirisi* (Ümit Tatlıcan, Paradigma Yayınları 2008) 144.

olmuştur.⁵ Bahsi geçen ve daha da arttırılabilecek bütün bu olguların arka planında kolaylıkla teknolojinin etkisinden söz edilebilir.

Modern zamanlarda ise teknoloji olgusunun yaşamı daha önce hiç olmadığı kadar hızlı ve derinden etkilediği görülmektedir. Kısa sürede bilgisayar, internet ve telefonun yaygınlaşmasını takiben bilişim teknolojisi ve biyoteknolojinin ortaklığıyla icat edilen teknolojiler akıl almaz bir hızla gelişip doğrudan kişisel ve toplumsal hayata girmiştir. Hayatın olağanı ve ayrılmaz bir parçası haline gelen akıllı telefonlar, bundan yirmi yıl öncesine kadar çok sınırlı sayıda kişi tarafından kullanılmaktaydı. Ancak bugün telefonsuz ve internetsiz bir hayat tahayyül edilemez oldu. Şüphesiz teknolojik gelişmeler kişisel ve sosyal hayatı son derece kolaylaştırmaktadır. Bugün kullanılan her bir teknolojik cihaz kolaylıkla dünyanın bir ucuna bağlanma olanağı sunmakta, milyarlarca veriye birkaç saniyede ulaşma olanağı tanımaktadır. Ancak çokça faydalı yanı olmakla beraber teknolojinin birçok olumsuz tarafından da söz edilebilir. Nitekim teknolojinin olumsuz etkilediği alanların başında özgürlükler gelmektedir.

Siyasal iktidarlar internet, akıllı cihazlar, arama motorları, küresel konumlandırma sistemi (*global positioning system*) (*GPS*), *WeChat*, *Facebook* gibi sosyal medya uygulamaları ve algoritmik araçlarla elde ettiği yeni gözetleme teknikleri sayesinde her geçen gün denetim ve kontrol mekanizmalarını geliştirerek hayatın her alanına nüfuz etmektedir. Teknoloji, denetim ve kontrolü sağlayan aracın ötesine geçip artık kişi davranışlarını şekillendiren temel bir iktidar aracı haline gelmektedir. Siyasal iktidarlar yeni teknolojiler sayesinde kişileri kesintisiz olarak izleyebilmekte, dinleyebilmekte, takip edebilmekte ve hatta biçimlendirebilmektedir. Orta Çağ'ın panoptikonu bugün çok daha gelişmiş bir biçimde ve pek de kendini hissettirmeden teknolojiyle ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, siyasal iktidarlar elde ettikleri olanaklarla çoğunlukla güvenlikçi politikaları ön plana çıkarırken kişi özgürlükleri daha da tehdit edilir hale gelmektedir. Nitekim yaklaşık elli yıl önce Eric Fromm bireyselleştirilmiş özgür insanı, özgürlüğünü çeşit çeşit diktatöre teslim etmeye doğru giden ya da kendisini makinenin küçük çarkına dönüştürmüş, bir robot haline gelerek bu özgürlüğü yitirmek yönünde ilerleyen bir varlık olarak tasvir etmekteydi.⁶

Odak noktanın “teknoloji” olduğu bu çalışmada, özgürlük ve güvenlik kavramları arka planında bir olgu olarak teknolojinin özgürlükler ve güvenlik için ne anlama geldiği/gelebileceği aktarılmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda çoğunlukla teknolojinin özgürlükler üzerindeki olumsuz etkileri ön plana çıkarılacaktır. Aynı zamanda arka planda teknolojinin güvenlikçi politikalara elverişli zemini hazırlayan tehlikelerine değinilecektir. Özgürlük, temel olarak ‘asli’ ve ‘hassas’ bir alan; güvenlik argümanı ise (siyasal iktidarlar lehine) özgürlükler açısından güvenceden öte bir ‘tehlike’ olarak sunulacaktır. Dolayısıyla teknolojinin içinde barındırdığı riskler ışığında, güvenlik arayışındaki devletlerin, vatandaşların özgürlüklerini devamlı olarak sınırlamak zorunda olduğu ‘inanca’ ve özgürlük ile güvenlik

⁵ Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları* (Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları 1994) 25.

⁶ Erich Fromm, *Özgürlükten Kaçış* (Şeyma Yeğin, 4. Baskı, Payel Yayınları 1996) 15.

arasında bir dengenin tutturulması gerektiğine dair ‘mite’ ihtiyatla yaklaşılacaktır. Zira özgürlük ve güvenlik arasında bir denge mitinin kabulü, teknoloji çağında her türlü otoriter güvenlik önleminin kapısını aralama tehlikesini içinde barındırır ve böylece güvenliğin otoriter rejimlerde tüm ilke ve değerler üstüne çıkarılmasının zeminini hazırlar.⁷

Özgürlük, bu çalışmada kişinin devlet otoritesini kullananlar dahil, diğer kişiler tarafından baskıcı kısıtlamalara maruz bırakılmadan kendi tercihlerine göre düşünme, kendini ifade etme ve serbestçe hareket edebilme hakkına sahip olması, bir şeye zorlanmaması, iradesi dışında yönlendirilmemesi, tehdit veya tahrik edilmemesi, baskılanmaması, dayatmaya maruz kalmaması veya manipüle edilmemesi⁸ olarak ele alınacaktır. Keza kişinin tamamen ve sınırsız ölçüde bağımsız olmadığı, hukukun ve kanunun hakimiyeti altında olduğu, bir başkasının keyfi bir kararıyla zorlanamayacağı ve kimsenin iradesine tâbi olmadığı⁹ şeklindeki özgürlük anlayışı da kabul edilmekle birlikte; kişinin iç dünyasını özgürlüğün dışında bırakan ve özgürlüğü, yalnızca kişiler arası ilişkilerle sınırlayan¹⁰ bir yaklaşım benimsenmeyecektir. Çünkü siyasal iktidarlar, artık bilişim teknolojisi ve biyoteknoloji alanındaki gelişmeler sayesinde doğrudan kişinin iç dünyasına müdahale edebilecek ve özgür iradeyi baskı altına alabilecek kapasiteye ulaşmaktadır. Bu yönüyle kişinin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık, inisiyatif ve hatta mahremiyet alanı olarak görülen özgürlük¹¹ çeşitli tehlikelere açık hale gelmektedir. Bu yönelimde kişiler modern zamanlarda açıkça baskılanır ve manipüle edilir hale getirilmiş, düşünce ve ifade özgürlüğü büyük bir tehlike altına girmiştir. Fromm’un belirttiği gibi, son yarım yüzyılda insanın bir robot haline gelmesi için uygun koşullar ve gerekli nedenler varlıklarını sürdürmekle kalmamış, büyük ölçüde artmıştır.¹² Zira siyasal iktidarlar toplumun kılcal damarlarına ve ana arterlerine nüfuz ederek bakılan bütün internet sayfalarını, yapılan bütün görüşmeleri, bir başkasına gönderilen bütün mesajları, *Google* gibi arama motorlarında aratılan bütün kavramları yutmakta, sonra da hayal bile edilemeyecek kadar sınırsız bir güç sayesinde her gün milyarlarca filtreleme sonucunda elde edilen bu bilgileri, devasa gizli depolarda sonsuza dek saklamaktadır.¹³ Bütün bunlar değişen iktidar anlayışı ve teknolojik gelişimin bütünleşmesiyle ortaya çıkan yoğun güvenlikçi politikaların artması ve kişi özgürlüklerinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Bu çalışmada modern zamanlarda teknolojiye dayanan siyasal iktidarların özgürlükleri daha önce akla gelmeyen yeni yöntemlerle sınırlandırma olanaklarını anlamak ve anlamlandırmak için sınırlı olarak gözetlemenin siyasal iktidarlar için neyi ifade ettiği ele alınacak, ardından Foucault’un “modern iktidarın diyagramı” veya “siyasal bir teknoloji”

⁷ Mark Neocleous, ‘Güvenlik, Özgürlük ve Denge Miti’ içinde Zafer Yılmaz (ed), *Güvenlik, Şiddet ve Savaş* (Gül Çorbacıoğlu ve Ersin Embel, Dipnot Yayınları 2012) 20.

⁸ Soman Butler, *Özgür Toplumun Temelleri* (Hakan Şahin, Liberte Yayınları 2016) 21, 12.

⁹ Attila Yayla, *Özgürlük Yolu: Hayek’in Sosyal Teorisi* (Turhan Kitabevi 1993) 22, 32.

¹⁰ Friedrich A Von Hayek, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press 2011) 60.

¹¹ İbrahim Ö Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme* (3. Baskı, Afa Yayınları 1996) 11.

¹² Fromm (n 6) 15.

¹³ Julian Assange and others, *Cypherpunks: Freedom and the Future of the Internet* (OR Books 2012) 4.

dediği panoptikon olgusu ve modern panoptikonlar olarak algoritmalar incelenecektir. Ardından bilişim teknolojisi ve biyoteknolojinin ortaklığıyla gelişen teknolojilerin *data diktatörlüğünü* doğurup doğurmayacağı olasılığına bakılacaktır. Son olarak dijital teknolojiler ve bunların sunduğu kontrol ve denetim olanaklarının ifade ve düşünce özgürlüğü, dolaşım özgürlüğü, kişisel verilerin korunması ve özel yaşamın gizliliği bakımından ne anlam ifade ettiğine/edebileceğine, bu hakları sınırlandırıp sınırlandırmadığına bakılacaktır. Bu çalışmada teknoloji ve özgürlüklerle ilgili belirtilen olguların kesinliği veya mutlaklığı ileri sürülmeyip teknolojik gelişim ve yöneliminin temel hak ve özgürlükler için gerçekleşmekte olan veya gelecekteki olası tehlikelerine dikkat çekilmektedir.

I. GÖZETLEME

Siyasal iktidarlar başta olmak üzere, esasında tüm iktidarlar olanakların el verdiği ölçüde gündelik olanın öngörülebilir olmasını amaçlar. Kişilerin hareketlerini öngören ve onları kendine göre şekillendirme amacı güden bir iktidar, teknolojinin sunduğu gözetleme mekanizmasıyla bu hedefine çok daha hızlı, etkili ve kuşatıcı bir şekilde ulaşabilir. Siyasal iktidar veya onun cisimleşmiş biçimi olarak devlet, kişilerin açıkça görülebilir olmasını sağlayan cihazlar sayesinde gözetim yeteneğini elde etmiştir. İktidarın yeni tipi kişileri aralıksız ve mükemmel bir şekilde dağıtarak kontrol etme olanağı sunmaktadır.¹⁴

Kontrol ve denetim kapasiteleri teknolojik ilerlemeler sayesinde her geçen gün siyasal iktidarların lehine gelişmekte, her alanda kayıt altına alınan kişiler çeşitli araçlarla yalnızlaştırıldıkları dünyada denetim ve kontrol altına alınmaktadır. Denetim ve kontrolün ilk akla gelen tekniği ise gözetlemedir.

Gözetleme, modern zamanlarda iktidarlar için iki fenomene karşılık gelir: İlk olarak gözetleme, kendileri hakkında bilgi toplanan kişilerin eylemlerini yönetmek üzere kullanılan şifrelenmiş bilgi birikimine işaret eder. Bu faaliyet rastgele oluşturulmuş salt bir bilgi yığını değil, esasında bilginin amaca yönelik olarak sistematik bir depolanmasıdır. Gözetlemenin ikinci anlamı ise özel olarak bazı kişilerin eylemlerinin bunların üzerinde otorite kuran mekanizmalar tarafından özel olarak doğrudan izlenmesidir.¹⁵ Sistematik olarak kayıt tutma, istatistikleri ayrıntılı hale getirme ve bilginin şifrelenmesi kişi davranışlarının düzenlenmesini ve sistematik bir şekilde koordine edilmesini sağlar. Diğer taraftan kişilerin veya toplulukların sürekli olarak bir ‘göz’ tarafından izlenmesi başlı başına bir baskı aracı anlamına gelir. Çünkü teknoloji sayesinde karşısındaki kitleye oranla neredeyse her şeyi bilen, her yerde olan ve her şeye gücü yeten siyasal iktidar giderek iktidarını pekiştirmektedir. Toplumunu denetim altına almak için de onu gözetim toplumuna dönüştürmektedir.¹⁶ Nitekim bir toplum, gözetimin esas unsuru olan ‘göz’ ile inşa edildiğinde kimsenin o gözden kaçması mümkün değildir. Çünkü

¹⁴ Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (Mehmet Ali Kılıçbay, 4. Baskı, İmge Kitabevi 2013) 264.

¹⁵ Giddens (n 3) 21, 25.

¹⁶ Barış Çoban, ‘Gözün İktidarı Üzerine’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (2. Baskı, Su Yayınları 2016) 119.

‘göz’ baskıdır. Diğer bir anlatımla ‘göz’ iktidara özünde yatan gizliliği veren, onun bütün topluma nüfuz etmesini sağlayıp aynı zamanda toplumun ona nüfuz etmesini engelleyen ve onu belirsiz kılan gizemdir.¹⁷

Gözün oluşturduğu gözetleniyor olma duygusu, teknoloji çağında aynı zamanda birer izleme aracı haline gelen *Google, Yandex, Facebook, WeChat, GPS* gibi uygulamalarla farklı bir denetim ve kontrol mekanizması haline gelmiştir. Gözetleme mekanizmalarının ileri düzeyde geliştiği siyasal iktidarlarda, kontrol ve denetimi aşarak kişilerin biçimlendirilmesini ifade eden iktidarın ‘dönüştürücü kapasitesi’ veya iktidarın toplum üzerinde ‘nüfuz edebilme kabiliyeti’ her geçen gün artmaktadır. Örneğin Kuzey Koreli vatandaşların tüm eylemlerinin yanı sıra beyin faaliyetlerinin, duygu ve düşüncelerinin biyometrik bir bileklikle kayıt altına alındığı gelişmiş bir totaliter rejim ileri düzey bir gözetim toplumunu ifade edebilir. Diğer bir anlatımla insan beyninin daha da kavranır hale geldiği, tarihte ilk defa düşüncenin okunabildiği, biyometrik sensörün bir Korelinin, liderin resmine bakarken ne hissettiğini (nefret, sıkıntı, telaş, mutluluk, huzur vb.) kayıt altına aldığı/alabildiği bir rejim zikredilen gözetim toplumunu tasvir edebilir.¹⁸

Gerçekten siyasal iktidarlar sahip olduğu teknolojiler sayesinde topyekûn olarak toplumun kontrolünü sağlamada çok önemli avantajlar elde etmektedir. Geleneksel iktidarlar teknolojik olanakların elvermemesi sebebiyle kişi davranışları üzerinde onların yaşamlarına derinden müdahale edecek bir güç ve nüfuzdan yoksunken siyasal iktidarlar, modern zamanlarda sahip olduğu teknolojik gelişmişlik sayesinde gündelik yaşamın en mahrem kısımlarını bile muazzam derecede etkileme gücüne erişmektedir.¹⁹ Örneğin bir akıllı telefon diğer bilgilerin yanında kişilerin güncel konumunu bildirmekte, kişisel e-postaları, mesajlaşmaları, fotoğrafları, kişisel notları, en gizli bilgileri açığa çıkarmaktadır. Akıllı bir telefon ve uygulamaları aynı zamanda kişileri dinlemek isteyenlerin adeta mikrofonu olmaktadır. Kişilere eşlik eden bu türden dijital cihazlar, fark ettirmeden sonu gelmez enformasyon akışı sağlamaktadır.²⁰ Siyasal iktidarın giderek artan bir şekilde toplum üzerindeki denetim ve tahakkümünü pekiştiren teknolojik avantaj, aynı zamanda özgürlük alanlarının daralması anlamına gelmektedir. Nitekim Jullian Assange internetin, eldeki en önemli özgürleşme aracı olarak totaliterliğin bugüne dek görülmedik düzeyde en tehlikeli yöntemi haline geldiğini ve insan uygarlığı için devasa bir tehdit haline geldiğini belirtmektedir.²¹

II. PANOPTİKON

Panoptikon kavram olarak, “*pan*” ve “*opticon*” kelimelerinden türetilmiştir. *Pan* bütün anlamına gelirken, *opticon* ise gözetlemek, gözlemek, izlemek anlamına gelmektedir.

¹⁷ Elias Canetti, *Kitle ve İktidar* (Gülşat Aygen, 6. Baskı, Ayrıntı Yayınları 2014) 314, 316.

¹⁸ Yuval Noah Harari, *21. Yüzyıl İçin 21 Ders* (Selin Sıral, 4. Baskı, Kolektif Kitap Yayınları 2019) 73.

¹⁹ Giddens, (n 3) 19.

²⁰ Stefan Aust and Thomas Ammann, *Dijital Diktatörlük: Kitleli Gözetim, Verilerin Kötüye Kullanımı ve Siber Savaş* (Erdoğan Yücel ve Hasan Yılmaz, 3. Baskı, Hece Yayınları 2018) 11–12.

²¹ Assange and others (n 13) 1.

Panoptikon ise bu iki kelimenin birleşimiyle ve amacına uygun olarak “bütünü gözetlemek” anlamında kullanılmaktadır.²² Faydacı bir felsefeye sahip Jeremy Bentham ile özdeşleşen panoptikon,²³ tasarım olarak ilk bakışta merkezinde bir kulenin ve çevresinde dairesel hücrelerin yükseldiği; hücrelerin bir kuleye bakan, bir de içeriye ışığın girmesini sağlayan iki penceresinin olduğu; çevredeki dairesel binayı oluşturan hücrelerin aynı zamanda içteki kuleye baktığı bir mimaridir. Diğer bir anlatımla, panoptikon görülmeden gözetlemeyi olanaklı kılan, sürekli görmeye ve hemen tanımaya olanak veren, hücrelere yerleştirilen metal tüpler sayesinde en küçük fısıltıyı bile gözetleyene duyma olanağını veren mekânsal yapıdır.²⁴ Bu mimaride gözlenenler, kuledeki gözetleyen tarafından izlenip izlenmediklerini bilemedikleri için her an gözetleniyormuşçasına davranışlarını kontrol etmek zorunda kalmaktadır. Arzulanan şey, hücredekinin mümkün olduğunca her an gözetlendiğini düşünmesi ya da gözetlenip gözetlenmediğinden emin olamaması ve sürekli göz hapsi hissine maruz bırakıldığına inandırılmasıdır.²⁵ Bu mimaride görülmeden gözetleme yönteminin tercih edilmesindeki temel amaç, gözetleyicinin kulede olmaması durumunda dahi, kişide gözetlendiği hissini uyandırılmasıyla kişinin kendini sürekli olarak var olan otoritenin istediği şekilde kontrol etmesidir.²⁶ Bu nedenle panoptikonu sadece bir mimari tasarım olarak görmemek gerekir.

Panoptikon, siyasal iktidarın teknolojik ilerlemeyle elde ettiği denetim ve kontrol gücünü anlatan bir metafor olarak ele alınabilir. Panoptikon, Bentham’ın fabrikadan hastaneye, tımarhaneden hapishaneye hayatın her alanında görmek istediği her yerde olan iktidar biçimidir. Bu yönüyle panoptikon siyasal iktidarın gözetleme kabiliyetini gösteren bir metafordur. Panoptikon, bedeninin yönetimine dayanan ve nispeten güçsüz siyasal iktidar ile karakterize edilen yönetim anlayışından aklın disipliniyle toplumun denetim ve gözetim altına alındığı ve yeni merkezîyetçi yönetim anlayışına geçildiği düzenin simgesidir.²⁷ Nitekim Samuel panoptikon ile aynı zamanda -mimaride basit fikir yoktur tezini doğrular tarzda- dönemin merkezîyetçi yönetim anlayışının resmini çizmiştir.²⁸ Dolayısıyla panoptikonu ne 18.

²² Gizem Özdel, ‘Foucault Bağlamında İktidarın Görünmezliği ve “Panoptikon” ile “İktidarın Gözü” Göstergeleri,’ (2012), 2[1], Turkish Online Journal of Design Art and Communication, 22, 23.

²³ Panoptikon, esasında Jeremy Bentham’ın kardeşi, Samuel’in 1780’de Rusya’ya gidip Prens Potemkin için birçok işinin daha verimli çalışmasını sağlamak üzere merkezden denetim olanağını sağlayan mimarinin adıdır. Jeremy, 1786’da ağabeyi Samuel’i ziyaret ettiği esnada, onun yaptığı eserin büyüüne kapılarak bunun sadece işçi verimliliğini arttırmada kullanılabilecek bir gözetim evi değil; aynı zamanda hapishane, tımarhane, okul, fabrika olarak da kullanılabileceğini düşünür. Bu amaçla İngiltere’ye babasına mektuplar göndererek planını uygulamaya koymak üzere işe koyulur. Panoptikonun kökeni için bkz Catherine Pease-Watkin, ‘Bentham’ın ‘Panoptikon’u ve Dumont’un ‘Panoptique’i’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (Barış Çoban, 2. Baskı, Su Yayınları 2016) 78.

²⁴ Jeremy Bentham, ‘Panoptikon ya da Gözün İktidarı’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (Barış Çoban, 2. Baskı, Su Yayınları 2016) 12–16.

²⁵ Bentham (n 24) 13.

²⁶ Özdel (n 22) 24.

²⁷ Simon Werret, ‘Potemkin ve Panoptikon: Samuel Bentham ve Onsekizinci Yüzyıl Rusyası’nda Mutlakîyetçi Mimari’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (Barış Çoban, 2. Baskı, Su Yayınları 2016) 88.

²⁸ Werret (n 27) 107.

ve 19. yüzyıllarda kalmış salt bir mimari ne de hayali bir yapı olarak görmek gerekir. Foucault'un belirttiği gibi panoptikon "... ideal biçime getirilmiş olan bir iktidar mekanizmasının diyagramıdır... (O) şeması hiç silinmeden ve özelliklerinden hiçbirini kaybetmeden toplumsal bünyenin içinde yayılmaya yönelmiştir... (ve) her tür özel kullanımdan kopartılabilen ve koparılması gereken siyasal bir teknoloji ..."29 biçimidir. Bir dönemin merkeziyetçi devlet anlayışını gösteren mimari, bugün teknolojik panoptikona, yani teknolojik bütüncül gözetlemeye dönüşmüştür. Gerçekten de artık neredeyse bütün yaşam alanları çeşitli izleme teknolojileri ve gözetleme teknikleriyle kontrol edilmektedir.³⁰ Günümüzde kitlelerin kontrolü modern panoptikonlar olan sistematik bilgi ve belge yönetimi; görsel, yazınsal ve işitsel veri depolaması ve türlü gözetleme teknikleri, diğer bir ifadeyle algoritmalar ile sağlanmaktadır.

III. MODERN PANOPTİKONLAR: ALGORİTMALAR

George Orwell gözetim toplumunu, insanların sürekli olarak bir televizyon ekranı ile gözetlendiği, herkesin ya da en azından gözetlenmeyi gerektirecek kadar önemli olan kimselerin aralıksız olarak denetim altında tutulduğu ve siyasal iktidarın isteklerine boyun eğdiği ve her konuda düşünsel bir birliğin sağlandığı bir toplum olarak tasvir etmiştir.³¹ Ancak günümüzde dijital teknolojilerin sunduğu gözetim, veri depolaması ve analiz olanaklarının yanında Orwell'in sunmuş olduğu tablo zayıf kalmaktadır. Okyanusya'daki siyasal suçlar polisinin elinde kişileri yalnızca evlerine kadar izleyebileceği büyük tele-ekranları vardı. Büyük biraderin gözü, bugünün hem mikروفon hem kamera özelliği bulunan bir dizüstü bilgisayar veya akıllı telefonu tarif etmekteydi.³² Günümüz modern dünyası için çok önemli anlamlar arz eden bu öngöründe, kişi duygu ve düşüncelerinin tespit edilmesi, zihinsel süreçlerin kontrol edilmesi gibi teknikler günün koşullarında doğal olarak düşünülemediği. Bugün bunları olanaklı kılan teknolojiler geliştirilmektedir. Bunlardan birisi de görülmeden gözetlemeyi olanaklı kılan bir modern teknolojik panoptikon, bir nevi bu teknolojilerin altyapısı olan algoritmalarlardır.

Algoritma, belli bir problemi çözmek veya belirli bir amaca ulaşmak için tasarlanan en kısa ve hızlı yol olarak tanımlanabilir.³³ Algoritmalar sayesinde, farklı bilgi kaynaklarına dayanılarak elde edilen prensiplerin benzer durumlara uygulanmasıyla doğru sonuca en kısa yoldan nasıl varılacağı tespit edilmektedir.³⁴ Hali hazırda pek farkında olunmasa da algoritmaların fazlasıyla kişisel ve sosyal hayata girdiği gözlemlenmektedir. Uzmanlar, küresel

²⁹ Foucault (n 14) 302, 305.

³⁰ Lida Yumiko, 'Technological Panopticon and Totalitarian Imaginaries: The "War On Terrorism" As a National Myth in The Age of Real-Time Culture' 1, 4.

³¹ George Orwell, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört* (Nuray Akgören, 26. Baskı, Can Yayınları 2010) 180.

³² Aust and Ammann (n 20) 10.

³³ <https://ddyo.firat.edu.tr/news-detail/12477>, Erişim Tarihi: 13.06.2023.

³⁴ Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk: Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı* (Adalet Yayınevi 2021) 49.

dünyada algoritmaların etkisinin artacağını ve çok daha önemli hale geleceğini belirtmektedir.³⁵ Örneğin bilgisayar kodları birer algoritmadır. İnternet, algoritmalara bağlı olarak çalışmakta ve tüm çevrimiçi aramalar onlar üzerinden gerçekleştirilmekte, e-postalar yönlendirildiği adrese algoritmalar sayesinde ulaştırılmaktadır. Benzer şekilde akıllı telefon uygulamaları algoritmalarından başka bir şey değildir. *GPS* sistemleri algoritmaları kullanarak kişileri A noktasından B noktasına ulaştırmakta, internet sayfalarında karşılaşılan materyaller algoritmalar aracılığıyla sunulmaktadır. Yine günümüzde çoğu finansal işlem ve hesaplamalar algoritmalar tarafından gerçekleştirilmektedir. Algoritmalar cihazların sesli komutlara yanıt vermesine, yüzleri tanımasına, fotoğrafları sıralamasına ve arabaların kullanılmasına yardımcı olmaktadır.³⁶ Hatta son dönemlerde kendi kendine öğrenen ve tek başına programlama yapabilen algoritmalar geliştirilmektedir.³⁷ Kısaca, algoritmalar kişisel ve toplumsal hayatın her alanında görülmektedir.

Hayatı bu denli kolaylaştıran algoritmaların olumsuz yönleri olabilir mi? Örneğin, algoritmalar özgürlükler için ne anlam ifade ediyor? Bunların kişi hayatı, hukuk, sosyal ve siyasal bilimlerde doğurabileceği olumsuz sonuçlar olabilir mi? İktidarlar, işverenler bunları kötü amaçlarla kullanabilir mi? Bilim dünyasında meydana gelen gelişmeler bu sorulara dair kuşkuları doğurmaktadır. Özellikle bilişim teknolojisiyle biyoteknolojinin örtüşen alanlarda kurduğu ortaklıklar tedirgin edici niteliktedir. Örneğin *Google*'ın ürettiği (artık pek de yeni olmayan) *Google Glass* ile *Ohio State University*'den bir grup araştırmacının geliştirdiği algoritmaların kurabileceği ortaklık bu türdendir. Bilim insanlarının uzun zamandır insanların yalnızca altı temel duyguyu ayırt edebileceğine inanmaktaydı: Mutluluk, üzüntü, korku, öfke, sürpriz (şaşkınlık) ve iğrenme. Ancak, *Ohio State Üniversitesi*'den bir grup araştırmacı, geliştirdikleri algoritmaların sevindirici sürpriz (*happy surprise*) ve öfkeli korku (*angry fear*) gibi çok çeşitli bileşik duyguları içeren yirmiden fazla yüz ifadesini ve bunlara karşılık gelen duygusal durumları, ses tonunu ve yüz ifadelerini tanımlayabildiğini belirtmektedir. Yüz tanıma yazılım programı, altı temel duygunun tanımlanmasında yüzde 96,9'luk; bileşik duygular durumunda ise yüzde 76,9'luk doğruluk oranı elde etmektedir.³⁸ Bu teknoloji, bilişsel bilim insanları tarafından beynin duygusal evrelerini şekillendiren genleri, kimyasal bileşikleri ve *nöronal* devreleri tanımlamak, otizm veya travma sonrası stres bozukluğu gibi bozuklukları teşhis etmek gibi faydalı amaçlarla kullanılabilir. Fakat diğer taraftan bunlar farklı

³⁵ Ben Schiller, 'Algorithms Control Our Lives: Are They Benevolent Rulers Or Evil Dictators?' <<https://www.fastcompany.com/3068167/algorithms-control-our-lives-are-they-benevolent-rulers-or-evil-dictators>>, Erişim Tarihi: 12.06.2023.

³⁶ Lee Rainei and Jenna Anderson, 'Code-Dependent: Pros and Cons of the Algorithm Age' <<https://www.pewresearch.org/internet/2017/02/08/code-dependent-pros-and-cons-of-the-algorithm-age/>>, Erişim Tarihi: 12.06.2023.

³⁷ Marco Zorzi, 'Self-Learning AI Emulates the Human Brain' <<https://erc.europa.eu/projects-figures/stories/self-learning-ai-emulates-human-brain.>>, Erişim Tarihi: 12.06.2023.

³⁸ Norberto Andrade, 'Computers Are Getting Better Than Humans at Facial Recognition' <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/06/bad-news-computers-are-getting-better-than-we-are-at-facial-recognition/372377/>>, Erişim Tarihi: 10.06.2023.

tehlikelere de işaret etmektedir. Çünkü algoritmaların duygusal durumu veya yüz ifadelerini tanımlayabilmesine paralel olarak, *Google Glass* birinin söylediği sözler ile o kişinin yüz ifadesi arasındaki tutarsızlıkları, çelişkileri tespit etme yolunda geliştirilmektedir. Bu gözlüklerle ileride bir kişinin yalan söyleyip söylemediği tam olarak tespit edilebilir.³⁹ Hatta yakın zamanda bilim insanları, düşünceyi sese dönüştüren bir cihaz geliştirmeye başlamışlardır. California Üniversitesinden araştırmayı yürüten bir çalışma grubu beyin faaliyetlerinin ilk kez sözlü ifadeye dönüştürüldüğünü belirtmektedir.⁴⁰ İnsanın duygularının tespit edilmesi bir yana, düşüncenin okunabilmesi istenmeyen sonuçlara yol açabilir.

California Üniversitesi'ndeki araştırma ekibi algoritmalar ile duyguları tespit etmek ve eş zamanlı olarak kullanıcının görüş alanındaki insanların duygusal ifadelerini okumak üzere tasarlanan bir uygulamasıyla mutluluğu, üzüntüyü, öfkeyi, tutarsızlığı tespit edebilmektedir. Gelişmiş yüz tanıma yazılımlarına paralel olarak, teknolojilerin laboratuvarlardan sonra gerçek hayata geçerek günlük hayatta yaygınlaşma olasılığı, herhangi bir *Google Glass* kullanıcısının belli duyguları basit bir şekilde öğrenilebilmesinin ötesinde anlamlar taşımaktadır. Zira bu yeni teknolojinin bir başka uygulaması sahte, aldatmaya yönelik bir eylemi veya duyguyu gerçek duygusal ifadelerden ayırt etmeyi olanaklı kılmaktadır. Başka bir ifadeyle, yeni yazılım karşındaki kişinin yalan söyleyip söylemediğini tespit edebilmektedir. Sonuç olarak, insanların yapamadığı ayrımları bilgisayarlar her geçen gün daha yapabilir duruma gelmektedir.⁴¹ Nitekim bu çalışmalarla ilgili olarak yayınlanan bir raporda, algoritmalara dayanan yazılımların kırk altı yüz hareketinden yirmisini eş zamanlı olarak tanımlamayı başardığı belirtilmektedir. Daha da etkileyici olanı, insanların yüzde 55'lik bir doğruluk oranına ulaşabilmesine karşın, algoritmaların, görsel koşulların sabit tutulduğu laboratuvar ortamlarında doğru/gerçek ifadeleri, yanlış/sahte ifadelerden yüzde 85'lik bir doğruluk oranıyla tespit etmiş olmasıdır.⁴² Bütün bu gelişmeler bilgisayarların gün geçtikçe insanlara karşı üstünlük kazandığına işaret etmektedir. Bilgisayarlar şimdi insanların neyi ve nasıl hissettiğini çözmekte ustalaşmaktadır. Bu ise özgürlüğün en mahrem alanlarından biri olan düşünce ve ifade özgürlüğünü tehdit etmektedir. Diğer bir yönüyle, bunlar iktidar merkezli güvenlikçi politikaların yapı taşları anlamına gelmektedir.

George Orwell'in yarım yüzyıl önceki öngörülerine ek olarak, bugün insanın iç alemine ilişkin olan duyguları ve artık düşünceleri bir elektronik cihazın kamerasından veya insanın üzerine ya da bedeninin içine yerleştirilen ve biyolojik süreçleri bilgisayarlara aktarıp bilgi depolamasını olanaklı kılan biyometrik sensörler geliştirilmektedir. Şüphesiz bu durum, kişiler için (olumsuz anlamda) en hayati buluşlardan biri olabilir. Yeterli derecede güvenilir

³⁹ Andrade (n 38).

⁴⁰ Gopala K Anumanchipalli, Josh Chartier and Edward F Chang, 'Speech Synthesis From Neural Decoding of Spoken Sentences, Nature, Vol: 568, April, 2019', (2019) 568 Natute 493.

⁴¹ Andrade (n 38).

⁴² Marian Stewart Bartlett and others, 'Automatic Decoding of Facial Movements Reveals Deceptive Pain Expressions' <[https://www.cell.com/current-biology/fulltext/S0960-9822\(14\)00147-X?_returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS096098221400147X%3Fshowall%3Dtrue](https://www.cell.com/current-biology/fulltext/S0960-9822(14)00147-X?_returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS096098221400147X%3Fshowall%3Dtrue)>, Erişim Tarihi: 09.06.2023.

biyometrik veri ve bilgi işlem gücü elde edilebilirse, biyometrik sensörlerin elde edeceği verilerin neyin arzu edildiğini, neyin düşünüldüğünü veya neye karar verileceğini tespit edebilir. Bir de biyoteknoloji ve bilişim teknolojisinin ortak devrimiyle elde edilen duygusal ve zihinsel aşamalara ilişkin verilerin insandan çok daha hızlı ve doğru işleyen büyük veri algoritmalarına sahip bilgisayarlara geçtiği düşünülürse otorite bilgisayarlara geçebilir.⁴³ Hatta bir teze göre, insan zihninin yeniden yapılandırma süreçlerinin tamamlanmasıyla insanlık için fevkalade değişim ve dönüşümler meydana gelebilir.⁴⁴

Algoritmalar her geçen gün kişisel ve sosyal yaşama girmekte ve birçok bilginin belirlenmesinde giderek daha önemli bir rol oynamaktadır. Arama motorları, büyük bilgi veri tabanlarında internette gezinmeye yardımcı olmakta, bunun da ötesinde kişileri yönlendirmektedir.⁴⁵ Örneğin *Amazon*, *Alibaba* kişilere ne alacağını söylemekte, *Netflix* ne izlenmesi gerektiğini önermekte, arabalar kendilerini park edebilmekte, *GPS* sistemleri seyahatleri yönlendirebilmektedir.⁴⁶ Benzer şekilde artık kasa görevlilerine ihtiyaç duyulmayan, dijital marketler insan hayatına yerleşmektedir.⁴⁷ Bütün bunlar sadece bir başlangıç, uzmanlar gelecek yıllarda daha ileri teknolojilerin ana akım haline geleceğini belirtmektedir.⁴⁸ Bu yönelimde Harari'ye göre muhtemelen 2050'li yıllarda, şimdikinden çok daha fazla gelişmiş olacak olan biyometrik sensörler ve büyük veri algoritmalarına güvenilerek bunların sunduğu çözüm önerileri sorgusuz kabul edilebilir.⁴⁹ Kişiler karar verecek, ancak bu karar büyük olasılıkla kişinin özgür iradesini zayıflatan veya zorlayan bir süreç dahilinde olabilir. Gerçekten günümüzde bile bilinmeyen bir adrese gidildiğinde veya trafik durumu merak edildiğinde, zihinsel ezberlerden ziyade cep telefonu uygulamalarına, *GPS* sistemlerine, yani algoritmalara başvurulmaktadır. Algoritmaların yönlendirmesi karşısında karar onlara bırakılmaktadır. Ancak karar verme unsurunu teknolojiye devretmenin bir bedeli olabilir.⁵⁰ Algoritmalara bağlı bir yaşam tarzı öncelikle kişi hayatı ve zihni üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilir.⁵¹ Algoritmalara koşulsuz bir şekilde bağlanan ve güvenen bir zihin ilerleyen

⁴³ Harari (18) 60.

⁴⁴ Harari'ye göre yeni teknolojilerin hayatın içine mutlak bir şekilde girmesiyle geçmişte *Neandertaller*'de gerçekleşen türün yok olması gibi bir durum olmasa da *Homo Sapiens* türü zihinsel olarak temelden dönüşebilir ve sonuç olarak *Homo Sapiens*'in kavrayamayacağı yepyeni bir süreç başlayabilir. Yuval Noah Harari, *Homo Deus: Yarının Kısa Bir Tarihi* (Poyzan Nur Taneli, 16. Baskı, Kolektif Kitap Yayınları 2018) 58.

⁴⁵ Tarleton Gillespie, 'The Relevance of Algorithms', in Tarleton Gillespie, Pablo J. Boczkowski, Kirsten A. Foot (eds), *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society*, (Cambridge, MIT Press 2014) 167.

⁴⁶ Joel Delman, 'Are Amazon, Netflix, Google Making Too Many Decisions For Us?' <<https://www.forbes.com/2010/11/24/amazon-netflix-google-technology-cio-network-decisions.html?sh=545787a83470>>, Erişim Tarihi: 05.05.2023.

⁴⁷ <https://sputniknews.com.tr/20180122/amazon-kasa-ve-kasiyersiz-ilk-supermarketi-acti-1031911325.html>, Erişim Tarihi: 12.06.2023; <https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/e-ticaret/hepsiburada-turkiye-nin-ilk-akilli-ve-kasasiz-magaza-deneyimini-baslatiyor/675299>, Erişim Tarihi: 12.06.2023.

⁴⁸ Delman (n 46).

⁴⁹ Harari (n 18) 60–61.

⁵⁰ Delman (n 46).

⁵¹ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen bir olayda teknolojiyle donatılmış akıllı bir evde, ev

zamanlarda karar verme, bağımsız düşünme yetilerinden uzaklaşabilir ve karar alma işini büyük oranda algoritmalara bırakabilir. Öte yandan yeni algoritmik alanlar doğabilir. Nitekim devasa veri tabanlarına dayanan algoritmalar bazı ülkelerde henüz tam olarak güvenilir bilgi vermese de adli vakalarda test edilmektedir.⁵² Şüphesiz bütün bu gelişmeler, iktidarlar, işverenler, teknoloji devleri için toplumun en mahrem alanlarına sızmada son derecede kullanışlı birer nüfuz edici araç olma anlamına gelmektedir. Muhtemelen otoriter siyasal iktidarların veya diğer bir iktidar odağının, toplumsal bilinç ve sağlam hukuksal bir temelden yoksun kitlelere karşı bu teknolojiyi kullanmak istemesi durumunda özgürlükler aleyhine, güvenlikçi politikalar lehine bir sonuç ortaya çıkacaktır. Çünkü kişi hiç olmadığı kadar içeriden kontrol edilmeye yetili hale gelmektedir.

IV. YAPAY ZEKÂ VE DATA DİKTATÖRLÜĞÜ

Yapay zekânın açıkça üzerinde görüş birliğine varılmış bir tanımı yoktur. Yapay zekâ en iyi şekilde, makineleri kullanarak insan veya hayvan bilişinin bazı yönlerine yaklaşmayı amaçlayan bir dizi teknik olarak anlaşılmaktadır.⁵³ Özgürlükler konusunda yapay zekâ devriminin salt daha akıllı ve daha hızlı bilgisayar teknolojisinden ibaret olmadığını idrak etmek gerekir. Geçmiş dönem makineleri çoğunlukla fiziksel yetenekler konusunda insanla yarışabilirken insanlar bunlara karşı zihinsel üstünlüklerini koruyabilmekteydi.⁵⁴ Son zamanlarda yapılan araştırmalar insanların yapay zekâyâ karşı olan üstünlüğünün mutlak olmadığını ortaya koymaktadır.⁵⁵ Yapay zekâ (duyguları ve hatta düşünceleri anlamak dahil) zihinsel beceriler konusunda insanı geride bırakacak bir seviyeye doğru gitmektedir. Yakın zamana kadar insana özgü olduğu bilinen insanî sezgilerin aslında birer örüntü tanıma yetisi olduğu anlaşılmıştır. Yine karar verme yetisinin gizemli bir özgür iradeye değil, sinir sistemiyle ilgili işlevlere katılmakla görevli minik hücreler olan milyarlarca nörona bağlı olduğu tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra, insan beyninin biyokimyasal algoritmalarının da mükemmel olmadığı ortaya çıkmıştır.⁵⁶ Bütün bu gelişmelerin özgürlüklerle bir bağlantısı olabilir mi? İnsanî bildiğimiz duyguların insana özgü olmadığını anlaşılmaması ve duyguların birtakım

sahibi yanlış bir anlaşılardan ötürü bir hafta boyunca dolaşım özgürlüğünden mahrum kalmıştır. Bkz <https://www.tamgaturk.com/asilsiz-bir-irkecilik-suclamasi-uzerine-amazon-akilli-ev-sahibi-adamin-kendi-evine-girmesini-engelledi/62753/>, Erişim Tarihi: 05.06.2023.

⁵² Elizabeth Dwoskin and Evelyn M Rusli, 'The Technology That Unmasks Your Hidden Emotions' <<https://www.wsj.com/articles/startups-see-your-face-unmask-your-emotions-1422472398>>, Erişim Tarihi: 08.05.2023.

⁵³ Ryan Calo, 'Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap', (August 8, 2017) 4, <https://ssrn.com/abstract=3015350>, Erişim Tarihi: 14.08.2023. Yapay zekâ (*artificial intelligence*) "... dijital bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrollü bir robotun, genellikle akıllı varlıklarla ilişkilendirilen görevleri gerçekleştirme yeteneği..." olarak da tanımlanmaktadır. Brian Jack Copeland, 'Artificial Intelligence' Encyclopaedia Britannica <<https://www.britannica.com/contributor/BJ-Copeland/4511>>, Erişim Tarihi: 11.016.2023.

⁵⁴ Harari (n 18) 35.

⁵⁵ Octavio Diaz-Hernandez and Victor J. Gonzalez-Villela, 'Analysis of Human Intuition Towards Artificial Intuition Synthesis For Robotics' (2017) 1[1] Mechatronics and Applications: An International Journal 23, 37.

⁵⁶ Harari (n 18) 36.

cihazlar tarafından tanımlanabilmesi gerçekten özgürlüklerin sonu olabilir mi? Karar alma insana özgü bir yeti değilse, kişilerin karar alma süreçlerine müdahale edilebilir mi? İnsan tamamen denetlenip kontrol altına alınan bir varlık olabilir mi? Şu ana kadar iç alemine müdahale edilemeyen kişiler bağımsız ve özgür düşünebilme yetisini kaybedebilir mi? Düşünce ve ifade özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği büyük bir tehlike altına girebilir mi? Bu ve bunun gibi sorular özgür insanı yakından ilgilendirmektedir.

Avrupa Dijital Haklar İcra Direktörü Joe McNamee bu sorulara bir cevap olarak yapay zekânın temel haklar alanında ifade özgürlüğünü sınırlayabileceğini belirtmektedir.⁵⁷ Gerçekten yapay zekâ sistemlerinin yaygın ve görünmez doğası, davranışları belirleme ve izleme yetenekleriyle birleştiğinde düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilir. Öncelikle yapay zekâ ve algoritmaların ifade özgürlüğü üzerinde oto-kontrol veya oto-sansür yoluyla bir sınırlama veya müdahalesi akla gelebilir.⁵⁸ Zira kişiler gözetleniyor olmanın baskısı altında kendilerine bir kontrol uygulayabilirler. Sürekli gözetleniyor olma duygusu veya olgusu, örneğin kişinin siyasal iktidarı veya şirket yöneticilerini eleştirilebilecek bir konuda eleştirilemez hale getirerek ifade özgürlüğünü sınırlayabilir. Dolayısıyla gözetleme mekanizmaları başlı başına hak veya özgürlüğü sınırlayıcı bir araç haline gelebilir. Öte yandan siyasal iktidarların gözetleme mekanizmaları yüz tanıma, davranış analizi vb. tekniklerin gelişmesiyle özel yaşamın gizliliğini ihlal edebilir. Toplu gözetim veya şifrelenmiş bilgi yığını yoluyla verilerin toplanması, saklanması ve analizi kötüye kullanıldığında özel yaşamın gizliliğinin asli çekirdeğine dokunabilir. Bu bağlamda internet ve telekomünikasyon hizmet sağlayıcılarının, kullanıcıların iletişim içeriklerini, verilerini ve çevrimiçi etkinliklerini ve kimlik bilgilerini sürekli olarak toplamasını ve saklamasını zorunlu kılan yasal düzenlemeler ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliğine önemli ölçüde müdahale teşkil edebilir.⁵⁹ Kişinin internet ortamında veya bir akıllı cihazla sürekli olarak kayıt altında tutulduğuna dair bir algıyla yaşaması otomatik olarak kendisini sınırlamasına neden olabilir ve bir oto-kontrol meydana getirebilir.

Yapay zekâ sistemlerinde çevrimiçi araçlar tarafından oluşturulan ve kullanılan veriler başlı başına bir endişe kaynağı olarak görülebilir. Zira yapay zekâ, gizli olanı mevcut olandan giderek daha fazla türetebilmektedir. Yapay zekânın olanaklarından yararlanmak için devasa ölçülerde tespit edilen ve toplanan verilerin yasal sınırlar içinde toplanıp toplanmadığı, kullanılıp kullanılmadığı veya amacına uygun olarak kullanıldığının garantisi yoktur.⁶⁰ Örneğin birinin ögle yemeğini nerede yediği veya marketten ne satın aldığı gibi özgürce paylaşılan

⁵⁷ Rainie and Anderson (n 36).

⁵⁸ ARTICLE 19, 'Privacy and Freedom of Expression in the Age of Artificial Intelligence', 8, <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf>>, Erişim Tarihi: 11.08.2023.

⁵⁹ ARTICLE 19, 'The Global Principles on Protection of Freedom of Expression and Privacy', 14 <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38657/Expression-and-Privacy-Principles-1.pdf>>, Erişim Tarihi: 11.08.2023.

⁶⁰ Calo (53) 17.

bilgiler, son derece hassas nitelikte iç görümlere yol açabilir. Kişiler hakkında yeterli veriye sahip olan siyasal iktidarlar, şirketler ve yapay zekâya erişimi olan diğer kurumlar bu kişiler hakkında hayal edilemeyecek tahminlerde bulunabilir ve verileri işleyebilir. Tüketim alışkanlıkları, ziyaret edilen yerler ve kurulan arkadaşlıklardan kişilik profilleri çıkarılabilir. Dijital teknolojilere bu yönden bakıldığında siyasal iktidarların ve şirketlerin ellerindeki bu olanakların varlığından ve bilgisinden haberdar olan kişiler de kendilerine oto-kontrol uygulayabilir. Şu hâlde kişiyi başkalarının gözlerine karşı tamamen görünür kılacak olan bu teknolojiler özel yaşamın gizliliği, ifade ve düşünce özgürlüğü üzerinde olumsuz etkiler doğurabilir, bu özgürlükleri sınırlayabilir veya bunların özüne dokunabilir. Bu koşullar altında kişiler sürekli olarak neyi düşündüğünü neyi hissettiğini ifade ederken baskı altında kalacağı için doğasının gereği (örneğin siyasal iktidarlar, şirketler bakımından) daha az kabul edilebilir veya istenmeyen yönlerini gizleme ihtiyacı ortaya çıkabilir. Dolayısıyla kişinin bireysel kimliği, eylemlerinin yanı sıra düşünce ve duygularının sürekli olarak gözetleniyor olmasının baskısı altında biçimlendirilebilir. Bütün bunların siyasal iktidarlar için anlamı ise dönüştürücü kapasitesinin geleneksel iktidarlara kıyas götürmeyecek ölçüde artması ve aynı zamanda siyasal alanda güvenlikçi politikaları uygulamayı prensip edinen otoriter iktidarların isteyebileceği uygun bir ortamın ortaya çıkmasıdır. Kişilerin ne düşündüklerini kontrol edebilmek bu iktidarlar için bulunmaz bir araç olacaktır.

Bir metafor olarak düşünceleri çözmeye ve duyguları izlemeye hazır olan *Google Glass* gibi bir teknolojiyle bir iş görüşmesinin nasıl olacağını ya da ilk buluşmayı hayal etmek yeterlidir.⁶¹ Biyoteknoloji devrimi ve bilişim teknolojisi devriminin ortaklığıyla, kişinin iç alemiyle duygu ve düşüncelerinin ilk kez okunabilecek duruma gelmesi özgür iradenin, düşünce özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün, özel yaşamın gizliliğinin özüne zarar verebilir. Daha önce bütün teknik, denetim ve kontrol mekanizmalarına rağmen insanın özgür iradeye sahip olduğu ileri sürebilmekteydi. Fakat insanın erişilmez denilen iç alemi, duygu ve son aşamada düşüncelerine dair verilerin (bir an için) otoriter bir siyasal iktidarın, yöneticinin eline geçtiği düşünülürse kişiler kendilerini, karar alma süreçlerine müdahaleden özgür iradenin ortadan kaldırılmasına kadar bir sürecin içinde bulabilir.

Gelinen aşamada sadece yüzleri ve sesleri tanımakla sınırlı kalmayan, aynı zamanda doğru ve yalan beyanları ayırt edebilen, düşüncelerin bir cihazla sese dönüştürülebildiği yakın bir gelecek hayal edilebilir. İnsan etkileşiminde bir devrime neden olacak bu senaryo aynı zamanda kişi özgürlükleri üzerinde ciddi sınırlamalar anlamına gelebilir. Genel olarak dijital teknolojiler özel hayatın gizliliği, kişisel verilen korunması, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, dolaşım özgürlüğüne yönelik bir saldırı anlamına gelebilir. Yeni teknolojiler, kişiyi devlet makamlarına, pazarlamacılara, işverenlere ve etkileşim içinde olunan herkese karşı daha savunmasız kılan, eylemlerin izlenmesinden duyguların değerlendirilmesine kadar gözetim yeteneklerini son derece geliştiren bir olguya dönüşebilir. Gelecekte, yalnızca eylemlerin gizliliği değil aynı zamanda duygu ve düşüncelerin gizliliğini de ihlal edecek yeni bir teknoloji

⁶¹ Andrade (n 38).

dalgası ile karşı karşıya kalınabilir. Sadece nereye gidileceği, nelerin yapılacağı ve neyin alınacağı değil, aynı zamanda neyin hissedildiği ve düşünüldüğünün de saklanması zor olabilir.⁶²

Mutlakiyetçi yönetim anlayışı, teknolojinin bu denli gelişmediği dönemlerde bile birçok düşünür tarafından özgürlükler bakımından tehlikeli olarak ifade edilmiştir. Örneğin Alexis de Tocqueville halk eliyle oluşturulmuş mutlak, farklılaşmış, ılımlı, düzenli ve basiretli demokratik devlet iktidarını özgürlükler için büyük bir tehlike olarak görmüştür.⁶³ Benzer şekilde Guizot, özgürlüklerin önceki dönemlere oranla kayda değer derecede artmasına paralel olarak modern iktidarın her geçen gün giderek güçlenmesi arasındaki paradoksa işaret etmiştir. Çünkü siyasal iktidarın her geçen gün (potansiyel olarak) sınırsız iktidar haline geldiğini belirtmiştir.⁶⁴ Bugün, korkulan potansiyel siyasal iktidar modelinin çok daha donanımlı şekliyle karşı karşıya kalınmaktadır. Bir yönüyle, bilgilerin aslında kayıtlı hale getirilerek kimin kullanımına verildiğinin bilinmediği tek bir merkezde toplandığı ve kişisel bilgilerin sürekli olarak kaydedildiği, en ufak ayrıntının gözden kaçırılmadığı sistemlerin inşa edilebildiği dönemde algoritmalar çok daha hızlı bilgi akışı sağlamak ve daha önce hiç düşünülmemiş bir gözetim olanağı sunmaktadır. Tüm vatandaşların DNA taramasından geçirildiği, herkesin kişisel verilerinin kayıt altına alındığı ve gizlilik esasına uyulmadığı otoriter bir yönetim, teknolojik avantajlarıyla Nazi Almayasının uygulamalarını bile aratabilir. Böyle bir rejim, muhtemelen vatandaşların ne hissettiğini tespit etmek bir yana, neyi hissedeceğine ve düşüneceğine bile karar verebilecektir.⁶⁵ Bu olgu başlı başına düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırlandırabilir veya önemli oranda hakkın özüne dokunabilir.

Bu bağlamda Çin'in 2014 yılında ilan ettiği sosyal kredi sistemi (*social credit system*)⁶⁶ bir yönüyle zikredilen gözetim toplumunun, temel hak ve özgürlüklerin güvencesiz kaldığı olası bir data diktatörlüğünün uygulamadaki en modern örneği olarak ele alınabilir. Nitekim Adrian Şahbaz tarafından *Freedom House* (Özgürlükler Evi) adına (sosyal kredi sisteminin de içinde olduğu) Çin'in kapsamlı sansür ve otomatik gözetim sistemlerini benimseyerek dijital

⁶² Andrade (n 38).

⁶³ John Keane, 'Despotizm ve Demokrasi: Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850' içinde John Keane (ed), *Sivil Toplum ve Devlet: Avrupa'da Yeni Yaklaşımlar* (Levent Köker, Yedi Kıta Yayınları 2004) 75-77.

⁶⁴ Mehmet Yetiş, 'Eşitlik Koşullarında Merkezileşme, Özgürlük ve Despotizm: Tocqueville Üzerine Bir İnceleme' (2005) 29[249] Mülkiye Dergisi 189, 191.

⁶⁵ Harari (n 18) 75. Teknolojinin bizatihi kendinden bir kötülük olmadığına dikkat çekmek gerekir. Buradaki tehlike, teknolojinin kişiler, şirketler ve özellikle de iktidarlar tarafından kötüye kullanılmasındadır. Yapay zekânın kontrolden çıkarak insanlara itaat etmeyeceğine dair endişe yanlış bir kanıdır. Bu kaygının esas kaynağı otoriter yöneticiler olmakla birlikte, büyük veri algoritmalarının hareket ve konuşmaları dışarıdan bir cihaz vasıtasıyla izlemek veya dinlemekle kalmayıp kişinin iç alemine sirayet eden mutlak gözetim rejimlerine sunacağı kayıtlardır. Harari (n 18) 73.

⁶⁶ Sosyal kredi sistemi Çinli vatandaşların sürekli olarak gözetlenmesini sağlayan ve onlara sergilemiş oldukları davranış ve tutumlar üzerinden bir vatandaşlık puanı kazandıran bir sistemdir. Bu sistemde vatandaşlar, sahip oldukları puanın yüksek veya düşük olmasına göre, hükümet tarafından ya ödüllendirilmekte ya da cezalandırılmaktadırlar. Neslihan Topcu, 'Orwell'in 1984'ü Çin'de Gerçek Mi Oluyor? Sosyal Kredi Sisteminin Geçmişi, Bugünü ve Geleceği' (2020) 3[2] İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi 684, 686.

otoriterliğe doğru ilerlediğini belirtmektedir.⁶⁷ Gerçekten sosyal kredi sistemi, olumlu yanlarının yanı sıra kişi özgürlüklerini kısıtlamak için her şeye gücü yeten teknolojiler tarafından yönlendirilen otoriter bir kitlesel gözetim projesi olarak da tasvir edilebilir.⁶⁸ Bu sistem çok sayıda amaca hizmet etmeyi amaçlayan devasa bir mekanizma olarak değerlendirilebilir. Zira sistemin amaçları arasında vatandaşların ve kurumların davranışlarını şekillendirmek de var. Batı toplumları, insanları iyi bir kredi sicili tutmaya motive etmek için finansal kredi puanlarını kullanırken Çin'in bu sistemi finans alanından sosyal yaşamın hemen hemen tüm alanlarına kadar geniş bir sahaya yayılmaktadır. Ayrıca Çin sistemi, yalnızca kişileri değil aynı zamanda topyekûn olarak işletmeleri, devlet kurumları ve sivil toplum kuruluşlarını da kapsamına almayı amaçlamaktadır.⁶⁹ Böyle bir sistem yoğun bir şekilde sistematik bilgi ve belge yönetimi, görsel, yazınsal ve işitsel veri depolaması ve türlü gözetleme olanağı sağlanmaktadır. Nitekim sistemin işleyişi son teknolojilere sahip şehirlerin her yerinde bulunan güvenlik kameraları ile insanların gözetlenmesine dayanmaktadır.⁷⁰

Bugünkü haliyle sosyal kredi sistemini basit bir mekanizma olarak düşünmek yanlış bir kanı olacaktır. Zira bu sistemle toplum mühendisliğine, kişinin şekillendirilebileceğine ve dönüştürülebileceğine inanılmaktadır.⁷¹ Sahip olunan milyonlarca kamera ve diğer teknolojik cihaz sistematik veri depolamasını sağlayarak resmi olarak belirtilen amaçları aşan bir kapasiteye ulaşabilir. Çünkü sosyal kredi sistemi aracılığıyla birlikte büyük ulusal veri ve yapay zekâ stratejileri, veriye dayalı sistemlerin yaygın kullanımını açıkça hedeflemektedir.⁷² Böylece sisteminin kişiler üzerindeki kontrolü daha sıkı bir şekilde gerçekleşecektir. Bu teknolojinin, denetim ve kontrolü sağlayan aracın ötesine geçip insan davranışlarını şekillendiren temel bir iktidar aracı haline gelmesi bir ütopya değil, olağan bir sonuç olarak değerlendirilebilir. Çin devleti bu sistem sayesinde kişileri kesintisiz olarak izleyebilmekte, dinleyebilmekte, takip edebilmekte ve hatta biçimlendirebilmektedir. Bu bağlamda 2018 yılında Çin'de çıkarılan kapsamlı Siber Güvenlik Yasası da (*Cybersecurity Law*) sosyal kredi sisteminin bir tamamlayıcısı ve gözetim teknolojisinin bir basamağı olarak değerlendirilebilir. Yasa, tüm internet politikasını Çin Siber Uzay İdaresi (*Cyberspace Administration of China*) bünyesinde merkezileştirmekte ve ağ operatörlerinin ve sosyal medya şirketlerinin kullanıcılarının gerçek adlarıyla kaydedilme yükümlülüğünü getirmektedir.⁷³

Sosyal kredi sisteminin amaç ve olası sonuçları düşünüldüğünde siyasal iktidarın denetim ve kontrolün ötesinde kişileri ve toplumu biçimlendirme hedefinin de olduğu ileri sürülebilir. Zira izleme sürecinde kişilerin yapmış olduğu her şey puanlanmakta ve bu puanlama

⁶⁷ Adrian Şahbaz, 'The Rise of Digital Authoritarianism', <<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2018/rise-digital-authoritarianism>>, Erişim Tarihi: 13.08.2023.

⁶⁸ Chris Fei Shen, 'Social Credit System in China' Digital Asia, Konrad Adenauer Stiftung 21, 21.

⁶⁹ Shen (n 68) 21.

⁷⁰ Topcu (n 66) 689.

⁷¹ Rogier Creemers, 'China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control' (2018) SSRN Electronic Journal 1, 26.

⁷² Creemers (n 71) 26.

⁷³ Şahbaz (n 67).

sonucunda kişilere bir ödül veya ceza verilmektedir.⁷⁴ Ödül ve ceza sisteminin, kişilerin belli kalıplara girmesi sonucunu doğurma olasılığı yüksektir. Sistem puanlaması, kişinin elektrik faturalarını zamanında ödeyip ödemediği, kişisel ve adres bilgilerini sisteme doğru şekilde kaydedip kaydetmediği gibi verilere göre yapılmaktadır. Hatta olağan koşullarda zararsız bir şey olan alışveriş alışkanlıkları bile bir karakter ölçüsü haline gelebilmektedir. Çevrimiçi arkadaş seçimleri ve etkileşimleri de bir diğer ölçüttür. Örneğin 350’den 950’ye kadar olan puanlamada 600 puana ulaşıldığında *Alibaba* sitesinde olduğu sürece çevrimiçi alışveriş yapmak için 5.000 Yuan’a kadar kredi kullanılabilir. Yine 700 puanın üzerine çıkılması halinde bir belge sunulmadan bir Singapur seyahati için başvuru yapılabilir.⁷⁵ Bu sistemde vatandaşlık puanı düşük olan kişilere çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Örneğin dolaşım (seyahat) yasağı, kamu kurumlarına yapılan iş başvurularının reddedilmesi, çocuklarının özel okula erişiminin engellenmesi, sigorta ve kredi yasağı, gazetecilik gibi iş alanlarında çalışma yasağı, internet hızının düşürülmesi, restoranlara sınırlı erişiminin olması ve işçi alma engeli gibi müeyyideler uygulanmaktadır.⁷⁶ Nitekim yerel aktivistlerin hükümet politikalarına yönelik eleştirileri nedeniyle kara listeye alındıktan sonra dolaşım özgürlüklerinin kısıtlandığı ortaya çıkmıştır.⁷⁷ Ayrıca vatandaşlık puanı, sadece hükümet tarafından verilen ödül veya ceza şeklinde kendini göstermemektedir. Vatandaşlık puanı kişilerin aile, arkadaş ve diğer sosyal ilişkilerinde de sonuç doğurmaktadır.⁷⁸

Şu durumda siyasal iktidarın cisimleşmiş biçimi olarak modern devletlerin bile, belli bir ölçüde toplumun kılcal damarlarına sindiği, topluma topyekûn nüfuz ettiği dönemlerden insanın iç aleminin içine sızılıp ona dahi nüfuz edildiği bir rejim artık bir ütopya olarak görülemez. Otoriter rejimlerde devlet yöneticilerinin kendi gözetleme ve istihbarat tekniklerinin dışında, teknoloji devleri olan şirketler ve birer veri hazinesi konumundaki *Google*, *Facebook*, *WhatsApp*, *Alibaba*, *WeChat* gibi veri devleri ile kurabileceği bir ortaklık böyle bir rejimi inşa edebilir. Mutlakiyetçi yönetim anlayışının en modern versiyonu olan *data diktatörlükleri* inşa edilebilir. Geleneksel bürokratik kurumların, muhbirlerin ve kişiye dayanan istihbarat ağlarının öneminin azaldığı, teknolojinin asli söz sahibi olduğu bir dijital diktatörlük kurulabilir. Bu teknolojiler kolaylıkla demokrasileri bozmak için kullanılabilir.⁷⁹ Nitekim yakın zamanda Amerika Birleşik Devletleri’nde 8 Kasım 2016 tarihinde yapılan genel seçimlerde seksen yedi milyon *Facebook* kullanıcısının hesap bilgilerinin, *Facebook* gibi sosyal medya platformlarının kullanıcı bilgilerini değerlendirerek üyelerin psikolojik profillerini çıkaran bir veri analiz şirketi

⁷⁴ Topcu (n 66) 689.

⁷⁵ Rachel Botsman, ‘Big Data Meets Big Brother as China Moves to Rate Its Citizens’ <<https://www.wired.co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion>>, Erişim Tarihi: 14.06.2023.

⁷⁶ Katrina Yu, ‘Big Brother Is Coming: Inside China’s Plan to Rate Its 1.3 Billion Citizens’ <<https://www.sbs.com.au/news/article/big-brother-is-coming-inside-chinas-plan-to-rate-its-1-3-billion-citizens/1k4aksf3z>>, Erişim Tarihi: 13.06.2023.

⁷⁷ Şahbaz (n 67).

⁷⁸ Creemers (n 71) 3.

⁷⁹ Şahbaz (n 67).

tarafından izinsiz bir şekilde, başkan adaylarından birinin lehine manipüle edilmek üzere kullanıldığı ortaya çıkmıştır.⁸⁰ Şirkete yönelik suçlama, kişi profillerinin tespit edilerek adaylardan birinin danışmanlık şirketine uygun politikaların geliştirilmesi için bilgi sızdırılması ve bunun sonucunda kişilerin karar alma süreçlerini manipüle ederek etkilemek olmuştur. İddia edilen bu olayda kişisel bilgilerin sızdırılması durumunda insana bir cihaz bile bağlamaya gerek duyulmadan, kişinin karar alma süreçlerinin manipüle edilebileceği görülmektedir. Dolayısıyla kişiler duygu ve düşüncelerin tespit edildiği bir durumda basit bir yöntemle bile bir tür yönlendirmelerle karşı karşıya kalabilir. Dahası, siyasal iktidarların kişinin zihin dünyasını okuyabilen biyoteknoloji ve bilişim teknolojilerinin verilerine ulaştığı olasılıkta çok daha tehlikeli sonuçlar meydana gelebilir. Böylece birçok temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulabilir.

V. DİJİTAL TEKNOLOJİLER VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

Gelenen aşamada kişi özgürlüklerinin siyasal iktidarların ve uluslararası şirketlerin gözetim kapasitesi, veri kayıtları, algoritmalar ve yapay zekâ araçları özetle, dijital teknolojiler karşısında büyük bir tehlike altında olduğu şüphe götürmez. Diğer bir anlatımla rastgele bilgi yığını ve sistematik veri kaydı olanakları karşısında düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği ve dolaşım özgürlüğü istendiğinde kolaylıkla sınırlandırılabilir ve hatta bu temel hak ve özgürlüklerin özüne⁸¹ dokunarak hakkı kullanıldığında amaçsız hale getirebilir.

Çin'deki sosyal kredi sistemi uygulamaları (kamu kurumlarına yapılan iş başvurularının reddedilmesi, çocuklarının özel okula erişiminin engellenmesi, internet hızının düşürülmesi, dolaşım özgürlüğünün sınırlandırılması) ile ABD'deki *Cambridge Analytica* olayı dijital teknolojilerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki olumsuz örnekler olarak ele alınabilir. Çin uygulaması ve *Cambridge Analytica* olayı temel hak ve özgürlükler rejimindeki evrensel hukuk kurallarına aykırılıklar taşımaktadır. Zira Çin'deki sosyal kredi uygulamaları doğrudan hakkın özüne bir müdahale teşkil ettiği gibi, bunun yanı sıra ilgili hakları kullanılmaz hale getirici, Türk Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “*ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte*” görülebilir. Öte yandan her ne kadar Çin bir demokrasi ülkesi olmasa da ve yapılan uygulamalar yasal düzenlemelere dayanıyor olsa da bu uygulamaların meşru bir amaca yönelik olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu uygulamaların açıkça ölçülülük ilkesine aykırı oldukları tespiti de yapılabilir. Zira bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi bakımından geçerli olabilmesi için başvuru aracının sınırlama

⁸⁰ <https://www.dw.com/tr/5-soruda-facebook-veri-skandal%C4%B1/a-43055462>, Erişim Tarihi: 10.05.2023.

⁸¹ Hakkın özü, Özbudun'a göre “onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak asli çekirdeği” olarak tanımlanabilir. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (19. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 115. Anayasa Mahkemesine göre ise bir temel hak ve özgürlüğü “*açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte*”ki sınırlamalar hakkın özüne dokunur. AYM, E 1962/208, K 1963/1, T 04.01.1963, 3. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1963-1-nrm.pdf>, Erişim Tarihi: 23.08.2023.

amacını gerçekleştirmeye elverişli olması; sınırlama aracının sınırlama amacı için gerekli (zorunlu) olması; araç ve amaç arasında ölçüsüz bir oranın bulunmaması gerekir.⁸² Çin'deki sosyal kredi uygulamalarının aracın sınırlama amacı için gerekli (zorunlu) olmaması ve araç ile amaç arasında ölçüsüz bir oranın olması nedeniyle meşru bir amaca dayanmadığı çıkarımı yapılabilir. Yine ABD'deki *Cambridge Analytica* olayında gizli kişisel verilerin sızdırılması, kişisel verilerin korunması ve özel yaşamın gizliliği haklarına açıkça aykırılık teşkil eder. Öncelikle burada ortaya çıkan olayın kendisi açıkça yasalara aykırılık teşkil etmektedir ve sonuçları itibariyle özel yaşamın gizliliğine doğrudan doğruya müdahale anlamına gelmektedir. İkinci olarak dolaylı anlamda kişisel verilerin sızdırılması olayının bundan sonra yeni kaygılara yol açabileceği olasılığından hareketle düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırladığı savunulabilir. Bu bağlamda dijital teknolojilerin belirtilen temel hak ve özgürlükler üzerindeki sınırlayıcı etkilerini saptamak için salt hakkı sınırlayıcı maddi uygulamalara odaklanmak hata olabilir. Bunun yanı sıra maddi değil manevi etkiye sahip olan, görünmeyen gözetim teknolojilerine ve sonuçlarına da dikkat çekmek gerekir. Şu koşullar altında bir hukuksal araç olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi büyük önem arz etmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi aldığı bir dizi tavsiye kararıyla dijital teknolojilerin özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması, düşünce ve ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkilere dikkat çekerek dijital teknolojiler tarafından gelen tehlikelere karşı temel hak ve özgürlüklerin hukuka uygun olarak sınırlandırılmasını önermektedir.⁸³

Gerek uluslararası hukukta gerekse ulusal hukuklarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi sınırsız değildir. Genel olarak temel hak ve özgürlüklerin yasama organı tarafından çıkarılan kanunla belli sınırlama sebeplerine dayanılarak ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir.⁸⁴ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bir hak veya özgürlüğün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygun olarak sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını denetlerken öncelikle hakka yönelik bir müdahalenin olup olmadığına bakar. Şayet müdahale var ise bunun yasayla yapıp yapılmadığını gözetler. Ardından müdahalenin belirtilen sebeplerle ve meşru bir amaçla yerine getirilip getirilmediğine bakar. Daha sonra müdahalenin ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını araştırır.⁸⁵ Nitekim AİHM, dolaşım özgürlüğüne ilişkin *Baumann v. France* davasında, davaya

⁸² Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1982) 114.

⁸³ Bkz Council of Europe Committee of Ministers, 'Recommendation on the protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data in the Context of Profiling' (2021) <CM/Rec(2021)8>; 'Recommendation on the Human Rights Impacts of Algorithmic Systems' (2020) <CM/Rec(2020)1>; 'Recommendation on the Roles and Responsibilities of Internet Intermediaries' (2018) <CM/Rec(2018)2>; 'Recommendation on Internet Freedom' (2016) CM/Rec(2016)5; 'Recommendation on Protecting and Promoting the Right to Freedom of Expression and the Right to Private Life with regard to Network Neutrality' (2016) <CM/Rec(2016)1>; 'Recommendation on the Free, Transboundary Flow of Information on the Internet' (2015) <CM/Rec(2015)6>; 'Recommendation on a Guide to Human Rights for Internet Users' (2014) <CM/Rec(2014)6>.

⁸⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (14. Baskı, Ekin Yayınları 2022) 420-421.

⁸⁵ Selin Esen, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü* (Yetkin Yayınları 2014) 150-151.

konu olan sınırlamanın Sözleşme Ek 4 No'lu Protokol 2. madde çerçevesinde dolaşım özgürlüğüne bir müdahale olduğunu tespit ederken belirtilen kriterleri saymıştır.⁸⁶ AİHM ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda da ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir sınırlamanın hiçbir şekilde hakkın özüne dokunamayacağını belirtmiştir.⁸⁷ AİHM ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ancak kanunla öngörülmüş olması,⁸⁸ müdahalenin Sözleşme'de belirtilen amaçlar çerçevesinde olması, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması amacıyla yapılması⁸⁹ ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması⁹⁰ koşullarının sağlanması gerektiğini belirtmiştir. AİHS'ye benzer şekilde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de temel hakların sınırlandırılmasında özel sınırlama nedenlerini kabul ettiği gibi, bunun yanı sıra sınırlamanın kanunla ve demokratik toplumda gerekli olması koşullarını aramaktadır.⁹¹

Yine uluslararası hukukta Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 10 numaralı Genel Yorumunda sınırlamaların yasayla öngörülmüş olması, yalnızca Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin m 19/3 (a) ve (b) fıkralarında belirtilen amaçlardan biri için ve söz konusu Taraf Devlet açısından gerekli olduğunun gerekçelendirilmesi halinde mümkün olduğunu belirtmiştir.⁹² Komite 34 numaralı Genel Yorumunda ise bir Taraf Devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına sınırlamalar getirmesi halinde bu özgürlüğün kendisinin tehlikeye atılamayacağını belirterek aslında hakkın özünün ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir. Komite, hak ile sınırlama ve norm ile istisna arasındaki ilişkinin tersine çevrilmemesi gerektiğini hatırlatmaktadır.⁹³

Dijital teknolojilerin ifade ve düşünce özgürlüğü üzerindeki etkileri hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, üye devletler için tavsiye kararı alırken herkesin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 10 gereği düşünce özgürlüğüne sahip olduğunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumladığı gibi, bu hakkın ancak söz konusu müdahalenin yasayla öngörülmesi, meşru bir amaç güdülmesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması durumunda sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Komite, üye devletlerin, dijital ortamda ifade özgürlüğüne ve diğer temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeme şeklindeki negatif yükümlülüğünün yanı sıra temel hakları aktif bir şekilde koruma ve herkesin kamusal tartışmalara katılması ve düşüncelerini özgürce ifade etmesi için güvenli ve elverişli bir ortam yaratma konusundaki

⁸⁶ ECHR, *Baumann v. France*, Application No: 33592/96, 2001, par 63.

⁸⁷ Dominika Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights (A Handbook for Legal Practitioners 2017)* 32.

⁸⁸ ECHR, *Gaweda v Poland*, Application No. 26229/95, 2002, par 2.

⁸⁹ ECHR, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, Application No. 13585/88, 1991, par 48-49.

⁹⁰ ECHR, *Długolecki v. Poland*, Application No. 23806/03, 2009, par 41, 44.

⁹¹ Esen (n 85) 150.

⁹² Human Rights Committee, 'General Comment No. 10: Article 19 (Freedom of Opinion)' (1983), par 4.

⁹³ Human Rights Committee, 'General Comment No. 34' (2011) <CCPR/C/GC/34>.

pozitif yükümlülüklerinin bilincinde olduğunu belirtmiş; ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için vazgeçilmez olduğunu ve bu özgürlük için dijital teknolojilerin kaçınılmaz hale geldiğini yineleyerek gerekli önlemlerin alınması ve ifade özgürlüğünün güvenceye alınması için tavsiye kararı almıştır.⁹⁴

SONUÇ

Özgürlük insanların hiçbir zaman kaybetmek istemeyeceği bir değerdir. Tarih boyunca özgürlüğün elde edilmesi, korunması ve geliştirilmesi için çok önemli mücadeleler verilmiştir. Özgürlüklere yönelik en büyük tehditlerden biri de paradoksal olarak siyasal iktidarlardan gelmiştir. İktidara gelen yöneticiler çoğu zaman önlenemez ihtiraslara kapılarak kişileri ve kitleleri özgürlüklerinden alıkoymuştur. Son aşamada kişilerin tehlikeye karşı bulduğu en iyi çözüm iktidarı sınırlandırma düşüncesi olmuştur. Fakat geliştirilen mekanizmalara karşı siyasal iktidarlar durağan kalmamış ve sürekli olarak kendini dönüştürmüştür. Diğer bir anlatımla, özgürlük alanlarının genişletilmesine paralel olarak siyasal iktidarlar paradoksal olarak güçlenmiştir. Öyle ki bu türden bir yönelimde yirminci yüzyılda totaliter ve otoriter rejimlerde görülmeyen türden uygulamalar yaşanmıştır.

Merkeziyetçi devlet anlayışının ortaya çıkmasıyla siyasal iktidarlar daha önce ulaşamadığı alanlara bürokratik ağırları sayesinde nüfuz etmiş, toplumsal bünyenin tamamını kontrol edebilir hale gelmiştir. Modern zamanlarda ise bürokratik memurlardan çok daha işlevsel teknolojik ağırlar geliştirilmiştir. Siyasal iktidarlar, yalnızlaştırılmış ve kayıt altına alınmış kişilere karşı belki de hiç hayal edilmeyecek derecede avantaj kazanmıştır. Teknolojinin, denetim ve kontrolü sağlayan bir araç olmanın ötesine geçip insan davranışlarını şekillendiren temel bir iktidar mekanizmasına dönüştüğü, insan beyninin izlenebilir hale geldiği, duygu ve düşüncelerin tanımlanabildiği, siyasal iktidarın doğrudan kişinin iç dünyasına müdahale edebilecek ve özgür iradeyi baskı altına alabilecek noktaya geldiği ve teknolojiye dayanarak özgürlükleri daha önce hiç akla gelmeyen yeni yöntemlerle sınırlandırma olanağını elde ettiği bir dönemde özgürlükler hiç olmadığı kadar tehdit edilir hale gelmiştir. Gerçekten de siyasal iktidarların bugün sahip olduğu teknolojik avantajlar, topyekûn olarak topluma nüfuz etme arzusundaki iktidarlara akıl almaz derecede gözetleme, kontrol ve denetim olanakları sunmaktadır. Hatta Foucault'un belirttiği büyük gözaltı durumunu aşan; kontrol ve denetimin, olguyu tam olarak tarif etmede yetersiz kaldığı, kişinin topyekûn olarak çok daha derinden ve (duygusal, zihinsel, düşünsel faaliyetlerinin izlenmesi gibi) farklı alanlarda kontrol edildiği, dolayısıyla kişilerin özgür iradelerinin sakatlanacağı ve belki de iradelerinin şekillendirileceği bir döneme girilmektedir.

Kritik olan nokta, siyasal iktidarların dijital teknolojilerle kişinin iç alemine sızıp ona dahi nüfuz edebileceği bir dönemde özgürlükleri güvenceye alacak hukuksal mekanizmaların aynı hızla gelişmemesi ve var olanların da etkin kullanılmamasıdır. Bugün geliştirilen

⁹⁴ Council of Europe Committee of Ministers, 'Recommendation the Committee of Ministers to Member States on the Impacts of Digital Technologies on Freedom of Expression' (2022) <CM/Rec(2022)13>.

teknolojilerle duygu ve düşüncelerin tanımlanıp sese dönüştürülmesi (kötüye kullanılma durumunda) düşünce özgürlüğünü son derece tehdit eden bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Mutlakiyetçi yönetim anlayışının en modern versiyonu olabilecek olan *data diktatörlükleri*, diğer bir anlatımla kurumların, muhbirlerin ve insana dayanan istihbarat ağlarının öneminin azaldığı, teknolojinin asli söz sahibi olduğu olası bir data diktatörlük döneminde hukuksal mekanizmalara hayati derecede ihtiyaç duyulacaktır. Aksi takdirde bugün birçok ulusal ve uluslararası hukuksal mekanizmada özgürlükleri güvenceye alan önlemler anlamsız kalabilir. Olağanüstü hallerde bile dokunulmaz kabul edilen düşünce, kanaat ve inanç özgürlüklerinin bu teknolojiler karşısında bir güvencesi kalmayabilir. Zira teknoloji alanındaki çok hızlı gelişmelere karşın hukuksal koruma mekanizmaları çok yavaş gelişmekte veya stabil kalmaktadır. Dolayısıyla dijital teknolojilerdeki gelişmelerin hızına paralel olarak hukuksal, sosyal ve siyasal bilimlerinde de revizyonlar hızlı ve etkili bir şekilde yapılmalı ve var olan araçlarla etkin bir şekilde kullanılmalıdır. Olası tehlikelere karşı koruyucu önlemlerin alınması hayati önem arz etmektedir. Zira gözetim uygulamaları ve sistematik veri yığına sanıldığı kadar zararsız değildir. Potansiyel olarak önemli tehlikeler barındırmaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan teknolojik gelişime karşı gerçek anlamda işlevsel önlemler almak kadar, bu teknolojileri ve mahiyetlerini anlamak da önemlidir. Ancak bu koşullar sağlandığında mutlak anlamda olmasa da bir hukuksal güvenlikten söz edilebilir.

KAYNAKÇA

- Andrade N, ‘Computers Are Getting Better Than Humans at Facial Recognition’ <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/06/bad-news-computers-are-getting-better-than-we-are-at-facial-recognition/372377/>>, Erişim Tarihi: 10.06.2023
- Anumanchipalli GK, Chartier J and Chang EF, ‘Speech Synthesis From Neural Decoding of Spoken Sentences, Nature’, (2019) 568 Natute 493
- ARTICLE 19, ‘Privacy and Freedom of Expression in the Age of Artificial Intelligence’, 8, <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf>, Erişim Tarihi: 11.08.2023
- ARTICLE 19, ‘The Global Principles on Protection of Freedom of Expression and Privacy’, 14 <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38657/Expression-and-Privacy-Principles-1.pdf>, Erişim Tarihi: 11.08.2023
- Assange J and others, *Cypherpunks: Freedom and the Future of the Internet* (OR Books 2012)
- Aust S and Ammann T, *Dijital Diktatörlük: Kitlesele Gözetim, Verilerin Kötüye Kullanımı ve Siber Savaş* (Erdoğan Yücel ve Hasan Yılmaz, 3. Baskı, Hece Yayınları 2018)
- Bartlett MS and others, ‘Automatic Decoding of Facial Movements Reveals Deceptive Pain Expressions’ <[https://www.cell.com/current-biology/fulltext/S0960-9822\(14\)00147-X?_returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS096098221400147X%3Fshowall%3Dtrue](https://www.cell.com/current-biology/fulltext/S0960-9822(14)00147-X?_returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS096098221400147X%3Fshowall%3Dtrue)>, Erişim Tarihi: 09.06.2023
- Bentham J, ‘Panoptikon ya da Gözün İktidarı’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (Barış Çoban, 2. Baskı, Su Yayınları 2016)
- Botsman R, ‘Big Data Meets Big Brother as China Moves to Rate Its Citizens’ <<https://www.wired.co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion>>, Erişim Tarihi: 14.06.2023
- Butler S, *Özgür Toplumun Temelleri* (Hakan Şahin, Liberte Yayınları 2016)
- Bychawska-Siniarska D, *Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights (A Handbook for Legal Practitioners 2017)*
- Canetti E, *Kitle ve İktidar* (Gülşat Aygen, 6. Baskı, Ayrıntı Yayınları 2014)
- Calo R, ‘Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap’, (August 8, 2017) 4, <https://ssrn.com/abstract=3015350>, Erişim Tarihi: 14.08.2023
- Çoban B, ‘Gözün İktidarı Üzerine’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (2. Baskı, Su Yayınları 2016)
- Copeland BJ, ‘Artificial Intelligence’ Encyclopaedia Britannica <<https://www.britannica.com/contributor/BJ-Copeland/4511>>, Erişim Tarihi: 11.01.2023
- Creemers R, ‘China’s Social Credit System: An Evolving Practice of Control’ (2018) SSRN Electronic Journal 1

- Delman J, ‘Are Amazon, Netflix, Google Making Too Many Decisions For Us?’ <<<https://www.forbes.com/2010/11/24/amazon-netflix-google-technology-cio-network-decisions.html?sh=545787a83470>>, Erişim Tarihi: 05.05.2023
- Diaz-Hernandez O and Gonzalez-Villela V.J, ‘Analysis of Human Intuition Towards Artificial Intuition Synthesis For Robotics’ (2017) 1[1] Mechatronics and Applications: An International Journal 23
- Dwoskin E and Rusli EM, ‘The Technology That Unmasks Your Hidden Emotions’ <<https://www.wsj.com/articles/startups-see-your-face-unmask-your-emotions-1422472398>>, Erişim Tarihi: 08.05.2023
- Elias N, *Uygarlık Süreci*, Cilt II, (Ender Ateşman, 4. Baskı, İletişim Yayınları 2009)
- Esen, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü* (Yetkin Yayınları 2014)
- Foucault M, *Hapishanenin Doğuşu* (Mehmet Ali Kılıçbay, 4. Baskı, İmge Kitabevi 2013)
- Fromm E, *Özgürlükten Kaçış* (Şeyma Yeğin, 4. Baskı, Payel Yayınları 1996)
- Giddens A, *Modernliğin Sonuçları*, (Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları 1994)
- , *Tarihsel Materyalizmin Çağdaş Eleştirisi* (Ümit Tatlıcan, Paradigma Yayınları 2008)
- , *Ulus Devlet ve Şiddet* (Cumhur Atay, 2. Baskı, Kalkedon Yayınları 2008)
- Gillespie T, ‘The Relevance of Algorithms’, in Tarleton Gillespie, Pablo J. Boczkowski, Kirsten A. Foot (eds), *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society*, (Cambridge, MIT Press 2014)
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (14. Baskı, Ekin Yayınları 2022)
- Harari YN, *Homo Deus: Yarının Kısa Bir Tarihi* (Poyzan Nur Taneli, 16. Baskı, Kolektif Kitap Yayınları 2018)
- , *21. Yüzyıl İçin 21 Ders* (Selin Sıral, 4. Baskı, Kolektif Kitap Yayınları 2019)
- Hayek FAV, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press 2011)
- Kaboğlu İÖ, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme* (3. Baskı, Afa Yayınları 1996)
- Keane J, ‘Despotizm ve Demokrasi: Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850’ içinde John Keane (ed), *Sivil Toplum ve Devlet: Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar* (Levent Köker, Yedi Kıta Yayınları 2004)
- Mumford L, *The Myth of the Machine: The Pentagon of Power* (Columbia University Press 1970)
- Neocleous M, ‘Güvenlik, Özgürlük ve Denge Miti’ içinde Zafer Yılmaz (ed), *Güvenlik, Şiddet ve Savaş* (Gül Çorbacioğlu ve Ersin Embel, Dipnot Yayınları 2012)
- Okur S, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk: Yapay Zeka Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı* (Adalet Yayınevi 2021)
- Özdel G, ‘Foucault Bağlamında İktidarın Görünmezliği ve “Panoptikon” ile “İktidarın Gözü” Göstergeleri,’ (2012), 2[1], Turkish Online Journal of Design Art and Communication, 22

- Orwell G, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört* (Nuray Akgören, 26. Baskı, Can Yayınları 2010)
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (19. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)
- Pease-Watkin C, ‘Bentham’ın ‘Panoptikon’u ve Dumont’un ‘Panoptique’i’ içinde Barış Çoban ve Zeynep Özarıslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (Barış Çoban, 2. Baskı, Su Yayınları 2016)
- Rainei L and Anderson J, ‘Code-Dependent: Pros and Cons of the Algorithm Age’ <<https://www.pewresearch.org/internet/2017/02/08/code-dependent-pros-and-cons-of-the-algorithm-age/>>, Erişim Tarihi: 12.06.2023
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1982)
- Şahbaz A, ‘The Rise of Digital Authoritarianism’, <<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2018/rise-digital-authoritarianism>>, Erişim Tarihi: 13.08.2023
- Schiller B, ‘Algorithms Control Our Lives: Are They Benevolent Rulers Or Evil Dictators?’ <<https://www.fastcompany.com/3068167/algorithms-control-our-lives-are-they-benevolent-rulers-or-evil-dictators>>, Erişim Tarihi: 12.06.2023
- Shen CF, ‘Social Credit System in China’ Digital Asia, Konrad Adenauer Stiftung 21
- Topcu N, ‘Orwell’in 1984’ü Çin’de Gerçek Mi Oluyor? Sosyal Kredi Sisteminin Geçmişi, Bugünü ve Geleceği’ (2020) 3[2] İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi 684
- Werret S, ‘Potemkin ve Panoptikon: Samuel Bentham ve Onsekizinci Yüzyıl Rusyası’nda Mutlakiyetçi Mimari’ içinde Barış Çoban and Zeynep Özarıslan (ed), *Panoptikon: Gözün İktidarı* (Barış Çoban, 2. Baskı, Su Yayınları 2016)
- Yayla A, *Özgürlük Yolu: Hayek’in Sosyal Teorisi* (Turhan Kitabevi 1993)
- Yetiş M, ‘Eşitlik Koşullarında Merkezileşme, Özgürlük ve Despotizm: Tocqueville Üzerine Bir İnceleme’ (2005) 29[249] Mülkiye Dergisi 189
- Yu K, ‘Big Brother Is Coming: Inside China’s Plan to Rate Its 1.3 Billion Citizens’ <<https://www.sbs.com.au/news/article/big-brother-is-coming-inside-chinas-plan-to-rate-its-1-3-billion-citizens/1k4aksf3z>>, Erişim Tarihi: 13.06.2023
- Yumiko L, ‘Technological Panopticon and Totalitarian Imaginaries: The “War On Terrorism” As a National Myth in The Age of Real-Time Culture’ 1
- Zorzi M, ‘Self-Learning AI Emulates the Human Brain’ <<https://erc.europa.eu/projects-figures/stories/self-learning-ai-emulates-human-brain.>>, Erişim Tarihi: 12.06.2023

Yargısal ve Yarı-yargısal Kararlar

AYM, E 1962/208, K 1963/1, T 04.01.1963

Council of Europe Committee of Ministers, ‘Recommendation on a Guide to Human Rights for Internet Users’ (2014) <CM/Rec(2014)6>

- , ‘Recommendation the Committee of Ministers to Member States on the Impacts of Digital Technologies on Freedom of Expression’ <CM/Rec(2022)13>
- , ‘Recommendation on the Free, Transboundary Flow of Information on the Internet’ (2015) <CM/Rec(2015)6>
- , ‘Recommendation on the Human Rights Impacts of Algorithmic Systems’ (2020) <CM/Rec(2020)1>
- , ‘Recommendation on Internet Freedom’ (2016) <CM/Rec(2016)5>
- , ‘Recommendation on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data in the Context of Profiling’ (2021) <CM/Rec(2021)8>
- , ‘Recommendation on Protecting and Promoting the Right to Freedom of Expression and the Right to Private Life with regard to Network Neutrality’ (2016) <CM/Rec(2016)1>
- , ‘Recommendation on the Roles and Responsibilities of Internet Intermediaries’ (2018) <CM/Rec(2018)2>

ECHR, *Baumann v. France*, Application No: 33592/96, 2001

—, *Długolecki v. Poland*, Application No. 23806/03, 2009

—, *Gaweda v Poland*, Application No. 26229/95, 2002

—, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, Application No. 13585/88, 1991

Human Rights Committee, ‘General Comment No. 10: Article 19 (Freedom of Opinion)’ (1983)

—, ‘General Comment No. 34’ (2011) <CCPR/C/GC/34>

İnternet Kaynakları

<https://ddyo.firat.edu.tr/news-detail/12477>, Erişim Tarihi: 13.06.2023

<https://sputniknews.com.tr/20180122/amazon-kasa-ve-kasiyersiz-ilk-supermarketi-acti-1031911325.html>, Erişim Tarihi: 12.06.2023

<https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/e-ticaret/hepsiburada-turkiye-nin-ilk-akilli-ve-kasasiz-magaza-deneyimini-baslatiyor/675299>, Erişim Tarihi: 12.06.2023

<https://www.dw.com/tr/5-soruda-facebook-veri-skandal%C4%B1/a-43055462>, Erişim Tarihi: 10.05.2023

<https://www.tamgaturk.com/asilsiz-bir-irkcilik-suclamasi-uzerine-amazon-akilli-ev-sahibi-adamin-kendi-evine-girmesini-engelledi/62753/>, Erişim Tarihi: 05.06.2023